CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
A. TIZZANO
van 25 mei 2004 [1]

Inhoud

I — Rechtskader ..... I - 993

II — Feiten en procesverloop ..... I - 994

De aangemelde concentratie en de procedure voor de Commissie ..... I - 996

De litigieuze beschikking ..... I - 996

Het bestreden arrest ..... I - 1002

De hogere voorziening en de procedure voor het Hof ..... I - 1009

III — Juridische analyse ..... I - 1009

Algemene opmerkingen over de ontvankelijkheid van hogere voorzieningen tegen arresten van het Gerecht ..... I - 1010

Het middel inzake het niveau van het te leveren bewijs en de omvang van de rechterlijke toetsing ..... I - 1011

a) De algemene kritiek van de Commissie ..... I - 1011

b) Het „concrete voorbeeld" van de vergissing van het Gerecht ..... I - 1017

c) Conclusies met betrekking tot het eerste middel ..... I - 1023

Het middel inzake de noodzaak om de onwettigheid van bepaalde gedragingen in aanmerking te nemen en rekening te houden met verbintenissen die louter gedragsmatige verplichtingen inhouden ..... I - 1024

Het middel inzake het onderscheiden van afzonderlijke markten voor SBM-machines naar gelang van het eindgebruik ..... I - 1028

Het middel inzake de versterking van de machtspositie van Tetra in de kartonsector I - 1031

1 — Oorspronkelijke taal: Italiaans.

Het middel inzake het ontstaan van een machtspositie van Tetra in de sector SBM-machines ..... I - 1038

a) De grieven van de Commissie ..... I - 1039

b) De invloed effect van de geconstateerde fouten op de conclusie van het Gerecht ..... I - 1044

Slotopmerkingen over de gegrondheid van de hogere voorziening ..... I - 1045

Kosten ..... I - 1046

IV — Conclusie ..... I - 1046

1. De onderhavige zaak betreft de hogere voorziening van de Europese Commissie tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 25 oktober 2002 (T-5/02), houdende nietigverklaring van „beschikking C (2001) 3345 def. 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)".

I — Rechtskader

2. Zoals bekend, is, om bij te dragen tot de invoering van „een regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst" (artikel 3, sub g, EG), bij verordening nr. 4064/89 van de Raad (hierna ook: „concentratieverordening" of „verordening") [2] een controle ingesteld op concentraties met een communautaire dimensie [3]. Daartoe is in de verordening inzonderheid bepaald dat bedoelde concentraties tevoren moeten worden aangemeld bij de Commissie, die tot taak heeft na te gaan of zij met de gemeenschappelijke markt verenigbaar zijn.

3. Overeenkomstig artikel 2, lid 1, van de verordening „houdt de Commissie" bij die beoordeling „rekening:

a) met de noodzaak op de gemeenschappelijke markt een daadwerkelijke mede-

2 — Verordening van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 395, blz. 1; gerectificeerd in PB 1990, L 257, blz. 13). Verordening nr. 4064/89 is gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997 (PB L 180, blz. 1).

3 — Het begrip „concentratie" wordt omschreven in artikel 3 van de verordening, terwijl in artikel 1, leden 2 en 3, wordt gepreciseerd wanneer een concentratie een „communautaire dimensie" heeft.

dinging 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."

4. In de volgende leden van artikel 2 wordt bepaald:

— enerzijds, dat „[c]oncentraties 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, [...] verenigbaar verklaard [moeten worden] met de gemeenschappelijke markt" (lid 2);

— anderzijds, dat „[c]oncentraties 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 verklaard [moeten worden] met de gemeenschappelijke markt" (lid 3).

II — Feiten en procesverloop

De aangemelde concentratie en de procedure voor de Commissie

5. Uit de weergave van de feiten in het bestreden arrest komt, voorzover relevant, het volgende naar voren:

„9 Op 27 maart 2001 deed Tetra Laval SA, vennootschap naar Frans recht en voor 100 % eigendom van Tetra Laval BV,

een financieringsvennootschap van de groep Tetra Laval (hierna: ‚Tetra' of ‚verzoekster'), voor rekening van laatstgenoemde een openbaar aanbod op alle in omloop zijnde aandelen in Sidel SA, een in Frankrijk aan de beurs genoteerde onderneming. Dezelfde dag verkreeg Tetra Laval SA ongeveer 9,75 % van het kapitaal van Sidel, respectievelijk van Azeo (5,56 %) en van de directie van Sidel (4,19 %).

[...]

11 Op grond van dat aanbod verwierf Tetra ongeveer 81,3 % van de uitstaande aandelen in Sidel. Na de sluitingsdatum verkreeg zij nog enkele aandelen meer, zodat zij thans ongeveer 95,20 % van de aandelen en 95,93 % van de stemrechten in Sidel bezit.

12 Tot de groep Tetra behoort, onder meer, de onderneming Tetra Pak, die zich voornamelijk bezighoudt met de vervaardiging van kartonnen verpakkingen voor dranken, op welk gebied zij wereldwijd de eerste plaats inneemt. Daarnaast is Tetra in mindere mate actief in de sector kunststofverpakkingen, voornamelijk als ‚converter' (dat wil zeggen dat zij lege verpakkingen fabriceert en aan de drankenproducenten levert, die ze dan zelf vullen), in het bijzonder in de sector HDPE-verpakkingen (‚high density polyethyleen').

13 Sidel houdt zich bezig met het ontwerpen en vervaardigen van verpakkingssystemen en -machines, waaronder de zogenoemde SBM-machines (‚stretch blow moulding') voor de vervaardiging van kunststoffflessen van polyethyleen terefthalaat (hierna: ‚PET'). Als producent en leverancier van SBM-machines is Sidel een van de grootste ondernemingen ter wereld in die sector. Zij houdt zich ook bezig met de ‚barrière-technologie', waarmee PET geschikt wordt gemaakt voor producten die gas- en lichtgevoelig zijn, en vervaardigt vulmachines voor PET-flessen en, in mindere mate, HDPE-flessen.

14 Op 18 mei 2001 werden de transacties waardoor Tetra haar deelneming in Sidel had verkregen, bij de Commissie aangemeld.

15 Tussen partijen is onbetwist, dat de aangemelde transacties een concentratie vormen in de zin van artikel 3, lid 1, sub b, van de verordening en dat deze

concentratie een communautaire dimensie heeft in de zin van artikel 1, lid 2, van de verordening.

16 Van oordeel, dat er ernstige twijfel bestond over de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt en de EER-Overeenkomst, besloot de Commissie op 5 juli 2001 de in artikel 6, lid 1, sub c, van de verordening bedoelde onderzoeksprocedure in te leiden.

[...]

19 Op 25 september 2001 bood verzoekster overeenkomstig artikel 8, lid 2, van de verordening een reeks verbintenissen aan om de in de eerste mededeling van punten van bezwaar geconstateerde mededingingsproblemen op te lossen.

[...]

21 Op 9 oktober 2001 verving verzoekster de op 25 september aangeboden verbintenissen door een nieuwe, definitieve reeks (hierna: ‚de verbintenissen').

[...]

24 Bij beschikking van 30 oktober 2001 [C (2001) 3345 def. (zaak COMP/M.2416 - Tetra Laval/Sidel); hierna: ‚bestreden beschikking'] heeft de Commissie krachtens artikel 8, lid 3, van de verordening de aangemelde concentratie onverenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt en de werking van de EER-Overeenkomst.

[...]

26 Gelet op de conclusies waartoe zij in de bestreden beschikking was gekomen, en na een afzonderlijke administratieve procedure, ingeleid door de toezending aan Tetra op 19 november 2001 van een mededeling van punten van bezwaar, heeft de Commissie op 30 januari 2002 overeenkomstig artikel 8, lid 4, van de verordening een beschikking gegeven met betrekking tot de maatregelen die zij noodzakelijk acht om een daadwerkelijke mededinging te herstellen (zaak COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel)."

De litigieuze beschikking

6. Onder voorbehoud van een latere, uitgebreidere behandeling van enkele aspecten die voor deze zaak van bijzonder belang zijn,

kunnen de essentiële passages van de litigieuze beschikking in het kort als volgt worden samengevat.

7. Na een algemene beschrijving van de bedrijfstak van de verpakking van vloeibare levensmiddelen heeft de Commissie de relevante productmarkten geanalyseerd. Om te beginnen heeft zij een beoordeling gemaakt van de substitueerbaarheid van de diverse verpakkingsmaterialen en daarmee van de verpakkingssystemen.

8. Zij achtte het zinvol, bij die analyse een „segmentering naar eindgebruik" toe te passen, dat wil zeggen te beoordelen of de substitueerbaarheid van de verschillende verpakkingsmaterialen en -systemen samenhangt met het type te verpakken vloeistof. [4] Aangezien Tetra en Sidel voornamelijk actief waren in de sectoren karton- en PET-verpakkingen, heeft de Commissie in haar analyse het accent gelegd op dranken die in deze twee materialen kunnen worden verpakt (de zogenoemde „gemeenschappelijke" of „gevoelige" producten), namelijk: „vloeibare zuivelproducten" (in het bestreden arrest ook wel „VZP" genoemd [5]), „vruchtensappen" en „nectars" (in de beschikking en in het bestreden arrest kortweg „sappen" genoemd), „niet-koolzuurhoudende dranken met vruchtensmaak" (in de beschikking aangeduid als „vruchtendranken" en in het arrest ook als „KDV") en „thee- en koffiedranken" voor directe consumptie (in de beschikking en het arrest gewoon „thee- en koffiedranken" genoemd). [6]

9. Bij haar onderzoek van de onderlinge verhouding van de twee materialen heeft de Commissie om te beginnen onderstreept, dat zij weliswaar „in het verleden voornamelijk [werden] toegepast voor het verpakken van verschillende dranken" [7], maar dat „PET een geschikt materiaal [is] voor het verpakken van alle producten die van oudsher in karton zijn verpakt". [8] Na een uitvoerige analyse en met name „[i]n het licht van de recente en komende technologische ontwikkelingen alsmede prijs- en marketingoverwegingen" is de Commissie tot de conclusie gekomen, dat „het PET-gebruik in de gemeenschappelijke productsegmenten in de komende vijf jaar aanzienlijk [zal] groeien". [9]

10. De Commissie heeft derhalve gesteld „dat substitutie tussen de [karton- en PET-verpakkingssystemen] [op dat moment] niet [optrad] in een omvang en directheid die voor één welomlijnde markt nodig is (het [betrof] hier beperkte substitutiemogelijkheden), maar dat [dat] in de toekomst [zou

4 — Zie met name de punten 40 en 44 van de beschikking.

5 — Noot niet van belang voor de Nederlandse vertaling.

6 — Zie met name de punten 12 en 45 van de beschikking.

7 — Punt 55, waarin wordt gepreciseerd dat „PET en karton [...] in het verleden voornamelijk [werden] toegepast voor het verpakken van verschillende dranken. De voornaamste reden hiervan is dat de twee soorten verpakkingen elk hun eigen fysieke kwaliteiten hebben: karton is niet doorschijnend en daardoor geschikt voor producten die gevoelig zijn voor zuurstof en licht, maar het materiaal is niet bruikbaar voor koolzuurhoudende vloeistoffen. PET is transparant en bestand tegen de druk van koolzuur, maar was in het verleden minder geschikt voor producten die gevoelig zijn voor zuurstof en licht. Dit heeft ertoe geleid dat karton hoofdzakelijk is gebruikt voor vloeibare zuivelproducten (voornamelijk melk) en sappen, terwijl PET voornamelijk is toegepast voor (al of niet koolzuurhoudend) water en koolzuurhoudende softdrinks."

8 — Punt 57.

9 — Punt 103.

kunnen] veranderen". Daarnaast heeft zij geconcludeerd dat „de twee verpakkingssystemen gezien hun aanwezigheid in dezelfde sector van het verpakken van vloeibare levensmiddelen, hun gemeenschappelijke productensegmenten, hun afnemerskring en de toenemende betekenis van aseptisch afvullen tot twee markten [behoorden] die zeer dicht bijeen [lagen]". [10]

11. In het licht daarvan achtte de Commissie het „noodzakelijk te onderzoeken of er binnen elk verpakkingssysteem relevante deelmarkten voor speciale machines [waren]". [11]

12. Op basis van deze analyse heeft de Commissie met betrekking tot PET-verpakkingssystemen [12] geconcludeerd: i) dat „SBM-machines voor hoge capaciteit een andere markt [vormden] dan SBM-machines voor lage capaciteit" en dat „[i]n het licht van de specifieke aard van ‚gevoelige' producten en de mogelijkheid van prijsdiscriminatie" „op basis van de te produceren consumptieverpakkingen afzonderlijke relevante machinemarkten voor speciale afnemersgroepen [bestonden], met name met betrekking tot de vier segmenten van „gevoelige" dranken" [13]; ii) dat de diverse „barrièretechnologieën voor PET onderdelen [vormden] van dezelfde productmarkt" [14]; iii) „dat er twee afzonderlijke productmarkten [bestonden]: één voor machines voor aseptisch afvullen van PET en één voor machines voor niet aseptisch afvullen van PET" [15]; en iv) „dat preforms [voor PET] een afzonderlijke productmarkt [vormden]" [16].

13. Wat daarentegen kartonverpakkingssystemen betreft, heeft de Commissie geconcludeerd „dat er vier afzonderlijke productmarkten [waren]: machines voor aseptisch karton verpakken, aseptische kartons, machi-

10 — Punt 163.

11 — Punt 164.

12 — In verband met deze systemen is het zinvol eraan te herinneren dat „[h]et verpakken van vloeibare levensmiddelen in PET-flessen [...] een combinatie van speciale machines [vereist] en, afhankelijk van het product, barrièretechnologie [waarmee PET geschikt wordt gemaakt voor producten die gas- en lichtgevoelig zijn]. Het proces is te verdelen in drie afzonderlijke stappen: a) het maken van kunststof preforms (de voorgevormde buizen die als uitgangsmateriaal voor de PET-flessen dienen), b) de vervaardiging met gespecialiseerde strekblaasmachines [SBM-machines] van de lege PET-flessen uit de preforms en c) het met speciale vulmachines afvullen van de gemaakte PET-flessen met het vloeibare product" (punt 20 van de beschikking). „Bij het verpakken van vloeistoffen [in PET-flessen] hebben de fabrikanten de keuze uit twee werkwijzen: zelf de verpakkingen vervaardigen of deze laten maken door zogenoemde converters. Het eerste vereist de aanschaf van verpakkingsmachines en het opzetten van verpakkingslijnen bij de drankenproducent zelf. In het tweede geval produceert een converter lege verpakkingen, die vervolgens door bottelaars worden gevuld dan wel verkocht worden aan drankenproducenten, die ze zelf afvullen" (punt 15 van de beschikking).

13 — Punt 188.

14 — Punt 199. In dat verband wijs ik erop dat PET-flessen „[v]oor producten die niet tegen zuurstof kunnen (zoals sappen en bier) [...] minder gasdoorlatend [moeten] worden gemaakt. [...] Om de barrière-eigenschappen van PET te verbeteren moeten de gewone PET-flessen een speciale behandeling krijgen. [...] Voor lichtgevoelige producten zoals onvermengde UHT-melk moet een lichtbarrière worden toegevoegd" (punten 22-24 van de beschikking).

15 — Punt 204. In dat verband wijs ik erop dat „[n]iet-aseptische PET-afvulmachines [...] in het algemeen [worden] toegepast voor koolzuurhoudende dranken, mineraalwater, spijsolie en verse melk. Aseptische PET-afvulmachines worden gebruikt voor ongekoeld gedistribueerde sappen, vruchtendranken en andere niet-koolzuurhoudende dranken, thee- en koffiedranken en vloeibare zuivelproducten" (punt 21 van de beschikking).

16 — Punt 206.

nes voor niet-aseptisch karton verpakken en niet-aseptische kartons". [17]

14. Na deze analyse van de relevante productmarkten heeft de Commissie kort de geografische aspecten van deze markten beschreven. Zij heeft daaruit geconcludeerd, dat „de relevante geografische markt [...] de EER [was]". [18]

15. Bij de daaropvolgende beoordeling van de invloed van de aangemelde concentratie op de mededinging heeft de Commissie in de eerste plaats opgemerkt, dat Tetra al voor de concentratie „een machtspositie [had] op de markt voor machines voor aseptisch verpakken en aseptische kartons alsmede een leidende positie [innam] op de markt voor machines voor niet-aseptisch verpakken en niet-aseptische kartons"; het bezat daarnaast „een machtspositie in de kartonverpakkingsmarkt als geheel". [19] Sidel daarentegen nam voor de aangemelde concentratie „een leidende positie in [...] op de markt voor SBM-machines met hoge en met lage capaciteit, ongeacht de uitsplitsing naar consumptiesegment, en een sterke positie bij andere PET-verpakkingsmachines, in het bijzonder aseptische afvulmachines, ondersteunende uitrusting en bijbehorende diensten". [20]

16. In het licht van deze omstandigheden heeft de Commissie beoordeeld of de aangemelde concentratie een of meer machtsposities in het leven zou roepen of versterken in de zin van artikel 2 van de concentratieverordening.

17. Zij heeft hiertoe in de eerste plaats vastgesteld, dat „[d]e voorgestelde transactie [...] directe horizontale consequenties [zou hebben], want beide partijen [waren] actief op drie afzonderlijke productmarkten: SBM-machines (met lage capaciteit), barrièretechnologie en aseptische PET-afvulmachines". Volgens de Commissie zou „de nu al sterke positie van Sidel via de fusie onmiddellijk verder [...] worden versterkt". [21]

18. Meer in het bijzonder heeft de Commissie inzake de „horizontale effecten" van de transactie geconcludeerd: i) „dat de trans-

17 — Punt 209. In verband met deze systemen is het zinvol eraan te herinneren dat, „[i]n tegenstelling tot de afzonderlijke productiestadia bij PET (preforms, lege flessen, afvullen), [...] het verpakken van vloeibare levensmiddelen in karton plaats[vindt] in één geïntegreerd traject van pakken (‚kartons') maken, afvullen en afsluiten [...]. Al deze bewerkingen worden uitgevoerd op één kartonverpakkingsmachine die bij de drankenproducent zelf is opgesteld. [...] Er zijn aparte aseptische en niet-aseptische kartonverpakkingsmachines en het onderscheid tussen aseptische en niet-aseptische verwerking speelt bij het hele verpakkingstraject [...] een essentiële rol" (punt 28 van de beschikking).

