# ARREST VAN HET GERECHT (Eerste kamer)

25 oktober 2002 *

In zaak T-5/02,

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

verzoekster,

tegen

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

verweerster,

* Procestaal: Engels.

betreffende een beroep tot nietigverklaring van beschikking C (2001) 3345 def. van de Commissie van 30 oktober 2001, waarbij een concentratie onverenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt en de werking van de EER-Overeenkomst (zaak COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: B. Vesterdorf, president, J. Pirrung en N. J. Forwood, rechters,

griffier: D. Christensen, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 3 en 4 juli 2002,

het navolgende

## Arrest

### De toepasselijke regeling

1 Bij verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 395, blz. 1,

met rectificatie in PB 1990, L 257, blz. 13), zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997 (PB L 180, blz. 1) (hierna: „de verordening"), is een regeling ingevoerd voor het toezicht van de Commissie op concentraties van ondernemingen, die van communautaire dimensie zijn in de zin van artikel 1, lid 2, van de verordening.

2 Artikel 2 van de verordening bepaalt:

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

Bij die beoordeling houdt de Commissie rekening

a) met de noodzaak op de gemeenschappelijke markt een daadwerkelijke mededinging te handhaven en te ontwikkelen in het licht van met name de structuur van alle betrokken markten en van de reële of potentiële mededinging van binnen of buiten de Gemeenschap gevestigde ondernemingen;

b) met de marktpositie van de betrokken ondernemingen, hun economische en financiële macht, de keuzemogelijkheden van leveranciers en afnemers, hun toegang tot voorzieningsbronnen en afzetmarkten, het bestaan van juridische of feitelijke hinderpalen voor de toegang tot de markt, de ontwikkeling van vraag naar en aanbod van de betrokken producten en diensten, de belangen van de tussen- en eindverbruikers, alsmede de ontwikkeling van de technische en economische vooruitgang voorzover deze in het voordeel van de consument is en geen belemmering vormt voor de mededinging.

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

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

[...]"

3 Artikel 4 van de verordening verlangt, dat de partij of partijen die de zeggenschap, of de gezamenlijke zeggenschap, in een andere onderneming verkrijgen, de concentratie binnen een week na de voltooiing van de transactie bij de Commissie aanmelden. Harerzijds is de Commissie ingevolge artikel 6, lid 1, van de verordening verplicht de aanmelding „meteen na ontvangst" te onderzoeken. Volgens artikel 6, lid 1, sub c, juncto artikel 10, lid 1, van de verordening leidt de Commissie binnen een maand of ten hoogste zes weken een procedure tegen de aangemelde concentratie in, indien zij constateert dat deze binnen het toepassingsgebied van de verordening valt „en er grote twijfel bestaat over haar verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt".

4 Wanneer er na een aanmelding een procedure wordt ingeleid, oefent de Commissie haar beschikkingsbevoegdheid uit overeenkomstig artikel 8 van de verordening. Lid 3 van dat artikel bepaalt, dat „[a]ls de Commissie vaststelt dat

een concentratie aan het in artikel 2, lid 3, gedefinieerde criterium voldoet, [...] zij een beschikking [geeft] waarbij verklaard wordt dat de concentratie onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt". Volgens artikel 10, lid 3, moet die beschikking „uiterlijk worden gegeven binnen vier maanden na de dag waarop de procedure is ingeleid".

5 Ofschoon artikel 7, lid 1, van de verordening bepaalt, dat een concentratie niet tot stand kan worden gebracht zolang zij niet is aangemeld en met de gemeenschappelijke markt verenigbaar is verklaard, kan de uitvoering van een bij de Commissie aangemeld openbaar aanbod overeenkomstig artikel 7, lid 3, van de verordening voortgang vinden, „voorzover de verkrijger de aan de deelneming in het kapitaal verbonden rechten niet uitoefent dan wel slechts uitoefent om de waarde van zijn belegging te handhaven en op basis van een door de Commissie overeenkomstig lid 4 verleende ontheffing".

6 Artikel 18 van de verordening, betreffende het horen van de betrokkenen en van derden, bepaalt:

„1. Alvorens de in artikel 7, lid 4, artikel 8, lid 2, tweede alinea, en leden 3, 4 en 5, alsmede de artikelen 14 en 15 bedoelde beschikkingen vast te stellen, stelt de Commissie de betrokken personen, ondernemingen en ondernemersverenigingen in de gelegenheid om hun standpunt ten aanzien van de tegen hen aangevoerde bezwaren in alle fasen van de procedure tot aan de raadpleging van het Raadgevend Comité kenbaar te maken.

[...]

3. De Commissie baseert haar beschikkingen uitsluitend op bezwaren waarover de betrokkenen hun opmerkingen kenbaar hebben kunnen maken. De rechten ter

zake van de verdediging van de betrokkenen worden bij het verloop van de procedure ten volle gewaarborgd. Het dossier is ten minste toegankelijk voor de rechtstreeks betrokken partijen, met inachtneming van het rechtmatig belang van de ondernemingen bij het bewaren van zakengeheimen.

[...]"

