

ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

15 februari 2005<sup>\*</sup>

In zaak C-12/03 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 49 van het Statuut-EG van het Hof van Justitie, ingesteld op 8 januari 2003,

**Commissie van de Europese Gemeenschappen**, vertegenwoordigd door M. Petite, A. Whelan en P. Hellström als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

rekwirante,

andere partij bij de procedure:

**Tetra Laval BV**, gevestigd te Amsterdam (Nederland), vertegenwoordigd door A. Vandencastele, D. Waelbroeck en M. Johnsson, advocaten, en A. Weitbrecht en S. Völcker, Rechtsanwältin,

verzoekster in eerste aanleg,

<sup>\*</sup> Procestaal: Engels.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (grote kamer),

samengesteld als volgt: P. Jann, president van de Eerste kamer, waarnemend voor de president, C. W. A. Timmermans en A. Rosas (rapporteur), kamerpresidenten, C. Gulmann, J.-P. Puissechet, R. Schintgen, N. Colneric, S. von Bahr en J. N. Cunha Rodrigues, rechters,

advocaat-generaal: A. Tizzano,  
griffier: L. Hewlett, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 27 januari 2004,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 25 mei 2004,

het navolgende

**Arrest**

- 1 Met haar hogere voorziening verzoekt de Commissie van de Europese Gemeenschappen om vernietiging van het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 25 oktober 2002, Tetra Laval/Commissie (T-5/02, Jurispr. blz. II-4381; hierna: „bestreden arrest”), houdende nietigverklaring van beschikking 2004/124/EG van de Commissie van 30 oktober 2001 waarbij een concentratie onverenigbaar is verklaard met de gemeenschappelijke markt en de EER-Overeenkomst (zaak COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel) (PB 2004, L 43, blz. 13; hierna: „litigieuze beschikking”).

## Verordening (EEG) nr. 4064/89

- 2 Artikel 2 van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 395, blz. 1, en rectificatie PB 1990, L 257, blz. 13), zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997 (PB L 180, blz. 1; hierna: „verordening”), bepaalt:

„1. Concentraties in de zin van deze verordening worden aan de hand van onderstaande bepalingen getoetst op hun verenigbaarheid of onverenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt.

Bij die beoordeling houdt de Commissie rekening:

- a) met de noodzaak op de gemeenschappelijke markt een daadwerkelijke mededinging te handhaven en te ontwikkelen in het licht van met name de structuur van alle betrokken markten en van de bestaande of potentiële mededinging van binnen of buiten de Gemeenschap gevestigde ondernemingen;
- b) met de positie op de markt van de betrokken ondernemingen, hun economische en financiële macht, de keuzemogelijkheden van leveranciers en afnemers, hun toegang tot voorzieningsbronnen en afzetmarkten, het bestaan van juridische of feitelijke hinderpalen voor de toegang tot de markt, de ontwikkeling van vraag naar en aanbod van de betrokken producten en diensten, de belangen van de tussen- en eindverbruikers, alsmede de ontwikkeling van de technische en economische vooruitgang voorzover deze in het voordeel van de consument is en geen belemmering vormt voor de mededinging.

2. Concentraties die geen machtspositie in het leven roepen of versterken die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd, moeten verenigbaar verklaard worden met de gemeenschappelijke markt.

3. Concentraties die een machtspositie in het leven roepen of versterken die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd, moeten onverenigbaar verklaard worden met de gemeenschappelijke markt.

[...]"

### **De litigieuze beschikking**

3 Blijkens de litigieuze beschikking worden voor vloeibare levensmiddelen vier soorten verpakking gebruikt: verpakkingen in karton en kunststof (met name polyethyleentereftalaat; hierna: „PET”, en hogedichtheidpolyethyleen; hierna: „HDPE”), blik en glasverpakkingen. Verschillende factoren zijn bepalend voor het type van verpakking dat voor een product wordt gebruikt. In dat verband zijn de technische kenmerken van het product, van het verpakkingsmateriaal en van de verpakkingstechniek belangrijk.

4 De litigieuze beschikking betreft meer in het bijzonder de zogenaamde „gevoelige” producten. Dit zijn melk en vloeibare zuivelproducten (hierna: „VZP”), vruchtensappen en nectars, niet-koolzuurhoudende dranken met vruchtensmaak (hierna: „KDV”), alsmede thee/koffiedrank. Al naar gelang van het geval moeten deze producten worden beschermd tegen het licht, zoals melk, of tegen zuurstof, zoals de

vruchtensappen, en, in mindere mate, de KDV en de thee/koffiedranken. Daar PET een zuurstofdoorlatend en doorzichtig hars is, is het voor dergelijke producten minder geschikt dan karton. Evenwel wordt technologisch onderzoek verricht naar zogenaamde „barrièrebehandelingen”, anders gezegd behandelingen die bescherming bieden tegen zuurstof en licht.

- 5 Bij de verpakingskeuze is ook de verpakkingstechniek van belang. Bepaalde zuurhoudende producten, zoals melk en vruchtensappen, moeten immers aseptisch worden verpakt, of anders moeten zij gekoeld worden gedistribueerd. Uit de processtukken blijkt dat de asepsis beter verzekerd blijft wanneer dit type producten in karton wordt verpakt, op voorwaarde dat de onderneming die het betrokken vloeibare levensmiddel produceert de verpakking in één keer realiseert. Deze onderneming beschikt meestal over een geïntegreerde verpakkinglijn. Zij koopt het karton op rollen, versnijdt de verpakking, geeft ze vorm, en vult en sluit ze af.
- 6 Daarentegen verloopt de verpakking van een vloeibaar product in PET meestal in meerdere fasen, wat het moeilijker maakt de asepsis te bewaren. Om te beginnen moet een „preform” worden geproduceerd, dat wil zeggen een uit hars vervaardigde kunststofbuis, waarna de lege fles wordt gevormd door de preform in een zogenaamde „Stretch Blow Moulding”-machine (trekblaasmachine; hierna: „SBM-machine”) te plaatsen, die de matrijs voor de gewenste vorm bevat, en pas daarna wordt de fles gevuld en afgesloten. Deze verschillende fasen kunnen door verschillende ondernemingen worden uitgevoerd. Zo bestaan er „converters”, wier activiteit erin bestaat lege verpakkingen te fabriceren voor en te leveren aan de vloeistofproducenten. Thans worden er evenwel geïntegreerde productielijnen en -technieken ontwikkeld, waarmee de asepsis bij de verpakking gemakkelijker kan worden bewaard.
- 7 Bij de litigieuze beschikking heeft de Commissie de acquisitie door Tetra Laval BV van de vennootschap Sidel SA (hierna: „aangemelde concentratie”) onverenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt en de werking van de Overeenkomst

betreffende de Europese Economische Ruimte van 2 mei 1992 (PB 1994, L 1, blz. 3). Tetra Laval BV (hierna: „Tetra”) is een financieringsvennootschap van de groep Tetra, waartoe ook de vennootschap Tetra Pak behoort, die op het gebied van kartonverpakking wereldwijd de eerste plaats inneemt en op het gebied van aseptische verpakking wordt geacht een machtspositie op die markt te bezitten, terwijl de onderneming Sidel SA (hierna: „Sidel”) de leiderspositie inneemt op het gebied van de fabricage en levering van SBM-machines, en actief is op het gebied van de barrièrebehandelingstechniek. Voornoemde beschikking is genomen krachtens artikel 8, lid 3, van de verordening.

- 8 In de litigieuze beschikking kwam de Commissie tot de slotsom dat de markten voor karton- en PET-verpakkingssystemen afzonderlijke maar nauw verbonden markten waren, die naar elkaar toe konden groeien en met name steeds meer klanten gemeen hadden. Zij was eveneens van mening dat er meer in het bijzonder afzonderlijke markten bestonden voor SBM-machines met kleine respectievelijk grote capaciteit, waarin telkens deelmarkten bestonden voor gevoelige producten en voor niet-gevoelige producten. Volgens de Commissie valt deze verdeling op basis van het toepassingsveld te verklaren door de verschillende specificaties van bedoelde machines, waardoor de fabrikanten van die machines naar gelang van dat — op het tijdstip van de koop bepaalde — toepassingsveld prijsdiscriminatie konden toepassen, waaraan niet via arbitrage viel te ontsnappen.
- 9 Volgens de Commissie zou de aangemelde concentratie Tetra ertoe aanzetten door middel van de uitoefening van een „hefboomeffect” gebruik te maken van haar machtspositie op de markt van uitrusting en verbruiksartikelen voor kartonverpakkingen, om haar klanten op die markt die voor de verpakking van bepaalde gevoelige producten overschakelen op PET, ertoe te bewegen voor de SBM-machines van Sidel te kiezen, als gevolg waarvan de veel kleinere concurrenten zouden worden geëlimineerd en de leiderspositie van Sidel op de markt van de SBM-machines voor gevoelige producten in een machtspositie zou worden omgezet. Volgens de Commissie werd Tetra hierbij geholpen door de nauwe relaties die zij met haar klanten onderhield, haar financiële sterkte, haar expertise en reputatie op aseptisch en ultraclean gebied, door de huidige sterkte, technologie en kwaliteitsreputatie van Sidel, en door de voor de entiteit die door concentratie tot stand komt (hierna: „nieuwe entiteit”) gunstige situatie van verticale integratie voor drie verpakkingssystemen (karton, PET en HDPE).

- 10 Gelet op de geringe concurrentie op de markten van uitrusting en verbruiksartikelen voor kartonverpakkingen, kwam de Commissie eveneens tot de conclusie dat de fusie van Tetra met de grootste fabrikant op de nauw met de kartonmarkt verbonden groeimarkt van de PET-uitrustingen een belangrijke bron van potentiële concurrentie zou uitschakelen. Dit zou de machtspositie van Tetra op de kartonverpakkingsmarkten versterken zodat deze minder geneigd zou zijn tot prijsaanpassingen en innovatie om het hoofd te bieden aan de dreiging van PET op haar marktpositie.
- 11 Tetra is een aantal verbintenissen aangegaan, onder andere om Tetra en Sidel gedurende tien jaar gescheiden te houden, om geen gecombineerde aanbiedingen van kartonproducten en door Sidel gefabriceerde SBM-machines te doen, en om de verplichtingen na te komen die op haar rusten krachtens beschikking 92/163/EEG van de Commissie van 24 juli 1991 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/31043 — Tetra Pak II) (PB 1992, L 72, blz. 1). De Commissie was van mening dat dergelijke verbintenissen niet volstonden om de door de aangemelde concentratie gecreëerde structurele mededingingsproblemen te verhelpen en stelde dat het nagenoeg onmogelijk zou zijn om de naleving ervan te controleren. Mitsdien heeft zij, bij artikel 1 van de litigieuze beschikking, die concentratie onverenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt en de werking van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte.

### Het bestreden arrest

- 12 Bij op 15 januari 2002 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft Tetra om nietigverklaring van de litigieuze beschikking verzocht. In het bestreden arrest oordeelde het Gerecht dat de Commissie kennelijke beoordelingsfouten heeft gemaakt in haar conclusies betreffende het hefboomeffect en de versterking van de machtspositie van Tetra in de kartonsector, en heeft het de beschikking nietig verklaard.

- 13 Betreffende de stelling van de Commissie dat de aangemelde concentratie mededingingsbeperkende conglomerateffecten heeft, en, inzonderheid, de nieuwe entiteit de middelen en de beweeggrond geeft om haar algemene positie in de kartonsector te gebruiken als hefboom om een machtspositie tot stand te brengen op de markt van de SBM-machines, heeft het Gerecht opgemerkt dat een dergelijke machtspositie volgens de Commissie zelf niet uit de concentratie op zich voortvloeit, maar uit de voorzienbare gedraging van bedoelde entiteit. Het Gerecht heeft evenwel in herinnering gebracht dat de Commissie, wanneer zij van mening is dat een concentratie moet worden verboden omdat zij binnen afzienbare tijd een machtspositie in het leven zal roepen of versterken, deugdelijk bewijs voor die conclusie dient te leveren.
- 14 Verder heeft het Gerecht opgemerkt dat de Commissie, om de voorzienbaarheid van de gedraging van de nieuwe entiteit te beoordelen, alle omstandigheden moet onderzoeken die dit gedrag kunnen bepalen. Aangezien de uitoefening van een vermeende hefboomwerking door een onderneming die, zoals Tetra, over een machtspositie beschikt, een misbruik kan vormen van de vooraf bestaande machtspositie, heeft het Gerecht geoordeeld dat de Commissie bij het onderzoek van de waarschijnlijkheid van anticoncurrentiële gedragingen niet alleen rekening moet houden met de beweeggronden om dergelijke gedragingen aan te nemen maar ook met de factoren die deze geneigdheid tegengaan of zelfs wegnemen, zoals de kans van vervolging en bestraffing van bedoelde gedragingen. Aangezien de Commissie niet een dergelijk onderzoek heeft uitgevoerd, dienden haar vaststellingen van de hand te worden gewezen. Dientengevolge heeft het Gerecht onderzocht of de Commissie niettemin de gegrondheid van haar stelling kon aantonen ondanks het ontbreken van dergelijke vaststellingen.
- 15 Het Gerecht stelde vast dat de nieuwe entiteit in beginsel een hefboomwerking kon uitoefenen. Het stelde echter ook vast dat de Commissie de waarschijnlijke groei van de PET-sector had overschat, en dat, wegens de hiervoor aangehaalde redenen, enkel de handelwijzen die werden gebruikt om een hefboomwerking uit te oefenen die geen inbreuk maakten op het gemeenschapsrecht, door het Gerecht moesten worden onderzocht. Het Gerecht kwam tot de slotsom dat de Commissie over het geheel genomen niet haar verplichting was nagekomen om aan te tonen dat de eventuele uitoefening van een hefboomwerking tegen 2005 zou hebben geleid tot de



vorming of versterking van een machtspositie op de betrokken markten. Wat in het bijzonder de SBM-machines betreft, oordeelde het Gerecht dat de litigieuze beschikking geen toereikende bewijselementen bevatte om het door de Commissie gemaakte onderscheid te rechtvaardigen tussen een markt voor SBM-machines voor gevoelige producten en een markt voor SBM-machines voor niet-gevoelige producten.

- 16 Betreffende de stelling van de Commissie dat „de bestaande machtspositie [van Tetra] op de markt van kartonverpakkingen” zou worden versterkt door de eliminatie van een bron van concurrentiedruk op naburige markten, wegens de uitschakeling van de concurrentie van Sidel op de markt van de PET-verpakkingen, heeft het Gerecht opgemerkt dat die versterking door de Commissie moest worden bewezen, en niet automatisch uit het bestaan van een machtspositie voortvloeyde. Het Gerecht oordeelde dat de Commissie haar verplichting niet was nagekomen om dit bewijs te leveren.

### **De hogere voorziening**

- 17 De Commissie voert vijf middelen aan tot staving van haar hogere voorziening: 1) onjuiste rechtsopvatting inzake het niveau van het door haar te leveren bewijs en de draagwijdte van de rechterlijke toetsing door het Gerecht; 2) schending van de artikelen 2 en 8 van de verordening, doordat het Gerecht de Commissie enerzijds de verplichting heeft opgelegd rekening te houden met de invloed van de onwettigheid van bepaalde gedragingen op de beweeggronden voor de nieuwe entiteit om gebruik te maken van een hefboomwerking, en anderzijds van haar verlangde dat zij zou beoordelen of de verbintenissen om geen onrechtmatige gedragingen te stellen een tegengewicht zouden kunnen vormen; 3) onjuiste rechtsopvatting van het Gerecht wegens gebruik van een onjuist criterium voor de rechterlijke toetsing en schending van artikel 2 van de verordening, nu het Gerecht niet eveneens is uitgegaan van het bestaan van afzonderlijke markten voor SBM-machines naargelang het toepassings-

veld; 4) schending van voormeld artikel 2, onjuiste voorstelling van de feiten en buiten beschouwing laten van de argumenten van de Commissie, voorzover het Gerecht de stelling van de Commissie dat Tetra haar machtspositie in de kartonsector zou versterken, niet heeft aanvaard; 5) schending van artikel 2, lid 3, van de verordening, doordat het Gerecht de conclusie van de Commissie inzake het ontstaan van een machtspositie op de markt van de SBM-machines heeft verworpen.

- 18 In haar verweerschrift heeft Tetra verzocht om bij wijze van onderzoeksmaatregel de overlegging te gelasten van een Franse versie van de hogere voorziening. Bij beschikking van 24 juli 2003 heeft het Hof dit verzoek afgewezen.