18 — Punt 212.

19 — Punt 231.

20 — Punt 259.

21 — Punt 263.

actie de concurrentie op de markt voor machines met lage capaciteit zou reduceren" en dat Tetra/Sidel „daarmee de verreweg grootste leverancier [zou] zijn binnen het hele scala van SBM-machines van de eenvoudigste typen met lage capaciteit tot en met die met de hoogste capaciteit en de meest geavanceerde technologie" [22]; ii) „dat de combinatie van de [...] technologieën van de partijen de positie van de door fusie ontstane onderneming op de markt voor barrièretechnologieën aanzienlijk zou versterken [...], maar niet in een mate die de entiteit een machtspositie [...] zou verschaffen" [23]; en iii) „dat de door de fusie tot stand komende combinatie een sterke positie zou innemen op de markt voor machines voor aseptisch afvullen van PET" [24].

19. Vervolgens heeft de Commissie de „verticale effecten" van de concentratie onderzocht en geconstateerd dat „Tetra/Sidel een verticaal geïntegreerde marktdeelnemer wordt in drie verpakkingssectoren: karton, HDPE en PET". Dit zou kunnen leiden tot „een ‚channel conflict' met onafhankelijke converters en mogelijk concurrentiebeperkende effecten". De Commissie heeft echter niet geconcludeerd, dat „de mogelijkheid van verticale integratie op zichzelf genomen zou leiden tot het verwerven van een machtspositie op het gebied van PET-machines of preforms". [25]

20. Nadat de Commissie de „horizontale" en „verticale" effecten van de concentratie had geanalyseerd, heeft zij de mogelijke mededingingsbeperkende gevolgen (de zogenoemde „conglomeraateffecten") beoordeeld die zouden voortvloeien uit het feit dat het gefuseerde Tetra/Sidel een sterke positie kreeg op aangrenzende markten zoals die van karton en kartonverpakkingsmachines en die van PET-verpakkingsmachines. Die beoordeling was naar haar mening met name noodzakelijk door de nauwe band tussen deze markten, omdat „PET in de sector van „gevoelige" producten [op dat moment al] een belangrijk alternatief en ook een aanvullend verpakkingsmateriaal [ging] vormen voor karton" [26], en „het belang ervan" „in de toekomst" nog zou „groeien".

21. Vanuit deze optiek heeft de Commissie in de eerste plaats onderzocht of de gefuseerde entiteit een machtspositie op de markten voor PET-verpakkingsmachines zou kunnen verwerven door haar leidende positie op de kartonmarkt als hefboom te gebruiken (de zogenoemde „hefboomwerking" of „leveraging"). Na een uitvoerige analyse is zij tot de conclusie gekomen „dat de voorgestelde transactie door het bijeenbrengen van het dominante bedrijf op het gebied van kartonverpakking, Tetra, en het leidende bedrijf op het gebied van PET-verpakkingsmachines, Sidel, een marktstructuur [zou creëren] die de gefuseerde onderneming de stimulansen en middelen [zou bieden] om haar leidende positie op het gebied van PET-verpakkingsmachines, met name SBM-machines (met hoge en lage capaciteit) voor het verpakken van ‚gevoelige'

22 — Punten 269 en 270.

23 — Punt 282.

24 — Punt 290.

25 — Punt 324.

26 — Punt 337.

consumptieproducten, uit te breiden tot een machtspositie. Waarschijnlijk [zou] een en ander tevens leiden tot versterking van de positie van de gefuseerde onderneming en concurrentiebeperkende effecten op de totale markt voor SBM-machines". [27]

22. Vervolgens heeft de Commissie beoordeeld welke effecten de aangemelde concentratie op de machtspositie van Tetra in de kartonsector zou kunnen hebben. Aangezien „karton- en PET-verpakkingssystemen [...] nauw verwante productmarkten vormen die een zekere concurrentiedruk op elkaar uitoefenen", heeft zij geconcludeerd dat Tetra's positie, „[d]oor de groeiende concurrentiedruk van Sidel in een nauw verwante markt uit te schakelen, [...] op het gebied van kartonverpakking [zou] worden versterkt". [28]

23. Tot slot heeft de Commissie onderzocht of de leidende positie van de gefuseerde onderneming in de kartonsector en bij PET-verpakkingsmachines haar machtspositie verder zou kunnen versterken. Op dit punt achtte zij het „waarschijnlijk dat als gevolg van de fusie de positie van de [...] onderneming op de markt voor de verpakking van ‚gevoelige' producten zou leiden tot marginalisatie van concurrenten en extra drempels die de toegang tot de markt [zouden] bemoeilijken, waardoor de machtspositie op de relevante markten voor karton- en PET-verpakkingsmachines en met name voor SBM-machines voor de verpakking van ‚gevoelige' producten [zou worden] versterkt". [29]

24. Na deze analyse van de effecten van de aangemelde concentratie op de mededinging heeft de Commissie de verbintenissen onderzocht die Tetra heeft voorgesteld, te weten: „i) afstoting van Tetra's eigen SBM-activiteiten; ii) afstoting van Tetra's activiteiten op het gebied van PET preforms; iii) het bedrijf Sidel gescheiden houden van de TetraPak-bedrijven gecombineerd met vooraf bestaande toezeggingen ter correctie van gedragingen overeenkomstig artikel 82 van het Verdrag, en iv) het verlenen van een licentie voor Sidels SBM-activiteiten voor de verkoop aan afnemers die zelf ‚gevoelige' producten afvullen en voor converters". [30]

25. Na een kort onderzoek van deze verbintenissen heeft de Commissie deze „onvoldoende geoordeeld om de voornaamste aangegeven bezorgdheden op het gebied van concurrentieverhoudingen op de markten van PET-verpakkingsmachines en kartonverpakking weg te nemen", en wel om de volgende redenen. De „twee afstotingen [zouden] een minimaal effect hebben op de positie van de gefuseerde onderneming"; de licentie zou volgens de Commissie niet alleen „onvoldoende zijn om een eind te maken aan

27 — Punt 389.
28 — Punten 397 en 399.
29 — Punt 408.
30 — Punt 410.

[haar] bezorgdheid [...] op het punt van concurrentie, maar [leek] ook geen bruikbare optie te bieden en zou wellicht tot gecompliceerde mechanismen op de markt voeren die tot kunstmatige regulering [zouden] leiden"; en „[d]e twee verbintenissen ten aanzien van de gedragingen [werden] tenslotte [...] gezien als op zich onvoldoende om een eind te maken aan de zorgen die voortvloeien uit de door de fusie gecreëerde marktstructuur". [31]

26. De Commissie is dan ook tot de conclusie gekomen, dat „de voorgestelde verbintenissen en het feit dat ze over het geheel tekortschieten als middel om de mededingingsbezwaren te verhelpen, wegens de slechte uitvoerbaarheid ervan onvoldoende [waren] om de bezorgdheid omtrent de aangegeven concurrentieaspecten weg te nemen en een basis te vormen voor een positieve beschikking". [32]

27. In het licht van de hierboven kort samengevatte overwegingen heeft de Commissie dus geconcludeerd „dat de aangemelde concentratie tot een machtspositie op de markt voor PET-verpakkingsmachines en met name het marktsegment van SBM-machines voor verpakking van ‚gevoelige' producten zou leiden en een reeds dominante positie op het gebied van machines voor aseptische kartonverpakking en aseptische kartons in de EER zou versterken, als gevolg waarvan doeltreffende concurrentie binnen de gemeenschappelijke markt en de EER aanzienlijk zou worden bemoeilijkt". [33] Aangezien de door Tetra voorgestelde verbintenissen onvoldoende werden geacht om deze situatie tegen te gaan, heeft de Commissie de concentratie „onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en de werking van de EER-overeenkomst verklaard". [34]

Het bestreden arrest

28. Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het Gerecht op 15 januari 2002, heeft Tetra beroep ingesteld tegen de beschikking van de Commissie. Het Gerecht heeft dit beroep toegewezen en bij arrest van 25 oktober 2002 de litigieuze beschikking nietigverklaard.

29. Wederom onder voorbehoud van een latere, uitgebreidere behandeling van enkele aspecten, kunnen de essentiële passages van dit arrest in het kort als volgt worden samengevat.

30. Na het middel „ontleend aan schending van het recht op toegang tot het dossier" [35] te

31 — Punt 424.
32 — Punt 451.
33 — Punt 452.
34 — Artikel 1 van het dispositief.
35 — Punten 83-118.

hebben afgewezen, is het Gerecht – voorzover hier meer direct van belang — ingegaan op: i) het „[o]ntbreken van mededingingsbeperkende horizontale en verticale effecten" van de gewijzigde concentratie [36]; en ii) het „[o]ntbreken van een voorzienbaar conglomeraateffect".

31. Met betrekking tot de middelen inzake de „horizontale" en „verticale" effecten van de concentratie heeft het Gerecht eerst vastgesteld, dat „ook al [heeft] de Commissie de bestreden beschikking niet op die [...] effecten [gebaseerd], zij ze wel in aanmerking [heeft genomen] voor haar conclusie, dat de gewijzigde concentratie verboden [moest] worden". [37]

32. Na deze verduidelijking heeft het Gerecht, in het licht van de door Tetra aangeboden verbintenissen, vastgesteld dat „de ongunstige horizontale effecten waarnaar de Commissie in de bestreden beschikking [verwees], op de diverse relevante markten van PET-verpakkingsinstallaties miniem of zelfs nagenoeg inexistent" waren. Op basis daarvan heeft het Gerecht geconcludeerd, „dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout [had] gemaakt door haar conclusie, dat de nieuwe entiteit door middel van hefboomwerking een machtspositie op die PET-markten [zou] verwerven, op de horizontale effecten van de gewijzigde concentratie te baseren". [38]

33. Het Gerecht heeft dienovereenkomstig vastgesteld dat „niet [was] aangetoond, dat de gewijzigde concentratie belangrijke of althans aanmerkelijke verticale effecten [zou] hebben op de relevante markten van PET-verpakkingsinstallaties". In deze omstandigheden moest volgens het Gerecht „worden geconcludeerd, dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout [had] gemaakt door haar conclusie, dat de nieuwe entiteit door middel van hefboomwerking een machtspositie op die PET-markten [zou] verwerven, op de verticale effecten van de gewijzigde concentratie te baseren". [39]

34. Volgens het Gerecht moesten de „kennelijke beoordelingsfouten" die de Commissie had gemaakt „door zich voor haar analyse, dat op de relevante PET-markten een machtspositie [zou] ontstaan, op de horizontale en verticale effecten van de gewijzigde concentratie te baseren [...] echter nog niet tot nietigverklaring van de bestreden beschikking leiden, daar het door de Com-

36 — Met „gewijzigde concentratie" doelt het Gerecht op „de concentratie zoals door de verbintenissen aangepast" (punt 81).

37 — Punt 124.

38 — Punt 132.

39 — Punt 140.

missie gestelde conglomeraateffect op zich voldoende rechtvaardiging voor die beschikking zou kunnen opleveren". [40]

35. In het kader van het middel betreffende het „[o]ntbreken van een voorzienbaar conglomeraateffect" heeft het Gerecht achtereenvolgens de „drie zuilen waarop de redenering van de Commissie berust — hefboomwerking, uitschakeling van potentiële mededinging, en algemene versterking van de concurrentiepositie van de nieuwe entiteit" onderzocht. [41]

36. Te beginnen bij de eerste van deze zuilen heeft het Gerecht in de eerste plaats opgemerkt dat het, zoals de Commissie zelf erkent, „ misbruik zou kunnen zijn van haar bestaande machtspositie op de markten van aseptisch karton" „wanneer Tetra door middel van de [in de beschikking [42]] genoemde gedragingen een hefboomeffect zou bewerkstelligen". [43] In deze situatie had de Commissie volgens het Gerecht moeten „beoordelen, of het ondanks het feit dat dergelijke gedragingen verboden zijn, niettemin waarschijnlijk [was] dat de nieuwe entiteit ertoe [zou] overgaan, dan wel of de onwettigheid en/of het risico van ontdekking van de gedraging een dergelijke strategie juist weinig waarschijnlijk [zou maken]. Hoewel bij die beoordeling terecht rekening [kon] 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 [...], [diende] de Commissie ook te onderzoeken, in hoeverre die prikkels zwakker of zelfs geheel krachteloos [zouden] worden door de onwettigheid van de betrokken gedragingen, de kans dat deze door de bevoegde communautaire of nationale autoriteiten [zouden] worden ontdekt en vervolgd, en de geldelijke sancties die eruit [zouden] kunnen voortvloeien". [44]

37. Aangezien de Commissie „in de bestreden beschikking [had] nagelaten die beoordeling te verrichten", heeft het Gerecht haar conclusies van de hand gewezen, voorzover „haar analyse gebaseerd [was] op de mogelijkheid en zelfs de waarschijnlijkheid, dat Tetra zich op de markten van aseptisch karton zo [zou] gaan gedragen". [45]

38. Analoog daaraan heeft het Gerecht vastgesteld dat „[o]ok de omstandigheid dat

40 — Punt 141.

41 — Punt 145.

42 — In dit verband heeft het Gerecht de inhoud van de beschikking aldus samengevat, dat de hefboomwerking vanuit de markten van aseptisch karton, „[n]aast 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 [...] in casu waarschijnlijk de vorm [zou] aannemen van a) toepassing van afbraakprijzen (predatory pricing [...]), b) uitlokken van prijsoorlogen, en c) toekenning van getrouwheidskortingen" (punt 156).

43 — Punt 158.

44 — Punt 159.

45 — Punt 160.

verzoekster verbintenissen omtrent haar toekomstige gedragingen [had] aangeboden, [...] een gegeven [was] dat de Commissie in het onderhavige geval had moeten meewegen bij haar beoordeling van de waarschijnlijkheid, dat de nieuwe entiteit zich zo [zou gaan] gedragen, dat het op een of meer van de relevante markten van PET-installaties tot een machtspositie [zou komen]. Uit de bestreden beschikking [bleek echter] niet, dat de Commissie de implicaties van die verbintenissen in aanmerking [had] genomen bij haar analyse, of er door de verwachte hefboomwerking in de toekomst een machtspositie zou kunnen ontstaan". [46]

39. Het Gerecht is derhalve tot de slotsom gekomen dat „de Commissie haar prospectieve analyse van de waarschijnlijkheid van hefboomwerking [...] en van de gevolgen" uitsluitend had moeten richten „op gedragingen die althans waarschijnlijk niet onwettig zouden zijn". [47]

40. Desondanks heeft het Gerecht in het vervolg van zijn analyse vastgesteld dat „de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout [had] gemaakt door te concluderen, dat de nieuwe entiteit in staat [zou] zijn een hefboomwerking uit te oefenen". [48] Met name had de Commissie, naar het oordeel van het Gerecht, „rechtens genoegzaam aangetoond, dat de voorzienbare groei in de PET-sector de verwachte hefboomwerking mogelijk maakt[e]". [49]

41. Omdat echter uit de litigieuze beschikking bleek dat „de prikkel om een hefboomwerking uit te oefenen, voor de nieuwe entiteit in hoge mate af[hing] van de verwachte groei van de PET-markten", achtte het Gerecht het noodzakelijk te onderzoeken of, zoals verzoekster stelde, „het volume van gevoelige producten die naar verwachting in de periode tot 2005 in PET [zouden] worden verpakt, vergeleken met het totale toekomstige volume van in PET verpakte producten, die prikkel onwaarschijnlijk [maakte] of ten minste aanmerkelijk [verminderde]". [50]

42. Op basis van dat onderzoek heeft het Gerecht geconcludeerd dat „[v]oor de door de Commissie in de bestreden beschikking vermelde groeiprognoses met betrekking tot VZP en sappen [...] rechtens onvoldoende bewijs [bestond]. Een zekere groei in die segmenten [was] stellig waarschijnlijk, vooral bij de duurdere producten, maar overtuigend

46 — Punt 161.
47 — Punt 162.
48 — Punt 199.
49 — Punt 195.
50 — Punt 201.

bewijs voor de omvang van die groei [ontbrak]". [51] Het Gerecht stelde niettemin vast dat, „[d]aar het gebruik van PET tegen 2005 waarschijnlijk [zou] toenemen, zij het minder sterk dan door de Commissie werd verwacht, [...] het bestaan van een prikkel om gebruik te maken van een hefboomeffect, niet [viel] uit te sluiten". [52]

43. Gelet op het voorgaande heeft het Gerecht „onderzocht, op welke wijze de nieuwe entiteit een dergelijke hefboomwerking zou kunnen uitoefenen". [53] In dat verband heeft het zijn analyse beperkt tot enkel die „wijzen van hefboomwerking [...] welke althans waarschijnlijk geen misbruik van een machtspositie op de markten van aseptisch karton [vormden]". [54] Gezien de verbintenissen die Tetra had voorgesteld, moest volgens het Gerecht „worden geconcludeerd, dat de mogelijkheden van de nieuwe entiteit om een hefboomwerking uit te oefenen, tamelijk beperkt zouden zijn [geweest]". [55] Daarmee had dus rekening gehouden moeten worden bij „het onderzoek van de voorzienbare gevolgen indien toch van hefboomwerking gebruik werd gemaakt". [56]

44. Volgens het Gerecht moest bij het onderzoek van die gevolgen „onderscheid worden gemaakt tussen de diverse markten van PET-installaties en de meer specifieke markten van SBM-machines". [57]

45. Met betrekking tot de PET-installaties heeft het Gerecht na een zorgvuldige analyse van elke markt geconcludeerd dat „de bestreden beschikking geen genoegzaam overtuigende gegevens [bevatte] die [konden] dienen tot het bewijs, dat er als gevolg van hefboomwerking vanuit de markten van aseptisch karton tegen 2005 een machtspositie ten gunste van de nieuwe entiteit [zou zijn] ontstaan op de markten van barrièretechnieken, aseptische en niet-aseptische vulmachines, sluitsystemen voor kunststofflessen en hulpapparatuur". [58]

46. Wat de markten voor SBM-machines betreft, is het Gerecht, eveneens na een zorgvuldige analyse, tot de volgende slotsom gekomen:

— „De Commissie heeft dus een fout gemaakt door op basis van de in de bestreden beschikking vermelde gegevens in de eerste plaats vast te stellen dat de meeste SBM-machines generiek zijn [...] en in de tweede plaats onder-

51 — Punt 214. Volgens het Gerecht had de Commissie echter geen fout gemaakt met betrekking tot de geprognosticeerde groei van de markt van vruchtendranken en thee- en koffiedranken (punt 215).