7 Artikel 13, lid 3, van verordening (EG) nr. 447/98 van de Commissie van 1 maart 1998 betreffende de aanmeldingen, de termijnen en het horen van betrokkenen en derden overeenkomstig verordening nr. 4064/89 (PB L 61, blz. 1), bepaalt:

„Nadat zij de aanmeldende partijen haar bezwaren heeft meegedeeld, verleent de Commissie deze partijen desgevraagd inzage in het dossier, teneinde hen in staat te stellen hun recht van verweer uit te oefenen.

De Commissie verleent ook de andere betrokkenen die van de bezwaren in kennis zijn gesteld, desgevraagd inzage in het dossier, voorzover dit ter voorbereiding van hun opmerkingen noodzakelijk is."

8 Artikel 17 van verordening nr. 447/98, met het opschrift Vertrouwelijke informatie, bepaalt:

„1. Er wordt geen mededeling gedaan van, noch inzage verleend in inlichtingen, met inbegrip van bescheiden, die zakengeheimen van personen of ondernemingen, waaronder de aanmeldende partijen, andere betrokkenen of derden,

bevatten, noch van andere vertrouwelijke informatie waarvan de Commissie het voor de procedure niet noodzakelijk acht dat deze openbaar wordt gemaakt, noch van in interne stukken van de autoriteiten vervatte informatie.

2. Alle partijen die overeenkomstig de bepalingen van de onderhavige afdeling hun standpunt kenbaar maken, geven de elementen die zij vertrouwelijk achten, onder opgave van redenen duidelijk aan en verstrekken daarvan binnen de door de Commissie vastgestelde termijn een afzonderlijke, niet-vertrouwelijke versie."

## De antecedenten van het geding

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 %).

10 Het aanbod luidde in contanten voor een prijs van 50 euro per aandeel en was overeenkomstig het Franse recht onvoorwaardelijk. De raad van bestuur van Sidel adviseerde eenstemmig tot aanvaarding van het aanbod, dat ook door de meerderheidsaandeelhouders van Sidel werd goedgekeurd. De beurscommissie verleende op 11 april 2001 haar goedkeuring aan het gezamenlijk prospectus („joint offer document") van Tetra Laval SA en Sidel. Na de openbaarmaking op 14 april 2001 werd het aanbod officieel geopend voor de periode van 17 april tot

en met 22 mei 2001. Indien het zou slagen, zouden de aandelen van Tetra SA in de week beginnend op 11 juni 2001 opnieuw aan de beurs worden genoteerd, behoudens de beperkingen voorzien in artikel 7, lid 3, van de verordening.

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 kunststofflessen van polyethyleen tereftalaat (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.

17 Op 7 september 2001 zond zij Tetra en Sidel een mededeling van punten van bezwaar als bedoeld in artikel 18 van de verordening, waarin zij uiteenzette, waarom zij voorshands van mening was dat de concentratie moest worden verboden. Verzoekster antwoordde op die mededeling op 21 september 2001.

18 Een aanvullende mededeling van punten van bezwaar, onder meer Tetra's activiteiten in de HDPE-sector betreffend, werd op 24 september 2001 aan Tetra en Sidel gezonden en op 1 oktober 2001 door verzoekster beantwoord.

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.

20 Op 26 september 2001 vond overeenkomstig de artikelen 14, 15 en 16 van verordening nr. 447/98 een hoorzitting voor de raadadviseur-auditeur plaats.

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

22 Speciaal in verband met deze verbintenissen zond de Commissie op 11 oktober 2001 enquêteformulieren aan 51 verschillende spelers in de betrokken economische sector (afnemers, converters en concurrenten) met het verzoek vóór 17 oktober 2001 te antwoorden. Zij ontving 34 antwoorden en, oordelende dat deze alle vertrouwelijk waren, maakte zij twee niet-vertrouwelijke samenvattingen, één van de antwoorden van de afnemers en converters en één van die van de concurrenten, die zij ter kennis van verzoekster bracht.

23 Het ontwerp van de eindbeschikking van de Commissie, die ook op de verbintenissen betrekking had, werd op 19 oktober 2001 besproken en goedgekeurd door het Raadgevend Comité concentraties van ondernemingen.

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.

25 De bestreden beschikking is op 6 november 2001 aan Tetra betekend.

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 bestreden beschikking

27 In haar analyse over de verenigbaarheid van de aangemelde concentratie met de gemeenschappelijke markt beschrijft de Commissie in de bestreden beschikking de sector verpakking van vloeibare voedingsmiddelen, onderzoekt zij de relevante productmarkten en de relevante geografische markt en beoordeelt zij de gevolgen van de aangemelde concentratie voor de mededinging. Ten slotte toetst zij, in het licht van de voorgaande analyse, de draagwijdte van de aangeboden verbintenissen ten opzichte van de gevolgen van de concentratie voor de mededinging.