### *Eerste middel*

- 19 Met haar eerste middel verwijt de Commissie het Gerecht wel te stellen dat het criterium van de kennelijke beoordelingsfout toepast, maar in werkelijkheid een ander criterium heeft toegepast, namelijk het vereiste dat deugdelijk bewijs („convincing evidence”) wordt overgelegd. Door aldus voorbij te gaan aan de beoordelingsmarge van de Commissie inzake complexe vragen van feitelijke en economische aard, heeft het Gerecht artikel 230 EG geschonden. Volgens de Commissie heeft het Gerecht eveneens artikel 2, leden 2 en 3, van de verordening geschonden, aangezien het een wettigheidsvermoeden ten aanzien van concentraties met conglomerateffect heeft toegepast. Aan de hand van het voorbeeld van de toetsing door het Gerecht van de verwachting van de Commissie dat er een aanmerkelijke groei zou zijn in het gebruik van PET-verpakkingen voor gevoelige producten, betoogt de Commissie dat het Gerecht de feiten onjuist heeft voorgesteld, de afwijzing van haar argumenten onvoldoende heeft gemotiveerd, en geen rekening heeft gehouden met de door de Commissie in de litigieuze beschikking en haar verweerschrift aangevoerde beschouwingen, argumenten en bewijselementen, en er zelfs niet naar heeft verwezen.

- 20 Het Gerecht heeft in punt 119 van het bestreden arrest de criteria voor de rechterlijke toetsing van een beschikking van de Commissie inzake concentraties als volgt in herinnering gebracht:

„De materieelrechtelijke voorschriften van de verordening, in het bijzonder artikel 2 ervan, geven de Commissie een zekere discretionaire bevoegdheid, met name op het punt van economische beoordelingen. Bij zijn toezicht op de uitoefening van die — voor de opstelling van regels voor concentraties essentiële — bevoegdheid dient de gemeenschapsrechter derhalve rekening te houden met de beoordelingsmarge die in de economische normen van de concentratieregeling besloten ligt (arrest Hof van 31 maart 1998, Frankrijk e.a./Commissie, „Kali & Salz”, C-68/94 en C-30/95, Jurispr. blz. I-1375, punten 223 en 224; arresten Gerecht van 25 maart 1999, Gencor/Commissie, T-102/96, Jurispr. blz. II-753, punten 164 en 165, en 6 juni 2002, Airtours/Commissie, T-342/99, Jurispr. blz. II-2585, punt 64).”

- 21 In punt 120 van het bestreden arrest heeft het Gerecht artikel 2, lid 3, van de verordening als volgt uitgelegd:

„Volgens artikel 2, lid 3, van de verordening moet onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden verklaard een concentratie die een machtspositie in het leven roept of versterkt die tot gevolg heeft, dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan aanmerkelijk wordt belemmerd. Omgekeerd dient de Commissie een binnen het toepassingsgebied van de verordening vallende concentratie verenigbaar te verklaren met de gemeenschappelijke markt, wanneer niet aan de twee voorwaarden van genoemde bepaling is voldaan (arrest Gerecht van 19 mei 1994, Air France/Commissie, T-2/93, Jurispr. blz. II-323, punt 79; zie ook arresten Gencor/Commissie, punt 170, en Airtours/Commissie, punten 58 en 82, beide reeds aangehaald). Wordt geen machtspositie in het leven geroepen of versterkt, dan moet de concentratie dus worden toegestaan, zonder dat het nodig is de gevolgen ervan voor de mededinging te onderzoeken (arrest Air France/Commissie, reeds aangehaald, punt 79).”

- 22 Het eerste middel van de Commissie betreft talrijke punten van het bestreden arrest. Het lijkt evenwel relevant de passages van het arrest weer te geven die betrekking hebben op het conglomerataatskarakter van de aangemelde concentratie, waarvan volgens punt 142 van het arrest sprake is wanneer een concentratie „plaatsvindt tussen ondernemingen die voordien in wezen niet in mededinging met elkaar stonden, hetzij als rechtstreekse concurrenten hetzij als leveranciers en afnemers”, welke concentratie volgens voormeld punt van dat arrest niet leidt tot echte horizontale overlappings van de activiteiten van de partners erbij noch tot verticale betrekkingen tussen de partners in de strikte zin van het woord, zodat in het algemeen niet valt aan te nemen dat zij mededingingsbeperkende gevolgen heeft.
- 23 In punt 146 van het bestreden arrest heeft het Gerecht de verordening op het punt van de toepassing ervan op conglomeraten aldus uitgelegd:

„In de verordening, in het bijzonder artikel 2, leden 2 en 3, wordt geen enkel onderscheid gemaakt tussen concentraties met horizontale en verticale gevolgen en concentraties met een conglomerataateffect. Voor beide typen concentraties geldt dus, dat zij slechts kunnen worden verboden indien aan de criteria van artikel 2, lid 3, van de verordening is voldaan (zie punt 120 supra). Juist zoals elke andere concentratie moet een concentratie met conglomerataateffect bijgevolg door de Commissie worden goedgekeurd, indien niet aantoonbaar is dat zij op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan een machtspositie in het leven roept of versterkt die tot gevolg heeft, dat een daadwerkelijke mededinging aanmerkelijk wordt belemmerd.”

- 24 Betreffende de gevolgen voor de mededinging van een concentratie met conglomerataateffect, en de analyse van de Commissie in dat verband, heeft het Gerecht als volgt geoordeeld:

„148 Om te beginnen moet worden onderzocht, of een concentratie waardoor een mededingingsstructuur ontstaat die niet onmiddellijk tot een machtspositie

van de nieuwe entiteit leidt, krachtens artikel 2, lid 3, van de verordening kan worden verboden, wanneer de nieuwe entiteit naar alle waarschijnlijkheid dankzij de hefboomwerking die door de acquirerende partij wordt uitgeoefend vanuit de markt waar zij al een machtspositie bezit, in een betrekkelijk nabije toekomst een machtspositie kan verwerven op een andere markt waar de geacquireerde partij thans een leidende positie bezit, en wanneer de betrokken acquisitie aanmerkelijke mededingingsbeperkende effecten op de betrokken markten heeft.

[...]

150 A priori zal een concentratie tussen ondernemingen die op verschillende markten actief zijn, in de regel niet onmiddellijk na haar totstandkoming leiden tot het ontstaan of de versterking van een machtspositie door de cumulatie van de marktaandelen van de partijen bij de concentratie. De factoren die voor de relatieve positie van de concurrenten op een markt van belang zijn, zijn veelal op die markt zelf te vinden, en wel in het bijzonder de marktaandelen van de concurrenten en de mededingingsvoorwaarden op die markt. Dit betekent natuurlijk niet, dat de mededingingsvoorwaarden op een markt nooit door van buiten komende factoren beïnvloed kunnen worden.

151 Wanneer het gaat om naburige markten of wanneer een van de partijen bij de concentratie reeds een machtspositie op een ervan bezit, kan bijvoorbeeld door de bundeling van de middelen en capaciteiten van de twee partijen van meet af aan een situatie ontstaan waarin de nieuwe eenheid dankzij het hefboomeffect al vrij snel een machtspositie op de andere markt kan veroveren. Dit kan met name gebeuren, wanneer op de betrokken markten een tendens tot convergentie bestaat en wanneer, naast de machtspositie van de ene partij, de andere of een van de andere partijen bij de concentratie een leidende positie op de andere markt inneemt.

- 152 Elke andere uitlegging van artikel 2, lid 3, van de verordening dreigt het toezicht van de Commissie op concentraties die uitsluitend of hoofdzakelijk een conglomeraateffect hebben, onmogelijk te maken.
- 153 Wanneer derhalve de Commissie bij een prospectief onderzoek van de gevolgen van een concentratie van het conglomeraattype op grond van de door haar geconstateerde conglomeraateffecten tot de conclusie komt, dat naar alle waarschijnlijkheid in de relatief nabije toekomst een machtspositie zal ontstaan of zal worden versterkt en dat de mededinging op de betrokken markt daardoor aanmerkelijk zal worden belemmerd, is zij verplicht die concentratie te verbieden (zie, in die zin, arresten *Kali & Salz*, punt 221; *Gencor/Commissie*, punt 162, en *Airtours/Commissie*, punt 63, alle reeds aangehaald).
- 154 In dit verband moet ook onderscheid worden gemaakt tussen, enerzijds, het geval dat een concentratie met conglomeraateffect de mededingingsvoorwaarden op de tweede markt onmiddellijk wijzigt en, door toedoen van de op de eerste markt reeds bestaande machtspositie, op die tweede markt eveneens een machtspositie in het leven roept of versterkt, en, anderzijds, het geval dat het ontstaan of de versterking van een machtspositie op de tweede markt niet een onmiddellijk gevolg van de concentratie is, maar zich eerst na een zekere tijd zal voordoen als gevolg van de gedragingen van de nieuwe entiteit op de eerste markt, waar deze al een machtspositie bezit. In dit laatste geval is het niet de door de concentratie zelf geschapen structuur die een machtspositie in het leven roept of versterkt in de zin van artikel 2, lid 3, van de verordening, maar bedoelde toekomstige gedragingen.
- 155 In het geval van een concentratie met conglomeraateffect moeten aan de analyse van de Commissie dezelfde eisen worden gesteld als in de

rechtspraak zijn omschreven met betrekking tot het in het leven roepen van een collectieve machtspositie (arresten Kali & Salz, punt 222, en Airtours/Commissie, punt 63, beide reeds aangehaald). De analyse van een concentratie met een conglomerateffect waarvan de Commissie verwacht dat het de mededinging zal beperken, vergt van haar dus een uiterst zorgvuldig onderzoek van de omstandigheden die voor de beoordeling van dat effect op de mededingingssituatie op de referentiemarkt relevant lijken te zijn. Komt de Commissie tot de conclusie, dat een concentratie moet worden verboden, omdat zij binnen afzienbare tijd een machtspositie in het leven zal roepen of versterken, dan dient zij deugdelijk bewijs voor die conclusie te leveren (arrest Airtours/Commissie, reeds aangehaald, punt 63). Daar de gevolgen van een concentratie van het conglomeratetype vaak als neutraal of zelfs gunstig voor de mededinging op de betrokken markten worden beschouwd — zo bijvoorbeeld in de economische literatuur die in de bij de memories van partijen gevoegde analyses wordt aangehaald —, verlangt de bewijsvoering inzake mededingingsbeperkende conglomerateffecten van een concentratie een nauwkeurig en met deugdelijk bewijs gestaafd onderzoek van de omstandigheden welke die effecten teweeg zouden brengen (in overeenkomstige zin, arrest Airtours/Commissie, reeds aangehaald, punt 63)."

## Argumenten van partijen

- 25 De Commissie betoogt dat het Gerecht, zowel door de aard van zijn rechterlijke toetsing als door het vereiste bewijsniveau, is afgeweken van de door het Hof in het reeds aangehaalde arrest Kali & Salz uiteengezette beginselen. Zij merkt in dat verband op dat de volgende punten van dat arrest relevant zijn:

„220 Zoals gezegd, bepaalt artikel 2, lid 3, van de verordening, dat concentraties die een machtspositie in het leven roepen of versterken die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een

wezenlijk deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt moeten worden verklaard.

- 221 Wanneer een collectieve machtspositie aan de orde is, dient de Commissie derhalve op basis van een prospectief onderzoek van de referentiemarkt te oordelen, of de aangemelde concentratie leidt tot een situatie waarin een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt op significante wijze wordt belemmerd door de bij de concentratie betrokken ondernemingen en een of meer derde ondernemingen die samen, met name als gevolg van de tussen hen bestaande banden, één front kunnen vormen op de markt en in aanzienlijke mate onafhankelijk van de andere concurrenten, de klanten en, ten slotte, de verbruikers kunnen handelen.
- 222 Dit vereist een nauwgezet onderzoek van onder meer de omstandigheden die in het concrete geval relevant zijn voor de beoordeling van de gevolgen van de concentratie voor de mededinging op de referentiemarkt.
- 223 Opgemerkt zij evenwel, dat de basisregels van de verordening, inzonderheid artikel 2, de Commissie een discretionaire bevoegdheid geven, met name voor economische beoordelingen.
- 224 Bijgevolg moet de gemeenschapsrechter bij zijn controle van de uitoefening van een dergelijke bevoegdheid, die van wezenlijk belang is voor de invulling van de regels inzake concentraties, rekening houden met de aan de economische normen van de concentratieregeling ten grondslag liggende beoordelingsmarge.”



- 26 De Commissie trekt uit de in het arrest Kali & Salz neergelegde beginselen, en uit de controle door het Hof in de zaak naar aanleiding waarvan dat arrest is gewezen, de conclusie dat zij de betrokken markt nauwgezet dient te onderzoeken, rekening moet houden met alle relevante factoren, haar oordeel moet baseren op bewijselementen die de feiten correct weergeven, niet kennelijk irrelevant zijn en de conclusies die eruit worden getrokken kunnen schragen, en dat zij bovendien tot een op een coherente redenering gebaseerde conclusie moet komen.
- 27 In dat verband is zij om te beginnen van mening dat het vereiste van deugdelijk bewijs („convincing evidence”) inhoudelijk, qua niveau en aard, verschilt van zowel de uit het arrest Kali & Salz voortvloeiende verplichting om „significante en overeenstemmende” gegevens te verschaffen, als van het beginsel dat de beoordeling van de Commissie moet worden aanvaard indien niet wordt aangetoond dat zij kennelijk onjuist is. Het bewijsniveau is volgens de Commissie verschillend, daar het vereiste van significante en overeenstemmende gegevens, anders dan het vereiste van deugdelijk bewijs („convincing evidence”), niet uitsluit dat een andere instantie tot een andere conclusie zou komen indien zij bevoegd was om over de kwestie te beslissen. Ook de aard van het vereiste bewijs is verschillend, aangezien hij tot gevolg zou hebben dat ook de gemeenschapsrechter bevoegd is om over de zaak uitspraak te doen in al haar aspecten en zijn oordeel in de plaats kan stellen van dat van de Commissie. Het Gerecht spreekt zichzelf tegen, daar het zich beroept op het criterium van de kennelijke beoordelingsfout terwijl het een ander criterium toepast.
- 28 Vervolgens betoogt de Commissie dat een beoordelingsmarge inherent is aan ieder prospectief onderzoek. De waarschijnlijkheid van bepaalde marktevoluties binnen afzienbare tijd moet immers worden bepaald op basis van de bestaande marktoestand, van de waarneembare trends, en van andere geschikte indicatoren. Het vereiste dat de beoordeling van de Commissie in feite zou worden gebaseerd op onbetwiste of nagenoeg eenduidige bewijzen, ongeacht de waarde ervan, zou de Commissie de functie ontnemen die hierin bestaat dat zij de bewijselementen beoordeelt en op goede gronden aan bepaalde ervan een groter gewicht toekent dan aan andere.

29 Ten slotte voert de Commissie aan dat het door het Gerecht gehanteerde bewijscriterium haar zou verplichten om de verrichting goed te keuren wanneer het bewijs niet het vereiste niveau bereikt, hetgeen, de facto, zou neerkomen op een algemeen vermoeden van wettigheid van bepaalde concentraties, of, ten minste zou meebrengen dat die concentraties a priori welwillend moeten worden beschouwd. Artikel 2, leden 2 en 3, van de verordening legt de Commissie evenwel een dubbele verplichting op, om de concentratie te verbieden indien zij een machtspositie tot stand brengt of versterkt, of anders om ze goed te keuren indien zij niet een dergelijke positie tot stand brengt of versterkt. Uit deze verplichting blijkt de wil van de gemeenschapswetgever om de persoonlijke belangen van de deelnemers aan de concentratie evenzeer te beschermen als het openbare belang dat bestaat in de handhaving van een daadwerkelijke mededinging en de consumentenbescherming. Het evenwicht tussen deze twee verplichtingen dient ook terug te vinden te zijn in het gehanteerde criterium betreffende het gelijkwaardig niveau van het door de Commissie te leveren bewijs, daar de Commissie zowel in het ene als in het andere geval moet aantonen dat haar analyse correct is.

30 Ter illustratie van de door het Gerecht in het bestreden arrest uitgevoerde rechterlijke toetsing, haalt de Commissie inzonderheid de beoordeling van de groei van het gebruik van PET-verpakkingen voor gevoelige producten aan. Op dit punt heeft het Gerecht als volgt geoordeeld:

„210 Ter terechtzitting heeft de Commissie gepreciseerd, dat haar redenering niet op de exactheid van haar prognoses gebaseerd is, maar op de aanname van een aanmerkelijke toekomstige groei. Zij heeft ook erkend dat zij, wegens de nog bestaande onzekerheid over de commerciële toepasbaarheid van de noodzakelijke barrièretechnieken, niet met stelligheid van een aanmerkelijke groei van PET bij [niet-gearomatiseerde (UHT-)]melk kan uitgaan en dat zelfs de zeer bescheiden prognose in de [litigieuze] beschikking te hoog kan blijken te zijn. Zij heeft evenwel beklemtoond, dat haar prognoses van een waarschijnlijke sterke stijging van het gebruik van dat materiaal in de segmenten verse melk, sappen, KDV en, in het bijzonder, thee/koffiedranken in de jaren tot 2005 volstrekt plausibel zijn.