52 — Punt 216.

53 — Punt 216.

54 — Punt 218.

55 — Punt 224.

56 — Ibidem.

57 — Punt 225.

58 — Punt 254.

scheid te maken naar hun eindgebruik. De bestreden beschikking levert immers onvoldoende aanwijzingen voor het bestaan van verschillende deelmarkten voor SBM-machines naargelang van hun eindgebruik. De enige te onderscheiden deelmarkten zijn derhalve die van SBM-machines met kleine en die met grote capaciteit." [59]

— „Wat de SBM-machines met kleine capaciteit betreft, [heeft] de Commissie, waar zij het ontstaan van een machtspositie op de markt van die machines tegen 2005 als gevolg van hefboomwerking waarschijnlijk acht, een kennelijke beoordelingsfout [...] gemaakt" [60].

— „Met betrekking tot de markt van SBM-machines met grote capaciteit kunnen de gegevens waarop de Commissie zich heeft gebaseerd, derhalve niet haar conclusie wettigen, dat zowel de concurrenten van de nieuwe entiteit als de converters tegen 2005 zouden worden gemarginaliseerd door de hefboomwerking die de nieuwe entiteit zou uitoefenen ten aanzien van Tetra's bestaande afnemers op de kartonmarkten, die in genoemde periode voor het verpakken van gevoelige producten geheel of gedeeltelijk op PET willen overgaan." [61]

47. In zijn „[a]lgemene conclusie met betrekking tot de hefboomwerking" heeft het Gerecht derhalve geoordeeld, dat „de Commissie, door zich voor haar conclusie inzake het ontstaan van een machtspositie tegen 2005 op de markten van PET-verpakkingsinstallaties en, in het bijzonder, op die van SBM-machines met kleine en met grote capaciteit voor het verpakken van gevoelige producten, te baseren op de gevolgen van een door de nieuwe entiteit uitgeoefende hefboomwerking, een kennelijke beoordelingsfout [had] gemaakt". [62]

48. Het Gerecht heeft er daarom op gewezen dat, „[n]u met betrekking tot de door de Commissie voorziene hefboomwerking niet aan de voorwaarden van artikel 2, lid 3, van de verordening [was] voldaan, [moest] worden onderzocht of dit wel het geval [was] met betrekking tot de tweede zuil van de redenering van de Commissie, die de kartonmarkten [betrof]". [63]

59 — Punt 269.
60 — Punt 283.
61 — Punt 306.
62 — Punt 308.
63 — Punt 309.

49. In het kader van dat onderzoek heeft het Gerecht om te beginnen in algemene bewoordingen opgemerkt, dat de Commissie „geen fout [had] 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 [diende] echter wel aan te tonen, dat zo er van een vermindering sprake [was], dit tot versterking van Tetra's machtspositie tegenover haar concurrenten op de markten van aseptisch karton [zou] leiden". [64]

50. Dienaangaande heeft het Gerecht, na de beoordelingen door de Commissie te hebben onderzocht, geconcludeerd dat „[d]e in de bestreden beschikking aangevoerde gegevens [...] geen rechtens genoegzaam bewijs [vormden], dat de gevolgen van de gewijzigde 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 zijn oordeel was namelijk „niet aangetoond, dat de positie van de nieuwe entiteit tegenover haar concurrenten op de kartonmarkten zou worden versterkt". [65]

51. Wat tot slot de „derde zuil" van het betoog van de Commissie betreft, namelijk de algemene versterking van de concurrentiepositie van de nieuwe entiteit in de sector verpakking van gevoelige producten, heeft het Gerecht slechts vastgesteld dat „het niet mogelijk [was], die gevolgen van de aangemelde concentratie afzonderlijk te beoordelen, los van de analyse die de bestreden beschikking met betrekking tot de eerste twee zuilen van de redenering van de Commissie [bevatte]. Daar de analyse met betrekking tot die twee zuilen door kennelijke beoordelingsfouten [werd] ontkracht [...], [diende] de derde zuil zonder nader onderzoek eveneens te worden afgewezen". [66]

52. Derhalve heeft het Gerecht geconcludeerd dat „in de bestreden beschikking niet tot genoegen van recht [was] aangetoond, dat de gewijzigde concentratie aanmerkelijke mededingingsbeperkende conglomeraateffecten zou hebben". Volgens het Gerecht moest de conclusie dus luiden „dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout [had] gemaakt door op grond van de in de bestreden beschikking aangevoerde gegevens betreffende het voorziene conglomeraateffect de gewijzigde concentratie te verbieden". [67]

53. In zijn „slotconclusie" met betrekking tot de gegrondheid van het beroep heeft het Gerecht daarom geoordeeld, dat „de middelen ontleend aan ontbreken van horizontale

64 — Punt 323.
65 — Punt 333.
66 — Punt 335.
67 — Punt 336.

en verticale effecten en van conglomeraat-effecten waardoor de mededinging zou worden beperkt, gegrond [moesten] worden verklaard. De overige middelen behoe[fden] niet te worden onderzocht" en „de bestreden beschikking [moest bijgevolg] nietig worden verklaard".[68]

De hogere voorziening en de procedure voor het Hof

54. Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het Hof op 8 januari 2003, heeft de Commissie hogere voorziening ingesteld tegen het arrest van het Gerecht en om vernietiging van het arrest verzocht. Tetra heeft dit verzoek uiteraard betwist en een memorie van antwoord in de zin van artikel 115 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof ingediend.

55. In deze memorie heeft Tetra niet alleen geconcludeerd tot afwijzing van de hogere voorziening, maar ook — als maatregel van instructie in de zin van artikel 45, lid 2, sub b, van het Reglement voor de procesvoering — verzocht, een vertaling in het Frans van het verzoekschrift over te leggen (dat oorspronkelijk in het Engels was gesteld, de procestaal van de zaak voor het Gerecht en dus ook van de onderhavige zaak). Bij beschikking van 24 juli 2003 heeft het Hof dit verzoek echter afgewezen.

68 — Punten 337 en 338.

56. Met toestemming van de president van het Hof volgens artikel 117 van het Reglement voor de procesvoering, heeft de Commissie een memorie van repliek ingediend, waarop Tetra heeft gereageerd met een memorie van dupliek. Partijen hebben daarnaast schriftelijk geantwoord op een vraag van het Hof en zijn vervolgens ter terechtzitting van 27 januari 2004 gehoord.

III — Juridische analyse

57. Tot staving van haar hogere voorziening voert de Commissie vijf middelen aan:

i) onjuiste rechtsopvatting inzake het niveau van het door haar te leveren bewijs en de draagwijdte van de rechterlijke toetsing;

ii) onjuiste rechtsopvatting en met name schending van de artikelen 2 en 8, lid 2, van de concentratieverordening, doordat het Gerecht de Commissie de verplichting heeft opgelegd de onwettigheid van bepaalde gedragingen in aanmerking te nemen en rekening te houden met bepaalde verbintenissen die louter gedragsmatige verplichtingen inhouden;

iii) onjuiste rechtsopvatting nu het Gerecht niet is uitgegaan van het bestaan van afzonderlijke markten voor SBM-machines naar gelang van het eindgebruik;

iv) schending van artikel 2 van de verordening, onjuiste voorstelling van de feiten en buiten beschouwing laten van argumenten van de Commissie, voorzover het Gerecht de conclusie van de Commissie dat Tetra haar machtspositie in de kartonsector zou versterken, niet heeft bevestigd;

v) onjuiste rechtsopvatting, doordat het Gerecht de conclusie van de Commissie inzake het ontstaan van een machtspositie van Tetra op de markt voor SBM-machines heeft verworpen.

58. Na enkele algemene opmerkingen over de ontvankelijkheid van hogere voorzieningen tegen arresten van het Gerecht, zal ik deze middelen onderzoeken in dezelfde volgorde waarin zij door de Commissie zijn voorgedragen.

Algemene opmerkingen over de ontvankelijkheid van hogere voorzieningen tegen arresten van het Gerecht

59. Aangezien Tetra de ontvankelijkheid van de meeste middelen van de Commissie bestrijdt, moet ik er, voordat ik deze middelen beoordeel, kort aan herinneren dat hogere voorzieningen tegen de arresten van het Gerecht krachtens artikel 225 EG en artikel 51 van het Statuut van het Hof „tot rechtsvragen beperkt [...]" zijn.

60. Volgens vaste rechtspraak vloeit hieruit voort, dat het Gerecht bij uitsluiting „bevoegd [is] om de feiten vast te stellen, behoudens het geval waarin de feitelijke onjuistheid van hetgeen het heeft vastgesteld, voortvloeit uit de hem overgelegde processtukken, en om die feiten te beoordelen. Wanneer het Gerecht de feiten heeft vastgesteld of beoordeeld, is het Hof evenwel ingevolge artikel 168 A van het Verdrag [thans artikel 225 EG] bevoegd, toezicht uit te oefenen op de wijze waarop het Gerecht de feiten juridisch heeft gekwalificeerd en daaraan rechtsgevolgen heeft verbonden [...] Het Hof is derhalve niet bevoegd om de feiten vast te stellen, noch, in beginsel, om de bewijzen te onderzoeken die het Gerecht tot staving van die feiten in aanmerking heeft genomen. Wanneer die bewijzen regelmatig zijn verkregen en de algemene rechtsbegin-

selen en regels van procesrecht inzake de bewijslast en de bewijsvoering zijn geëerbiedigd, staat het enkel aan het Gerecht te beoordelen, welke waarde moet worden gehecht aan de hem voorgelegde bewijzen [...] Die beoordeling vormt dus, behoudens in het geval van een verkeerde opvatting van die bewijzen, geen rechtsvraag die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof". [69]

61. De verschillende middelen kunnen dus alleen binnen de strikte grenzen die deze vaste rechtspraak trekt, door het Hof worden onderzocht.

Het middel inzake het niveau van het te leveren bewijs en de omvang van de rechterlijke toetsing

62. Met haar eerste middel, dat in wezen in twee onderdelen uiteenvalt, bekritiseert de Commissie in de eerste plaats in algemene bewoordingen de intensiteit van de toetsing door het Gerecht en het verlangde bewijsniveau voor het verbod van een concentratie. In de tweede plaats haalt zij een „concreet voorbeeld" aan van de vergissingen van het Gerecht door de manier waarop het Gerecht haar schatting van de groei van PET heeft gecontroleerd, te bekritiseren. Voor de duidelijkheid worden deze twee aspecten hierna afzonderlijk onderzocht.

a) De algemene kritiek van de Commissie

63. De algemene kritiek van de Commissie betreft in de eerste plaats de intensiteit van de toetsing door het Gerecht waar het de complexe economische beoordelingen in de litigieuze beschikking betreft.

64. Met name verwijt de Commissie het Gerecht dat het zich er niet toe heeft beperkt te toetsen of zij een „kennelijke beoordelingsfout" heeft gemaakt, en dus of de feitelijke gegevens waarop haar beoordeling was gebaseerd juist waren, of de daaruit getrokken conclusies niet kennelijk onjuist of tegenstrijdig waren en of alle relevante factoren in aanmerking waren genomen.

65. In plaats van zich tot deze aspecten te beperken, heeft het Gerecht een veel diepgaandere controle uitgeoefend door na te gaan of de conclusies van de Commissie door „overtuigende" bewijsmiddelen of elementen werden gestaafd. [70] Het Gerecht heeft dus ten onrechte een type controle uitgevoerd dat, naar de letter genomen, van de Commissie verlangt hem te „overtuigen" van haar conclusies en waardoor het Gerecht de vragen inhoudelijk kon beoordelen en zijn

69 — Arrest Hof van 28 mei 1998, Deere/Commissie (C-7/95 P, Jurispr. blz. I-3111, punten 21 en 22. Zie in dezelfde zin onder meer arresten van 2 maart 1994, Hilti/Commissie (C-53/92 P, Jurispr. blz. I-667, punten 42 en 43), en 28 mei 1998, New Holland Ford/Commissie (C-8/95 P, Jurispr. blz. I-3175, punt 26).

70 — In dit verband wijs ik erop, dat de Engelse uitdrukking „convincing evidence" in sommige gevallen is vertaald als „overtuigend bewijs" (zie bijvoorbeeld punt 214) en in andere gevallen als „duidelijke aanwijzingen" (zie bijvoorbeeld punt 227).

eigen standpunt in de plaats van dat van de Commissie kon stellen. Naar haar mening heeft het Gerecht in casu bovendien een veel strengere controle uitgeoefend dan het Hof in het arrest Kali & Salz [71], waarin het ook om een concentratie ging. In dat arrest is de gemeenschapsrechter enkel nagegaan of de conclusies van de Commissie werden gestaafd door „voldoende significante en overeenstemmende" gegevens (in de Engelse versie van het arrest, waarnaar de hogere voorziening van de Commissie verwijst, formuleert het Hof dit als „sufficiently cogent and consistent body of evidence"). [72]

66. De Commissie verwijt het Gerecht vervolgens dat het heeft geoordeeld dat „de prospectieve analyse van de Commissie, zelfs rekening houdend met haar beoordelingsvrijheid, *bijzonder aannemelijk* [dient] te zijn" wanneer „de verwachte machtspositie pas na verloop van tijd tot stand zou komen". [73] Door deze benadering wordt namelijk de beoordelingsvrijheid van de Commissie bij complexe economische beoordelingen te zeer beperkt, omdat zij zich uitsluitend dient te baseren op gegevens en elementen die zich slechts voor één ondubbelzinnige uitleg lenen.

67. De Commissie verwijt het Gerecht tot slot dat het heeft geoordeeld, dat zij een verbod van een concentratie van het conglomeraattype moet staven met elementen die aantonen dat de concentratie *„naar alle waarschijnlijkheid"* de verwachte mededingingsbeperkende gevolgen zou hebben. [74] Op die manier laat het Gerecht echter zeer weinig ruimte om dit type concentraties te verbieden en introduceert zij verschillende bewijsniveaus naar gelang het gaat om verbods- dan wel goedkeuringsbeschikkingen. De uitlegging van het Gerecht is daarom strijdig met artikel 2, leden 2 en 3, van verordening nr. 4064/89, dat volkomen symmetrische juridische voorwaarden bevat om een concentratie verenigbaar of onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt te verklaren. [75]

68. Tetra voert tegen deze bezwaren in wezen aan dat de argumenten van de Commissie geen doel treffen, omdat aldus een semantisch debat wordt gevoerd over de door het Gerecht gebruikte terminologie, in plaats van dat het type rechterlijke toetsing van deze rechter concreet wordt onderzocht. In elk geval zijn de bezwaren van de Commissie volgens Tetra niet relevant,

71 — Arrest van 31 maart 1998, Frankrijk e.a./Commissie, het zogenoemde „Kali & Salz-arrest" (C-68/94 en C-30/95, Jurispr. blz. I-1375).

72 — Punt 228.

73 — Punt 162 van het bestreden arrest; cursivering van mij.

74 — Punt 153 van het bestreden arrest; cursivering van mij.

75 — Zoals we hebben gezien, bepalen deze leden enerzijds dat „[c]oncentraties 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 wordt belemmerd, [...] verenigbaar [moeten worden] verklaard met de gemeenschappelijke markt" (lid 2); en anderzijds dat „[c]oncentraties 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 wordt belemmerd, [...] onverenigbaar [moeten worden] verklaard met de gemeenschappelijke markt" (lid 3).

omdat de uitdrukkingen die het Gerecht heeft gebruikt, ook indien rekening wordt gehouden met de verschillende taalversies, niet wezenlijk afwijken van die van het Hof in het arrest Kali & Salz en van die van de Commissie zelf in haar beschikkingen.

69. Naar het oordeel van Tetra heeft het Gerecht bovendien, ongeacht de gebruikte uitdrukkingen, de beoordelingsvrijheid waarover de Commissie bij haar complexe economische beoordelingen beschikt, in acht genomen. Evenals het Hof in het arrest Kali & Salz is het enkel nagegaan of de Commissie, waarop de bewijslast rustte, had bewezen dat aan de voorwaarden van artikel 2, lid 3, van de concentratieverordening was voldaan.

70. Wat voorts het argument van de Commissie ten aanzien van de volkomen symmetrische voorwaarden van de leden 2 en 3 van dat artikel betreft, stelt Tetra dat de Commissie, als zij er niet in slaagt aan te tonen dat aan de voorwaarden van artikel 2, lid 3, is voldaan, de concentratie moet goedkeuren zonder dat hoeft te worden aangetoond dat aan deze voorwaarden niet is voldaan. Anders zou namelijk aan de betrokken ondernemingen zonder enige rechtvaardiging de bewijslast worden opgelegd, dat de aangemelde concentratie niet onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt.