### *De sector verpakking van vloeibare voedingsmiddelen*

28 De Commissie is van mening, dat „de aangemelde concentratie hoofdzakelijk gevolgen zal hebben voor de mededinging in de industriesector verpakking van vloeibare voedingsmiddelen", te weten voornamelijk vloeibare zuivelproducten (hierna: „VZP"), vruchtensappen en nectars (hierna: „sappen"), niet-koolzuurhoudende dranken met vruchtensmaak (hierna: „KDV"), alsmede thee/koffiedranken (deze vier productgroepen tezamen hierna aan te duiden als „gevoelige producten"), en in het bijzonder voor die segmenten van deze sector waarin de partijen hoofdzakelijk actief zijn, te weten „kunststof, in het bijzonder PET-verpakkingen, en karton" (punt 12 van de considerans). De Commissie beschrijft PET als een kunststof voor de vervaardiging van doorzichtige flessen. Voor zuurstof- en lichtgevoelige producten moet PET worden verbeterd door middel van de zogenoemde „barrièretechniek". Een PET-verpakkingsketen omvat drie

fasen: de productie van „preforms", dat wil zeggen kunststofbuizen waaruit de flessen worden gemaakt; de productie van de flessen zelf met behulp van SBM-machines (zie punt 13 supra), en het vullen van de flessen (punt 20 van de considerans). Vervolgens beschrijft de Commissie HDPE als een „wolkig wit" materiaal. Een HDPE-verpakkingsketen is te vergelijken met een PET-keten, behalve dat er EBM-machines („extrusion blow moulding") bij worden gebruikt (punt 26 van de considerans). Anders dan bij kunststofverpakkingen is er bij kartonnen verpakkingen sprake van een geïntegreerd proces van productie, vullen en sluiten van de verpakkingen (punt 28 van de considerans).

29 In diverse opzichten brengt de Commissie een onderscheiding aan, in het bijzonder tussen aseptisch en niet-aseptisch verpakte producten, overeenkomstig haar eerdere praktijk op dit gebied, tussen de verpakkingen zelf en de verpakkingsmachines, en tussen het verpakken door de producenten van vloeibare voedingsmiddelen in hun eigen fabriek en het verpakken door converters (zie punt 12 supra). Dit laatste onderscheid verliest volgens de Commissie echter aan betekenis door het bestaan van „hole-in-the-wall"-overeenkomsten („HTW-overeenkomsten"), waarbij een converter flessen vervaardigt in een fabriek naast die van de producent en ze aan deze doorgeeft om gevuld te worden.

*De relevante productmarkten*

30 Daar „de aangemelde concentratie hoofdzakelijk gevolgen zal hebben voor de mededinging in de industriesector verpakking van vloeibare voedingsmiddelen", heeft de Commissie haar onderzoek geconcentreerd op die segmenten van de markt waarin de partijen voornamelijk actief zijn, te weten „kunststof, met name PET-verpakkingen, en karton" (punt 12 van de considerans). Volgens de Commissie „is de segmentatie naar eindgebruik een bruikbaar analysemiddel om de markt van verpakkingsinstallaties voor vloeibare voedingsmiddelen te bestuderen" (punt 44 van de considerans). Zij erkent, dat „verpakkingssystemen die gebruik maken van andere materialen, zoals glas en blik, afzonderlijke

productmarkten in de zin van de mededingingsvoorschriften zijn en dat bijgevolg PET-verpakkingssystemen tot een aparte productmarkt behoren". De Commissie weigert te aanvaarden, dat „karton en PET geen productsegmenten delen [of] dat er geen interactie tussen de twee materialen kan bestaan", en richt daarom haar onderzoek op „de interactie tussen die twee materialen en de toekomstige groei van PET in de eindgebruiksegmenten waar traditioneel karton wordt gebruikt" (punt 53 van de considerans).

31 Omdat karton geen licht doorlaat, is het volgens de Commissie „geschikt voor het verpakken van zuurstof- en lichtgevoelige producten, maar kan het niet voor koolzuurhoudende dranken worden gebruikt". PET daarentegen „is doorzichtig en geschikt voor koolzuurhoudende dranken, maar het was tot nu toe minder bruikbaar voor zuurstof- en lichtgevoelige producten" (punt 55 van de considerans). De Commissie beklemtoont, dat „PET een materiaal is dat zich leent voor *alle* producten die tot nu toe in karton werden verpakt", dat wil zeggen de gevoelige producten, en zij concludeert, dat „PET derhalve een concurrerend vervangingsproduct voor alle in karton verpakte producten kan zijn" (punt 57 van de considerans, cursivering in de oorspronkelijke tekst). Toch onderscheiden die producten zich van elkaar, want „de eigenschappen van elk van die producten leiden tot de keuze van een enigszins verschillende verpakking (sappen hebben een hoog zuurgehalte, terwijl dat bij VZP laag is; voor KDV en ijsthee is niet zo'n sterke barrièrebehandeling tegen zuurstof nodig als voor sappen)" (punt 58 van de considerans).