- 211 Het Gerecht stelt vast, dat niet kan worden uitgegaan van een echte stijging van het PET-gebruik voor UHT-melk, dat wil dus zeggen voor ongeveer de helft van de VZP-markt.
- 212 Met betrekking tot de rest van de VZP-markt moet worden vastgesteld, dat het rapport PCI [getiteld 'The Potential for PET in the Packaging of Liquid Dairy Products — 2001' (het potentieel van PET voor de verpakking van vloeibare zuivelproducten — 2001)] het enige onafhankelijke rapport dat op die markt betrekking heeft, een groei verwacht uitlopend op een marktaandeel voor PET van 9,2 % bij niet-gearomatiseerde verse melk in 2005 (PCI, blz. 64). Daarnaast verwacht het rapport Warrick [getiteld 'Warrick Research Report Packaging Markets — Aseptic Packaging Markets World and Western Europe — 2000' (Onderzoeksrapport van Warrick betreffende de verpakkingsmarkten. Markten van aseptisch verpakken — Wereld en West-Europa — 2000)] voor aseptische verpakkingen een minimumgroei van 1% bij gearomatiseerde melk en een lichte teruggang bij andere dranken op melkbasis, terwijl het rapport Pictet [getiteld 'Analysts' Report Pictet — European Packaging Machinery, Move into PET — September 2000' (Onderzoeksrapport Pictet — Europese verpakkingsmachines, overgang naar PET — september 2000)] geen specifieke prognoses met betrekking tot VZP bevat. Een en ander dwingt tot de conclusie, dat de Commissie, anders dan zij in haar verweerschrift stelt, niet heeft aangetoond, dat zij haar prognoses met betrekking tot VZP op een voorzichtige analyse van de onafhankelijke onderzoeken of op een reeks van bij haar marktonderzoek verkregen deugdelijke en overeenstemmende aanwijzingen heeft gebaseerd. De groeiramingen waar zij van uitgaat (punt 209 supra), zijn immers niet erg overtuigend. Enkel het rapport PCI zou eventueel steun kunnen bieden voor de verwachting, dat PET in 2005 een marktaandeel van 25 % zal hebben bij de andere dranken op basis van melk (te weten gearomatiseerde melk, melk- en yoghurtdranken) (PCI, blz. 63 en 64). Maar ook als die verwachting uitkwam, zou het betrokken volume in 2000 slechts met 62 000 ton stijgen en in 2005 92 800 ton bedragen, wat niet erg veel is vergeleken met de ongeveer 120 miljoen ton melk die jaarlijks in de Gemeenschap geproduceerd worden (PCI, blz. 9). Meer in het algemeen maakt de

[litigieuze] beschikking niet echt duidelijk, hoe PET in de periode tot 2005 HDPE als belangrijkste concurrent van karton voorbij zou kunnen streven, vooral in de belangrijkste sector verpakking van verse melk. Wat dit punt betreft, betwist de Commissie noch het door [het onderzoeksbureau] Canadean genoemde totaalcijfer voor het gebruik van HDPE voor VZP (17,3 % in 2000), noch de prognose van de stijging van dat cijfer tot 19,5 % in 2005 (zie tabel 5, punt 105 van de considerans).

- 213 Bij sappen is de prognose van de Commissie nog minder overtuigend. Ofschoon zijzelf zegt, dat de groei hoofdzakelijk een gevolg zal zijn van de overgang van glas op PET, ontbreekt elke analyse van de glasmarkt, wat het Gerecht de mogelijkheid ontnemt de prognoses van de Commissie met betrekking tot sappen te verifiëren. Een dergelijke analyse zou voor het Gerecht noodzakelijk zijn geweest om de waarschijnlijke omvang van de overgang van glas op, bijvoorbeeld, karton, PET en HDPE te kunnen onderzoeken, en zij was te meer noodzakelijk wegens de verschillen in groeipercenages en onderzoeksperiodes waarop de prognoses in de onderzoeken van Canadean en Warrick enerzijds en Pictet anderzijds betrekking hebben.
- 214 Voor de door de Commissie in de [litigieuze] beschikking vermelde groeiprognozes met betrekking tot VZP en sappen bestaat derhalve rehtens onvoldoende bewijs. Een zekere groei in die segmenten is stellig waar-schijnlijk, vooral bij de duurdere producten, maar overtuigend bewijs voor de omvang van die groei ontbreekt.
- 215 Blijkens de onafhankelijke onderzoeken daarentegen zal het gebruik van PET voor het verpakken van KDV en thee/koffiedranken, isotonische dranken daaronder begrepen, tegen 2005 naar alle waarschijnlijkheid in niet geringe mate stijgen. Daar de in de [litigieuze] beschikking geprognosti-ceerde omvang van die stijging door verzoekster ter terechtzitting niet serieus is betwist en vergeleken met de prognose van de genoemde onderzoeken ook niet te hoog gesteld lijkt te zijn, moet worden geconclu-deerd dat de Commissie op dit punt geen fout heeft gemaakt.”

- 31 De Commissie verwijt het Gerecht in wezen niet te hebben aangetoond dat haar groeiramingen betreffende het PET-gebruik waren gebaseerd op: 1) feitelijke vergissingen, 2) niet bewezen feitelijke vaststellingen of op kennelijk onbelangrijke gegevens berustende conclusies, 3) onsamenhangende redeneringen of denkfouten, of 4) de omissie van relevante overwegingen. Het Gerecht heeft de beoordeling door de Commissie van de bewijselementen zonder motivering afgewezen, de feiten onjuist voorgesteld, bijvoorbeeld waar het in punt 213 van het bestreden arrest heeft vastgesteld dat de Commissie de glasmarkt niet had geanalyseerd, en het heeft zijn eigen beoordelingen opgelegd, die in strijd met die van de Commissie en kennelijk onjuist zijn, bijvoorbeeld waar het in punt 289 van voornoemd arrest heeft geoordeeld dat „verse melk niet een product is waarbij de voordelen die PET voor het in de handel brengen biedt, een bijzonder grote rol spelen”, of waar het in de punten 288 en 328 van hetzelfde arrest overwoog dat PET duurder is dan karton.
- 32 Tetra betoogt dat het eerste middel van de Commissie slechts een semantisch debat is inzake de in het bestreden arrest gebruikte bewoordingen maar niet inzake het onderzoek ten gronde van het Gerecht. Volgens Tetra kan het argument van de Commissie niet slagen, omdat er geen samenhangende terminologie bestaat inzake het vereiste bewijsniveau.
- 33 Tetra merkt eveneens op dat de door het Hof in het arrest Kali & Salz gebruikte terminologie, waar de Commissie voor de bewijsregeling naar verwijst, het Hof in de zaak waarin dat arrest is gewezen er niet van heeft weerhouden zowel de door de Commissie tot staving van haar argumenten aangevoerde feitelijke gegevens als de conclusies die zij daaruit in de betrokken beschikking had getrokken, grondig te onderzoeken.
- 34 Volgens Tetra heeft het Gerecht de beoordelingsmarge van de Commissie in acht genomen, is het niet buiten de grenzen van zijn rechterlijke toetsingsbevoegdheid getreden bij de afwijzing van de motivering van de litigieuze beschikking, maar heeft het enkel vastgesteld dat de Commissie het bestaan van een hefboomwerking niet had bewezen.

- 35 Tetra betoogt dat de Commissie punt 153 van het bestreden arrest onjuist uitlegt wanneer zij daaruit afleidt dat dit punt een ongelijk bewijsniveau en een de facto vermoeden van wettigheid van concentraties oplegt. Het Gerecht heeft in dit punt enkel uiteengezet hoe wordt voldaan aan de verplichting om de gevolgen van dergelijke concentraties te bewijzen.
- 36 Wat het door de Commissie aangehaalde voorbeeld inzake de analyse door het Gerecht van de groei van het gebruik van PET-verpakkingen voor gevoelige producten betreft, volgt volgens Tetra uit een vergelijking van de hogere voorziening met het bestreden arrest dat de Commissie dit arrest onjuist interpreteert of verdraait, onder meer door een aantal citaten uit hun context te lichten.

#### Beoordeling door het Hof van het eerste middel

- 37 Met haar eerste middel betwist de Commissie het bestreden arrest voorzover het Gerecht, wanneer de Commissie een beschikking vaststelt waarbij een concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard, van haar een niveau van bewijs en een kwaliteit van bewijselementen tot staving van haar argumentatie verlangt die onverenigbaar zijn met haar ruime beoordelingsbevoegdheid in economische kwesties. Zo verwijt zij het Gerecht artikel 230 EG te hebben geschonden door boven het hem door de rechtspraak toegekende toezichtsniveau te zijn gegaan en, in het onderhavige geval, artikel 2, leden 2 en 3, van de verordening onjuist te hebben toegepast door voor bepaalde concentraties een wettigheidsvermoeden in het leven te roepen.
- 38 In dat verband zij vastgesteld dat het Gerecht in punt 119 van het bestreden arrest de criteria voor de rechterlijke toetsing van een concentratiebeschikking van de Commissie, zoals deze in het arrest *Kali & Salz* zijn geformuleerd, correct in herinnering heeft gebracht. In de punten 223 en 224 van laatstgenoemd arrest stelde

het Hof dat de materieelrechtelijke voorschriften van de verordening, in het bijzonder artikel 2 ervan, de Commissie een zekere discretionaire bevoegdheid geven, met name op het punt van economische beoordelingen, zodat de gemeenschapsrechter, bij zijn toezicht op de uitoefening van die — voor de opstelling van regels voor concentraties essentiële — bevoegdheid rekening dient te houden met de beoordelingsmarge die in de economische normen van de concentratieregeling besloten ligt.

- 39 Dat het Hof de beoordelingsmarge van de Commissie in economische kwesties erkent, neemt niet weg dat de gemeenschapsrechter de interpretatie van de Commissie van economische gegevens mag toetsen. Met name dient de gemeenschapsrechter immers niet enkel de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen, en de betrouwbaarheid en samenhang ervan, te controleren, maar hij moet ook controleren of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe toestand, en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen. Een dergelijke controle is des te noodzakelijker in geval van een bij het onderzoek van een geplande concentratie met conglomerateffect uit te voeren prospectieve analyse.
- 40 Derhalve heeft het Gerecht in punt 155 van het bestreden arrest op goede gronden, met name onder verwijzing naar het arrest Kali & Salz, gesteld dat in het geval van een concentratie met conglomerateffect aan de analyse van de Commissie dezelfde eisen moeten worden gesteld als in de rechtspraak zijn vastgesteld met betrekking tot het in het leven roepen van een collectieve machtspositie, en dat een dergelijke analyse een zorgvuldig onderzoek vergt van de omstandigheden die voor de beoordeling van dat effect op de mededingingssituatie op de referentiemarkt relevant lijken te zijn.
- 41 Hoewel het Gerecht in punt 155 ook heeft gepreciseerd dat de bewijsvoering inzake mededingingsbeperkende conglomerateffecten van een concentratie van het type dat is aangemeld, een nauwkeurig en met deugdelijk bewijs („convincing evidence”) gestaafd onderzoek vergt van de omstandigheden welke die effecten teweeg zouden

brengen, heeft het volstrekt geen voorwaarde inzake het vereiste bewijsniveau toegevoegd, maar enkel herinnerd aan de kernfunctie van bewijs, namelijk de overtuiging doen ontstaan dat een zienswijze, of zoals in het onderhavige geval, een concentratiebeschikking, gegrond is.

- 42 Een prospectieve analyse, zoals die welke vereist is op het gebied van de controle van concentraties, moet zeer zorgvuldig worden uitgevoerd, aangezien het er niet om gaat gebeurtenissen uit het verleden te onderzoeken, waarvoor meestal talrijke gegevens voorhanden zijn die toelaten de oorzaken ervan te begrijpen, en evenmin om actuele gebeurtenissen te onderzoeken, maar wel om in te schatten hoe waarschijnlijk toekomstige gebeurtenissen zijn indien een beschikking achterwege blijft waarbij de geplande concentratie wordt verboden of daaraan voorwaarden worden verbonden.
- 43 Derhalve bestaat de prospectieve analyse in het onderzoek van de veranderingen die een concentratie kan teweegbrengen in de factoren die de mededingingssituatie op een bepaalde markt bepalen, om na te gaan of die veranderingen zullen leiden tot een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging. Bij een dergelijke analyse moet worden onderzocht welke oorzaken welke gevolgen kunnen hebben, om uit te maken welke de meest waarschijnlijke scenario's zijn.
- 44 De analyse van een concentratie van het „conglomeraat”-type is een prospectieve analyse waarbij vanwege het ruime tijdsbestek waarop de vooruitzichten betrekking hebben, en de voor een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging vereiste hefboomwerking, moeilijk waarneembaar, onzeker en moeilijk aan te tonen is welke oorzaken welke gevolgen gaan teweegbrengen. In dat verband is de kwaliteit van de door de Commissie overgelegde bewijselementen ten bewijze van de noodzaak van een beschikking die de concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaart, bijzonder belangrijk, aangezien die elementen grond dienen op te leveren voor de beoordeling van de Commissie, dat de economische ontwikkelingen die zij verwacht indien een dergelijke beschikking achterwege blijft, realistisch zijn.



- 45 Uit een en ander volgt dat het Gerecht niet blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsofpvatting door de criteria van zijn rechterlijke toetsing in herinnering te brengen of door te preciseren wat het niveau dient te zijn van de door de Commissie over te leggen bewijselementen wanneer deze dient aan te tonen dat aan de voorwaarden van artikel 2, lid 3, van de verordening is voldaan.
- 46 Wat de in deze zaak door het Gerecht concreet uitgevoerde rechterlijke toetsing betreft, blijkt uit het door de Commissie aangevoerde voorbeeld inzake het toegenomen gebruik van PET-verpakkingen voor gevoelige producten, niet dat het Gerecht buiten de aan de toetsing van een administratieve beslissing door de gemeenschapsrechter gestelde grenzen zou zijn getreden. Anders dan de Commissie stelt, is punt 211 van het bestreden arrest slechts een beknoptere herformulering, in de vorm van een vaststelling van het Gerecht, van de in punt 210 van dat arrest samengevatte erkenning van de Commissie ter terechtzitting, dat haar prognose in de litigieuze beschikking betreffende de groei van het gebruik van PET-verpakkingen voor UHT-melk, te optimistisch was. In punt 212 van het arrest heeft het Gerecht gemotiveerd waarom het van oordeel was dat de door de Commissie overgelegde bewijselementen ongegrond waren, door erop te wijzen dat van de drie door haar aangehaalde onafhankelijke rapporten enkel het PCI-rapport informatie bevat betreffende het gebruik van PET-verpakkingen voor melk. Verder in punt 212 toont het Gerecht ook aan dat de door de Commissie overgelegde bewijzen weinig overtuigend waren, en benadrukte het dat de door het PCI-rapport voorziene groei weinig significant was en dat de prognose van de Commissie betreffende het PET-gebruik niet overeenkwam met de onbetwiste gegevens van de andere rapporten betreffende het HDPE-gebruik. In punt 213 van het bestreden arrest merkt het Gerecht enkel op dat de analyse van de Commissie onvolledig is, waardoor het niet mogelijk is haar prognoses te aanvaarden wegens de verschillen die zijn vastgesteld tussen die prognoses en die van de andere rapporten.
- 47 Met een van haar andere voorbeelden betwist de Commissie de stelling van het Gerecht in punt 289 van het bestreden arrest, dat „verse melk niet een product is waarbij de voordelen die PET voor het in de handel brengen biedt, een bijzonder grote rol spelen”, alsmede de conclusies van het Gerecht in de punten 288 en 328 van het bestreden arrest betreffende de kostprijs van PET in vergelijking met die van karton. In dat verband zij opgemerkt dat dit feitelijke beoordelingen zijn, die door

het Hof in het kader van een hogere voorziening niet worden getoetst. Zonder dat het Hof dus uitspraak doet over de gegrondheid van de conclusie van het Gerecht in dat verband, kan worden volstaan met vast te stellen dat het Gerecht zijn oordeel kon baseren op verschillende onderdelen van de litigieuze beschikking.

- 48 Blijkens deze voorbeelden heeft het Gerecht de door hem uit te voeren, in punt 39 van het onderhavige arrest beschreven, toetsing verricht. Het Gerecht heeft gepreciseerd en gemotiveerd waarom de conclusies van het Commissie hem onjuist voorkwamen, daar zij op ontoereikende, onvolledige, weinig significante en onderling tegenstrijdige gegevens waren gebaseerd.
- 49 Aldus heeft het Gerecht de criteria voor de rechterlijke toetsing door de gemeenschapsrechter in acht genomen, conform artikel 230 EG.
- 50 Uit het voorgaande onderzoek blijkt dus niet dat het Gerecht artikel 2, leden 2 en 3, van de verordening heeft geschonden.
- 51 Gelet op een en ander, is het eerste middel ongegrond.