71. Ik ben het eens met Tetra dat het Hof het niet kan laten bij een louter formele beoordeling, van taalkundige of lexicale aard, teneinde vast te stellen of het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door een te strenge toetsing te verrichten of door een te hoog bewijsniveau te eisen voor beschikkingen waarbij een concentratie wordt verboden. Ik ben juist van mening dat het Hof verder moet gaan dan de formele aspecten. Het moet het probleem inhoudelijk onderzoeken en concreet beoordelen of het Gerecht daadwerkelijk een toetsing heeft verricht die in strijd is met de relevante bepalingen van gemeenschapsrecht en onverenigbaar met de bijzondere rechterlijke taak die hem krachtens het Verdrag is opgedragen.

72. Bij die beoordeling moeten we in de eerste plaats in gedachten houden dat de Commissie, op grond van het systeem dat in verordening nr. 4064/89 is neergelegd, een concentratie moet verbieden — van welk type ook — wanneer zij tot de conclusie komt dat de concentratie een machtspositie in het leven zou roepen of versterken die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan wordt belemmerd (artikel 2, lid 3, van de verordening).

73. Het spreekt echter voor zich dat het oordeel van de Commissie of een dergelijke machtspositie in het leven wordt geroepen of

versterkt, niet alleen bestaat uit de zuiver feitelijke vaststelling of aan bepaalde materiele voorwaarden al dan niet is voldaan. Afgezien van die vaststelling omvat het oordeel namelijk een complexe technische beoordeling, die niet is gebaseerd op de toepassing van precieze wetenschappelijke regels, maar op criteria en beginselen, zoals economische, die voor discussie vatbaar zijn. Meer bepaald wordt van de Commissie een complexe beoordeling verlangd van de mogelijke toekomstige gevolgen van de concentratie op de structuur en de mededingingsdynamiek van de betrokken markten, waarbij zij rekening moet houden met talloze, voortdurend evoluerende factoren die van invloed kunnen zijn op de toekomstige ontwikkeling van vraag en aanbod op deze markten.

74. Men kan dus niet stellen dat de Commissie, om een concentratie te verbieden, met absolute zekerheid moet vaststellen dat deze een machtspositie in het leven roept of versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan wordt belemmerd. Daarvoor lijkt het mij voldoende dat zij ervan overtuigd is, op basis van deugdelijke bewijsmiddelen die zij in de loop van een grondig en nauwgezet onderzoek en met behulp van haar technische deskundigheid heeft vergaard, dat de aangemelde concentratie *zeer waarschijnlijk* een dergelijke machtspositie in het leven zou roepen of versterken. Als de Commissie daar niet van overtuigd raakt, moet zij de concentratie echter goedkeuren.

75. Anders dan de Commissie meen ik, dat een dergelijke *toets* niet strijdig is met de volkomen symmetrische juridische voorwaarden die in artikel 2, leden 2 en 3, van de verordening zijn opgenomen om een concentratie verenigbaar of onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt te verklaren.

76. Volgens mij kan de symmetrie van deze voorwaarden namelijk niet absoluut zijn, aangezien er tussen de gevallen waarin de aangemelde concentraties zeer waarschijnlijk een machtspositie in de zin van artikel 2 in het leven zouden roepen of versterken en die waarin de concentraties zeer waarschijnlijk geen machtspositie in het leven zouden roepen of versterken, een „grijs gebied" ligt, dat wil zeggen een gebied waar zich gevallen voordoen waarin het bijzonder moeilijk is te voorspellen welke gevolgen de aangemelde concentraties zullen hebben en waarin het dus niet mogelijk is tot een eensluidende conclusie te komen dat de waarschijnlijkheid dat een machtspositie in het leven wordt geroepen of versterkt, groter dan wel kleiner is dan de waarschijnlijkheid dat een dergelijke machtspositie niet in het leven wordt geroepen of versterkt. Het systeem van verordening nr. 4064/89 moet dus noodzakelijkerwijs een criterium bevatten voor de oplossing van dergelijke twijfelgevallen of moeilijk te kwalificeren gevallen.

77. Naar mijn mening is het in dergelijke gevallen stellig de beste oplossing om de aangemelde concentraties goed te keuren.

78. Dat is volgens mij ook de strekking van artikel 10, lid 6, van de verordening, dat bepaalt dat de concentratie „geacht [wordt] verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te zijn verklaard" als de Commissie binnen de vastgestelde termijnen geen beschikking inzake de aangemelde concentratie heeft gegeven.

79. Door te bepalen dat de concentratie goedgekeurd moet worden geacht als de Commissie niet tijdig een beschikking geeft, heeft de gemeenschapswetgever te kennen gegeven dat in geval van twijfel of een concentratie verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, het belang van de fuserende ondernemingen moet prevaleren. Met andere woorden, in dergelijke gevallen verdient het de voorkeur het risico te nemen dat een goedgekeurde concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt blijkt te zijn, in plaats van een verenigbare concentratie te verbieden en het vrije economische initiatief van de partijen ten onrechte te beperken.

80. Hetzelfde moet mijns inziens gelden voor de gevallen in het „grijze gebied" waar ik het over had, want ook zij worden gekenmerkt door een wezenlijke onzekerheid omtrent de verenigbaarheid van de aangemelde concentraties met de gemeenschappelijke markt.

81. Dat de aangemelde concentraties in dergelijke gevallen worden goedgekeurd, komt mij voorts ook gerechtvaardigd voor, omdat de Commissie en de bevoegde nationale autoriteiten verstoringen van de mededinging hoe dan ook *ex post* kunnen beperken door gebruik te maken van de bevoegdheden die hun bij artikel 86 van het Verdrag zijn toegekend, mochten de concentraties een machtspositie in het leven roepen of versterken in de zin van artikel 2 van de verordening.

82. Na deze opmerkingen over de door de Commissie te verrichten beoordeling, kan ik thans overgaan tot het probleem van de grenzen van de rechterlijke toetsing.

83. Om te beginnen merk ik op dat volgens vaste rechtspraak „[d]e toetsing door de gemeenschapsrechter van de ingewikkelde economische analyse door de Commissie [...] zich noodzakelijkerwijs [moet] beperken tot de vraag of de procedurevoorschriften en het motiveringsvereiste in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn weergegeven en of er geen sprake is van een kennelijk[e] onjuiste

beoordeling dan wel van misbruik van bevoegdheid".[76]

84. Met betrekking tot meer in het bijzonder verordening nr. 4064/89 heeft het Hof in het genoemde arrest Kali & Salz bovendien gepreciseerd, dat „de basisregels van de verordening, inzonderheid artikel 2, de Commissie een discretionaire bevoegdheid geven, met name voor economische beoordelingen. 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".[77]

85. Uit deze rechtspraak blijkt dus dat de toetsing door de gemeenschapsrechters, afgezien uiteraard van de controle of de rechtsregels in acht zijn genomen — met name de procedurevoorschriften en het motiveringsvereiste — verschilt naar gelang het gaat om de juistheid van de feitelijke vaststellingen dan wel om de economische beoordelingen van de Commissie.

86. Bij de feitelijke vaststellingen is de controle duidelijk diepgaander, omdat het erom gaat objectief na te gaan of bepaalde elementen inhoudelijk juist zijn en of de daaruit getrokken conclusies, om vast te stellen of bepaalde vaststaande feiten tot bewijs kunnen dienen van andere, nog vast te stellen feiten, correct zijn. Bij de complexe economische beoordelingen door de Commissie daarentegen is de controle van de gemeenschapsrechters noodzakelijkerwijs beperkter, want zij moeten de ruime discretionaire bevoegdheid die inherent is aan dit type beoordelingen in acht nemen en kunnen hun standpunt niet in de plaats stellen van dat van het orgaan waaraan deze beoordelingen institutioneel zijn opgedragen.

87. Dat de Commissie beschikt over een ruime discretionaire bevoegdheid bij de beoordeling of een concentratie verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, wil echter beslist niet zeggen dat haar overtuiging niet gegrond hoeft te zijn op deugdelijke bewijsmiddelen die zij in de loop van een grondig en nauwgezet onderzoek heeft vergaard, en dat zij niet gehouden is haar beschikking uitvoerig te motiveren en de verschillende logische stappen waarop deze berust duidelijk uit te laten komen. De Commissie heeft overigens in haar verzoekschrift in hogere voorziening zelf erkend, dat zij verplicht is de relevante markt nauwgezet te onderzoeken, dat zij haar beoordeling dient te baseren op enerzijds bewijselementen die de feiten correct weergeven, niet kennelijk irrelevant zijn en de eruit getrokken conclusies kunnen dragen, en anderzijds een sluitende redenering, en dat zij rekening moet houden met alle relevante factoren.

76 — Arrest van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punt 279). Zie in dezelfde zin onder meer arresten van 11 juli 1985, Remia e.a./Commissie (42/84, Jurispr. blz. 2545, punt 34), en 17 november 1987, BAT en Reynolds/Commissie (142/84 en 156/84, Jurispr. blz. 4487, punt 62).

77 — Arrest Kali & Salz, reeds aangehaald, punten 223 en 224.

88. Zoals ook blijkt uit de benadering van het Hof in het arrest Kali & Salz, maken deze verplichtingen van de Commissie een adequate controle door de gemeenschapsrechters mogelijk. Ook zonder de beoordelingen van de Commissie inhoudelijk te beoordelen, kunnen zij met name controleren of de feiten waarop de beoordelingen zijn gebaseerd, juist en de daaruit getrokken conclusies correct zijn [78] of de Commissie de zaak grondig en nauwgezet heeft onderzocht, en met name of zij alle relevante factoren zorgvuldig heeft vergaard en naar behoren in aanmerking heeft genomen [79], en of de verschillende stappen van de argumentatie van de Commissie op grond waarvan zij al dan niet tot verenigbaarheid van een concentratie met de gemeenschappelijke markt heeft geconcludeerd, voldoen aan criteria van logica, samenhang en deugdelijkheid [80].

89. De regels voor de verdeling van de bevoegdheden tussen de Commissie en de gemeenschapsrechters, die de grondslag van het communautaire institutionele systeem vormen, staan echter niet toe dat de rechters verder gaan, en met name — zoals ik zojuist heb uiteengezet — dat zij inhoudelijk ingaan op de complexe economische beoordelingen van de Commissie en hun standpunt in de plaats stellen van dat van deze instelling.

90. Na deze algemene opmerkingen zal ik nu concreet beoordelen of het Gerecht inderdaad blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door een te strenge toetsing te verrichten of een te hoog bewijsniveau te eisen voor beschikkingen waarbij een concentratie wordt verboden (zie boven, punt 71).

b) Het „concrete voorbeeld" van de vergissingen van het Gerecht

91. Nadat de Commissie de algemene kritiek had geformuleerd die ik hierboven heb weergegeven, beijvert zij zich in het tweede onderdeel van het eerste middel om een „concreet voorbeeld" te geven van de dwalingen van het Gerecht. In dit onderdeel van het middel betwist de Commissie niet alleen de verschillende passages van het bestreden arrest waarin het Gerecht de grenzen van de rechterlijke toetsing zou hebben overschreden, maar formuleert zij ook andere beknopte grieven inzake verschillende soorten beoordelingsfouten die het Gerecht zou hebben gemaakt.

78 — Dit is bijvoorbeeld het type controle dat in de punten 229-231 en 245 van het arrest Kali & Salz is verricht.

79 — Dit type controle ligt bijvoorbeeld ten grondslag aan de vaststelling in de laatste zin van punt 241 van het arrest Kali & Salz.

80 — Tot dit type controle lijken bijvoorbeeld de beoordelingen van het Hof in de punten 228, 239, 241 (behalve de laatste zin daarvan), 246 en 247 van het arrest Kali & Salz te behoren.

92. In een eerste grief verwijt de Commissie het Gerecht dat het de grenzen van de rechterlijke toetsing heeft overschreden door haar conclusie over een te verwachten groei van het PET-gebruik voor de verpakking van houdbare melk (UHT) van 1 % van dat marktsegment, te verwerpen. Met name heeft het Gerecht haar conclusie onrechtmatig en zonder motivering weersproken, door enkel vast te stellen „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" (in de Engelse versie van het arrest, waarnaar het verzoekschrift van de Commissie verwijst, is het Gerecht nog stelliger: „The Court finds that the use of PET will not actually increase for UHT milk and, consequently, for approximately half of the LDP market"). [81]

93. Deze grief treft mijns inziens doel. Ik ben het namelijk eens met de Commissie dat het Gerecht met deze laconieke stelling (vooral als we de tekst van het arrest in de procestaal in aanmerking nemen) ten onrechte zijn eigen standpunt in de plaats van dat van de Commissie heeft gesteld, door een eigen, autonome voorspelling van de toekomstige marktontwikkelingen te formuleren.

94. Anders dan Tetra stelt, bevat de laconieke stelling van het Gerecht geen enkele kritiek op de logica, de samenhang of de deugdelijkheid van het betoog van de Commissie op basis van de beschikbare bewijselementen. Uit deze stelling blijkt echter duidelijk, dat het Gerecht deze elementen rechtstreeks in aanmerking heeft genomen en er haar eigen heldere conclusie uit heeft getrokken dat er geen sprake was van een echte stijging van het PET-gebruik voor het verpakken van UHT-melk, en dus voor ongeveer de helft van de VZP-markt. Daardoor heeft het Gerecht duidelijk de grenzen van zijn eigen rechterlijke toetsing overschreden (zie boven, punten 82-89).

95. De grieven van de Commissie inzake het oordeel van het Gerecht over haar groeiramingen voor het PET-gebruik voor het verpakken van verse melk (tot een aandeel van 10-15 %) en van gearomatiseerde melk en melkdranken (tot een aandeel van 25 %) komen mij eveneens gegrond voor.

96. Op dit punt ben ik het in de eerste plaats eens met de Commissie dat de conclusie dat „[d]e groeiramingen waar zij van uitgaat [...] niet erg overtuigend" waren, [82] wordt gekenmerkt door een onvolledige of onjuiste

81 — Punt 211 van het arrest.

82 — Punt 212.

beoordeling van de relevante elementen en in elk geval niet voldoende is gemotiveerd.

97. Zoals de Commissie namelijk namelijk terecht opmerkt, vertoont de motivering van de conclusie de volgende gebreken:

i) het Gerecht heeft in het geheel geen melding gemaakt van het uitgebreide marktonderzoek van de Commissie, waaruit bleek dat de ondernemingen die actief zijn in de sector nog hogere groeicijfers verwachtten dan de Commissie uiteindelijk heeft aangenomen.[83] Het is dienaangaande evident dat, anders dan Tetra stelt, het enkele feit dat de Commissie heeft geopteerd voor voorzichtiger ramingen, geenszins kan rechtvaardigen dat verzuimd is een van elementen te beoordelen die zij ter onderbouwing van haar eigen conclusie in aanmerking heeft genomen;

ii) het Gerecht lijkt de inhoud van een van de rapporten die in de beschikking zijn onderzocht (en op zijn verzoek in het procesdossier zijn opgenomen[84]) te hebben verdraaid, namelijk door in het kader van het onderzoek van de verwachte groei van het PET-gebruik vast te stellen dat het rapport Warrick „voor aseptische verpakkingen een minimumgroei van 1 % bij gearomatiseerde melk en een lichte teruggang bij andere dranken op melkbasis" verwachtte.[85] In deze passage lijkt het namelijk alsof de ramingen van het rapport Warrick betrekking hadden op de groei van het PET-gebruik voor het verpakken van gearomatiseerde melk en andere dranken op melkbasis, maar bij lezing van dat document blijkt duidelijk (en dat wordt overigens door Tetra niet betwist) dat deze ramingen slechts betrekking hadden op de hoeveelheid te verpakken producten, ongeacht het gebruikte materiaal;

iii) het Gerecht heeft geen ernstige kritiek op het betoog van de Commissie geuit, maar slechts opgemerkt, dat „het rapport PCI, het enige onafhankelijke rapport dat op die markt betrekking [had], een groei verwacht[te] uitlopend op een marktaandeel voor PET van 9,2 % bij niet-gearomatiseerde verse melk in 2005" (dus een percentage dat niet ver van de raming van de Commissie verwijderd was); dat „het rapport Warrick voor aseptische verpakkingen een minimumgroei van 1 % bij gearo-

83 — In dat verband wordt in punt 142 van de beschikking gepreciseerd: „In het algemeen verwachtten marktpartijen al op korte termijn een aanmerkelijke toeneming van het PET-gebruik bij de ‚gevoelige' producten. Van de geraadpleegden die zich in staat achtten een raming te geven van het marktaandeel van PET-verpakkingen in de sector ‚gevoelige' producten in 2005, bleek dat zij tot gemiddelde cijfers kwamen van circa 40 % voor melk, 30 % voor sappen, 40 % voor vruchtendranken en meer dan 50 % van de ijstheeverpakking."

84 — Zie daartoe de punten 75 en 76 van het bestreden arrest.

85 — Punt 212.

matiseerde melk en een lichte teruggang bij andere dranken op melkbasis" verwachtte (we hebben gezien dat dat misleidend is, omdat deze ramingen geen betrekking hadden op de groei van het PET-gebruik), „terwijl het rapport Pictet geen specifieke prognoses met betrekking tot VZP bevat[te]", en dat „[e]nkel het rapport PCI [...] eventueel steun [zou] kunnen bieden voor de verwachting, dat PET in 2005 een marktaandeel van 25 % [zou] hebben bij de andere dranken op basis van melk" (een percentage dat precies overeenkomt met de raming van de Commissie). [86] Het moge duidelijk zijn, dat deze beknopte opmerkingen over de „onafhankelijke" [87] onderzoeken niet afdoende verklaren waarom de ramingen van de Commissie volgens het Gerecht niet „erg overtuigend" waren, vooral als we in aanmerking nemen dat deze ramingen — op basis van een reeks elementen — al voorzichtiger waren dan de ramingen die uit het door de Commissie zelf uitgevoerde marktonderzoek naar voren kwamen.