32 Wat PET en de verwachte opmars ervan voor gevoelige producten betreft, verwerpt de Commissie Tetra's bewering, dat „het gebruik van PET zeer beperkt is en in de toekomst geen belangrijke groei te zien zal geven" (punten 59-148 van de considerans). Dienaangaande preciseert zij, dat „het segment waarin PET het snelst is gegroeid, dat van de koolzuurhoudende mineraalwaters en dranken is, vooral omdat men daar van glas op PET is overgestapt" en „de consumenten en producenten PET waarderen" (punt 55 van de considerans, voetnoot 22). De Commissie stelt vast, dat „PET thans al kan worden gebruikt voor het verpakken en in de handel brengen van verse melk, gearomatiseerde melk, ijsthee, verse sappen, (warm afgevulde) lang houdbare sappen, dranken met vruchtensmaak en

isotonische dranken", en dat er slechts twee segmenten zijn waarin het gebruik van PET nog op technische problemen stuit, te weten „aseptische sappen en aseptische niet-gearomatiseerde melk (UHT-melk)" (punt 61 van de considerans). Onder verwijzing naar de door het onderzoeksbureau Canadean in opdracht van Tetra verstrekte cijfers merkt zij op, dat het gebruik van PET voor VZP en sappen thans weliswaar nog niet van betekenis is (0,5 % in die twee segmenten in 2000), maar dat „de situatie heel anders is in de segmenten KDV en thee/koffiedranken, die niet dezelfde barrière-eigenschappen vergen als VZP en sappen", in welke segmenten PET „al grotere marktaandelen heeft veroverd" (punt 69 van de considerans) (te weten 20 % bij KDV en 25 % bij thee/koffiedranken in 2000).

33 Wat de periode van 2000 tot 2005 betreft, concludeert de Commissie op basis van haar eigen marktonderzoek, het onderzoek van Canadean en „onafhankelijke onderzoeken" (punt 104 van de considerans), te weten die van PCI, Warrick en Pictet, dat „er in de segmenten KDV en thee/koffiedranken al aanzienlijke overlappingen tussen PET en karton bestaan" en dat „PET in die segmenten steeds meer marktaandeel op karton zal veroveren", zozeer zelfs, dat „bij een voorzichtige schatting van 30 % PET in elk van die segmenten in 2005, dit materiaal zal dienen voor het verpakken van 800 miljoen liter thee/koffiedranken (isotonische dranken daaronder begrepen) en van 1 miljard liter KDV" (punt 144 van de considerans). Zij voegt daaraan toe, dat „de verbeteringen in de barrièretechniek en bij het aseptisch vullen de positie van PET in de vier segmenten gevoelige producten zullen versterken" en dat „PET in de segmenten VZP en sappen in de komende vijf jaar aanzienlijk zal groeien" (punt 146 van de considerans). Volgens de Commissie „is het realistisch te verwachten, dat PET in 2005 een marktaandeel zal hebben van ten minste 10 à 15 % bij verse melk en van 25 % bij gearomatiseerde en andere melkdranken", maar „is het gebruik van PET voor UHT-melk (ongeveer 50 % van de totale melkmarkt in de EER) onzeker" (punt 147 van de considerans). Wijzend op het „grote potentieel" van PET, „met name in de duurdere nichesegmenten van aseptisch verpakte melk, zoals individuele porties", meent de Commissie, dat „indien PET in 2005 bij verse melk ten minste 15 % haalt, bij andere melkdranken 25 % en bij UHT-melk slechts 1 %, dit materiaal zal dienen als verpakking voor ongeveer 3 miljard liter per jaar (om en nabij 9 % van de totale Europese markt van VZP)" (punt 147 van de considerans). Wat sappen betreft, is het volgens de Commissie „realistisch te verwachten, dat PET in 2005 een aandeel van ten minste 20 % van de totale

sappenmarkt in de EER zal hebben", ook al zal die groei voornamelijk een gevolg zijn van „de overgang van glas op PET" (punt 148 van de considerans).

34 Met betrekking tot de mededinging tussen PET en karton in de sectoren waarin zich overlappingen voordoen, concludeert de Commissie, dat „kartonnen verpakkingen en PET-verpakkingen (en dus ook de verpakkingsmachines voor die materialen) verschillende productmarkten vormen" (punt 163 van de considerans). „Hoewel bij die twee systemen thans nog geen sprake is van de daadwerkelijke en onmiddellijke onderlinge vervangbaarheid die voor de marktomschrijving nodig is (met andere woorden, er is nog slechts een geringe onderlinge vervangbaarheid), kan dat in de toekomst veranderen, wanneer de barrièretechnologie voor PET verbetert en de kosten van de twee materialen convergeren" (punt 163 van de considerans). De convergentie zou zelfs zo groot kunnen zijn, dat de twee systemen in de toekomst „één productmarkt in de zin van de mededingingsvoorschriften" gaan vormen (punt 163 van de considerans).

35 Vervolgens onderzoekt de Commissie de segmenten van de „specifieke installaties voor de twee systemen", in verband met de vraag of „voor elk ervan afzonderlijke productmarkten bestaan" (punt 164 van de considerans).

36 Wat de PET-verpakkingssystemen betreft, meent de Commissie, dat waar alle gevoelige producten eigen kenmerken hebben en er een mogelijkheid van prijsdiscriminatie bestaat, er bij SBM-machines „verscheidene relevante markten bestaan voor elke groep afnemers, afhankelijk van het eindgebruik, in het bijzonder in de vier segmenten van gevoelige producten: VZP, sappen, KDV en thee/koffiedranken" (punt 188 van de considerans). De verschillende barrièretechnieken behoren volgens de Commissie tot een opkomende markt, maar sommige ervan zouden in de toekomst een aparte markt kunnen vormen (punten 198 en 199 van de considerans). Er bestaan ook twee aparte markten van PET-machines voor aseptisch respectievelijk niet-aseptisch vullen (punt 204 van de considerans), terwijl de PET-preforms eveneens een afzonderlijke markt vormen (punt 206 van de considerans).