### *Tweede middel*

- 52 Met haar tweede middel verwijt de Commissie het Gerecht de artikelen 2 en 8 van de verordening te hebben geschonden, door haar de verplichting op te leggen

rekening te houden met de invloed van de onwettigheid van bepaalde gedragingen op de beweeggronden voor de nieuwe entiteit om gebruik te maken van een hefboomwerking, en te beoordelen of de verbintenissen om geen onrechtmatige gedragingen te stellen de situatie zouden kunnen bijsturen.

53 De betwiste onderdelen van het bestreden arrest bevinden zich in het gedeelte ervan dat betrekking heeft op het onderzoek van het middel inzake het ontbreken van een voorzienbaar conglomerateffect, waarin het Gerecht meer in het bijzonder de waarschijnlijkheid van een hefboomwerking heeft onderzocht. Volgens de Commissie was de nieuwe entiteit in staat voordeel te trekken uit haar machtspositie op de markt van het aseptische karton, en was zij daartoe geneigd om door middel van een hefboomwerking haar leiderspositie op de markten van PET-installaties — in het bijzonder op de markt van voor gevoelige producten gebruikte SBM-machines met kleine of met grote capaciteit — om te zetten in een machtspositie.

54 Punt 364 van de litigieuze beschikking (overgenomen in punt 49 van het bestreden arrest) beschrijft als volgt hoe de hefboomwerking wordt uitgeoefend:

„Door aldus [die positie] [...] op verschillende wijze[n] als hefboom te gebruiken, zou Tetra/Sidel [...] in staat zijn kartonverpakkingsmachines en de bijbehorende verbruiksartikelen te koppelen aan PET-verpakkingsmachines en mogelijk preforms (in het bijzonder preforms met verbeterde barrière-eigenschappen). Verder zou de gefuseerde onderneming pressie kunnen uitoefenen of stimulansen kunnen bieden (als bodemprijzen of prijsoorlogen en loyaliteitskortingen) om te bereiken dat eigen klanten op kartongebied PET-machines en mogelijk preforms bij Tetra/Sidel en niet bij de concurrenten of bij verpakkers aanschaffen.”

55 In antwoord op de bezwaren van de Commissie heeft Tetra voorgesteld een aantal verbintenissen aan te gaan. De Commissie was evenwel van mening dat deze verbintenissen niet volstonden om de door haar geïdentificeerde mededingings-

problemen daadwerkelijk te verhelpen. Wat de verbintenissen inzake gedragingen betreft, is de litigieuze beschikking in de punten 429 tot en met 432 ervan, met als opschrift „Scheiding Sidel van Tetra en verbintenissen overeenkomstig artikel 82”, als volgt gemotiveerd:

„429 De verbintenissen ter correctie van gedragingen, te weten de scheiding tussen Sidel en Tetra Pak plus de bevestiging van reeds met het oog op artikel 82 aangegane verbintenissen, zijn speciaal gericht op het wegnemen van bezorgdheid omtrent het vermogen van de gefuseerde onderneming zijn machtspositie op het gebied van kartonverpakking te gebruiken als hefboom om een machtspositie te verwerven op de markt voor PET-verpakkingsmachines. Deze verplichting en ook die welke reeds uit hoofde van artikel 82 zijn aangegaan, komen evenwel neer op correctie van gedragingen. Als zodanig zijn ze ongeschikt als waarborgen voor een duurzaam herstel van de voorwaarden voor een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt [...], want ze brengen geen verandering in de blijvende verstoring van de marktstructuur die door de aangemelde transactie wordt gecreëerd en die de bezorgdheid op dit punt veroorzaakt.

430 De ‚scheiding’ tussen de bedrijven Sidel en Tetra Pak verandert het feit niet dat, zoals uitdrukkelijk in het voorstel zelf is aangegeven, de raad van bestuur van Sidel ‚rechtstreeks onder de raad van bestuur van de Tetra Laval Group ressorteert’. Het is niet te verwachten dat zo’n scheiding Sidel zou verhinderen de commerciële strategie van de Tetra Laval Group door te voeren. Bovendien kan de wettelijke status van Sidel worden gewijzigd, bijvoorbeeld door Sidel van de aandelenmarkt te halen en er een besloten vennootschap van te maken zoals Tetra Laval, wat het bewaken van een ‚scheiding’ nagenoeg onmogelijk zou maken.

431 De verplichting geen ‚koppelverkoop’ te plegen en de bevestiging van reeds met het oog op artikel 82 aangegane verbintenissen zijn niet meer dan beloften om niet op een bepaalde manier te handelen, in feite om niets te doen dat tegen de communautaire wetgeving indruist. Dergelijke gedrags-toezeggingen zijn uiterst lastig te controleren en heel iets anders dan wat het

bekende beleid van de Commissie met betrekking tot het doel van de concentratieverordening en het corrigeren van marktverstoringen inhoudt [...]

432 Alles bijeen zijn de voorgestelde verbintenissen lastig door te voeren en te controleren, maar vooral ook is niet in te zien dat ze een doeltreffende oplossing bieden voor de aangegeven verstoringen van de concurrentieverhoudingen.”

56 Met haar betoog betwist de Commissie de punten 156 tot en met 162 van het bestreden arrest, die onmiddellijk volgen op de punten 148 tot en met 155 ervan, die zij eveneens heeft bekritiseerd en die door het Hof in het kader van het eerste middel zijn onderzocht. Het Gerecht oordeelde in die punten als volgt:

„156 Naast de mogelijke toepassing door de nieuwe entiteit van praktijken als verkoop van installaties en verbruiksproducten voor kartonnen verpakkingen in combinatie met de verkoop van PET-verpakkingsinstallaties of zelfs gedwongen verkopen (punten 345 en 365 van de considerans), zou de in de [litigieuze] beschikking beschreven hefboomwerking vanuit de markten van aseptisch karton in casu waarschijnlijk de vorm aannemen van a) toepassing van afbraakprijzen („predatory pricing”, punt 364 van de considerans, aangehaald in punt 49 supra), b) uitlokken van prijsoorlogen, en c) toekenning van getrouwheidskortingen. Dankzij dergelijke praktijken zou de nieuwe entiteit er zeker van kunnen zijn, dat haar afnemers op de kartonmarkten zich voor hun eventuele behoeften aan PET-materialen zo veel mogelijk bij Sidel bevoorraden. Daarbij zij erop gewezen, dat in de [litigieuze] beschikking het bestaan wordt vastgesteld van een machtspositie van Tetra op de markten van aseptisch karton, dat wil zeggen de markten van aseptische kartonverpakkingssystemen en aseptische kartonnen verpakkingen (punt 231 van de considerans, zie punt 40 supra), wat door verzoekster niet wordt betwist.

- 157 Het Gerecht herinnert eraan, dat wanneer een onderneming een machtspositie bezit, zij volgens vaste rechtspraak ook zonder dat de Commissie eventueel een beschikking in die zin heeft gegeven, verplicht is haar gedraging zo nodig dienovereenkomstig aan te passen, teneinde geen afbreuk te doen aan een daadwerkelijke mededinging op de markt (arrest Hof van 9 november 1983, Michelin/Commissie, 322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 57; arresten Gerecht van 10 juli 1990, Tetra Pak/Commissie, T-51/89, Jurispr. blz. II-309, punt 23, en 22 maart 2000, Coca-Cola/Commissie, T-125/97 en T-127/97, Jurispr. blz. II-1733, punt 80).
- 158 Antwoordend op de vragen van het Gerecht ter terechtzitting, heeft de Commissie niet ontkend, dat wanneer Tetra door middel van de hiervóór genoemde gedragingen een hefboomeffect zou bewerkstelligen, dit een misbruik zou kunnen zijn van haar bestaande machtspositie op de markten van aseptisch karton. In haar verweerschrift toont de Commissie zich bezorgd, dat de nieuwe entiteit haar positie ook zou kunnen misbruiken door medewerking te weigeren aan de installatie of eventuele ombouw van SBM-machines van Sidel die door converters zijn verkocht, door geen service voor die machines te verlenen en garanties niet te honoreren. Dat een bepaalde gedraging een zelfstandige schending van artikel 82 EG kan zijn, aldus de Commissie, belet evenwel niet, dat zij die gedraging in aanmerking neemt bij haar beoordeling van alle door een concentratie mogelijk gemaakte vormen waarin een hefboomeffect tot gelding kan komen.
- 159 Opmerking verdient, dat een concentratie die een machtspositie in het leven roept of versterkt en daardoor aanmerkelijke mededingingsbeperkende gevolgen heeft, ingevolge de verordening moet worden verboden, maar daarvoor behoeft niet het bewijs te worden geleverd, dat de nieuwe entiteit zich als gevolg van de concentratie zal gaan gedragen op een wijze die misbruik van haar positie oplevert en bijgevolg onwettig is. Ofschoon de Commissie dus niet mag uitgaan van het vermoeden, dat de partijen bij een concentratie van het conglomeraattype zich niet aan het gemeenschapsrecht zullen houden, kan zij bij haar toezicht op concentraties die mogelijkheid ook niet uitsluiten. Wanneer de Commissie haar analyse van de gevolgen

van een dergelijke concentratie baseert op voorzienbare gedragingen die op zich misbruik van een bestaande machtspositie kunnen vormen, dient zij derhalve te beoordelen, of het ondanks het feit dat dergelijke gedragingen verboden zijn, niettemin waarschijnlijk is dat de nieuwe entiteit ertoe zal overgaan, dan wel of de onwettigheid en/of het risico van ontdekking van de gedraging een dergelijke strategie juist weinig waarschijnlijk maakt. Hoewel bij die beoordeling terecht rekening kan worden gehouden met omstandigheden die een prikkel tot mededingingsbeperkende praktijken kunnen zijn, zoals in casu voor Tetra de voorspelbare commerciële voordelen op de markten van PET-installaties (punt 359 van de considerans), dient de Commissie ook te onderzoeken, in hoeverre die prikkels zwakker of zelfs geheel krachteloos worden door de onwettigheid van de betrokken gedragingen, de kans dat deze door de bevoegde communautaire of nationale autoriteiten worden ontdekt en vervolgd, en de geldelijke sancties die eruit kunnen voortvloeien.

- 160 Daar de Commissie in de [litigieuze] beschikking heeft nagelaten die beoordeling te verrichten, terwijl haar analyse gebaseerd is op de mogelijkheid en zelfs de waarschijnlijkheid, dat Tetra zich op de markten van aseptisch karton zo zal gaan gedragen, moeten haar conclusies desbetreffend van de hand worden gewezen.
- 161 Ook de omstandigheid dat verzoekster verbintenissen omtrent haar toekomstige gedragingen heeft aangeboden, is een gegeven dat de Commissie in het onderhavige geval had moeten meewegen bij haar beoordeling van de waarschijnlijkheid, dat de nieuwe entiteit zich zo gaat gedragen, dat het op een of meer van de relevante markten van PET-installaties tot een machtspositie komt. Uit de [litigieuze] beschikking blijkt niet, dat de Commissie de implicaties van die verbintenissen in aanmerking heeft genomen bij haar analyse, of er door de verwachte hefboomwerking in de toekomst een machtspositie zou kunnen ontstaan.

162 Gelet op het voorgaande moet thans worden onderzocht, of de Commissie haar prospectieve analyse van de waarschijnlijkheid van hefboomwerking vanuit de markten van aseptisch karton en van de gevolgen van het uitbuiten van die werking door de nieuwe entiteit op voldoende deugdelijk bewijs heeft gebaseerd. Dit onderzoek dient zich in casu uitsluitend te richten op gedragingen die althans waarschijnlijk niet onwettig zouden zijn. Daar de verwachte machtspositie pas na verloop van tijd tot stand zou komen — volgens de Commissie tussen nu en 2005 —, dient de prospectieve analyse van de Commissie, zelfs rekening houdend met haar beoordelingsvrijheid, bijzonder aannemelijk te zijn.”

57 Het Gerecht heeft de wijzen waarop een hefboomwerking kan worden uitgeoefend grondig onderzocht en oordeelde daarbij als volgt:

„217 De in punt 364 van de considerans van de [litigieuze] beschikking genoemde wijzen waarop hefboomwerking kan worden uitgeoefend (zie punt 49 supra), zijn gebaseerd op Tetra's machtspositie op de markten van aseptisch karton. Met name gelet op de verbintenis van Tetra om haar activiteiten op het gebied van preforms van de hand te doen, zijn er twee groepen van maatregelen die zich voor het toepassen van hefboomwerking lenen: in de eerste plaats het uitoefenen van druk, die tot gebonden verkoop of koppelverkoop van installaties en verbruiksgoederen voor kartonnen verpakkingen met installaties voor PET-verpakkingen leidt. Deze druk kan worden uitgeoefend op de afnemers van Tetra die voor een gedeelte van hun productie kartonnen verpakkingen blijven gebruiken, en vooral die welke met Tetra langlopende leveringscontracten voor kartonnen verpakkingen hebben (punt 365 van de considerans, aangehaald in punt 50 supra). In de tweede plaats kunnen lokmaatregelen worden toegepast, in de vorm van afbraakprijzen, een prijzenoorlog en getrouwheidskortingen.

218 Wanneer echter een onderneming met een machtspositie zoals Tetra die op de markten van aseptisch karton heeft, gebruikmaakt van drukmiddelen zoals gedwongen verkopen, of van prikkels zoals afbraakprijzen of ongerechtvaardigde getrouwheidskortingen, zal dat in de regel misbruik van die positie opleveren. Gelijk eerder opgemerkt, kan de Commissie een beschikking waarbij een overeenkomstig de verordening bij haar aangemelde



concentratie wordt verboden, niet baseren op een vermoeden dat dergelijke strategieën zullen worden toegepast, zoals zij in de [litigieuze] beschikking heeft gedaan (zie punten 154-162 supra). Van de mogelijke wijzen van hefboomwerking kan het Gerecht derhalve enkel die in aanmerking nemen welke althans waarschijnlijk geen misbruik van een machtspositie op de markten van aseptisch karton vormen.

- 219 Het onderzoek zal kortom dus gericht moeten zijn op strategieën als gebonden of gekoppelde verkopen, die op zich geen gedwongen verkopen zijn, objectief gerechtvaardigde getrouwheidskortingen op de kartonmarkten of voordelige prijzen voor karton- of PET-verpakkingsinstallaties, die geen afbraakprijzen zijn in de zin van de vaste rechtspraak (arrest Hof van 3 juli 1991, AKZO/Commissie, C-62/86, Jurispr. blz. I-3359, met name punten 102, 115, 156 en 157; arrest van 14 november 1996, Tetra Pak/Commissie [C-333/94 P, Jurispr. blz. I-5951], punten 41-44, houdende bevestiging van het arrest [van het Gerecht van] van 6 oktober 1994, Tetra Pak/Commissie [T-83/91, Jurispr. blz. II-755], beide reeds aangehaald, en conclusie van advocaat-generaal Fennelly bij arrest Hof van 16 maart 2000, Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie, C-395/96 P en C-396/96 P, Jurispr. blz. I-1365, I-1371, met name punten 123-130). In dit verband moet worden onderzocht, of de Commissie rekening heeft gehouden met de — in principe voor de duur van tien jaar aangeboden — verbintenis om Sidel apart te houden van de tot Tetra Pak behorende vennootschappen, volgens welke er geen gecombineerde aanbiedingen van kartonproducten van Tetra en SBM-machines van Sidel zullen worden gedaan.
- 220 Naar uit de [litigieuze] beschikking blijkt, heeft Tetra de Commissie voorts verzocht rekening te houden met haar bestaande verplichtingen ingevolge artikel 3, lid 3, van beschikking 92/163 [...] Die bepaling luidt:

„Tetra Pak past geen op het uitschakelen van concurrentie gerichte noch discriminerende prijzen toe en verleent geen enkele klant in welke vorm dan ook gunstigere kortingen voor haar product of gunstigere betalingsvoorwaarden die niet

door een objectieve tegenprestatie zijn gerechtvaardigd. Zo mogen de kortingen voor kartons alleen betrekking hebben op kwantumkortingen bij de bestelling, die niet met die voor kartons van een ander type mogen worden gecumuleerd.'