98. Ook de stelling van het Gerecht dat de litigieuze beschikking, „[m]eer in het algemeen [...] niet echt duidelijk [maakte], hoe PET in de periode tot 2005 HDPE als belangrijkste concurrent van karton voorbij zou kunnen streven, vooral in de belangrijke sector verpakking van verse melk" lijkt mij onvoldoende gemotiveerd. [88]

99. Zoals de Commissie terecht opmerkt, is het Gerecht namelijk tot die slotsom gekomen zonder haar beoordelingen (op basis van de resultaten van haar marktonderzoek en de gegevens uit onafhankelijke onderzoeken) van de concurrentievoordelen van PET ten opzichte van HDPE op wat voor manier dan ook te bekritiseren of zelfs maar te noemen. [89]

100. Dat het Gerecht met name verwijst naar het verpakken van verse melk, doet vermoeden dat het deze beoordelingen helemaal niet heeft meegewogen, aangezien dit blijkens de litigieuze beschikking een van de producten was waarvoor PET grotere concurrentievoordelen bood dan HDPE. In de beschikking is namelijk duidelijk aangegeven dat „[d]e marktanalyse van de Commissie [...] de gedachte van PCI [had] bevestigd dat PET marketingvoordelen [bood] boven HDPE, met name wanne[e]r met PET zichtbaarheid [kon] worden bereikt" [90], dat wil zeggen met

86 — Alle citaten zijn afkomstig uit punt 212 van het arrest.

87 — Met onafhankelijke onderzoeken worden onderzoeken bedoeld die niet in opdracht van Tetra zijn uitgevoerd.

88 — Punt 212.

89 — Zie met name de punten 80, 95-97 en 101-102 van de beschikking.

90 — Punt 97 van de beschikking.

name voor die producten, zoals verse melk, waarvoor niet per se een lichtbarrière nodig is.[91] Zoals de Commissie opmerkt, lijkt het verzuim om deze beoordelingen in de overweging te betrekken, voor het overige te worden bevestigd in het deel van het arrest over de mogelijke gevolgen van de „hefboomwerking", waar het Gerecht ten onrechte zijn eigen beoordeling in de plaats van die van de Commissie heeft gesteld en laconiek heeft geoordeeld dat „[v]erse melk [...] immers niet een product [is] waarbij de voordelen die PET voor het in de handel brengen biedt, een bijzonder grote rol spelen".[92]

101. Daarnaast kan de conclusie van het Gerecht met betrekking tot de motivering van de beschikking niet worden gerechtvaardigd door de daaropvolgende stelling dat „de Commissie noch het door Canadean genoemde totaalcijfer voor het gebruik van HDPE voor VZP (17,3 % in 2000) [betwist], noch de prognose van de stijging van dat cijfer tot 19,5 % in 2005".[93]

102. Ik ben het namelijk eens met de Commissie dat het Gerecht heeft verwezen naar het onderzoek van Canadean (uitgevoerd in opdracht van Tetra) zonder in aanmerking te nemen dat de Commissie duidelijk had gemaakt dat zij de ramingen in dat onderzoek over het geheel genomen niet betrouwbaar achtte. Het Gerecht had daarentegen rekening moeten houden met de kritiek van de Commissie, namelijk dat dit onderzoek, enerzijds, ten onrechte „een model [had] gebruikt waarbij toekomstige groei [werd] afgeleid uit groei in het verleden, zonder rekening te houden met toekomstige verbeteringen van de barrièretechnologi[...]e", en, anderzijds, dat aangezien „bij de beslissing om producten in PET te gaan aanbieden de klant de stuwende factor [was], [...] een onderzoek [zoals dat van Canadean] waarin het standpunt van de consument niet [werd] meegenomen, niet zeer stevig gefundeerd [was]".[94]

103. In het licht van het voorafgaande meen ik dat de verschillende grieven van de Commissie met betrekking tot de beoordeling van de verwachte groei van het PET-gebruik voor het verpakken van vloeibare zuivelproducten moeten worden aanvaard.

104. De grief inzake de beoordeling van de verwachte groei van het PET-gebruik voor het verpakken van sappen kan volgens mij echter niet slagen.

91 — Uit de beschikking blijkt duidelijk dat „onvermengde UHT-melk een lichtbarrière verlangt", maar „[v]erse melk [...] in gewone PET-flessen zonder speciale barrière-eigenschappen [kan] worden verpakt" (punten 76 en 77). Volgens Tetra zelf overigens golden de beperkingen voor het gebruik van PET die voortvloeien uit de noodzaak van een lichtbarrière „alleen voor onvermengde UHT-melk". Tetra was op dit punt van mening dat de „technische oplossingen [...] om PET van een lichtbarrière te voorzien" „hoge kosten en ingewikkelde fabricagetechnieken met zich [brengen], terwijl hergebruik wordt bemoeilijkt en de doorschijnendheid van de flessen, die een van de voornaamste voordelen van PET-flessen vormt, verloren gaat" (punt 74 van de beschikking).

92 — Punt 289 van het arrest.

93 — Punt 212, slot van het arrest.

94 — Punt 123 van de beschikking.

105. Met die grief betwist de Commissie met name het oordeel van het Gerecht dat, ofschoon „zijzelf [had gezegd], dat de groei hoofdzakelijk een gevolg [zou] zijn van de overgang van glas op PET, [...] elke analyse van de glasmarkt [ontbrak]". [95] Aldus zou het Gerecht relevante elementen met betrekking tot de terugloop van glas als verpakking van producten buiten het premiumsegment („non-premium products") hebben genegeerd, waarop de Commissie zich in de litigieuze beschikking had gebaseerd en die zij in haar verweerschrift uitvoeriger had onderzocht. Hieruit blijkt, volgens de Commissie, dat het Gerecht er ten onrecht toe neigt, elementen die in de litigieuze beschikking niet zijn genoemd, maar in het verweerschrift zijn aangehaald ter onderbouwing van de noodzakelijkerwijs algemenere opmerkingen in de beschikking, als onbelangrijk te beschouwen.

106. Op dit punt moet ik Tetra echter bijvallen in haar stelling dat het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de Commissie de glasmarkt niet had geanalyseerd. Afgezien namelijk van een enkele vluchtige, vage verwijzing, blijkt van een dergelijke analyse niets in de beschikking. Anders voorts dan de Commissie stelt, kan een dergelijke lacune in het onderzoek die door het Gerecht is geconstateerd, niet worden opgevuld door nieuwe gegevens in het verweerschrift aan te voeren De elementen en de beoordelingen waarop de beschikking was gebaseerd, moesten daarin immers duidelijk worden aangegeven en konden niet pas naderhand, in het kader van de procedure voor het Gerecht, worden toegelicht. [96]

107. Tot slot komt mij de laatste grief van de Commissie gegrond voor. Daarmee verwijt zij het Gerecht dat het, bij het inschatten van de kans dat de klanten van Tetra uit de zuivelsector wegens het hefboomeffect karton voor PET zouden verruilen, „de hogere kosten van [PET] vergeleken met karton" in aanmerking heeft genomen. [97]

108. Ik ben het namelijk met de Commissie eens, dat de litigieuze beschikking geen duidelijke conclusie bevatte met betrekking tot de omstreden vraag van het kostenverschil tussen PET en karton en dat het Gerecht derhalve niet ten gronde op die complexe economische beoordeling kon ingaan en niet zelf kon vaststellen dat de kosten van PET hoger zijn dan die van karton.

95 — Punt 213.

96 — Uit de rechtspraak van het Hof blijkt namelijk, dat „het ontbreken van een motivering niet kan worden geregulariseerd door de omstandigheid dat de betrokkene tijdens de procedure voor [de gemeenschapsrechter] kennis krijgt van de redenen van het besluit" (arrest van 26 november 1981, Michel/Parlement, 195/80, Jurispr. blz. 2861, punt 22). Zie in grote lijnen in dezelfde zin bijvoorbeeld arresten van 7 februari 1990, Culin/Commissie (C-343/87, Jurispr. blz. I-225, punt 15), en 19 oktober 2000, Italië en Sardegna Lines/Commissie (C-15/98 en C-105/99, Jurispr. blz. I-8855, punt 70).

97 — Punt 288 van het bestreden arrest. Deze stelling over het verschil in kosten tussen PET en karton herhaalt het Gerecht vervolgens in punt 326, in het kader van de beoordeling van de verzwakking van de potentiële mededinging op de kartonmarkt.

109. Anders dan door Tetra is gesteld en in een latere passage in het bestreden arrest is bevestigd [98], geloof ik niet dat de Commissie stilzwijgend de conclusie van het rapport Warrick heeft aanvaard, dat PET voor aseptische verpakkingen 30 à 40 % duurder is dan karton. Nadat de Commissie de conclusies van dat rapport had weergegeven, heeft zij namelijk gesteld dat haar „marktanalyse [...] geen helder beeld van de kostenverhouding tussen PET- en kartonverpakkingssystemen [had] opgeleverd", aangezien de respondenten tegenstrijdige antwoorden hadden gegeven. [99] Het lijkt mij dus evident dat de conclusies van het rapport Warrick met deze stelling weliswaar niet ter discussie werden gesteld, maar dat de Commissie ze ook zeker niet stilzwijgend heeft bevestigd.

110. Evenmin geloof ik dat de stelling van de Commissie, dat enkele klanten hadden aangegeven „dat voor hen overschakelen van karton op PET alleen in aanmerking zou komen als de kartonprijs een aanzienlijke stijging van 20 % of meer zou vertonen", een bevestiging vormt van de hogere kosten van PET, zoals Tetra stelt. [100] Deze stelling geeft in feite alleen het standpunt weer van enkele klanten die de Commissie in het kader van haar marktonderzoek had ondervraagd, dat echter, zoals gezegd, „geen helder beeld van de kostenverhouding tussen PET- en kartonverpakkingssystemen [had] opgeleverd".

111. In deze omstandigheden had het Gerecht eventueel kunnen vaststellen dat het onderzoek van de Commissie onvolledig was, of de logica, de samenhang of de deugdelijkheid van haar betoog kunnen bekritiseren, maar het kon zeker niet de gegevens waarover deze instelling beschikte, autonoom beoordelen en concluderen dat de kosten van PET hoger zijn dan die van karton.

c) Conclusies met betrekking tot het eerste middel

112. In het licht van de bovenstaande overwegingen meen ik dat het eerste middel gedeeltelijk gegrond is en dat met name de grieven van de Commissie met betrekking tot de verwachte groei van het PET-gebruik voor het verpakken van vloeibare zuivelproducten en het verschil in kosten tussen PET en karton moeten worden aanvaard.

98 — Punt 326.

99 — Punt 92. Onder verwijzing naar de resultaten van haar marktonderzoek heeft de Commissie met name gesteld: „Sommige marktpartijen stelden dat voor de meeste toepassingen en in het bijzonder voor producten die speciale barrières vereisen, PET duurder is. De meeste respondenten konden echter geen exacte kostenverschillen aangeven, in de meeste gevallen omdat zij geen ervaring met beide materialen hadden. Enkele derden (met name partijen die meer ervaring hadden met PET) gaven evenwel aan de Commissie op dat voor hen PET in de praktijk goedkoper uitkwam dan karton" (punt 92).

100 — Punt 397 van de beschikking.

Het middel inzake de noodzaak om de onwettigheid van bepaalde gedragingen in aanmerking te nemen en rekening te houden met verbintenissen die louter gedragsmatige verplichtingen inhouden

113. Met haar tweede middel bekritiseert de Commissie enkele algemene beoordelingen van het Gerecht met betrekking tot de „hefboomwerking" (zie boven, punten 36-39). Zij verwijt het Gerecht dat het van haar heeft verlangd dat zij rekening houdt met de volgende punten die betrokkenen van een dergelijke praktijk zouden kunnen weerhouden: i) de onwettigheid van bepaalde daaraan inherente gedragingen, die misbruik van een machtspositie zouden hebben opgeleverd [101]; ii) de door Tetra voorgestelde verbintenissen, die louter een belofte inhouden om zich te onthouden van gedragingen die misbruik opleveren.

114. Met betrekking tot het eerste aspect wijst de Commissie erop dat verordening nr. 4064/89 een controle *ex ante* van concentraties heeft ingesteld om structurele wijzigingen op de markt, die tot misbruik zouden kunnen leiden, te voorkomen. Indien een onderneming met een machtspositie op een bepaalde markt een onderneming overneemt die actief is op een nauw verwante markt, moet de concentratie worden verboden wanneer de gefuseerde onderneming de middelen en prikkels voor misbruik zou krijgen, waarmee zij haar concurrenten van de tweede markt zou kunnen verdrijven. [102] Door dus van de Commissie te verlangen dat zij ook beoordeelt of de economische prikkels om misbruik te maken van de machtspositie van de gefuseerde onderneming gecompenseerd zouden kunnen worden door het afschrikkend effect dat uitgaat van het feit dat misbruik in strijd is met de wet, heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste uitlegging van artikel 2 van de verordening.

115. Volgens de Commissie heeft het Gerecht voorts op basis van een andere onjuiste uitlegging van deze bepaling geoordeeld, dat „onderscheid [moet] 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

101 — In dit verband herinner ik eraan dat „de hefboomwerking vanuit de markten van aseptisch karton", „[n]aast 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 [...] in casu waarschijnlijk de vorm [zou] aannemen van a) toepassing van afbraakprijzen (predatory pricing [...]), b) uitlokken van prijsoorlogen, en c) toekenning van getrouwheidskortingen" (punt 156 van het bestreden arrest).

102 — In de memorie van repliek en ter terechtzitting heeft de Commissie op dit punt aangevoerd, dat een structurele wijziging van de marktomstandigheden waardoor de gefuseerde onderneming dergelijke middelen en prikkels zou krijgen, onmiddellijk een machtspositie op de tweede markt in het leven zou roepen.

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". [103] Anders dan het Gerecht meent de Commissie dat het ook in dit laatste geval de concentratie is die een machtspositie in het leven roept of versterkt, omdat door de concentratie rechtstreeks en onmiddellijk de voorwaarden worden geschapen waaronder het misbruik niet alleen mogelijk, maar ook economisch verantwoord wordt.

116. Ten slotte betoogt de Commissie dat onoverkomelijke juridische en praktische hinderpalen beletten dat onderzoek wordt gedaan naar het mogelijk afschrikkende effect van de onwettigheid van bepaalde gedragingen. Het zou namelijk niet mogelijk zijn met voldoende zekerheid te beoordelen in hoeverre bepaalde ondernemingen geneigd zijn zich wederrechtelijk te gedragen en welke invloed het risico te worden ontdekt en bestraft op hun gedrag heeft.

117. In verband met het tweede aspect, te weten de door Tetra voorgestelde verbintenissen tot bepaalde gedragingen (zie boven, punt 113), merkt de Commissie op dat verbintenissen om geen misbruik te maken van een machtspositie die door een concentratie in het leven is geroepen of versterkt, niet aanvaardbaar zijn, gelet op de doelstellingen van de controle *ex ante* die bij verordening nr. 4064/89 is ingevoerd, omdat de structurele problemen die de verordening wil voorkomen er niet door worden verholpen. Door de Commissie te verplichten deze verbintenissen in aanmerking te nemen, zou het Gerecht dan ook de bepalingen van de verordening, met name de artikelen 2 en 8, lid 2, hebben geschonden. In elk geval heeft het Gerecht volgens de Commissie ten onrechte geoordeeld dat zij geen rekening had gehouden met de door Tetra voorgestelde verbintenissen, aangezien uit de beschikking blijkt dat deze verbintenissen zijn geanalyseerd en afgewezen, niet alleen op principiële gronden, maar ook omdat zij „uiterst lastig te controleren" [104] zouden zijn.

118. Deze argumenten van de Commissie overtuigen mij niet.

119. De verwijten aan het adres van het Gerecht zouden alleen gerechtvaardigd zijn, indien uit de beschikking was gebleken dat de concentratie tot structurele wijzigingen op de markt zou hebben geleid, die onmiddellijk en automatisch een tweede machtspositie in het leven zouden hebben geroepen, waarvan de nieuwe entiteit door middel van haar verwachte gedragingen misbruik zou kunnen maken, zoals de Commissie in de

103 — Punt 154 van het bestreden arrest.

104 — Punt 431 van de beschikking.

memorie van repliek en ter terechtzitting heeft gesteld.

120. Zoals Tetra echter terecht benadrukt, werd in de beschikking niet gesteld dat de gefuseerde onderneming onmiddellijk en automatisch een machtspositie op de markt voor PET-verpakkingsmachines zou verwerven, maar werd voorspeld dat dat pas in tweede instantie zou gebeuren, met behulp van de machtspositie van Tetra in de kartonsector.

121. Dit blijkt bijvoorbeeld duidelijk uit de passage van de beschikking waarin staat dat „[h]et samenvoegen van Tetra's dominante positie in kartonverpakking en Sidels leidende positie in PET-verpakkingsmachines [...] zou resulteren in een marktstructuur die de gefuseerde onderneming in staat [zou stellen] haar machtspositie op het gebied van aseptisch karton verpakken te gebruiken als hefboom voor het verwerven van een machtspositie op de markt voor PET-verpakkingsmachines". [105] Uit deze passage kan namelijk worden afgeleid dat de concentratie *onmiddellijk* een marktstructuur zou creëren waardoor de nieuwe entiteit de middelen en de prikkels voor bepaalde „hefboompraktijken" zou krijgen en *nadien*, met behulp van die praktijken, een machtspositie op de markt voor PET-verpakkingsmachines zou kunnen verwerven.

122. In deze omstandigheden heeft het Gerecht dus terecht geoordeeld, dat de Commissie de verschillende elementen die van invloed hadden kunnen zijn op de kans dat de gefuseerde onderneming zich zo zou gedragen dat zij de verwachte machtspositie op de markten voor PET-verpakkingsmachines zou kunnen verwerven, in aanmerking had moeten nemen.