37 Ten aanzien van de systemen voor kartonnen verpakkingen bestaat er volgens de Commissie een consensus, dat „er vier verschillende productmarkten bestaan: machines voor aseptisch verpakken in karton, aseptische kartonnen verpakkingen, machines voor het niet-aseptisch verpakken in karton en niet-aseptische kartonnen verpakkingen" (punt 209 van de considerans).

*De relevante geografische markt*

38 De relevante geografische markt wordt omschreven als de markt van de EER, „daar de leveranciers [van PET-verpakkingsinstallaties] in de gehele EER actief zijn en hun installaties over de grenzen heen kunnen leveren en daadwerkelijk leveren" (punten 210 en 211 van de considerans).

*Toetsing van de aangemelde concentratie aan de mededingingsvoorschriften*

39 De beoordeling van de aangemelde concentratie uit het gezichtspunt van de mededinging is vervat in een gedetailleerde analyse (punten 213-408 van de considerans), die wordt samengevat als volgt:

„213 Uit de enquête en het onderzoek van de Commissie blijkt, dat de concentratie de machtspositie van Tetra op de markten van machines voor het aseptisch verpakken in karton en van aseptische kartonnen verpakkingen kan versterken en een machtspositie in het leven kan roepen op de markt van PET-verpakkingsinstallaties, in het bijzonder SBM-machines (met grote en met kleine capaciteit) in de segmenten van gevoelige eindproducten (VZP, sappen, KDV en thee/koffiedranken).

214 De toekomstige machtspositie van de nieuwe entiteit op twee nauw verwante markten en haar sterke positie op een derde markt (EBM-machines en HDPE-vulmachines) zullen haar positie op de twee markten nog kunnen versterken, de toegang tot de markt belemmeren, het belang van bestaande concurrenten tot een minimum beperken en een monopolistische structuur doen ontstaan op de gehele markt van het aseptisch en niet-aseptisch verpakken van gevoelige producten in de EER."

40 Tot staving van haar analyse stelt de Commissie in de eerste plaats vast, dat er op de markt van kartonnen verpakkingen heel weinig is veranderd sinds het arrest van het Gerecht van 6 oktober 1994, Tetra Pak/Commissie (T-83/91, Jurispr. blz. II-755), in hogere voorziening door het Hof bevestigd bij arrest van 14 november 1996, Tetra Pak/Commissie (C-333/94 P, Jurispr. blz. I-5951; hierna: „arresten Tetra Pak II"). Zo meent zij, dat Tetra in 2000 in de EER een machtspositie bezit op de markt van aseptische kartonverpakkingsmachines en kartonnen verpakkingen met een marktaandeel van 80 % (punten 219 en 223 van de considerans) en een „leidende" positie op de markt van niet-aseptische kartonverpakkingsmachines en kartonnen verpakkingen met een marktaandeel van [50 à 60 %] [1] (punten 229 en 231 van de considerans). Al geeft zij toe, dat Sidel de markt van SBM-machines niet beheerst, toch meent de Commissie in de tweede plaats, dat Sidel daar marktleider is, „aangezien zij de enige onderneming is die het volledige gamma van SBM-machines kan leveren, van de kleinste tot de grootste, en steeds met toepassing van de modernste rotatietechniek" (punt 248 van de considerans). Erop wijzende, dat „om een schoon of ultraschoon verpakkingsproces te waarborgen, een doeltreffende beheersing van de vultechniek in combinatie met het spuitgieten in het bijzonder van belang is bij gevoelige producten zoals melk en vruchtensappen" (punt 249 van de considerans), merkt de Commissie op, dat Sidel aseptische en niet-aseptische vulmachines vervaardigt (punt 250 van de considerans) en over een innovatieve „combi-techniek" beschikt, waarmee het spuitgieten, vullen en afsluiten in één enkele machine kan worden geïntegreerd (punt 254 van de considerans). De Commissie concludeert hieruit, dat Sidel een „leidende positie op de markt van SBM-machines" heeft en een „sterke positie" bij de andere PET-verpakkingsinstallaties, in het bijzonder bij „aseptische vulmachines, hulpinstallaties en bijbehorende diensten" (punt 259 van de considerans).

1 — Geglobaliseerde vertrouwelijke gegevens.

41 In verband met het in het leven roepen van een machtspositie op de PET-markt en de versterking van Tetra's machtspositie op de kartonmarkt behandelt de bestreden beschikking eerst de horizontale en verticale effecten van de concentratie, vervolgens de van de kartonmarkt uitgaande „hefboomwerking" op de PET-markt, de gevolgen voor de kartonmarkten van het verdwijnen van de concurrentiedruk vanuit de PET-markt, en ten slotte de algemene gevolgen voor de karton- en de PET-markt.