- 221 Tetra heeft dus duidelijk te kennen gegeven, dat zij de bijzondere verplichtingen die artikel 82 EG haar in verband met haar machtspositie op de markten van aseptisch karton oplegt, volledig zal nakomen. Ook heeft zij opnieuw verklaard, dat zij alle verplichtingen aanvaardt die haar na de vaststelling van een schending van artikel 82 EG bij beschikking 92/163 met betrekking tot die markten zijn opgelegd. Bovendien heeft zij zich in de onderhavige zaak verbonden geen gecombineerde aanbiedingen van haar eigen kartonproducten en SBM-machines van Sidel te doen.
- 222 De enige gebonden verkopen of koppelverkopen die in de praktijk voor de nieuwe entiteit nog mogelijk zijn, zouden aanbiedingen van Tetra aan haar huidige afnemers op de kartonmarkt zijn, die, zonder verplicht of dwingend te zijn, slechts betrekking zouden kunnen hebben op kartonverpakingsinstallaties en/of kartonnen producten enerzijds en PET-verpakingsinstallaties met uitzondering van SBM-machines anderzijds. Hoewel de Commissie in de [litigieuze] beschikking (punten 177 en 369 van de considerans) en in haar schriftelijke en mondelinge opmerkingen het belang beklemtoont van het feit dat de nieuwe entiteit nagenoeg alle voor de inrichting van een geïntegreerde PET-productielijn noodzakelijke uitrusting zal kunnen aanbieden, moet hierbij wel worden opgemerkt, dat uit de verbintenissen volgt, dat de nieuwe entiteit een afnemer geen gecombineerd aanbod zal kunnen doen voor kartonverpakingsinstallaties en een geïntegreerde PET-productielijn, althans voorzover deze laatste een SBM-machine van Sidel zou omvatten.
- 223 Ook al berust de conclusie in de [litigieuze] beschikking over de prijsdiscriminatie die in het verleden door Sidel zou zijn toegepast, afgaande op de schrifturen van partijen en de opmerkingen van de Commissie betreffende de eraan ten grondslag liggende econometrische analyse, niet op

een kennelijke beoordelingsfout, toch vormt zij geen voldoende zeker bewijs, dat de nieuwe entiteit met een dergelijke gedraging zal voortgaan. Anders dan Sidel vóór de concentratie, is die immers niet slechts aan haar verbintenissen gebonden, maar ook aan de diverse verplichtingen die het gedrag van Tetra inperken.

- 224 Mitsdien moet worden geconcludeerd, dat de mogelijkheden van de nieuwe entiteit om een hefboomwerking uit te oefenen, tamelijk beperkt zouden zijn. Bij het onderzoek van de voorzienbare gevolgen indien toch van hefboomwerking gebruik werd gemaakt, moet daar rekening mee worden gehouden.”

## Argumenten van partijen

- 58 De Commissie betoogt in de eerste plaats dat de redeneerwijze van het Gerecht inzake de conglomerateffecten en de onwettige gedragingen van Tetra in strijd is met artikel 2 van de verordening en met het toezicht op concentraties in het algemeen.
- 59 In de eerste plaats voert zij aan dat deze redeneerwijze in strijd is met de rationele uitlegging van voornoemd artikel 2. Indien artikel 82 EG immers voldoende was geweest om misbruiken te voorkomen, was het niet nodig geweest om een a priori controle van concentraties in te stellen. De Commissie betwist meer in het bijzonder punt 218 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht heeft geoordeeld dat „de Commissie [niet uit kan gaan van] een vermoeden dat dergelijke [oneerlijke] strategieën zullen worden toegepast”, en is integendeel van mening dat het vermoeden dat een onderneming met een machtspositie het rationeel kan vinden om concurrenten uit te sluiten en/of om haar afnemers uit te buiten, en dus, in bepaalde gevallen, om inbreuk te maken op artikel 82 EG, in de verordening is neergelegd.

- 60 Vervolgens overweegt de Commissie dat de redeneerwijze van het Gerecht onjuist is, omdat zij op een ongerechtvaardigd en met artikel 2 van de verordening strijdig onderscheid tussen verschillende typen van concentraties is gebaseerd. In dat verband maakt zij bezwaar tegen punt 154 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht stelt dat het niet de door de concentratie zelf geschapen structuur is die een machtspositie in het leven roept of versterkt in de zin van voornoemd artikel 2, lid 3, maar wel de toekomstige gedragingen van de nieuwe entiteit. Zij betoogt dat een dergelijke zienswijze in strijd is met punt 94 van het reeds aangehaalde arrest Gencor/Commissie, waarin het Gerecht oordeelde dat een concentratie een rechtstreeks gevolg had wanneer „het scheppen van de voorwaarden die dit soort [misbruiken] [...] niet alleen mogelijk maar ook economisch verantwoord maken, een rechtstreeks en onmiddellijk gevolg van de concentratie [zou] zijn geweest, aangezien de concentratie de daadwerkelijke mededinging op de markt op significante wijze zou hebben belemmerd door de structuur van de betrokken markten duurzaam te wijzigen”. Zij betoogt dat het door het Gerecht in het bestreden arrest gemaakte onderscheid tussen de situatie waarin een machtspositie op de tweede markt onmiddellijk dan wel op middellange termijn tot stand komt niet gerechtvaardigd is. Dit onderscheid brengt volgens de Commissie namelijk het risico mee dat verticale concentraties of concentraties met conglomeraateffect aan de toepassing van voornoemde verordening ontsnappen, aangezien dit typen van concentraties zijn die de nieuwe entiteit in staat stellen en aanzetten om haar machtspositie op een markt te gebruiken — en te misbruiken —, om haar concurrenten op een tweede markt uit te sluiten. De Commissie komt tot de conclusie dat in casu had moeten worden geoordeeld dat de concentratie een onmiddellijke wijziging van de mededingingsstructuur en -voorwaarden tot gevolg had.
- 61 Ten slotte betoogt de Commissie dat onoverkomelijke juridische en praktische hinderpalen het onderzoek onmogelijk maken van het afschrikkend effect dat uitgaat van het feit dat een aantal oneerlijke handelspraktijken in strijd zijn met de wet. De Commissie zou geen structurele kenmerken dienen te analyseren, maar de geneigdheid van een onderneming om de wet na te leven. Een dergelijke analyse schendt het gelijkheidsbeginsel en het vermoeden van onschuld. Het criterium is eveneens onbruikbaar omdat het risico moeilijk te berekenen is en varieert naar gelang van de intensiteit van het mededingingsbeleid in elke lidstaat. Gelet op het door het Gerecht vereiste bewijsniveau, komt de Commissie tot het besluit dat zij in de onmogelijkheid zou komen te verkeren verticale concentraties en concentraties met conglomeraateffect correct, conform de verordening, te controleren.

- 62 In de tweede plaats betoogt de Commissie dat het Gerecht de artikelen 2 en 8, lid 2, van voornoemde verordening heeft geschonden door te oordelen dat zij rekening had moeten houden met de verbintenissen die Tetra had aangegaan inzake haar gedragingen. Tegenover het standpunt van het Gerecht in punt 161 van het bestreden arrest stelt zij het standpunt van het Gerecht in de punten 316 en 317 van het arrest Gencor/Commissie, waarin het volgens de Commissie heeft uitgesloten dat met verbintenissen inzake gedragingen rekening wordt gehouden wanneer blijkt dat de concentratie een machtspositie in het leven kan roepen of versterken. Hoewel niet-structurele verbintenissen volgens de Commissie in bepaalde gevallen aanvaardbaar kunnen zijn, is zij van mening dat verbintenissen die een loutere belofte inhouden om een bepaalde gedragslijn te volgen, bijvoorbeeld de verbintenis om geen misbruik te maken van een door een geplande concentratie in het leven geroepen of versterkte machtspositie, als dusdanig niet worden geacht de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt teweeg te brengen.
- 63 De Commissie is van mening dat het Gerecht de litigieuze beschikking onjuist heeft voorgesteld waar het in punt 161 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat uit die beschikking niet blijkt dat de Commissie bij haar analyse de implicaties van de verbintenissen van Tetra in aanmerking heeft genomen. De Commissie benadrukt dat zij de verbintenissen van die vennootschap heeft onderzocht, maar ze niet heeft aanvaard (punten 423 tot en met 451 van de considerans van de litigieuze beschikking). Volgens de Commissie kan het Gerecht niet op regelmatige wijze stellen dat de beschikking door een kennelijke beoordelingsfout is aangetast voorzover de conclusie ervan luidt dat de concentratie moest worden verboden, zonder vooraf het betoog van de Commissie te onderzoeken dat die verbintenissen onuitvoerbaar, en in ieder geval ontoereikend zijn om de mededingingsproblemen als gevolg van de aangemelde concentratie op te lossen.
- 64 Tetra daarentegen is in de eerste plaats van mening dat het Gerecht op geen enkele wijze blij heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waar het de Commissie de verplichting oplegt de onwettigheid van het misbruik in aanmerking te nemen. Het Gerecht heeft in punt 159 van het bestreden arrest het criterium van het rationeel en voorzienbaar gedrag van een onderneming gehanteerd. Bij het onderzoek van die gedraging moet niet enkel rekening worden gehouden met de geneigdheid om zich onwettig te gedragen maar ook met de elementen die die neiging kunnen tegengaan of zelfs uitschakelen.

- 65 Tetra benadrukt dat de vergelijkingen met de zaak naar aanleiding waarvan het arrest Gencor/Commissie is gewezen, niet relevant zijn. Volgens haar kwam in die laatste zaak de collectieve machtspositie door de horizontale fusie onmiddellijk tot stand, wat niet het geval is in de onderhavige zaak, waarin de machtspositie maar na een zekere tijd kan ontstaan en vooraf een misbruik is vereist.
- 66 Volgens Tetra berust de uitlegging van de verordening door de Commissie op de onjuiste hypothese dat de verordening beoogt misbruiken te verhinderen. Blijkens de bewoordingen van artikel 2, lid 2, van de verordening strekt zij er evenwel toe de vorming te verbieden van elke machtspositie die, uit zichzelf en zonder dat er sprake is van een misbruik, tot gevolg heeft dat de mededinging op significante wijze wordt belemmerd.
- 67 Tetra begrijpt niet waarom er onoverkomelijke juridische en praktische hinderpalen zouden zijn die de beoordeling van het effect van de onwettigheid van bepaalde gedragingen in de weg zouden staan, en evenmin waarin de moeilijkheden bij een dergelijke beoordeling zouden verschillen van die inzake het onderzoek van de motieven die een onderneming kunnen brengen tot gedragingen die een misbruik vormen. De Commissie acht zich zeer goed in staat te berekenen hoe waarschijnlijk het is dat een inbreuk op de artikelen 81 EG en 82 EG aan het licht komt, en houdt daarmee rekening bij de vaststelling van de boetes.
- 68 Wat in de tweede plaats de inaanmerkingneming van haar verbintenissen betreft, benadrukt Tetra dat punt 161 van het bestreden arrest hoogstens inhoudt dat de Commissie bij de beoordeling van de toekomstige voorzienbare gedragingen van de nieuwe entiteit rekening had moeten houden met de voorgestelde verbintenissen. Zij merkt op dat het Gerecht niet zelf de voorgestelde verbintenissen heeft beoordeeld en dat de Commissie, anders dan zij voorhoudt, in geen enkel punt van het bestreden arrest de verplichting wordt opgelegd „verbintenissen in aanmerking te nemen die een loutere belofte inhouden om geen gedragingen te stellen die een misbruik vormen”.

- 69 Tetra betoogt dat de Commissie het arrest Gencor/Commissie onjuist uitlegt. In tegenstelling tot die uitlegging heeft het Gerecht in punt 319 van dat arrest geoordeeld dat de indeling van verbintenissen niet relevant is en dat ook verbintenissen die op gedragingen betrekking hebben, het ontstaan of de versterking van een machtspositie kunnen verhinderen.
- 70 Ten slotte stelt Tetra dat de Commissie, anders dan zij voorhoudt, niet in concreto de gevolgen van de door haar voorgestelde verbintenissen heeft beoordeeld, maar enkel een principieel bezwaar deed gelden tegen de gelijkstelling van verbintenissen inzake gedragingen met maatregelen die naar behoren het ontstaan van een machtspositie in de zin van de verordening kunnen verhelpen.

#### Beoordeling door het Hof van het tweede middel

- 71 Meteen moet worden benadrukt dat de punten 148 tot en met 162 van het bestreden arrest, die zowel met het eerste als met het tweede middel van de hogere voorziening van de Commissie worden betwist, een geheel vormen waarin het Gerecht een beschrijving geeft van bepaalde specifieke aspecten van conglomerateffecten, met name van de tijdsaspecten ervan, en daaruit een aantal algemene regels afleidt betreffende het bewijs dat de Commissie dient te leveren wanneer zij van mening is dat de voorgenomen concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt moet worden verklaard.
- 72 Toen het Gerecht aldus de noodzaak van „deugdelijk bewijs” („convincing evidence”) in herinnering bracht, heeft het gewezen op de verplichting om alle relevante gegevens te onderzoeken.

- 73 Een dergelijk onderzoek moet worden verricht in het licht van de doelstelling van de verordening, die erin bestaat te voorkomen dat machtsposities die de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze kunnen belemmeren, tot stand komen of worden versterkt.
- 74 Nu het stellen van de in punt 364 van de litigieuze beschikking bedoelde gedragingen volgens die beschikking een wezenlijke stap is in de uitoefening van een hefboomeffect, heeft het Gerecht op goede gronden geoordeeld dat de waarschijnlijkheid van die gedraging volledig moest worden onderzocht, dat wil zeggen, zoals in punt 159 van het bestreden arrest is vastgesteld, met inachtneming van zowel de beweeggronden om dergelijke gedragingen te stellen, als met de omstandigheden welke die geneigdheid kunnen tegengaan of zelfs uitschakelen, hieronder begrepen de eventuele onwettigheid van die gedragingen.
- 75 Het zou evenwel tegen de preventiedoelstelling van de verordening ingaan om, zoals in punt 159, laatste zin, van het bestreden arrest is geoordeeld, van de Commissie te verlangen dat zij inzake iedere geplande concentratie zou onderzoeken in hoeverre de beweeggronden om mededingingsbelemmerende gedragingen te stellen verzwakken of zelfs geheel worden onderdrukt door het feit dat de betrokken gedragingen onwettig zijn, waarschijnlijk aan het licht zullen komen, aanleiding zullen geven tot vervolging door de bevoegde communautaire of nationale autoriteiten, en dat daar sancties op zullen volgen.
- 76 Het door het Gerecht verlangde soort onderzoek zou immers een volledig en gedetailleerd onderzoek vergen van de regelgeving van de verschillende eventueel toepasselijke rechtsordes en van het strafbeleid in die rechtsordes. Om nuttig effect te sorteren veronderstelt een dergelijk onderzoek overigens een hoge graad van waarschijnlijkheid van de feiten die zouden kunnen worden verweten omdat zij onderdeel van een mededingingsbelemmerende gedraging zouden zijn.
- 77 Hieruit volgt dat een onderzoek naar de waarschijnlijkheid van een inbreuk op artikel 82 EG en naar de bestraffing ervan in verschillende rechtsordes, in de fase



van de beoordeling van de geplande concentratie te speculatief zou zijn, en de Commissie niet in staat zou stellen haar beoordeling te baseren op het geheel van feitelijke gegevens die relevant zijn om na te gaan of deze een economisch scenario zoals een hefboomwerking bevestigen.

- 78 Derhalve heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waar het de conclusies van de Commissie betreffende het stellen, door de nieuwe entiteit, van mededingingsbelemmerende gedragingen die een hefboomwerking tot gevolg zouden kunnen hebben, van de hand heeft gewezen louter op grond dat die instelling bij de beoordeling van de waarschijnlijkheid van dergelijke gedragingen geen rekening had gehouden met de onwettigheid ervan, en bijgevolg, met de kans dat deze door de bevoegde communautaire of nationale autoriteiten zouden worden ontdekt en vervolgd, en met de geldelijke sancties die eruit konden voortvloeien. Aangezien het bestreden arrest evenwel eveneens was gebaseerd op het feit dat geen rekening was gehouden met de door Tetra voorgestelde verbintenissen, moet het onderzoek van het tweede middel worden voortgezet.
- 79 Wat het argument betreft dat het Gerecht anders heeft geredeneerd dan in het arrest Gencor/Commissie, moet worden vastgesteld dat het Gerecht, anders dan de Commissie betoogt, niet is afgeweken van zijn standpunt in punt 94 van dat arrest, dat wanneer een concentratie er rechtstreeks en onmiddellijk toe leidt dat de voorwaarden worden geschapen die misbruiken mogelijk en economisch rendabel maken, de daadwerkelijke mededinging op significante wijze wordt belemmerd voorzover de structuur van de betrokken markten duurzaam zou worden gewijzigd.
- 80 In dat verband moet worden opgemerkt dat de omstandigheden in de zaak waarin het arrest Gencor/Commissie is gewezen volstrekt anders waren dan in de litigieuze beschikking. Blijkens punt 91 van dat arrest zou de concentratie tot het ontstaan van een duopolistische machtspositie op de markten voor platina en rodium hebben geleid, waardoor de daadwerkelijke mededinging in de gemeenschappelijke markt op significante wijze zou zijn belemmerd.