123. Het Gerecht heeft, met andere woorden, zoals Tetra heeft onderstreept, terecht geoordeeld dat de Commissie niet alleen de economische prikkels voor deze gedragingen in aanmerking had moeten nemen, zoals zij heeft gedaan, maar ook de mogelijk afschrikkende werking van de onwettigheid ervan (de gedragingen zouden misbruik van de bestaande machtspositie van Tetra in de kartonsector hebben kunnen opleveren) of van de verbintenissen die Tetra had voorgesteld.

124. In tegenstelling tot wat de Commissie heeft betoogd, komt de eis van het Gerecht

105 — Punt 342. Zie in dezelfde zin ook punt 330, waarin wordt gepreciseerd: „Door Sidel te verwerven zou Tetra zich verzekeren van het behoud en de versterking van de eigen machtspositie op het gebied van aseptisch karton verpakken doordat Sidel als bron van concurrentie wordt uitgeschakeld. Bovendien zou Tetra/Sidel met de machtspositie op kartongebied als hefboom *in staat zijn ook op het gebied van PET-machines* voor terzake doende consumptieproductensectoren *een zekere mate van dominantie te bereiken*, met name op het terrein van SBM-machines met hoge en lage capaciteit" (cursivering van mij). Talloze passages van de beschikking, bijvoorbeeld in de punten 331, 359 en 389, bevatten vergelijkbare stellingen.

om de onwettigheid van bepaalde gedragingen waarin de „hefboomwerking" concreet tot uiting komt en de verbintenissen die Tetra in dit verband had voorgesteld, in aanmerking te nemen geenszins erop neer dat de Commissie had moeten inschatten hoe groot de kans zou zijn dat de nieuwe entiteit misbruik zou maken van de machtspositie die de concentratie in het leven zou roepen. Het Gerecht heeft van de Commissie enkel verlangd, dat zij de waarschijnlijkheid onderzocht dat de nieuwe entiteit, met behulp van de bestaande machtspositie van Tetra in de kartonsector, een machtspositie op de markten voor PET-verpakkingsmachines zou kunnen verwerven; met andere woorden, of de concentratie een machtspositie in de zin van artikel 2 van verordening nr. 4064/89 in het leven zou roepen.

125. Ik geloof overigens niet dat onoverkomelijke juridische en praktische hinderpalen de door het Gerecht gevraagde beoordeling onmogelijk maken. Het Gerecht heeft namelijk niet verlangd dat de Commissie met zekerheid vaststelde of de onwettigheid van de betrokken gedragingen of de door Tetra voorgestelde verbintenissen deze onderneming van een dergelijk gedrag zouden weerhouden, net zo min als het heeft verlangd dat de Commissie aantoonde dat de in de beschikking genoemde economische prikkels Tetra zeker tot een dergelijk gedrag zouden hebben aangezet. Het Gerecht heeft de Commissie slechts verzocht bij haar prospectieve analyse rekening te houden met deze elementen en bijvoorbeeld te beoordelen of zijzelf, de bevoegde nationale autoriteiten of de benadeelde concurrenten — in het licht van de normale handelspraktijken in de sector — eventuele onwettige gedragingen gemakkelijk zouden kunnen ontdekken.

126. Tot slot ben ik niet overtuigd door het argument van de Commissie dat het Gerecht ten onrechte aan haar analyse van de door Tetra voorgestelde verbintenissen is voorbijgegaan. Zoals Tetra terecht opmerkt, heeft de Commissie zich er in feite toe beperkt summier en zonder motivering te stellen dat deze verbintenissen „uiterst lastig te controleren" waren, zonder afdoende te beoordelen wat de invloed daarvan zou zijn op het toekomstige gedrag van de gefuseerde onderneming en, met name, de vraag te onderzoeken of de verbintenissen haar aanmerkelijk zouden ontmoedigen om gebruik te maken van de verwachte „hefboompraktijken".

127. In het licht van het bovenstaande moet ik daarom concluderen dat de grieven van de Commissie niet gerechtvaardigd zijn. Dit zou, zoals gezegd, anders zijn, indien uit de beschikking was gebleken dat de concentratie tot zodanige structurele wijzigingen van de markt zou hebben geleid dat onmiddellijk en automatisch een machtspositie op de PET-markten in het leven zou zijn geroepen. Dit heeft de Commissie overigens nadien zelf gesteld in haar memorie van repliek en ter terechtzitting, maar, zoals we hebben gezien, blijkt het niet uit de litigieuze beschikking.

128. In het licht van het voorgaande meen ik derhalve dat het tweede middel moet worden afgewezen.

Het middel inzake het onderscheiden van afzonderlijke markten voor SBM-machines naar gelang van het eindgebruik

129. Met haar derde middel verwijt de Commissie het Gerecht dat het niet is uitgegaan van het bestaan van deelmarkten voor SBM-machines (met kleine en met grote capaciteit) voor het verpakken van „gevoelige" producten. In verband daarmee voert de Commissie verschillende grieven aan, waarbij zij in het bijzonder onderscheid maakt tussen grieven met betrekking tot de kenmerken van het aanbod en grieven met betrekking tot de kenmerken van de vraag naar dergelijke machines.

130. Met de eerste reeks grieven betwist de Commissie de conclusie dat „de bestreden beschikking geen voldoende deugdelijke bewijzen voor de vermeende bijzondere kenmerken van SBM-machines voor het verpakken van gevoelige producten" verschaft. [106] Naar het oordeel van de Commissie zou het Gerecht, zeer kort samengevat, tot die conclusie zijn gekomen zonder rekening te houden met de in de beschikking en in het verweerschrift verstrekte gegevens over de aanpassing van de SBM-machines aan de specifieke behoeften van de klanten, en zou het zijn overtuiging ten onrechte hebben gebaseerd op de stellingen in tegengestelde zin van Tetra ter terechtzitting.

131. Tetra kan echter moeiteloos tegenwerpen dat in de beschikking weliswaar duidelijk staat dat „de meeste SBM-machines ‚generiek' bruikbaar zijn", maar dat „[e]en PET-verpakkingslijn [...] waarvan een SBM-machine slechts één onderdeel uitmaakt, [...] als regel [wordt] toegesneden op het specifieke verbruiksproduct [dat] de afnemer verpakt". [107] Anders dus dan de Commissie stelt, blijkt uit de beschikking dat de meeste SBM-machines generiek waren, dat wil zeggen geschikt voor het verpakken van verschillende soorten producten, terwijl PET-verpakkingslijnen, waarvan deze machines slechts een onderdeel vormden, als regel „op maat werden gemaakt" voor het specifieke product dat verpakt moest worden.

132. In het licht van deze motivering van de beschikking heeft het Gerecht terecht geoordeeld dat „[h]et enkele feit dat een SBM-machine slechts nut heeft voor de koper wanneer zij in een PET-productielijn is geïnstalleerd, [...] geen reden [kan] 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". [108]

133. Wat voorts de aanvullende gegevens in het verweerschrift betreft, over de technische aanpassingen die ook voor SBM-machines

106 — Punt 261.

107 — Punt 177.

108 — Punt 265.

noodzakelijk waren om ze in bepaalde PET-verpakkingslijnen te kunnen opnemen, heeft het Gerecht terecht geantwoord dat „die gegevens in de bestreden beschikking volledig [ontbraken]". [109] Zoals gezegd moesten immers de bewijselementen en de beoordelingen waarop de beschikking was gebaseerd, duidelijk daarin worden aangegeven en konden ze niet pas naderhand, in het kader van de procedure voor het Gerecht, worden toegelicht (zie boven, punt 106).

134. Gelet op het voorgaande moeten de nadere beoordelingen door het Gerecht om, in het licht van de door Tetra genoemde elementen, de aanvullende, technische argumenten in het verweerschrift te weerleggen, irrelevant worden geacht. Hoewel het Gerecht er beter aan zou hebben gedaan deze beoordelingen achterwege te laten, blijft het een feit dat de Commissie in de procedure voor deze rechter hoe dan ook geen bewijselementen kon inroepen die zij in de litigieuze beschikking niet had genoemd.

135. Na deze opmerkingen over de grieven inzake de kenmerken van het aanbod van de SBM-machines, zal ik nu de grieven inzake de kenmerken van de vraag behandelen.

136. In dat verband moet ik verduidelijken dat deze grieven betrekking hebben op de redenering die de Commissie heeft gevolgd om deelmarkten voor SBM-machines voor het verpakken van „gevoelige" producten te onderscheiden, gelet op de prijsdiscriminatie die Sidel in het verleden toepaste op klanten die deze producten wilden verpakken, en de mogelijke voortzetting van dit beleid door de nieuwe entiteit.

137. Deze redenering was met name gegrond op de tweeledige theoretische vooronderstelling dat „een specifieke klantenkring voor een gegeven product een meer beperkte, afzonderlijke productmarkt kan vormen als de kring aan prijsdiscriminatie kan worden onderworpen" en dat zulks „als regel mogelijk [zal] 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". [110] Uitgaande van deze vooronderstelling en gegeven het feit dat in casu aan de hier genoemde voorwaarden werd voldaan, was de Commissie tot de slotsom gekomen dat er deelmarkten bestonden voor SBM-machines voor het verpakken van „gevoelige" producten.

138. Met de onderhavige grieven valt de Commissie de beoordeling van deze redenering in het bestreden arrest aan. Zij verwijt het Gerecht met name: i) dat het ten

109 — Ibidem.

110 — Punt 178 van de beschikking.

onrechte heeft nagelaten de prijsdiscriminatie in aanmerking te nemen die Sidel in het verleden toepaste, op grond dat „zij geen voldoende zeker bewijs [vormde], dat de nieuwe entiteit met een dergelijke gedraging [zou] voortgaan", omdat de nieuwe entiteit, „[a]nders dan Sidel vóór de concentratie, [...] niet slechts aan haar verbintenissen [zou zijn] gebonden, maar ook aan de diverse verplichtingen die het gedrag van Tetra [zouden] inperken" [111]; ii) dat het ten onrechte heeft nagelaten een groot deel van haar opmerkingen over de mogelijkheid om de klanten te identificeren die de SBM-machines voor het verpakken van „gevoelige" producten wilden inzetten, in aanmerking te nemen en het belang ervan hoe dan ook heeft miskend, en iii) dat het haar opmerkingen over de onmogelijkheid om de machines van een bepaalde producent van derden (voornamelijk andere klanten die gebruikte machines willen verkopen) te kopen, verkeerd heeft begrepen en ten onrechte heeft nagelaten ze in aanmerking te nemen.

139. Ook deze grieven zijn volgens mij ongegrond.

140. Wat de eerste grief betreft, moet ik Tetra bijvallen waar zij betoogt dat de betwiste stelling niets te maken heeft met het onderscheiden van deelmarkten voor SBM-machines voor het verpakken van „gevoelige" producten. Deze stelling heeft in het geheel geen betrekking op de omschrijving van de relevante markten, maar bevindt zich in feite in het onderdeel van het arrest inzake het onderzoek „op welke wijze de nieuwe entiteit [de verwachte] hefboomwerking zou kunnen uitoefenen", en heeft met name betrekking op de noodzaak dat onderzoek te beperken tot die wijzen van hefboomwerking „welke althans waarschijnlijk geen misbruik van een machtspositie op de markten van aseptisch karton [vormden]" en rekening te houden met de door Tetra voorgestelde verbintenissen (zie boven, punt 43).

141. Anders dan in het verzoekschrift in hogere voorziening wordt gesteld, geloof ik voorts dat het Gerecht de verschillende stappen waaruit de redenering van de Commissie is opgebouwd, wel degelijk heeft onderzocht en goed heeft begrepen. Het Gerecht was echter van oordeel dat deze redenering in wezen op een denkfout berustte, omdat de mogelijkheid voor de nieuwe entiteit om de klanten te identificeren die „gevoelige" producten wilden verpakken (en dus om prijsdiscriminatie op hen toe te passen) niet uitsloot „dat die afnemers zich tot andere leveranciers van SBM-machines [zouden] kunnen wenden, indien de door de nieuwe entiteit geboden condities hun niet meer aan[stonden]". [112]

142. Deze analyse van het Gerecht is weliswaar beknopt, maar ik kan haar in wezen onderschrijven. Ook indien de nieuwe entiteit namelijk in staat was geweest de klanten te identificeren die „gevoelige" producten

111 — Punt 223 van het bestreden arrest.

112 — Punt 268.

wilden verpakken, en besloten had van hen een hogere prijs te vragen dan van andere klanten, omdat deze klanten hun machines onmogelijk van derden konden kopen, dan nog zou dat op zich nog niet hebben betekend dat deelmarkten voor SBM-machines voor het verpakken van „gevoelige" producten onderscheiden konden worden. Zoals het Gerecht heeft vastgesteld, hadden de „gediscrimineerde" klanten zich immers tot andere leveranciers kunnen wenden die dit prijsbeleid niet toepasten.

143. Met andere woorden, naar mijn mening is het feit dat een enkele marktpartij (niet gevolgd door haar concurrenten) prijsdiscriminatie toepast op een bepaalde groep klanten, op zich niet voldoende om te concluderen dat deze groep klanten een deelmarkt vormen. De aanwezigheid van andere marktpartijen die deze prijsdiscriminatie niet toepassen, kan namelijk voorkomen dat voor deze groep klanten wezenlijk verschillende marktvoorwaarden ontstaan.

144. Ik geloof dus niet dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de redenering van de Commissie, die berustte op de prijsdiscriminatie die Sidel in het verleden had toegepast en de mogelijke voortzetting daarvan door de nieuwe entiteit, te bekritiseren.

145. In het licht van de voorgaande overwegingen meen ik dus dat het derde middel moet worden afgewezen.

Het middel inzake de versterking van de machtspositie van Tetra in de kartonsector

146. Met haar vierde middel bestrijdt de Commissie de conclusie van het Gerecht dat „[d]e in de bestreden beschikking aangevoerde gegevens [...] geen rechtens genoegzaam bewijs [vormden], dat de gevolgen van de gewijzigde 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 [geweest], dat aan de voorwaarden van artikel 2, lid 3, van de verordening was voldaan". [113]

147. In dit verband verwijt de Commissie het Gerecht in de eerste plaats dat het heeft miskend dat een beperking van de „potentiële" mededinging die van de PET-markten uitging, op zich de machtspositie van Tetra op de kartonmarkt zou hebben versterkt. Het Gerecht heeft haar vervolgens ten onrechte

113 — Punt 333.

de verplichting opgelegd aan te tonen dat deze beperking van de „potentiële" mededinging tot een „versterking van Tetra's machtspositie *tegenover haar concurrenten* op de markten van aseptisch karton [zou kunnen] leiden" [114], omdat deze versterking niet moest worden beoordeeld in relatie tot de concurrenten van Tetra, maar in het licht van de onvermijdelijke weerslag die de beperking van de „potentiële" concurrentie van PET zou hebben op klanten en consumenten, in de vorm van stijgende (of niet dalende) kartonprijzen en minder productinnovatie.

148. Vervolgens heeft het Gerecht volgens de Commissie, gezien haar uiteenzetting in het kader van het eerste middel, ten onrechte geoordeeld dat haar beoordeling van de beperking van de „potentiële" mededinging werd aangetast door het feit dat de groei van het PET-gebruik voor het verpakken van „gevoelige" producten „waarschijnlijk veel minder uitgesproken zal zijn dan de Commissie denkt". [115]

149. De Commissie betwist ook de conclusie van het Gerecht dat hoe dan ook niet was „bewezen, dat wanneer de concurrentiedruk vanuit de PET-markten geheel of gedeeltelijk [weg zou vallen], Tetra geneigd [zou] zijn de prijs van haar kartonnen verpakkingen niet te verlagen en van verdere innovaties af te zien". [116]

150. Daartoe merkt zij om te beginnen op, dat de beoordeling door het Gerecht van de gevolgen van de beperking van de „potentiële" mededinging op de kartonprijzen op de onjuiste overtuiging berustte, dat de kosten van PET hoger waren dan die van karton (ook hier verwijst zij naar haar uiteenzetting in het kader van het eerste middel). De Commissie verwerpt voorts de kritiek die het Gerecht in het kader van deze beoordeling jegens haar had geuit wegens het feit dat zij niet had uitgelegd, waarom de concurrenten van Tetra geen voordeel zouden kunnen hebben van een stijgende kartonprijs; aldus heeft het Gerecht buiten beschouwing gelaten, dat deze concurrenten per definitie gemarginaliseerd zouden worden door de sterke machtspositie van Tetra. De Commissie verwijt het Gerecht daarnaast, dat het geen rekening heeft gehouden met de gevolgen voor de kartonprijzen van het feit dat Tetra na de overname van de belangrijkste partij op de PET-markten rustig had kunnen afwachten, omdat een groot deel van haar klanten die van karton op PET waren overgeschakeld, via Sidel toch wel zouden terugkeren.

151. Ook wat de gevolgen van de beperking van de „potentiële" mededinging op de innovatie betreft, verwijt de Commissie het

114 — Punt 323. Cursivering van de Commissie.
115 — Punt 324.
116 — Punt 325.

Gerecht dat het de mogelijke reactie van de concurrenten die door de machtspositie van Tetra zouden worden gemarginaliseerd, heeft overschat. Tot slot heeft het Gerecht volgens de Commissie een vergissing begaan: enerzijds door het verschil te miskennen tussen de innovatiedruk als gevolg van de groei van het PET-gebruik en de druk die uitgaat van de concurrenten van Tetra op de kartonmarkten, en anderzijds door te oordelen dat de recente innovaties van Tetra niet waren toe te schrijven aan de druk vanuit de PET-markt.

152. Voordat ik inga op deze grieven, moet ik toelichten dat, zoals Tetra opmerkt, de *potentiële* mededinging waarop dit middel doelt, niet bestond in de mededinging van ondernemingen die tot de markten van kartonverpakkingen zouden kunnen toetreden en daarom potentiële concurrenten van Tetra op die markten waren. Het ging daarentegen duidelijk om de *indirecte* mededinging van ondernemingen die actief waren op andere markten dan die van kartonverpakkingen (ook al waren deze nauw verwant), en machines produceerden voor het verpakken met een materiaal, namelijk PET, dat vanuit economisch oogpunt volgens de Commissie slechts als „enigermate substitueerbaar" voor karton kon worden aangemerkt. [117] Hierna zal ik dus spreken van de *indirecte* mededinging en niet van de *potentiële* mededinging die van PET uitgaat.