42 Wat in de eerste plaats de horizontale effecten betreft, meent de Commissie, dat waar beide partijen op drie verschillende productmarkten actief zijn — SBM-machines (met kleine capaciteit), barrièretechnieken en aseptische PET-vulmachines (punt 263 van de considerans) —, de aangemelde concentratie de positie van de nieuwe entiteit op die drie markten zal versterken. Ook al zal die positie geen machtspositie zijn, men moet stellig verwachten dat er een „niveau van overheersing" zal worden bereikt, „doordat de machtspositie van de nieuwe entiteit in de sector van aseptische kartonverpakkingsmachines en kartonnen verpakkingen als hefboom werkt" (punt 263 van de considerans).

43 In de tweede plaats meent de Commissie, dat de „belangrijke verticale effecten", die het uitvloeisel zijn van de verticale integratie van de nieuwe entiteit bij drie verpakkingssystemen (karton, PET en HDPE), kunnen leiden tot „verticale uitsluiting van de zelfstandige converters" (punt 291 van de considerans). Deze uitsluiting is het resultaat van de door de concentratie gecreëerde structuur, te weten (punt 292 van de considerans):

„i) de door de concentratie geschapen entiteit zal de enige verticaal geïntegreerde onderneming zijn in de sector verpakking van vloeibare voedingsmiddelen in karton (verpakkingsmachines en rollen karton), HDPE (EBM-machines en HDPE-flessen) en PET (SBM-machines, barrièretechniek, aseptische vulmachines, preforms en flessen); ii) de dubbele rol van de nieuwe entiteit, als leverancier en concurrent van de converters, kan leiden tot een ‚channel conflict' op de markt.

De nieuwe entiteit zou van haar sterke positie als leverancier van SBM-machines aan de converters, die tot op zekere hoogte afhankelijk zijn van Sidel, gebruik kunnen maken om hun kosten op te drijven en hen als leveranciers van preforms en gebruiksklare installaties te marginaliseren. Tetra/Sidel zal de SBM-machines tezamen met preforms kunnen aanbieden, steunend op, bijvoorbeeld, Tetra's succesrijke verkoopstrategie op kartongebied: SBM-machines tegen lage prijs aanbieden en de kosten goedmaken door de klant te binden met een langlopend leveringscontract voor gewone preforms en preforms met barrière. De nieuwe entiteit zal haar klanten ook gebruiksklare installaties kunnen aanbieden, buiten de converters om."

44 Vervolgens wordt de omvang van Tetra's verticale integratie op de kartonmarkten geschetst, waar haar verkooppolitiek erin bestaat, „haar afnemers geïntegreerde oplossingen aan te bieden in de vorm van machines en karton (in rollen of versneden)" (punt 296 van de considerans), op de HDPE-markt, waar zij in een verbond met Graham Engineering Corporation HDPE-flessen op EBM-machines produceert en als converter of via HTW-overeenkomsten aan de afnemers levert, en op de PET-markt. Met betrekking tot laatstgenoemde markt wijst de Commissie erop, dat Tetra „de derde grootste zelfstandige leverancier van preforms ter wereld is, met een marktaandeel van 10 %", dat zij van plan is „een beperkte hoeveelheid met haar geoctrooieerde Glaskin-barrièretechniek verbeterde PET-flessen te produceren", en dat zij sinds 1999 „via haar dochteronderneming Novembal aanwezig is op de markt van sluitingssystemen voor kunststofflessen, met een marktaandeel in de EER van [10 à 20 %] in 2000" (punt 298 van de considerans). In dit opzicht onderscheidt zij zich van Sidel, die „geen verticaal geïntegreerde onderneming is" (punt 293 van de considerans). Niettemin „kan de nieuwe entiteit een ‚channel conflict' op de markt veroorzaken, doordat zij tegelijkertijd leverancier en concurrent van de converters zal zijn" (punt 310 van de considerans) en „de converters zal kunnen marginaliseren door SBM-machines tezamen met preforms, alsmede gebruiksklare installaties aan te bieden" (punt 312 van de considerans). Mogelijk is ook, dat zij „de converters van die activiteiten uitsluit door hun geen SBM-machines meer te leveren of door hun kosten op te drijven en door voorrang te geven aan haar eigen geïntegreerde activiteiten" (punt 318 van de considerans). Met betrekking tot de beslissing van Tetra om zich uit de preformmarkt terug te trekken, verklaart de Commissie, dat zij „niet concludeert dat die verticale problemen op zich tot het ontstaan van een machtspositie bij PET-installaties of preforms zouden leiden" (punt 324 van de considerans).