- 81 In voornoemde zaak was het dus de concentratie die op duurzame wijze de structuur van de betrokken markten zou hebben gewijzigd, waardoor misbruiken mogelijk en economisch verantwoord werden.
- 82 In de onderhavige zaak kon de aangemelde concentratie stellig de structuur van de kartonmarkt in geringe mate wijzigen, aangezien de nieuwe entiteit de reeds lang bestaande machtspositie van Tetra op die markt kon versterken, welke machtspositie overigens het voorwerp is geweest van een beschikking van de Commissie op grond van artikel 82 EG. Het is evenwel niet zozeer de daadwerkelijke mededinging op de kartonmarkt die de Commissie wou beschermen door de bedoelde concentratie te verbieden, doch wel de mededinging op de markt van de PET-installaties, meer in het bijzonder die van de voor gevoelige producten gebruikte SBM-machines met kleine en met grote capaciteit.
- 83 In dat verband zij opgemerkt dat de structuur van laatstgenoemde markt door de aangemelde concentratie niet onmiddellijk en rechtstreeks zou zijn beïnvloed, maar dit slechts kon worden als gevolg van een hefboomwerking, en met name door misbruiken van de nieuwe entiteit op de kartonmarkt.
- 84 Uit wat voorafgaat volgt dat de omstandigheden die werden onderzocht in de zaak die heeft geleid tot het arrest Gencor/Commissie, niet voldoende vergelijkbaar zijn met die waarover het Gerecht bij het bestreden arrest uitspraak deed, zodat het Gerecht daar in die zaak niets aan had. De structuur van de markt waarop de Commissie door middel van de litigieuze beschikking een daadwerkelijke mededinging wenste te bewaren, werd in de zaak waarin het arrest Gencor/Commissie is gewezen, door de concentratie rechtstreeks gewijzigd, terwijl zij in het onderhavige geval enkel via de uitoefening van een hefboomwerking kon worden gewijzigd.
- 85 Wat de inachtneming betreft van de verbintenissen van Tetra inzake haar gedragingen, heeft het Gerecht in punt 161 van het bestreden arrest op goede gronden opgemerkt dat de omstandigheid dat zij verbintenissen omtrent haar

toekomstige gedragingen heeft aangeboden, een element is dat de Commissie in het onderhavige geval in de beschouwing had moeten betrekken wat de waarschijnlijkheid betreft dat de nieuwe entiteit zich aldus zou zijn gaan gedragen, dat het op een of meer van de betrokken markten van PET-installaties tot een machtspositie kon komen.

- 86 In dat verband herinnert het Hof aan de overwegingen van het Gerecht in de punten 318 en 319 van het arrest Gencor/Commissie. Anders dan de Commissie stelt, blijkt uit dat arrest niet dat het Gerecht heeft uitgesloten dat rekening werd gehouden met verbintenissen inzake gedragingen. Het Gerecht heeft in punt 318 integendeel het beginsel neergelegd dat de door de betrokken ondernemingen voorgestelde verbintenissen de Commissie in staat moeten stellen te concluderen, dat de betrokken concentratie geen machtspositie in het leven roept of versterkt in de zin van artikel 2, leden 2 en 3, van de verordening. Vervolgens leidde het Gerecht in punt 319 uit dit beginsel af dat het er niet toe doet of de voorgestelde verbintenis gedragingen betreft dan wel als een structurele verbintenis kan worden aangemerkt, en dat niet bij voorbaat kan worden uitgesloten dat ook verbintenissen die op het eerste gezicht op gedragingen betrekking lijken te hebben, zoals het niet gebruiken van een merk gedurende een bepaalde periode of het ter beschikking van een derde stellen van een deel van de productiecapaciteit van de uit de concentratie voortgekomen entiteit, dan wel, meer in het algemeen, de toegang op niet-discriminerende voorwaarden tot belangrijke infrastructuur, het ontstaan of de versterking van een machtspositie kunnen verhinderen.
- 87 Betreffende het onderzoek van de inaanmerkingneming door de Commissie van de verbintenissen betreffende gedragingen, heeft het Gerecht zich in punt 161 van het bestreden arrest beperkt tot de vaststelling dat uit de litigieuze beschikking niet blijkt, dat de Commissie de implicaties van die verbintenissen in aanmerking heeft genomen toen zij onderzocht of er door de verwachte hefboomwerking in de toekomst een machtspositie zou kunnen ontstaan.
- 88 Evenwel blijkt niet dat het Gerecht de litigieuze beschikking zou hebben verdraaid, of het bestreden arrest op dit punt onvoldoende zou hebben gemotiveerd. Uit de

punten 429 tot en met 432 van de considerans van de beschikking, de enige punten ervan die de verbintenissen van Tetra inzake haar gedragingen betreffen, blijkt immers dat de Commissie dergelijke verbintenissen principieel van de hand heeft gewezen, waar zij in punt 429 stelde dat zij „als zodanig ongeschikt zijn als waarborgen voor een duurzaam herstel van de voorwaarden voor een daadwerkelijke mededinging [...], want ze brengen geen verandering in de blijvende verstoring van de marktstructuur die door de aangemelde transactie wordt gecreëerd”, en, in punt 431, dat „dergelijke gedragstoezeggingen uiterst lastig te controleren zijn en heel iets anders zijn dan wat het bekende beleid van de Commissie met betrekking tot het doel van de concentratieverordening en het corrigeren van marktverstoringen inhoudt”.

- 89 Uit het onderzoek van het tweede middel in zijn geheel komt naar voren dat het Gerecht weliswaar blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waar het de conclusies van de Commissie betreffende het stellen, door de nieuwe entiteit, van gedragingen die een hefboomwerking tot gevolg zouden kunnen hebben, van de hand heeft gewezen, wat evenwel niet wegneemt dat het in punt 161 van het bestreden arrest op goede gronden heeft geoordeeld dat de Commissie rekening had moeten houden met de door Tetra onderschreven verbintenissen betreffende de toekomstige gedragingen van voornoemde entiteit. Ook al is dit middel gedeeltelijk gegrond, toch volstaat het dus niet om de nietigverklaring van de litigieuze beschikking door het bestreden arrest ter discussie te stellen, voorzover deze nietigverklaring met name is gebaseerd op de weigering van de Commissie om voornoemde verbintenissen in aanmerking te nemen.

### *Derde middel*

- 90 Met haar derde middel betoogt de Commissie dat het Gerecht blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waar het voor de rechterlijke toetsing een onjuist criterium heeft gebruikt en artikel 2 van de verordening heeft geschonden aangezien het in punt 269 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat „de [litigieuze] beschikking onvoldoende aanwijzingen levert voor het bestaan van verschillende deelmarkten van SBM-machines naar gelang van hun eindgebruik”, en dat „de enige te onderscheiden deelmarkten derhalve die zijn van SBM-machines met kleine en die met grote capaciteit”.

## Argumenten van partijen

91 De Commissie brengt in herinnering dat de omschrijving van de markten voor SBM-machines een cruciaal onderdeel van de litigieuze beschikking is. Zij betoogt dat het percentage van de betrokken markt waarvoor een gemeenschappelijke klantenkring voor PET en voor karton bestaat, en ten aanzien waarvan Tetra dus haar machtspositie op de kartonmarkt zou kunnen exploiteren door middel van een hefboomwerking, van beslissende invloed zal zijn op de kans dat concurrenten worden uitgeschakeld en dat die markt door de nieuwe entiteit wordt gedomineerd.

92 De Commissie stelt dat zij in de punten 176 tot en met 183 van de considerans van de litigieuze beschikking, vervolledigd door de punten 347 tot en met 358 en 381 tot en met 383 van de considerans ervan, op grond van zowel met aanbod als met vraag verband houdende factoren verschillende markten heeft omschreven voor SBM-machines naar gelang van het gebruik ervan voor de verpakking van gevoelige dan wel niet-gevoelige producten. Dienaangaande heet het in punt 178 van voornoemde considerans:

„In elk geval geldt dat een specifieke klantenkring voor een gegeven product een meer beperkte, afzonderlijke productmarkt kan vormen als de kring aan prijs-discriminatie kan worden onderworpen. Dat zal als regel mogelijk zijn indien aan twee voorwaarden wordt voldaan: a) het is mogelijk de groep waartoe een individuele klant behoort vast te stellen op het tijdstip dat de aanschaf van het betrokken product aan de orde is, en b) onderlinge handel binnen de klantenkring en arbitrage door derden moeten niet uitvoerbaar zijn.”

93 In punt 259 van het bestreden arrest geeft het Gerecht van de door de Commissie in de litigieuze beschikking nader uitgewerkte argumentatie de volgende samenvatting, welke door de Commissie niet is betwist:

„In de [litigieuze] beschikking stelt de Commissie om te beginnen vast, dat het ,zelfs in het geval van een als „generiek” bestempeld uitrustingsstuk als een SBM-machine

gerechtvaardigd is de markt van die uitrusting aan de hand van de eindgebruiksegmenten te analyseren', en dat dit ,nog meer het geval is wanneer men complete verpakkingssystemen vergelijkt om te bepalen, of zij al dan niet tot dezelfde productmarkt kunnen behoren' (punt 43 van de considerans). Vervolgens merkt zij op, dat elk vloeibaar product dat verpakt moet worden, ,zijn eigen kenmerken heeft, die het al dan niet mogelijk maken een bepaalde verpakkingvorm te gebruiken', om dan segmentatie naar eindgebruik te kiezen als analysemiddel om de markt van verpakkinginstallaties voor vloeibare voedingsmiddelen te bestuderen (punt 44 van de considerans, aangehaald in punt 30 supra). De Commissie maakt dus onderscheid tussen de gevoelige producten van de ,segmenten gedeelde producten' en de andere producten, waarvan de eerste althans technisch zowel in karton als in PET kunnen worden verpakt, terwijl de niet-gevoelige producten zoals mineraalwaters en koolzuurhoudende dranken niet geschikt zijn voor verpakking in karton (punt 58 van de considerans). Hoewel de Commissie accepteert, dat ,de ,meeste SBM-machines „generiek” zijn' (punt 177 van de considerans), betoogt zij op dezelfde plaats, dat ,een PET-verpakkinglijn, waarvan de SBM-machine maar een onderdeel is, meestal speciaal is afgestemd op de door de afnemer verpakte producten', in het bijzonder in het geval van gevoelige producten, en dit argument keert terug bij de beoordeling van de gevolgen van de hefboomwerking (punt 369 van de considerans). Als voorbeeld noemt de Commissie de SRS G Combi-machine van Sidel, die is ,ontworpen voor het verpakken van koolzuurhoudende dranken [en die] geen alternatief is voor een drankenproducent die sappen wil verpakken' (punt 177 van de considerans), die een aseptische Combi SRA-machine nodig heeft. Onder verwijzing naar haar mededeling van 9 december 1997 inzake de bepaling van de relevante markt voor het mededingingsrecht (PB C 372, blz. 5, punt 43), stelt zij vervolgens vast, dat in de onderhavige zaak is voldaan aan de twee voorwaarden die normaal vereist zijn om het bestaan van een aparte groep van afnemers en dus van een enger omschreven productmarkt te kunnen vaststellen: de mogelijkheid om precies te bepalen tot welke groep een bepaalde afnemer behoort op het moment waarop hij een SBM-machine koopt, en het feit dat handel tussen afnemers of arbitrage door derden met betrekking tot die machines niet mogelijk is (punt 178 van de considerans)."

94 In de punten 260 tot en met 269 van het bestreden arrest oordeelde het Gerecht als volgt:

„260 Het Gerecht stelt om te beginnen vast, dat het accent dat in de [litigieuze] beschikking op de gevoelige producten van de ,segmenten gedeelde

producten' wordt gelegd, op een objectief criterium berust, te weten het feit dat die producten in karton worden verpakt, terwijl het althans technisch ook mogelijk is ze in PET te verpakken, een mogelijkheid die, gelet op de te verwachten groei (zie punten 201-216 supra), tegen 2005 waarschijnlijk een tamelijk wijd verbreide commerciële realiteit zal zijn, ten minste voor KDV en thee/koffiedranken.

- 261 Toch verschaft de [litigieuze] beschikking geen voldoende deugdelijke bewijzen voor de vermeende bijzondere kenmerken van SBM-machines voor het verpakken van gevoelige producten. Het is stellig juist, dat een speciaal voor het afvullen van koolzuurhoudende dranken ontworpen combimachine niet geschikt is voor het afvullen van sappen, maar dit bewijst nog niet, dat kleine en grote SBM-machines, ook wanneer zij vóór de verkoop op de wensen van de kopers zijn afgestemd, geen generieke machines meer zijn, zoals verzoekster betoogt, dat wil zeggen geschikt voor het verpakken van diverse soorten producten.
- 262 Wat de specificiteit van de, op elk product afgestemde, verpakkingsmallen betreft, waarop de Commissie zich beroept, betwist verzoekster niet, dat het aantal mallen bepalend is voor de capaciteit van de machine, maar die specificiteit bewijst niet, dat SBM-machines, waarvan de mallen slechts een onderdeel zijn, zich duidelijk van elkaar onderscheiden. Volgens de aanmelding is de levensduur van een mal ongeveer drie jaar en die van een SBM-machine vijftien jaar (punt 304). Sidel vervaardigt haar eigen mallen, maar in de [litigieuze] beschikking wordt niet de juistheid betwist van de mededeling in de aanmelding, dat Sidel niet op de mallenmarkt actief is (als leverancier van mallen aan derden) en dat er op die markt een sterke mededinging bestaat tussen de ondernemingen die er wel actief zijn, in het bijzonder SIG, die er, naar zij op haar internetsite beweert, een leidende positie inneemt (punt 309).

- 263 Evenmin wordt in de [litigieuze] beschikking twijfel uitgesproken over de verklaring in de aanmelding, dat een afnemer in een grote installatie verscheidene SBM-machines kan combineren om aan de verschillende eisen van zijn productie te voldoen. De [litigieuze] beschikking gaat niet in op de vraag, of de door bepaalde afnemers verlangde flexibiliteit in het gebruik van de mallen van SBM-machines in samenhang met die variërende productie-eisen moet worden gezien.
- 264 In haar verweerschrift noemt de Commissie een aantal wijzigingen die aan een SBM-machine kunnen worden aangebracht om haar prestaties te verbeteren of haar nut in een geïntegreerde PET-productielijn te vergroten, zoals de inbouw van een speciaal luchtfiltersysteem of bestraling met ultraviolet licht om verontreiniging vóór de invoer van de preforms te voorkomen. Ter terechtzitting heeft de Commissie gepreciseerd, dat uit die wijzigingen blijkt, dat een SBM-machine die in een PET-lijn wordt gebruikt, zeer bijzondere kenmerken heeft, waaraan in de [litigieuze] beschikking wordt gerefereerd (punt 177 van de considerans). Tetra protesteert tegen de methode van de Commissie om de bijzondere kenmerken van andere onderdelen van een PET-lijn aan de SBM-machines toe te schrijven; zij wijst er evenwel op, dat die wijzigingen niet meer dan 5 % van de prijs van een SBM-machine uitmaken.
- 265 In de eerste plaats moet worden vastgesteld, dat die gegevens in de [litigieuze] beschikking volledig ontbreken. Weliswaar wordt daar terecht het belang beklemtoond van de bijzondere eisen van afnemers die, met name, een aseptische PET-vulinstallatie nodig hebben — in wezen een garantie van asepsie —, maar dit kan niet de aanname rechtvaardigen, dat er een aparte deelmarkt bestaat van SBM-machines voor gebruik in een productielijn voor het afvullen van de betrokken gevoelige producten. Het enkele feit dat een SBM-machine slechts nut heeft voor de koper wanneer zij in een PET-productielijn is geïnstalleerd, kan geen reden zijn om de bijzondere kenmerken van de andere onderdelen van die productielijn, in het bijzonder die van het aseptisch vullen van PET-flessen, aan de SBM-machines zelf toe te schrijven.



- 266 Een reden te meer om het generieke karakter van SBM-machines te erkennen, is dat de Commissie ter terechtzitting niet in staat was de bewering van Tetra te weerleggen, dat de kosten van eventuele wijzigingen om een SBM-machine geschikt te maken voor gebruik in combinatie met aseptische en niet-aseptische PET-vulmachines, en eventueel met aseptische vulmachines die tussen PET en HDPE kunnen wisselen, relatief gering zijn, met name in het geval van SBM-machines met grote capaciteit.
- 267 Voorts staat tussen partijen vast, dat combimachines, waarvan het gebruik voor aseptisch vullen zeer beperkt blijft (zie punten 248 en 249 supra), geen aparte markt vormen, zoals ook uit de [litigieuze] beschikking blijkt.
- 268 Wat de mogelijkheid betreft, om al bij de aankoop van een SBM-machine precies te bepalen tot welke categorie de betrokken afnemer behoort en of hij op dat moment in de [Europese Economische Ruimte] door arbitrage tussen de beschikbare aanbieders een betere prijs zou kunnen bedingen, is het duidelijk dat die mogelijkheid, zo zij zich al voordoet, evenzeer bij SBM-machines voor niet-gevoelige producten zou bestaan als bij machines voor gevoelige producten. Dat de nieuwe entiteit zal kunnen vaststellen tot welke categorie een afnemer behoort, komt doordat veel afnemers op de kartonmarkt die op PET overgaan, thans afnemers van Tetra zijn. Dit mogelijke voordeel, dat de nieuwe entiteit als eerstkomer op de markt naar verwachting zal hebben, sluit echter niet uit, dat die afnemers zich tot andere leveranciers van SBM-machines kunnen wenden, indien de door de nieuwe entiteit geboden condities hun niet meer aanstaan.
- 269 De Commissie heeft dus een fout gemaakt door op basis van de in de [litigieuze] beschikking vermelde gegevens in de eerste plaats vast te stellen

dat de meeste SBM-machines ‚generiek’ zijn (punt 177 van de considerans), en in de tweede plaats onderscheid te maken naar hun eindgebruik. De [litigieuze] beschikking levert immers onvoldoende aanwijzingen voor het bestaan van verschillende deelmarkten van SBM-machines naar gelang van hun eindgebruik. De enige te onderscheiden deelmarkten zijn derhalve die van SBM-machines met kleine en die met grote capaciteit.”