153. Na deze toelichting moet ik Tetra toegeven, dat niet gezegd kan worden dat een beperking van de indirecte mededinging die voortvloeit uit de overname van de belangrijkste onderneming op een nauw verwante markt, *op zich* betekent dat een machtspositie in de zin van artikel 2 van verordening nr. 4064/89 wordt versterkt. Gelet op het in de rechtspraak van het Hof bekende begrip „machtspositie" moet daarentegen worden beoordeeld of door deze beperking van de indirecte mededinging de „economische macht" van de dominerende onderneming groter wordt, zodat zij beter (of gemakkelijker) in staat is „de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in de relevante markt te verhinderen" en de mogelijkheid heeft zich *„jegens haar concurrenten, haar afnemers en, uiteindelijk, de consumenten* in [nog] belangrijke[r] mate onafhankelijk te gedragen". [118]

154. Het Gerecht had er dus beter aan gedaan zijn analyse op dit begrip te betrekken in plaats van vast te stellen, dat het aan de Commissie stond om te bewijzen dat een beperking van de indirecte mededinging van PET „tot versterking van Tetra's machts-

117 — Zie met name punt 332 van de litigieuze beschikking, waar wordt gepreciseerd dat karton en PET „in technisch opzicht [...] substituten [zijn], want beide materialen kunnen dienen voor het verpakken van de betrokken soorten consumptieproducten", en dat karton en PET in economische zin verder als „enigermate substitueerbaar" zijn te beschouwen. Zie in die zin ook punt 163 van de beschikking (aangehaald in punt 10 hierboven), waarin overigens ook wordt gewaarschuwd dat de omschrijving van de markten voor PET- en kartonverpakkingssystemen in de toekomst zou kunnen veranderen.

118 — Zie arrest van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie (85/76, Jurispr. blz. 461, punt 38); cursivering van mij.

positie *tegenover haar concurrenten* op de markten van aseptisch karton [zou kunnen] leiden". Ik meen echter dat deze onnauwkeurigheid niet zeer ernstig is en de conclusie van het Gerecht niet ontkracht. Het blijft immers een feit dat het Gerecht de redenering van de Commissie om aan te tonen welke gevolgen de verwachte beperking van de indirecte mededinging van PET zou hebben voor klanten en consumenten in termen van stijgende (of niet dalende) kartonprijzen en minder productinnovatie, heeft geanalyseerd en geoordeeld dat deze gebrekkig was.

155. Om vergelijkbare redenen meen ik dat de conclusie van het Gerecht niet wordt aangetast door de beoordelingsfouten die het niettemin heeft gemaakt met betrekking tot de verwachte groei van het PET-gebruik voor het verpakken van vloeibare zuivelproducten (zie boven, punten 103 en 112). [119]

156. Zeker, de vaststelling dat de groei van het PET-gebruik voor het verpakken van „gevoelige" producten, „behalve bij KDV en thee/koffiedranken waarschijnlijk veel minder uitgesproken [zou] zijn dan de Commissie [dacht]", heeft het Gerecht doen oordelen dat „[o]p basis van de in de bestreden beschikking aangevoerde gegevens [...] niet met de ter rechtvaardiging van een concentratieverbod vereiste zekerheid [kon] worden vastgesteld, of Tetra door de gewijzigde concentratie in een situatie zou komen waarin zij zich nog meer dan vroeger onafhankelijk ten opzichte van haar concurrenten kan opstellen". [120] Het Gerecht heeft het echter niet bij dit oordeel gelaten, maar heeft zijn analyse voortgezet en geconcludeerd „dat de twee feitelijke aspecten van Tetra's toekomstig gedrag, waarop de Commissie zich baseert ten bewijze van de negatieve gevolgen van de gewijzigde concentratie op de markten van aseptisch karton, *in alle geval* niet rechtens genoegzaam vast[stonden]" (cursivering van mij). Met name was, zoals hierboven uiteengezet, volgens het Gerecht „niet bewezen, dat wanneer de concurrentiedruk vanuit de PET-markten geheel of gedeeltelijk [weg zou vallen], Tetra geneigd [zou] zijn de prijs van haar kartonnen verpakkingen niet te verlagen en van verdere innovaties af te zien". [121]

157. Ik zal nu de grieven van de Commissie met betrekking tot deze conclusie behandelen. Om te beginnen merk ik op dat, anders dan zij heeft gesteld, de beoordeling door het Gerecht van de gevolgen van de beperking van de indirecte mededinging

119 — In dit verband herinner ik eraan dat ik de grief van de Commissie inzake de vermeende beoordelingsfouten van het Gerecht met betrekking tot de verwachte groei van het PET-gebruik voor het verpakken van sappen ongegrond acht (zie boven, punt 104).

120 — Punt 324.

121 — Punt 325.

vanuit de PET-markten op de kartonprijzen volgens mij niet wordt ontkracht door de onjuiste overtuiging dat de kosten van PET hoger zijn dan die van karton (zie voor de vergissing die het Gerecht hier daadwerkelijk heeft begaan, de punten 111 en 112 hierboven).

158. Ik herinner er aan dat het Gerecht, met betrekking tot de stelling van de Commissie dat de concentratie Tetra in staat zou stellen een prijsdaling in de kartonsector, die anders onvermijdelijk zou zijn, te voorkomen, als volgt heeft geoordeeld:

i) „De ‚meer prijsgevoelige' afnemers op de kartonmarkten hebben de Commissie bij gelegenheid van haar marktonderzoek doen weten, ‚dat zij enkel van karton op PET zouden overgaan, indien de kartonprijzen aanmerkelijk, met meer dan 20 %, zouden stijgen' [...], en het is dus duidelijk, dat een verlaging van de kartonprijs niet noodzakelijk is om hen op de kartonmarkten te houden. Met de eenvoudige constatering, dat ‚diezelfde afnemers er waarschijnlijk van afgehouden zouden worden om van karton op PET over te gaan, indien door een daling van de kartonprijs het prijsverschil tussen een karton- en een PET-verpakkingslijn toenam' [...], verklaart de bestreden beschikking niet, waarom Tetra zonder de concentratie tot prijsverlagingen gedwongen zou zijn om haar afnemers te behouden. Die afnemers zouden immers slechts op PET overgaan, indien de kartonprijs met ten minste 20 % steeg of de prijs van PET dienovereenkomstig daalde." [122]

ii) „Waar de Commissie het Gerecht wijst op de mogelijkheid, dat Tetra, als de concentratie eenmaal een feit is, het tegenover die afnemers eerder zal wagen haar prijzen op de markten van aseptisch karton te verhogen, legt zij met name niet uit, waarom de concurrenten van Tetra op de kartonmarkten, die ook op de PET-markt actief zijn, zoals SIG en Elopak, dan daar hun voordeel niet mee zouden kunnen doen." [123]

iii) „De ‚niet prijsgevoelige' afnemers, dat wil zeggen de drankenproducenten die ondanks het feit dat PET veel duurder is dan karton, om commerciële redenen toch op PET overgaan, zouden zich door een verlaging van de kartonprijs

122 — Punt 327.
123 — Ibidem.

niet noodzakelijkerwijs van hun voornemen laten afbrengen." [124]

iv) „De bestreden beschikking maakt niet duidelijk, waarom de ondernemingen die op de markten van PET-installaties actief zijn en die, zonder de gewijzigde concentratie, waarschijnlijk een felle concurrentie zouden voeren om aandelen in de kartonmarkt te veroveren [...], zich na de concentratie anders zouden gedragen. Voor het geval dat de door Sidel uitgeoefende druk zou wegvallen, bevat de bestreden beschikking niet de minste verklaring, waarom — als de concurrenten niet door een geslaagde hefboomwerking gemarginaliseerd werden — de andere op de markten van PET-installaties actieve ondernemingen niet meer in staat zouden zijn Tetra's afnemers op de karton de voordelen van PET te overtuigen." [125]

159. Het valt gemakkelijk in te zien dat het Gerecht met deze uiteenzetting denkfouten in de redenering van de Commissie aan het licht heeft gebracht, zonder zijn oordeel echter op enig moment te baseren op de onjuiste overtuiging dat de kosten van PET hoger zijn dan die van karton, zelfs niet in punt iii, waar de enige verwijzing naar dit aspect te vinden is. Bij aandachtige lezing van dat punt wordt duidelijk, dat het Gerecht alleen maar verwijst naar de stelling van de Commissie dat enkele klanten hoe dan ook zouden zijn overgeschakeld op PET, „ondanks het feit dat PET duurder is of ook indien de kartonprijs onveranderd blijft". [126] Daaruit heeft het logischerwijs afgeleid dat deze ‚niet prijsgevoelige' afnemers „zich door een verlaging van de kartonprijs niet noodzakelijkerwijs van hun voornemen [zouden] laten afbrengen".

160. Nu is opgehelderd dat de beoordeling van het Gerecht niet wordt ontkracht door de onjuiste overtuiging dat de kosten van PET hoger zijn dan die van karton, komt het mij voor dat de grief van de Commissie met betrekking tot punt sub ii, dat het Gerecht ten onrechte buiten beschouwing heeft gelaten dat de concurrenten van Tetra op de kartonmarkten per definitie gemarginaliseerd zouden worden door de sterke machtspositie van Tetra, eveneens ongegrond is.

161. Op dit punt ben ik het om te beginnen eens met Tetra, dat de Commissie met deze

124 — Punt 328.

125 — Ibidem.

126 — Het citaat is afkomstig uit punt 397 van de beschikking, waar wordt gepreciseerd dat door veel geënquêteerden tijdens het door de Commissie uitgevoerde marktonderzoek was „verklaard dat zij reeds [waren] overgestapt dan wel van karton op PET [wilden] overgaan, ondanks het feit dat PET duurder [was] of ook indien de kartonprijs onveranderd [zou blijven]".

grief riskeert haar doel voorbij te schieten. Als we namelijk uitgaan van de theoretische veronderstelling dat Tetra zich dankzij haar machtspositie per definitie „in belangrijke mate onafhankelijk [zou kunnen] gedragen" „jegens [haar] concurrenten" [127] op de kartonmarkten en dus de prijzen zou kunnen verhogen zonder bang te hoeven zijn voor een reactie van hun kant, valt moeilijk te verklaren waarom Tetra, als de concentratie niet zou doorgaan — gezien de machtspositie die zij hoe dan ook op de kartonmarkt heeft — niet hetzelfde zou kunnen doen en in plaats daarvan de indirecte mededinging zou moeten vrezen van marktdeelnemers die uitsluitend op nauw verwante markten actief zijn (zoals Sidel) en machines produceren voor het verpakken met een materiaal dat slechts als „enigermate substitueerbaar" voor karton wordt aangemerkt.

162. Anders bovendien dan uit het verzoekschrift van de Commissie naar voren lijkt te komen, heeft het Gerecht niet de concurrenten van Tetra die uitsluitend actief zijn op de kartonmarkten in aanmerking genomen, maar de concurrenten „die ook op de PET-markt actief zijn". Het Gerecht doelde dus op marktpartijen die, ook op de PET-markten, voordeel zouden kunnen hebben van een stijging van de kartonprijzen en in elk geval een grotere concurrentiedruk zouden kunnen uitoefenen doordat zij tegelijkertijd actief zijn op de markten van de twee verpakkingsmaterialen, mede gelet op het feit dat zij „anders dan de nieuwe entiteit, geheel vrij zou[den] zijn om gecombineerde aanbiedingen met betrekking tot karton en SBM-machines te doen". [128]

163. Tot slot acht ik — nog steeds in verband met de gevolgen van de beperking van de indirecte mededinging vanuit de PET-markten op de kartonprijzen — tevens ongegrond de grief van de Commissie, dat het Gerecht niet mee heeft gewogen dat Tetra, na de overname van de belangrijkste partij op de PET-markten, een grotere vrijheid zou hebben om de kartonprijzen te verhogen, omdat het wist dat het via Sidel een groot deel van de klanten die om deze reden op PET waren overgeschakeld, zou kunnen terugwinnen.

164. Zoals Tetra terecht heeft onderstreept, kan het Gerecht namelijk niet verweten worden dat het dit aspect niet bij zijn beoordeling heeft betrokken, aangezien het in de litigieuze beschikking niet werd genoemd. In elk geval zou het voor de nieuwe entiteit, ook na de overname van Sidel, economisch zeker niet zonder belang zijn indien klanten van Tetra van karton op PET zouden overschakelen. Het spreekt immers voor zich dat Tetra het zekere verlies van klanten op markten die zij domineerde

127 — Zie arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald, punt 38.

128 — Punt 330.

en waarop zij ruime winstmarges behaalde, slechts gedeeltelijk zou kunnen compenseren door de hoop dat zij die klanten op markten zoals die van PET, die nog volop in ontwikkeling zijn en gekenmerkt worden door een felle concurrentie, zou kunnen terugwinnen. [129]

165. Dan kom ik nu bij de gevolgen van de beperking van de indirecte mededinging vanuit de PET-markten op de innovatie. De grief dat de mogelijke reactie van de concurrenten van Tetra is overschat, moet mijns inziens worden afgewezen om dezelfde redenen, *mutatis mutandis*, die ik bij de behandeling van de analoge grief inzake de gevolgen voor de kartonprijzen heb uiteengezet (zie boven, punten 161 en 162).

166. Tot slot de grief van de Commissie, dat het Gerecht niet voldoende rekening heeft gehouden met het type innovatiedruk dat van de groei van de PET-markt uitgaat en ten onrechte heeft geoordeeld dat de recente innovaties van Tetra niet waren toe te schrijven aan de druk die van dit materiaal uitging. Mijns inziens werpt de Commissie hier in werkelijkheid feitelijke kwesties op, waarover het Hof niet bevoegd is uitspraak te doen (zie boven, punten 59-61).

167. In het licht van de voorgaande overwegingen meen ik dus dat het vierde middel moet worden afgewezen.

Het middel inzake het ontstaan van een machtspositie van Tetra in de sector SBM-machines

168. Met haar laatste middel bestrijdt de Commissie de conclusie van het Gerecht dat „in de bestreden beschikking niet tot genoegen van recht [is] aangetoond, dat de nieuwe entiteit tegen 2005 een machtspositie op de markten van [SBM-]machines met kleine en met grote capaciteit zou kunnen verwerven en dat aldus met betrekking tot die markten is voldaan aan de voorwaarden van artikel 2, lid 3, van de verordening". [130]

169. Hieronder zal ik kort ingaan op de beknopte grieven van de Commissie die betrekking hebben op vermeende vergissin-

129 — Het moge duidelijk zijn dat de zaken anders zouden liggen (althans in enige mate) indien de nieuwe entiteit erin geslaagd was de positie van Tetra op de kartonmarkt als hefboom te gebruiken om degenen onder haar klanten die op PET wilden overschakelen, naar Sidel te sturen en op die manier een machtspositie op alle of enkele PET-markten te verwerven. Aangezien de beoordelingen van de Commissie op dit punt echter door het Gerecht zijn ontkracht, kan dit scenario niet in overweging worden genomen.

130 — Punt 307.

gen van het Gerecht ten aanzien van de beide markten voor SBM-machines (met kleine en met grote capaciteit). Vervolgens zal ik beoordelen of de daadwerkelijk geconstateerde vergissingen zo ernstig zijn dat de conclusie van het Gerecht erdoor wordt ontkracht.

a) De grieven van de Commissie

170. De Commissie begint met de grieven betreffende de markt voor SBM-machines met kleine capaciteit en verwijt het Gerecht in de eerste plaats, dat het heeft verwezen naar het marktaandeel van Sidel in de periode 1998-2000 (minder dan 40 %), zonder er rekening mee te houden dat uit de beschikking bleek dat dat aandeel in 2001 was gestegen tot een niveau tussen 40 en 50 %. [131]

171. Ik geloof echter dat het Gerecht, zoals Tetra onderstreept, op goede gronden de periode 1998-2000 in aanmerking heeft genomen, omdat het betoog van de Commissie hoofdzakelijk betrekking had op deze periode. In het door de Commissie aangehaalde punt van de beschikking (en trouwens ook in een eerder punt dat het Gerecht citeert [132]) werd namelijk de nadruk gelegd op de marktaandelen van Sidel, Tetra en hun belangrijkste concurrenten „in de periode 1998-2000", terwijl de aandelen van Sidel en Tetra in 2001 alleen in een noot werden vermeld (zonder dat deze overigens werden vergeleken met de marktaandelen van hun belangrijkste concurrenten in die periode).

172. De volgende grief is mijns inziens eveneens ongegrond. Daarmee valt de Commissie het oordeel van het Gerecht aan „dat met het vertrek van Tetra van [de markt voor SBM-machines met kleine capaciteit] de positie van de nieuwe entiteit in wezen niet [zal] verschillen van de [...] positie van Sidel" [133] op dat moment, zonder er rekening mee te houden dat de positie van Sidel naar aanleiding van een reeks in de beschikking aangegeven factoren (de financiële en commerciële macht van Tetra, haar reputatie op het gebied van aseptische verpakkingen, haar voordeel van „eerstkomer" tegenover de klanten die van plan waren van karton op PET over te schakelen, en haar machtspositie in de kartonsector) onmiddellijk zou worden versterkt. [134]

131 — De Commissie lijkt te doelen op punt 272 van het bestreden arrest, waar wordt gepreciseerd dat „de Commissie [zegt], dat Sidel bij kleine SBM-machines een marktaandeel bezit van [30 à 40 %], in termen van capaciteit en in 2000 in de EER verkochte eenheden (punt 233 van de considerans)". Om aan te tonen dat het Gerecht een fout maakt, wijst de Commissie op punt 266 van de beschikking. Om redenen van vertrouwelijkheid wordt in de versie van de beschikking die in het Publicatieblad is bekendgemaakt, niet het exacte aandeel aangegeven, maar slechts een marge. In deze conclusie zal ik me daarbij aansluiten.