45 Vervolgens zet de Commissie gedetailleerd uiteen (punten 325-389 van de considerans), waarom zij vreest dat de nieuwe entiteit haar machtspositie op de kartonmarkten „door hefboomwerking" naar de markt van PET-verpakkingsinstallaties zal uitbreiden om „aldus deze markt ook bij de gevoelige eindproducten te beheersen" (punt 328 van de considerans). Het enkele feit dat Tetra/Sidel deze mogelijkheid heeft, volstaat volgens haar om de concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt te maken. De vrees van de Commissie heeft dus niet te maken met Sidel's huidige positie op de markt van SBM-machines, maar met de „machtspositie van *Tetra* op de *kartonmarkt*" (punt 328 van de considerans, cursivering in het origineel). Onder meer verwijzend naar de nauwe samenhang tussen de twee markten van installaties voor de vervaardiging van kartonnen verpakkingen en van PET-verpakkingen, stelt de Commissie vast, dat de concentratie „een marktstructuur zou doen ontstaan die uiterst gunstig is voor het optreden van mededingingsbelemmerende effecten, doordat de nieuwe entiteit een machtspositie op de ene en tegelijkertijd een leidende positie op de andere markt zou innemen" (punt 330 van de considerans).

46 Haar analyse omvat „vier stappen" (punt 331 van de considerans): i) de markten van karton- en PET-verpakkingssystemen behoren tot nauw verwante productmarkten met een zelfde groep van afnemers; ii) bij de te verwachten groei van PET zal de nieuwe entiteit in de nieuwe segmenten van gevoelige producten een machtspositie op de PET-markt kunnen verwerven dankzij Tetra's bestaande machtspositie op de kartonmarkten; iii) de concentratie zal Tetra's machtspositie op de kartonmarkten versterken; iv) door de combinatie van de twee machtsposities zal de positie van de nieuwe entiteit in de sector verpakkingen van gevoelige producten, en met name in die van aseptische verpakkingen, worden geconsolideerd en zullen beide machtsposities worden uitgebouwd.

47 De Commissie verdedigt haar analyse door erop te wijzen, dat de aangemelde concentratie voor Tetra van strategisch belang is; dat Tetra in staat en bereid zal zijn de hefboomwerking uit te buiten; dat de concurrenten van de nieuwe entiteit op diverse niveaus niet tegen haar opgewassen zullen zijn, en ten slotte, dat Tetra een discriminerend prijsbeleid zal kunnen voeren.

48 Met betrekking tot Tetra's vermogen en bereidheid om de hefboomwerking te benutten, concludeert de Commissie, dat „de marktstructuur die door de concentratie zal ontstaan, in het bijzonder de hefboomwerking zal begunstigen" (punt 359 van de considerans):

„a) Er bestaat een gezamenlijk cliënteel, waarvan de vraag zowel op karton- als op PET-verpakkingssystemen voor gevoelige vloeistoffen is gericht.

b) Tetra heeft een bijzonder sterke machtspositie op de markt van aseptische kartonnen verpakkingen, met een marktaandeel van [80 à 90 %] en een afhankelijk cliënteel.

c) Tetra/Sidel begint met een sterke leidende positie op de markt van PET-verpakkingssystemen, waaronder SBM-machines, met een marktaandeel van [60 à 70 %].

d) Tetra/Sidel zal zich selectief op specifieke afnemers of groepen afnemers kunnen richten, aangezien de marktstructuur prijsdiscriminatie mogelijk maakt.

e) Voor Tetra/Sidel zal er een sterke economische prikkel bestaan om gebruik van de hefboomwerking te maken. Daar karton en PET technisch uitwisselbaar zijn, is een afnemer die op PET overgaat, verloren voor het karton, hetzij omdat hij minder karton gaat gebruiken, hetzij omdat hij voor een deel van zijn productie, dat voorheen in ander materiaal werd verpakt, de kartonfase

overslaat. Dat vormt een extra prikkel om de afnemer voor PET te strikken en aldus dat verlies te compenseren. Daarom zal Tetra/Sidel dankzij haar bestaande positie op de kartonmarkt niet slechts haar marktaandeel bij PET versterken, maar haar eventuele verliezen op de kartonmarkt tegengaan of compenseren.

f) Tetra/Sidel's concurrenten zowel op de markt van karton- als op die van PET-installaties zullen veel kleinere ondernemingen zijn; de belangrijkste concurrent heeft niet meer dan [10 à 20 %] van de markt van karton-verpakkingsmachines of van SBM-machines."

49 Het is de huidige machtspositie van Tetra op de markten van aseptisch karton die bepalend is voor de wijze waarop die hefboomwerking zal worden ingezet (punt 364 van de considerans):

„Tetra/Sidel zal die positie op verschillende manieren kunnen benutten, bijvoorbeeld door de verkoop van installaties en verbruiksproducten voor kartonnen verpakkingen te koppelen aan de verkoop van PET-verpakkingsinstallaties en eventueel ook van preforms (met name preforms met barrière). Zij zou ook gebruik kunnen maken van pressiemiddelen of prikkels (zoals afbraakprijzen, een prijzenoorlog of getrouwheidskortingen) om zijn kartonafnemers ertoe te brengen, PET-installaties en eventueel preforms bij Tetra/Sidel te kopen en niet bij haar concurrenten of bij converters."

50 De Commissie wijst er ook op, dat „tal van afnemers die voor een deel van hun productie kartonnen verpakkingen blijven gebruiken, gedwongen of gestimuleerd kunnen worden om zowel hun karton- als hun PET-installaties bij één enkele leverancier te kopen", en dat „vooral afnemers die met Tetra langlopende leveringscontracten voor verpakkingskarton hebben, gevoelig zijn voor een dergelijke druk" (punt 365 van de considerans).