- 95 De Commissie is van mening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waar het in punt 265 van het bestreden arrest heeft gesteld dat zij in de litigieuze beschikking alle door haar in de loop van haar onderzoek verzamelde technische gegevens moet vermelden. Zij brengt in dat verband in herinnering dat de vraag of de motivering van een beschikking voldoet aan de vereisten van artikel 253 EG zowel ten aanzien van de bewoordingen ervan als ten aanzien van haar context, en met name, van de mate waarin de relevante feiten vooraf bekend zijn en van de beschikbare tijd om die beschikking vast te stellen, moet worden beoordeeld.
- 96 Volgens de Commissie overschreed het Gerecht bovendien de grenzen van de rechterlijke toetsing, verdraaide het de litigieuze beschikking, en stelde het zonder enige motivering van de afwijzing van de analyse van de Commissie zijn eigen oordeel in de plaats van dat van de Commissie, waar het in hetzelfde punt 265 overwoog dat het vereiste van een garantie van asepsis niet de aanname kan rechtvaardigen, dat er een deelmarkt bestaat van SBM-machines voor gebruik in een productielijn voor het afvullen van de betrokken gevoelige producten. Evenzo heeft het Gerecht in punt 266 van het bestreden arrest de beoordeling van de Commissie betreffende de omvang van de wijzigingen die nodig zijn om de SBM-machines geschikt te maken voor aseptische verpakking, afgewezen, waarbij het zich volgens de Commissie enkel steunde op de kostprijs van de vereiste aanpassing zonder onderzoek van de andere elementen die zij in overweging had genomen, met name de vraag of de leveranciers van die machines aan de traditionele klanten in de sector water en in de sector niet-alcoholische koolzuurhoudende dranken over de vereiste deskundigheid beschikken om die aanpassingen uit te voeren en de vereiste waarborgen te kunnen bieden.
- 97 De Commissie betwist eveneens de afwijzing van haar betoog dat prijsdiscriminatie een bewijs kan zijn van het bestaan van verschillende deelmarkten. In punt 223 van het bestreden arrest heeft het Gerecht immers geoordeeld dat een dergelijke

discriminatie die in het verleden door Sidel zou zijn toegepast, geen voldoende zeker bewijs kan vormen dat de nieuwe entiteit met een dergelijke gedraging zal voortgaan daar laatstgenoemde immers, anders dan Sidel vóór de concentratie, niet slechts aan haar verbintenissen gebonden is, maar ook aan de diverse verplichtingen die het gedrag van Tetra inperken. De Commissie is van mening dat het Gerecht in dat verband om drie redenen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Ten eerste is prijsdiscriminatie het bewijs zelf van het bestaan van verschillende voorwaarden langs vraag- en aanbodzijde voor de verkoop van een product aan verschillende afnemers, en dus het bewijs van het bestaan van verschillende markten. Ten tweede verlangt het Gerecht van de Commissie dat zij geen rekening houdt met onwettig gedrag, ook al is dit gedrag economisch gerechtvaardigd. Ten derde heeft het Gerecht, zoals uit de punten 161 en 162 van het bestreden arrest blijkt, geen rekening gehouden met de machtspositie van Tetra op de kartonmarkt, maar is het uitgegaan van de vaststelling dat de nieuwe entiteit niet over een machtspositie op de PET-markt zal beschikken en dat prijsdiscriminatie op die markt dus geen misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 82 EG kan uitmaken.

- 98 De Commissie maakt ten slotte bezwaar tegen de vaststelling van het Gerecht dat de klanten zich tot andere leveranciers dan Tetra zouden kunnen wenden. Zij is van mening dat het Gerecht voorbij is gegaan aan haar argumentatie inzake de onmogelijkheid van arbitrage voor de machines van eenzelfde leverancier (koop van tweedehandsmachines en overbrenging binnen eenzelfde onderneming van een machine van een afdeling „niet-gevoelige producten” naar een afdeling „gevoelige producten”).
- 99 Tetra betoogt, in het algemeen, dat dit middel niet-ontvankelijk moet worden verklaard aangezien het betrekking heeft op feitelijke beoordelingen.
- 100 Zij herinnert eraan dat de Commissie, in punt 177 van de litigieuze beschikking, zelf heeft erkend dat de SBM-machines „generiek” bruikbaar zijn, maar dat het de PET-verpakkingslijn is die speciaal is toegesneden op het verbruiksproduct dat de klant verpakt. Zij betoogt dat de Commissie vergeefs elementen aanvoert die in

voornoemde beschikking niet waren vermeld, daar, blijkens de rechtspraak een beschikking alle gegevens feitelijk of rechtens moet bevatten waarop de Commissie zich heeft gebaseerd om een daadwerkelijke rechterlijke toetsing ervan mogelijk te maken. Volgens Tetra verwijst de litigieuze beschikking evenwel niet naar de noodzaak de SBM-machines te beschouwen als een element van een specifiek type verpakkingsketen. Hoe dan ook heeft het Gerecht de door de Commissie tijdens de gerechtelijke procedure ontwikkelde argumenten beantwoord. Zo is punt 266 van het bestreden arrest een antwoord op een door de Commissie in haar verweerschrift aangevoerd nieuw argument.

- 101 Tetra is van mening dat de Commissie punt 223 van het bestreden arrest uit zijn context haalt. In dat punt verwees het Gerecht volgens Tetra immers niet naar de mogelijkheid om discriminatie aan te voeren als middel om het bestaan van verschillende markten te bewijzen, maar heeft het enkel onderzocht of de vroegere gedragingen van Sidel een voldoende deugdelijk bewijs zijn van de waarschijnlijke voortzetting van een gelijksoortig gedrag door de nieuwe entiteit. Eerst in de punten 258 tot en met 269 van voornoemd arrest heeft het Gerecht de marktomschrijving onderzocht.

### Beoordeling door het Hof van het derde middel

- 102 Om te beginnen moet het argument worden afgewezen dat de Commissie ontleent aan de omstandigheid dat het Gerecht in punt 265 van het bestreden arrest heeft vastgesteld dat in de litigieuze beschikking geen melding is gemaakt van een aantal technische verklaringen betreffende de gestelde zeer bijzondere kenmerken van SBM-machines die in de productielijnen voor het afvullen van PET-flessen worden gebruikt, welke verklaringen de Commissie pas in haar verweerschrift en ter terechtzitting nader heeft uitgewerkt. Uit de punten 266 en 267 van het arrest volgt immers dat het Gerecht zijn beoordeling niet enkel heeft gebaseerd op het feit dat voornoemde beschikking niet voldoende deugdelijke bewijzen bevatte van de gestelde bijzondere kenmerken van die machines, maar dat het de door de Commissie in haar verweerschrift en ter terechtzitting aangevoerde argumenten in overweging heeft genomen en beantwoord.

- 103 Ook het argument dat het Gerecht prijsdiscriminatie niet als bewijs van het bestaan van afzonderlijke deelmarkten zou hebben aanvaard, moet worden afgewezen. Uit de punten 259, laatste zin, en 268 van het bestreden arrest blijkt immers dat het Gerecht in het kader van de omschrijving van de verschillende markten geen uitspraak deed inzake het rechtstreekse bewijs van prijsdiscriminatie, maar dat het zijn analyse heeft geconcentreerd op de voorwaarden om de mogelijkheid van prijsdiscriminatie te bewijzen. Deze voorwaarden zijn in punt 178 van de bestreden beschikking omschreven, namelijk de mogelijkheid om precies te bepalen tot welke groep een bepaalde afnemer behoort, en het feit dat handel tussen afnemers of arbitrage door derden onmogelijk is.
- 104 De andere door de Commissie tot staving van haar derde middel aangevoerde argumenten, waarmee zij opkomt tegen de beoordeling door het Gerecht van het „generieke” karakter van de SBM-machines, van de mogelijkheid om te bepalen tot welke groep een afnemer behoort, en van het feit dat handel tussen afnemers of arbitrage door derden met betrekking tot die machines onmogelijk is, moeten niet-ontvankelijk worden verklaard, aangezien zij de beoordeling van bewijselementen door het Gerecht ter discussie stellen, welke beoordeling door het Hof in het kader van een hogere voorziening niet kan worden getoetst.
- 105 Uit deze overwegingen volgt dat het derde middel gedeeltelijk niet-ontvankelijk en gedeeltelijk ongegrond is.

#### *Vierde middel*

- 106 Met haar vierde middel betoogt de Commissie dat het Gerecht inbreuk heeft gemaakt op artikel 2 van de verordening, de feiten onjuist heeft voorgesteld en een aantal van haar argumenten niet in aanmerking heeft genomen, waar het haar conclusie dat Tetra haar machtspositie in de kartonsector zou versterken, niet heeft aanvaard.

107 De punten 390 tot en met 401 van de litigieuze beschikking strekken ertoe te bewijzen dat de aangemelde concentratie de machtspositie van Tetra op de kartonsector zou kunnen versterken door de uitschakeling van de potentiële mededinging op de markt van de verpakking van gevoelige producten door de grootste leverancier van de PET-markt, Sidel. Aldus geconfronteerd met een zwakkere concurrentie, zou Tetra niet geneigd zijn de prijzen van haar kartonverpakkingen te verlagen en is het mogelijk dat zij van innovatie zou afzien.

108 Zoals het Gerecht in de punten 311 en 317 van het bestreden arrest heeft opgemerkt, heeft de Commissie onder verwijzing naar het arrest van het Gerecht van 6 oktober 1994, Tetra Pak/Commissie, in hogere voorziening bevestigd door het Hof in zijn arrest van 14 november 1996, Tetra Pak/Commissie (hierna: „arresten Tetra Pak II”), betoogd dat Tetra zich door een verzwakking van de potentiële mededinging minder bedreigd zou kunnen gaan voelen op de markten van aseptisch karton, wat volgens de Commissie als een versterking van haar machtspositie op die markten in de zin van artikel 2 van de verordening moet worden beschouwd.

109 In punt 312 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld

„[...] dat wanneer de Commissie zich op de eliminatie of aanzienlijke vermindering van potentiële of zelfs tendentieel toenemende mededinging baseert om het verbod van een aangemelde concentratie te rechtvaardigen, zij deugdelijk bewijs dient te leveren voor de gegevens waaruit zij de versterking van een bestaande machtspositie meent te moeten afleiden. Het enkele feit dat de acquirerende onderneming reeds een zeer duidelijke machtspositie op de betrokken markt bezit, is weliswaar, zoals in de [litigieuze] beschikking wordt geconstateerd, een belangrijk gegeven, maar kan op zich niet de conclusie wettigen, dat haar positie wordt versterkt door een vermindering van de potentiële mededinging waarmee die onderneming zich geconfronteerd ziet.”

110 In punt 322 van zijn arrest heeft het Gerecht vastgesteld dat er in principe geen enkele reden is om de leer van de „verbonden markten”, die in het kader van de toepassing van artikel 82 EG in de arresten Tetra Pak II is erkend, bij het toezicht op concentraties niet toe te passen. In de zaak die tot die rechtspraak heeft geleid, ging het om een gedraging op een bepaalde markt, die als een misbruik van een machtspositie op een verbonden markt is beschouwd. In de onderhavige zaak zou sprake zijn van naburige markten. Het Gerecht heeft in punt 323 van zijn arrest evenwel geoordeeld dat de verwijzing naar die arresten niet relevant is, omdat „het hier eenvoudig gaat om de gevolgen van het wegvallen, dan wel de aanmerkelijke vermindering, van een potentiële mededinging die volgens de Commissie aanzienlijk is en toeneemt”.

111 In hetzelfde punt 323 herinnerde het Gerecht in dat verband eraan dat „een van de criteria van artikel 2, lid 1, van de verordening, die de Commissie bij haar beoordeling van een aangemelde concentratie in acht moet nemen, ‚de structuur van alle betrokken markten en van de [...] potentiële mededinging van [...] ondernemingen’ is”. Het Gerecht oordeelde verder als volgt:

„De Commissie heeft dus geen fout gemaakt door de betekenis te onderzoeken van een vermindering van de potentiële mededinging die van de markten van PET-installaties op de kartonmarkten uitgaat. Zij dient echter wel aan te tonen, dat zo er van een vermindering sprake is, dit tot versterking van Tetra’s machtspositie tegenover haar concurrenten op de markten van aseptisch karton zal leiden.”

112 In punt 324 van het bestreden arrest herinnerde het Gerecht eraan dat blijkens zijn eigen analyse de groei van het gebruik van PET-verpakking voor gevoelige producten waarschijnlijk veel minder uitgesproken zou zijn dan de Commissie dacht. Op basis van de in de litigieuze beschikking aangevoerde gegevens zou dus niet meer met de ter rechtvaardiging van een concentratieverbod vereiste zekerheid kunnen worden vastgesteld, of Tetra door de aangemelde concentratie in een

situatie zou komen waarin zij zich nog meer dan vroeger onafhankelijk ten opzichte van haar concurrenten op de markten van aseptisch karton kan opstellen.

- 113 In punt 325 van het bestreden arrest onderzocht het Gerecht de twee feitelijke gegevens betreffende de toekomstige gedraging van Tetra waarop de Commissie zich baseert om de gestelde negatieve gevolgen van de aangemelde concentratie op de markten van aseptisch karton aan te tonen.
- 114 In de punten 326 tot en met 328 van het bestreden arrest heeft het Gerecht de door de Commissie overgelegde gegevens betreffende de prijsconcurrentie onderzocht en in voornoemd punt 328, laatste zin, heeft het geoordeeld dat er geen overtuigende aanwijzingen bestaan voor de conclusie in de litigieuze beschikking, dat Tetra, indien haar toestemming zou worden verleend om Sidel over te nemen, minder onder druk zou staan om haar kartonprijzen te verlagen.
- 115 In de punten 329 tot en met 331 van het bestreden arrest heeft het Gerecht de gegevens onderzocht die de Commissie heeft overgelegd ten betoge dat Tetra door de aangemelde concentratie minder tot innovatie geneigd zou zijn. In punt 332 van hetzelfde arrest overwoog het Gerecht dat in de litigieuze beschikking niet rechtens genoegzaam was aangetoond, dat de nieuwe entiteit minder geneigd zou zijn tot innovatie in de kartonsector dan thans met Tetra het geval is.
- 116 In punt 333 van het bestreden arrest concludeerde het Gerecht als volgt:

„De in de [litigieuze] beschikking aangevoerde gegevens vormen mitsdien geen rechtens genoegzaam bewijs, dat de gevolgen van de [aangemelde] concentratie voor de positie van Tetra, voornamelijk op de markten van aseptisch karton, door het wegvallen van Sidel als potentieel concurrent van dien aard zouden zijn, dat aan de



voorwaarden van artikel 2, lid 3, van de verordening was voldaan. Naar uit het voorgaande blijkt, is immers niet aangetoond, dat de positie van de nieuwe entiteit tegenover haar concurrenten op de kartonmarkten zou worden versterkt.”

## Argumenten van partijen

- 117 Met haar vierde middel, dat meerdere onderdelen telt, komt de Commissie op tegen de punten 312 en 323 van het bestreden arrest. Zij is om te beginnen van mening dat de wijze waarop het Gerecht de kwestie van het belang van de potentiële mededinging heeft voorgesteld, tot een onjuiste voorstelling van de feiten leidt. Volgens de Commissie bestaat er geen verband tussen de potentiële mededinging en de bestaande concurrentieverhouding tussen de onderneming die geacht wordt over een machtspositie te beschikken en de andere ondernemingen op de betrokken markt. Beslissend is de vraag of de structurele uitschakeling van een belangrijke bron van potentiële concurrentie meebrengt dat er voor de onderneming met een machtspositie nog minder beperkingen zijn, met name ten aanzien van haar afnemers en de consumenten.
- 118 De Commissie betoogt vervolgens dat de twee in punt 312 van het bestreden arrest vermelde elementen, namelijk de eliminatie of aanzienlijke vermindering van de potentiële mededinging, en het feit dat de onderneming in het belang waarvan de concentratie wordt verricht reeds over een machtspositie op de betrokken markt beschikt, grond kunnen opleveren om de versterking van een dergelijke positie vast te stellen.
- 119 Zij is bovendien van mening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waar het uitsluitend op basis van zijn eigen prognose dat „de groei [...] waarschijnlijk veel minder uitgesproken zou zijn dan de Commissie denkt”, haar beoordeling inzake de waarschijnlijke groei van het gebruik van PET-verpakking voor gevoelige producten heeft afgewezen.