132 — Zie vorige voetnoot.

133 — Punt 280 van het bestreden arrest.

134 — In dit verband verwijst de Commissie naar de punten 376-387 van de beschikking.

173. Ik onderschrijf namelijk de stelling van Tetra dat deze factoren in de beschikking in algemene zin werden genoemd (zonder bovendien rekening te houden met de verbintenissen die Tetra had voorgesteld), om de positie van *leader* en de algehele kracht van de nieuwe entiteit te benadrukken, onder meer ook omdat zij op alle betrokken markten actief zou zijn, en niet waren bedoeld ter onderbouwing van de stelling dat de positie van Sidel op de markt voor SBM-machines met kleine capaciteit specifiek en onmiddellijk zou worden versterkt. In die omstandigheden kon het Gerecht derhalve op goede gronden oordelen, dat de positie van de nieuwe entiteit, nadat Tetra deze markt had verlaten, in wezen ongewijzigd zou blijven ten opzichte van die van Sidel.

174. Tot slot kan ik de grief tegen de vaststelling van het Gerecht, dat in de „bestreden beschikking [...] het huidige en toekomstige gebruik van SBM-machines met kleine capaciteit [...] niet op voldoende wijze [is] geanalyseerd", niet aanvaarden. [135]

175. Met deze grief verwijt de Commissie het Gerecht met name, dat het zijn oordeel heeft gebaseerd op twee irrelevante aspecten: enerzijds het belang van SBM-machines met kleine capaciteit voor het verpakken van niet-„gevoelige" producten, hetgeen irrelevant zou zijn indien de door de Commissie voorgestelde segmentering van de markten voor SBM-machines werd aanvaard; anderzijds het aandeel van de klanten die voor het verpakken van „gevoelige" producten zouden hebben gekozen voor SBM-machines met grote of kleine capaciteit [136], welk aandeel eveneens irrelevant zou zijn voor de beoordeling van het vermogen van Tetra om haar machtspositie op de kartonmarkt als hefboom te gebruiken om een soortgelijke positie te verwerven op de markt voor SBM-machines met kleine capaciteit.

176. Wat het eerste aspect betreft, kan echter zonder meer worden geconstateerd dat ik de beoordeling van de Commissie inzake de deelmarkten voor SBM-machines voor het verpakken van „gevoelige" producten niet heb overgenomen (zie boven, punt 145). Wat het tweede aspect betreft, is het voor mij absoluut niet evident dat de keuzes van de klanten die „gevoelige" producten in PET wilden verpakken, irrelevant waren voor de beoordeling van de marktontwikkelingen voor SBM-machines met kleine capaciteit en de mogelijkheid dat de nieuwe entiteit er een machtspositie zou verwerven. Meer in het algemeen zie ik niet in, hoe het Gerecht verweten kan worden dat het is nagegaan of de beoordeling van de

135 — Punt 280.

136 — In verband daarmee noemt de Commissie met name de overweging van het Gerecht dat „een groot gedeelte van de SBM-machines die voor gevoelige producten worden gebruikt, hoogstwaarschijnlijk machines met kleine capaciteit zullen zijn" (punt 279 van het arrest).

Commissie inzake de verwerving van een dergelijke machtspositie gegrond was op een accurate en grondige analyse van de dynamiek van de relevante markt.

177. En hiermee kom ik bij de grieven inzake de markt voor SBM-machines met grote capaciteit, waarbij ik meteen opmerk dat de grief van de Commissie dat het Gerecht er geen rekening mee heeft gehouden dat de positie van Sidel als gevolg van de in punt 172 genoemde factoren onmiddellijk zou worden versterkt, mijns inziens om dezelfde redenen die ik in punt 173 heb uiteengezet, *mutatis mutandis*, moet worden verworpen. [137]

178. Daarentegen lijkt de grief gericht tegen de stelling van het Gerecht dat „het voordeel van de eerstkomer", dat Tetra zou hebben tegenover de klanten die van plan zijn over te schakelen op PET-gebruik, is overschat, mij gedeeltelijk gegrond. [138]

179. Volgens mij voert de Commissie namelijk terecht aan, dat de beoordeling van het Gerecht met betrekking tot het verpakken van vloeibare zuivelproducten ontkracht wordt door de fouten die het Gerecht heeft gemaakt bij de raming van de groei van het PET-gebruik (zie boven, punt 103) en, in het bijzonder, op het vlak van de verhouding tussen PET en HDPE (zie boven, punt 98). Uit het bestreden arrest blijkt namelijk dat het Gerecht het voordeel van de „eerstkomer" in verband met het verpakken van deze producten „overschat" achtte, in wezen omdat i) de „voorzienbare toename van het gebruik van PET onder Tetra's [...] afnemers op de markten van aseptisch karton [...] niet erg groot [is]" [139], en omdat ii) „[i]n het bijzonder wat verse melk [betreft], [...] de bestreden beschikking de verhouding tussen HDPE en PET niet goed duidelijk [maakt]". [140]

180. Ik geloof echter niet dat het onderdeel van de grief kan worden aanvaard waarmee de Commissie de beoordeling aanvalt, dat Tetra met betrekking tot de klanten die van plan zijn van glas op PET over te schakelen, het voordeel van „eerstkomer" zou hebben. De Commissie verwijt het Gerecht met name: i) dat het geen rekening heeft gehouden met het feit dat de klanten die hun dranken in glas verpakken, slechts

137 — De Commissie doelt hier met name op de stelling dat „wat [de markt van SBM-machines met grote capaciteit] betreft, [...] Tetra's inbreng in de nieuwe entiteit gelijk [is] aan nul" (punt 284 van het arrest).

138 — Punt 288.

139 — Punt 288.

140 — Punt 289. Met betrekking tot de verhouding tussen HDPE en PET meent het Gerecht met name, dat „het ten minste even waarschijnlijk [is], dat Tetra's [...] afnemers die voor een gedeelte van hun productie van verse melk op kunststof willen overgaan, eerder HDPE dan PET zullen kiezen" (ibidem).

zelden uitsluitend dit materiaal gebruiken; ii) dat het de feiten heeft verdraaid waar het heeft vastgesteld dat de concurrenten van Tetra die „op de markt van glas- en PET-verpakking actief zijn", zoals SIG, Krones en KHS, bij die klanten „het voordeel van eerstkomer" zouden hebben. [141]

181. Ik ben het namelijk eens met Tetra dat deze argumenten van de Commissie moeten worden verworpen, omdat ze gegrond zijn op elementen die niet in de litigieuze beschikking voorkomen [142] (zie boven, punt 106) en hoe dan ook feitelijke vragen opwerpen, met name met betrekking tot punt sub ii), waarover het Hof geen uitspraak kan doen (zie boven, punten 59-61).

182. Eveneens ongegrond lijkt mij de grief waarmee de Commissie de stellingen van het Gerecht bestrijdt, dat „de bestreden beschikking meer gedetailleerd [had] moeten ingaan op het vermogen van [de] mededinging om tegenwicht te bieden voor eventuele hefboompraktijken van de nieuwe entiteit" [143], en dat "[d]e Commissie [...] een fout [had] gemaakt door [...] het bestaande belang van SIG's positie op de markt van machines met grote capaciteit te onderschatten en door de posities op die markt van de andere grote concurrenten van de nieuwe entiteit, met name SIPA en Krones, als onbeduidend af te doen". [144]

183. In tegenstelling tot de Commissie geloof ik namelijk niet, dat het Gerecht de inhoud van de beschikking heeft verdraaid (met name door te ontkennen dat deze een analyse bevatte van de positie van Sidel op de markten voor SBM-machines ten opzichte van haar concurrenten [145]) of dat het zijn standpunt in de plaats van dat van de Commissie heeft gesteld.

184. Het Gerecht heeft alleen maar geoordeeld dat de Commissie zich, gezien de aanmerkelijke en onweersproken stijging van de marktaandelen van deze drie concurrenten van Sidel (SIG, SIPA en Krones) in de afgelopen jaren, en rekening houdend met de uitvoerige uiteenzetting van Tetra in de loop van de administratieve procedure, niet had mogen beperken tot de algemene opmerkingen in de beschikking, maar meer in het bijzonder de concurrentiekracht en het

141 — Punt 290.

142 — Alleen met betrekking tot punt i) probeert de Commissie steun voor haar stellingen te vinden in de beschikking (punten 14 en 335). Zij toont echter in het geheel niet aan, dat in de beschikking was gepreciseerd dat klanten die hun dranken in glas verpakken, slechts zelden uitsluitend dit materiaal gebruiken, maar haalt passages aan waarin in algemene termen werd gesteld dat „[d]rankenproducenten [...] steeds vaker hun producten aan[bieden] in verpakkingen van uiteenlopend materiaal" en geeft alleen het voorbeeld van Coca Cola als drank „verkrijgbaar in glas, in PET en in aluminium blikjes" (punt 14).

143 — Punt 294.

144 — Punt 297.

145 — In dit verband verwijst de Commissie met name naar de punten 232-248, 293-300, 303-310 en 369-387 van de beschikking.

reactievermogen van deze drie ondernemingen had moeten onderzoeken. Het Gerecht heeft namelijk opgemerkt dat in de beschikking alleen de positie van SIG specifiek werd onderzocht (hetgeen mijns inziens in wezen niet kan worden betwist), en heeft hoe dan ook geoordeeld dat deze analyse geen afdoende weerlegging vormde van de precieze en relevante opmerkingen van Tetra.[146] In dit licht moet dus de stelling worden begrepen dat de positie van deze drie ondernemingen in de beschikking was „onderschat" of „als onbeduidend afgedaan": dat wil zeggen dat de Commissie aan het onderzoek van hun positie niet die aandacht had besteed die, gezien de omstandigheden van het geval, noodzakelijk was.

185. Daarnaast werpt de onderhavige grief feitelijke vragen op, voorzover het Gerecht wordt verweten de feiten te hebben verdraaid door enkele voordelen vast te stellen die de concurrenten van Sidel zouden hebben. Het Hof is niet bevoegd zich uit te spreken over deze feitelijke vragen (zie boven, punten 59-61).

186. De laatste grief daarentegen treft mijns inziens wel doel. Met deze grief, betreffende de mogelijkheid dat de converters weerstand bieden aan de hefboomwerking, verwijt de Commissie het Gerecht dat het zijn constateringen niet toereikend heeft gemotiveerd, niet is ingegaan op haar argumenten in de beschikking en ten onrechte zijn standpunt in de plaats van dat van haarzelf heeft gesteld.

187. Ik onderschrijf namelijk de stelling van de Commissie dat het Gerecht onvoldoende duidelijk heeft gemaakt wat de fouten, lacunes in het onderzoek of denkfouten zijn die de conclusie van de Commissie aantasten dat de converters „in zekere mate afhankelijk zijn van Sidel en dat ook van de gefuseerde onderneming zouden blijven".[147] Het Gerecht heeft de uitvoerige analyse van de Commissie die tot deze conclusie leidt[148], niet beoordeeld, maar zich beperkt tot de opmerking dat i) „[g]ezien het niveau van de bestaande mededinging, ook op de markt van SBM-machines met grote capaciteit, [...] de conclusie over de afhankelijkheid van de converters van Sidel [...] niet overtuigend" is; en dat ii) „[z]o de verkoopvoorwaarden van de nieuwe entiteit minder aantrekkelijk zouden zijn, [...] de converters dergelijke machines altijd nog bij Sidel's [...] concurrenten [kunnen] kopen".[149]

146 — Zie met name de opmerkingen in punt 295 van het bestreden arrest.

147 — Punt 310.

148 — Zie de punten 303-310 van de beschikking.

149 — Punt 305 van het arrest. In dit verband lijkt de laatste precisering, dat „SIG en Elopak ook karton-installaties in de aanbieding hebben voor het geval de afnemers van de converters tegelijkertijd karton- en PET-verpakkingsinstallaties zouden willen kopen" van weinig belang, aangezien de Commissie de afhankelijkheid van de converters van Sidel of van de nieuwe entiteit op geen enkele manier in verband heeft gebracht met de noodzaak tegelijkertijd karton- en PET-verpakkingsinstallaties te leveren.

188. Als ik het goed begrijp, heeft het Gerecht de conclusie van de Commissie over de afhankelijkheid van de converters van Sidel dus „niet overtuigend" bevonden op de enkele grond dat deze de SBM-machines bij concurrenten van Sidel zouden kunnen kopen. Aldus heeft het Gerecht echter uit het oog verloren dat de Commissie weliswaar had toegegeven dat de converters zich „voor de aanschaf van nieuwe machines en het ontwerp en testen van preforms tot andere leveranciers van SBM-machines [konden] wenden", maar dat zij desondanks — in het licht van haar marktanalyse — van mening was, dat „de kosten van omschakeling en het feit dat zij het grote aantal geïnstalleerde Sidel-machines moe[s]ten blijven gebruiken, [...] de bestaande fase van afhankelijkheid van Sidel [zouden] verlengen". [150]

189. Het spreekt derhalve voor zich dat het Gerecht de conclusies van de Commissie niet mocht verwerpen zonder adequate motivering, ook al zou het eventueel fouten, lacunes in het onderzoek of denkfouten in haar redenering ontdekken. Voor het overige kunnen de argumenten van Tetra ter rechtvaardiging van het oordeel van het Gerecht over de mogelijke reactie van de converters, ongeacht of ze gegrond zijn, het motiveringsgebrek van het bestreden arrest niet helen.

b) De invloed effect van de geconstateerde fouten op de conclusie van het Gerecht

190. Uit de voorgaande overwegingen volgt mijns inziens dat de volgende grieven gegrond zijn: i) de grief inzake het voordeel van „eerstkomer" bij het verpakken van vloeibare zuivelproducten (zie boven, punten 178 en 179); ii) de grief inzake de mogelijkheid dat de converters weerstand bieden aan de „hefboomwerking" (zie boven, punt 186).

191. Niettemin meen ik dat de fouten van het Gerecht die in deze grieven aan het licht worden gebracht, niet afdoen aan de conclusie van het Gerecht dat „in de bestreden beschikking niet tot genoegen van recht wordt aangetoond, dat de nieuwe entiteit tegen 2005 een machtspositie op de markten van [SBM-]machines met kleine en met grote capaciteit zou kunnen verwerven en dat aldus met betrekking tot die markten is voldaan aan de voorwaarden van artikel 2, lid 3, van de verordening" [151].

150 — Punt 310 van de beschikking.

151 — Punt 307.

192. Deze conclusie lijkt mij namelijk zonder meer gerechtvaardigd door de talrijke gebreken van de beschikking die door het Gerecht zijn vastgesteld in het kader van beoordelingen die in deze zaak niet of vergeefs zijn bestreden. Zonder hierbij stil te hoeven staan en een lange lijst van deze gebreken te hoeven opstellen, kan ik volstaan met de opmerking dat, naast de gebreken die zijn vastgesteld in het kader van beoordelingen die in de onderhavige hogere voorziening vergeefs zijn bestreden, de volgende gebreken een feit zijn: i) het buiten beschouwing laten van de onwettigheid van bepaalde gedragingen en van de door Tetra voorgestelde gedragsverbintenissen, hoewel zij mogelijk de „hefboomwerking" ontmoedigen (gebrek vastgesteld in het kader van beoordelingen die in het tweede middel vergeefs zijn bestreden); ii) het onderscheiden van deelmarkten voor SBM-machines voor het verpakken van „gevoelige" producten (gebrek vastgesteld in het kader van beoordelingen die in het derde middel vergeefs zijn bestreden).

193. Hieruit volgt dat de conclusie van het Gerecht inzake het ontstaan van een machtspositie op de markten voor SBM-machines met kleine en grote capaciteit als zodanig niet kan worden ontkracht door de twee grieven die ik in punt 190 heb aanvaard.

Slotopmerkingen over de gegrondheid van de hogere voorziening

194. In het licht van het voorgaande ben ik van oordeel dat verschillende grieven van de Commissie weliswaar gegrond zijn, maar dat dit niet volstaat om de conclusies van het Gerecht inzake de versterking van de machtspositie van Tetra op de kartonmarkten en het ontstaan van een machtspositie op de markten voor SBM-machines met kleine en grote capaciteit te ontkrachten.

195. In die omstandigheden moet ik erop wijzen dat volgens vaste rechtspraak, „wanneer blijkt dat door de rechtsoverwegingen van een arrest van het Gerecht het gemeenschapsrecht is geschonden, maar het dictum ervan op andere rechtsgronden gerechtvaardigd voorkomt, de hogere voorziening moet worden afgewezen". [152]

152 — Arrest van 10 december 2002, Commissie/Camar en Tico (C-312/00 P, Jurispr. blz. I-11355, punt 57). Zie in dezelfde zin ook arresten van 9 juni 1992, Lestelle/Commissie (C-30/91 P, Jurispr. blz. I-3755, punt 28); 15 december 1994, Finsider/Commissie (C-320/92 P, Jurispr. blz. I-5697, punt 37); en 13 juli 2000, Salzgitter/Commissie (C-210/98 P, Jurispr. blz. I-5843, punt 58).

196. Aangezien het dictum van het bestreden arrest, houdende nietigverklaring van de beschikking, stellig gerechtvaardigd is wegens de talrijke rechtsgronden waarop de conclusie van het Gerecht inzake de versterking van de machtspositie van Tetra op de kartonmarkten en het ontstaan van een machtspositie op de markten voor SBM-machines steunt, meen ik dat de hogere voorziening van de Commissie moet worden afgewezen.

Kosten

197. Gelet op mijn conclusie dat de hogere voorziening moet worden afgewezen, dient de Commissie volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering in de kosten te worden verwezen.

IV — Conclusie

198. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging:

— de hogere voorziening af te wijzen;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.