- 120 Ten slotte betoogt de Commissie dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting in de punten 316 tot en met 328 van het bestreden arrest, waar het haar argumenten betreffende de gevolgen van de uitschakeling van Sidel voor de prijzen niet in aanmerking nam, en in de punten 329 tot en met 332 van hetzelfde arrest, waar het haar conclusie afwees dat de nieuwe entiteit minder geneigd zou zijn tot innovatie in de kartonsector dan thans met Tetra het geval is.
- 121 Tetra is van mening dat punt 312 van het bestreden arrest niet blijk geeft van een onjuiste opvatting. Zij benadrukt dat een concentratie overeenkomstig de verordening verboden kan worden indien zij een machtspositie in het leven roept of versterkt. Nu een machtspositie per definitie de positie betreft die een onderneming met een machtspositie bezit op een gegeven markt, dat wil zeggen ten opzichte van haar concurrenten, is het volgens Tetra onbegrijpelijk dat de Commissie meent de positie van de onderneming met een machtspositie te kunnen beschouwen ongeacht de positie van haar concurrenten op dezelfde markt.
- 122 Volgens Tetra komt de stelling van de Commissie dat de twee in punt 312 van het bestreden arrest bedoelde factoren volstaan om de versterking van een machtspositie vast te stellen, neer op het instellen van een absolute regel dat elke vermindering in potentiële mededinging steeds een machtspositie versterkt. Artikel 2, lid 3, van de verordening vereist evenwel dat niet alleen wordt aangetoond dat een machtspositie ingevolge een concentratie wordt versterkt, maar eveneens dat als gevolg van die versterking de daadwerkelijke mededinging op significante wijze zal worden belemmerd. Geen van deze twee voorwaarden kan worden vermoed te zijn vervuld, inzonderheid in een zaak zoals de onderhavige, waarin de gestelde potentiële mededinging door een eerste markt ten opzichte van een tweede, onderscheiden doch naburige markt wordt uitgeoefend.
- 123 Hoe dan ook heeft de Commissie in de litigieuze beschikking een aantal elementen aangevoerd, en dus kan zij het Gerecht niet verwijten in het bestreden arrest die elementen te hebben onderzocht. Wat de waarschijnlijke groei in het PET-gebruik betreft, verwijst Tetra naar haar betoog dienaangaande.

- 124 Wat ten slotte de argumenten betreft inzake de afwijzing door het Gerecht van de conclusies van de Commissie betreffende de gevolgen van de concentratie op de omstandigheden die bepalend zijn voor het beleid van Tetra op prijs- en innovatiegebied, betoogt laatstgenoemde dat de Commissie feitelijke beoordelingen van het Gerecht bekritiseert, die niet door het Hof in het kader van een hogere voorziening kunnen worden behandeld.

### Beoordeling door het Hof van het vierde middel

- 125 Blijkens artikel 2, lid 1, van de verordening houdt de Commissie bij de beoordeling van de verenigbaarheid van een concentratie met de gemeenschappelijke markt rekening met een aantal elementen zoals de structuur van de betrokken markten, de bestaande of potentiële mededinging van ondernemingen, de positie en de economische en financiële macht van de betrokken ondernemingen, de keuzemogelijkheden van leveranciers en afnemers, het bestaan van hinderpalen voor de toegang tot de markt, en de ontwikkeling van vraag en aanbod.
- 126 Het Gerecht heeft dus op goede gronden en zonder inbreuk te maken op artikel 2 van de verordening in punt 312 van het bestreden arrest in herinnering gebracht dat het enkele feit dat de acquirerende onderneming op de betrokken markt reeds een zeer duidelijke machtspositie bezit, weliswaar, zoals in de litigieuze beschikking wordt geconstateerd, een belangrijk gegeven is, maar op zich niet de conclusie kan wettigen, dat haar positie wordt versterkt door een vermindering van de potentiële mededinging waarmee die onderneming zich geconfronteerd ziet.
- 127 De potentiële mededinging op een gedeelte van de betrokken markt welke uitgaat van een fabrikant van substitutieproducten, hier de mededinging van Sidel, als leverancier van PET-verpakkingen, op het gedeelte van de markt voor gevoelige producten dat gebruikmaakt van aseptische kartonverpakking, is maar een van de in

aanmerking te nemen elementen bij de beoordeling of een concentratie de versterking van een machtspositie tot gevolg kan hebben. In dat verband kan niet worden uitgesloten dat een verzwakking van die potentiële mededinging door andere elementen wordt gecompenseerd, zodat de concurrentiepositie van de onderneming die reeds over een machtspositie beschikte, onveranderd blijft.

- 128 Blijkens de samenvatting van de argumenten van partijen door het Gerecht in de punten 313 tot en met 320 van het bestreden arrest, heeft Tetra de zienswijze betwist dat de nieuwe entiteit haar machtspositie op de markten van aseptisch karton zou versterken, door met name te stellen dat het uitblijven van vernieuwingen in de kartonsector in wezen de bestaande concurrenten van Tetra op die markten in de kaart speelde. In het kader van de bespreking en beoordeling van de argumenten op dit punt heeft het Gerecht bijgevolg in punt 323 van voornoemd arrest op goede gronden in herinnering gebracht dat de Commissie dient aan te tonen, dat een vermindering van de potentiële mededinging, gesteld dat daarvan sprake is, tot een versterking van Tetra's machtspositie tegenover haar concurrenten op de markten van aseptisch karton zal leiden.

- 129 Het Gerecht heeft dus, uitgaande van de mogelijke reacties op de kartonmarkten van de concurrenten van Tetra die ook op de PET-markt actief zijn, in punt 327 van het bestreden arrest de zienswijze van de Commissie van de hand gewezen dat die onderneming na de concentratie geneigd zou kunnen zijn haar prijzen op de markten van aseptisch karton te verhogen, en in punt 330 van voornoemd arrest het betoog afgewezen dat de nieuwe entiteit zou kunnen beslissen om minder te innoveren.

- 130 Het onderdeel van het vierde middel, waarin de Commissie stelt dat er geen verband bestaat tussen de potentiële mededinging en de bestaande concurrentieverhouding tussen de onderneming die geacht wordt over een machtspositie te beschikken en andere ondernemingen op de betrokken markt, is bijgevolg ongegrond.

- 131 Betreffende de beoordeling van de waarschijnlijke groei in het gebruik van PET-verpakking voor gevoelige producten, moet eraan worden herinnerd dat het betoog van de Commissie in dat verband in punt 46 van het onderhavige arrest in het kader van het eerste middel van de hogere voorziening is onderzocht, toen het ging over de vraag of het Gerecht artikel 230 EG had geschonden waar het niet het criterium van de kennelijke beoordelingsfout zou hebben toegepast en de beoordelingsmarge van de Commissie inzake complexe vragen van feitelijke en economische aard niet in acht zou hebben genomen. Voorzover de Commissie met dit onderdeel van het middel de conclusie van het Gerecht dienaangaande betwist, zij vastgesteld dat hiermee wordt opgekomen tegen de beoordeling door het Gerecht van bewijselementen, welke beoordeling niet door het Hof in het kader van een hogere voorziening kan worden getoetst.
- 132 Hetzelfde geldt voor het onderdeel van het middel waarmee de Commissie opkomt tegen de punten 316 tot en met 328 en 329 tot en met 332 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht zich heeft uitgesproken over de door haar overgelegde bewijselementen betreffende de gevolgen voor de prijzen van de uitschakeling van Sidel en van de geringere behoefte voor de nieuwe entiteit om in de kartonsector te innoveren.
- 133 Uit al deze overwegingen volgt dat het vierde middel gedeeltelijk niet-ontvankelijk en gedeeltelijk ongegrond is.

#### *Vijfde middel*

- 134 Met haar vijfde middel verwijt de Commissie het Gerecht schending van artikel 2, lid 3, van de verordening met de afwijzing van haar conclusies inzake het creëren van een machtspositie op de markt van SBM-machines.

## Argumenten van partijen

- 135 De Commissie betoogt dat de conclusie van het Gerecht in punt 307 van het bestreden arrest, dat „in de [litigieuze] beschikking niet tot genoeg van recht wordt aangetoond, dat de nieuwe entiteit tegen 2005 een machtspositie op de markten van machines met kleine en met grote capaciteit zou kunnen verwerven”, is gebaseerd op met de voorgaande middelen bekritiseerde onjuiste rechtsopvattingen, namelijk de opneming van SBM-machines voor niet-gevoelige producten en voor bier in dezelfde markt als die voor SBM-machines voor gevoelige producten, en het feit dat genoeg is genomen met de verbintenis van Tetra om de verkoop van voornoemde machines niet aan die van kartonproducten te koppelen. Ter vervollediging van haar betoog acht de Commissie het nodig het bewijs te leveren van de onjuiste opvattingen van het Gerecht inzake het creëren van een machtspositie op de markt van SBM-machines.
- 136 Aangaande de SBM-machines met kleine capaciteit stelt de Commissie in de eerste plaats dat het Gerecht een aantal relevante elementen uit de litigieuze beschikking buiten beschouwing heeft gelaten, zoals het groeiende marktaandeel van Sidel (punt 266 van de beschikking) en de onmiddellijke versterking van haar positie door de combinatie van haar leiderspositie in termen van marktaandeel enerzijds met de financiële macht, het verkooppotentieel, de gevestigde superioriteit in de aseptische verpakking, het voordeel van de eerstkomer ten aanzien van de klanten uit de sector van de kartonverpakking en de reeds bestaande machtspositie van Tetra in die sector (punten 376 tot en met 387 van de beschikking).
- 137 Voorts betoogt de Commissie dat het Gerecht zich heeft gebaseerd op irrelevante feiten. Zo is het belang van SBM-machines met kleine capaciteit voor de verpakking van niet-gevoelige producten irrelevant indien de door de Commissie voorgestelde marktomschrijving zou worden aanvaard. Evenzo is de stelling van het Gerecht in punt 279 van het bestreden arrest, dat „een groot gedeelte van de SBM-machines die voor gevoelige producten worden gebruikt, hoogstwaarschijnlijk machines met kleine capaciteit zullen zijn”, niet ter zake dienend om te beoordelen of Tetra

gebruik kon maken van haar machtspositie in de sector kartonverpakking om een machtspositie te verwerven in die van de SBM-machines met kleine capaciteit.

- 138 Aangaande de machines met grote capaciteit stelt de Commissie dat het Gerecht relevante gegevens, meer in het bijzonder, in punt 284 van het bestreden arrest, de groei van Sidels marktaandeel ingevolge de aangemelde concentratie, buiten beschouwing heeft gelaten. Zij is eveneens van mening dat het Gerecht ten onrechte rekening heeft gehouden met de mogelijkheid dat de groei in het PET-gebruik voor gevoelige producten lager dan verwacht zou uitvallen, en dat de afnemers die gevoelige producten produceren eerder voor HDPE zouden opteren dan voor PET, nu die elementen niet relevant zijn om te bepalen of Tetra het voordeel van de eerstkomer zou genieten ten aanzien van klanten die voor PET opteren.
- 139 Evenzo stelt de Commissie dat de redenering van het Gerecht inzake de afnemers die van glasverpakking afzagen, voorbijging aan een aantal elementen en de feiten onjuist heeft voorgesteld. Het Gerecht hield immers geen rekening met het feit dat een afnemer die dit type van verpakking gebruikt slechts zelden zijn producten alleen daarin verpakt. Daarnaast stelt het Gerecht de feiten onjuist voor wanneer het stelt dat de concurrenten van Tetra/Sidel uit de sector glasverpakking het voordeel van de eerstkomer zouden genieten, want zo ging het voorbij aan het feit dat de leveranciers van glas- en metaalverpakkingsinstallaties geen nauwe en duurzame banden hebben met de drankenproducenten nu bijna alle glas- en metaalverpakkingen door converters worden vervaardigd.
- 140 De Commissie is inzake de positie van de concurrenten van mening dat het Gerecht de litigieuze beschikking heeft verdraaid waar het in punt 294 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat die beschikking geen passende analyse bevatte van de mededinging op de markt van machines met grote capaciteit, waaraan Sidel het hoofd moet bieden, en dat daarin de concurrentie van de drie voornaamste concurrenten van die onderneming was onderschat. Volgens de Commissie is in de

beschikking een grondige analyse gemaakt van de respectieve posities van de nieuwe entiteit en van haar concurrenten, met name in de punten 232 tot en met 248, 293 tot en met 300, 303 tot en met 310 en 369 tot en met 387. Overigens komt het Gerecht tot een onjuiste vaststelling van de feiten, aangezien het enerzijds stelt dat concurrent SIG over een voordeel beschikt omdat zij op de in een latere fase gesitueerde preformmarkt actief is, terwijl zij volgens de Commissie op die preformmarkt geen preforms levert aan ondernemingen die PET-verpakkingen gebruiken, en anderzijds, dat diezelfde onderneming het voordeel van de eerstkomer geniet door haar activiteiten in de glassector, hoewel zij machines vervaardigt en niet actief is op de in een latere fase gesitueerde markt voor glASFlessen.

- 141 Ten slotte is de Commissie van mening dat de vaststelling van het Gerecht in punt 305 van het bestreden arrest, dat „de conclusie over de afhankelijkheid van de converters van Sidel niet overtuigend is”, vaststelling welke uitsluitend op „het niveau van de bestaande mededinging” was gebaseerd, geen motivering bevat die duidelijk is of volstaat om de complexe argumentatie die in dat verband door de Commissie in de punten 303 tot en met 310 van de litigieuze beschikking in detail is uitgewerkt, te weerleggen.
- 142 Tetra betoogt dat de verschillende en blijkbaar onsamenhangende bezwaren die de Commissie in haar vijfde middel heeft geformuleerd, om twee redenen niet-ontvankelijk moeten worden verklaard. Enerzijds beroept de Commissie zich immers op elementen die niet in de litigieuze beschikking waren vermeld, en anderzijds betwist zij rechtstreeks de beoordeling van de feiten door het Gerecht.

#### Beoordeling door het Hof van het vijfde middel

- 143 Uit het onderzoek van de door de Commissie aangevoerde argumenten blijkt dat de meeste ervan de beoordeling van de bewijselementen door het Gerecht betreffen, die



door het Hof in het kader van een hogere voorziening niet kan worden getoetst. Dit is het geval waar de Commissie het Gerecht verwijt dat het geen rekening hield met een aantal elementen die zij relevant vond, of dat het rekening hield met andere elementen die zij als niet relevant beschouwde, bijvoorbeeld inzake de SBM-machines met kleine en die met grote capaciteit of inzake de inaanmerkingneming van afnemers die voordien de glasverpakkingen gebruikten.

144 Met andere argumenten tot staving van haar vijfde middel betwist de Commissie uitdrukkelijk de vaststelling of de beoordeling van de feiten door het Gerecht. Dit is met name het geval voor het argument inzake de concurrenten van Tetra/Sidel in de sector glasverpakking of de analyse van de positie van concurrent SIG.

145 Betreffende de gestelde verdraaiing van de litigieuze beschikking in punt 294 van het bestreden arrest, moet worden vastgesteld dat de Commissie niet aangeeft welke precieze punten van die beschikking door het Gerecht onjuist zijn weergegeven, en dat dit argument in werkelijkheid de beoordeling van de feiten en van de bewijselementen door het Gerecht betreft.

146 Wat ten slotte het argument betreft inzake het ontbreken van motivering van de conclusie in punt 305 van het bestreden arrest dat de afhankelijkheid van de converters ten opzichte van Sidel niet overtuigend was aangetoond, kan worden volstaan met vast te stellen dat het Gerecht zijn beoordeling beknopt maar toereikend heeft gemotiveerd in de laatste zin van bedoeld punt 305.

147 Uit deze overwegingen volgt dat het vijfde middel gedeeltelijk niet-ontvankelijk en gedeeltelijk ongegrond is.

### *Conclusie*

- 148 Aangezien geen enkel van de door Commissie tot staving van haar hogere voorziening aangevoerde middelen kan worden aanvaard, moet de hogere voorziening worden afgewezen.

### **Kosten**

- 149 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 118 van dat Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van Tetra worden verwezen in de kosten.

Het Hof van Justitie (Grote kamer) verklaart:

- 1) **De hogere voorziening wordt afgewezen.**
- 2) **De Commissie van de Europese Gemeenschappen wordt verwezen in de kosten.**

Ondertekeningen