51 Door de hefboomwerking kunnen de concurrenten van Tetra/Sidel van de markt van SBM-machines voor gevoelige producten verdrongen worden, en wel om de volgende redenen:

„a) of concurrenten in de segmenten van niet-gebonden producten, zoals mineraalwaters en koolzuurhoudende frisdranken, kunnen blijven verkopen, is niet van belang. Dit is een gevolg van het vermogen een discriminerend prijsbeleid te voeren of zich op specifieke groepen afnemers te richten, wat leidt tot segmentatie van de relevante markten naar eindgebruik; b) tot de segmenten gevoelige producten behoren zeer gecompliceerde vloeistoffen, waarvoor zeer speciale PET-productieketens nodig zijn, waarin met name gebruik wordt gemaakt van de barrièretechnologie en van aseptische vulmachines, of ook aseptische SBM-combimachines (die zowel spuitgieten als vullen en afsluiten). Voor de concurrenten bestaat er geen voldoende prikkel om in die sector van geavanceerde PET-installaties te investeren en te concurreren [...] en zo zullen zij uit de PET-markten van de ‚nieuwe generatie' verdrongen worden."

52 Daarnaast zouden zij ook „uit de rest van de markt van SBM-machines" verdrongen kunnen worden (punt 370 van de considerans).

53 Die uitkomst is volgens de Commissie te waarschijnlijker wegens de zwakke positie van de concurrenten van de nieuwe entiteit en de geringe koopkracht van haar afnemers. Wat met name de positie van die concurrenten betreft, stelt de Commissie vast, dat — en dit is voor haar het „kapitale punt" — ook indien de drie concurrenten van Sidel op de markt van SBM-machines met grote capaciteit Sidel's aanbod zouden kunnen evenaren, „zij toch niet de machtspositie van de nieuwe entiteit op de markt van kartonnen verpakkingen zullen hebben" (punt 372 van de considerans). Zij preciseert:

„De groep SIG, de enige van die drie concurrenten die zowel op de karton- als op de PET-markt actief zal zijn, zal niet meer dan [10 à 20 %] van de markt van

kartonverpakkingsmachines en SBM-machines beheersen. Anders dan de nieuwe entiteit zal SIG niet het complete assortiment van PET-installaties kunnen aanbieden en zij beschikt ook niet over een element — de barrièretechnologie — dat van wezenlijk belang is om in de nieuwe segmenten van PET-producten door te dringen. Geen enkele andere leverancier van verpakkingsinstallaties zal zowel karton- als PET-installaties kunnen aanbieden."

54 Zij concludeert daaruit, dat „door de samenvoeging van de overheersende onderneming op de markt van kartonnen verpakkingen, Tetra, met de leidende onderneming op de markt van PET-verpakkingsinstallaties, Sidel, de voorgenomen concentratie een marktstructuur zou doen ontstaan waarin de nieuwe entiteit de prikkel en de middelen zal vinden om haar leidende positie op de markt van PET-verpakkingsinstallaties, in het bijzonder de voor de gevoelige producten gebruikte SBM-machines (kleine en grote capaciteit), uit te bouwen tot een machtspositie", wat „de mededinging op de gehele markt van SBM-machines zou verstoren" (punt 389 van de considerans).

55 Met betrekking tot de verwachte gevolgen op de kartonmarkten meent de Commissie, dat de concentratie „zou leiden tot het ontstaan van een marktstructuur die Tetra in staat zou stellen haar huidige machtspositie op de markt van kartonnen verpakkingen te versterken door een bron van zware concurrentiedruk te elimineren", wat „ernstige negatieve consequenties voor de sector kartonnen verpakkingen zou hebben" (punten 390 en 391 van de considerans). De Commissie wijst hierbij op de noodzaak om bijzonder waakzaam te zijn, wanneer het, zoals in casu, om de versterking van een al uiterst sterke machtspositie gaat.

56 Zonder de concentratie zullen de ondernemingen in de PET-sector, in het bijzonder Sidel en de converters, volgens de Commissie een commerciële strategie volgen die gericht is op het vergroten van de PET-markt ten koste van het karton. Het argument van Tetra, dat Sidel niet in staat is de prijs van SBM-machines te beïnvloeden, die een zeer klein gedeelte van de totale verpakkingskosten

uitmaakt, noemt de Commissie irrelevant; waar het op aankomt, is het vermogen van Tetra om zowel de prijzen van kartonmachines als van kartonnen producten te beïnvloeden.

57 Zonder de concentratie „zullen de ondernemingen in de PET-sector waarschijnlijk een felle concurrentiestrijd voeren om het karton marktaandeel te ontnemen" (punt 398 van de considerans). Te verwachten valt, dat „Tetra haar positie koste wat kost zal verdedigen, door te zoeken naar betere oplossingen voor haar kartonnen verpakkingen, door innovatie, verbetering van technieken, nieuwe vormen en sluitingen voor kartonnen verpakkingen en, in sommige gevallen, lagere kartonprijzen", zoals zij dat in het verleden heeft gedaan met de productie van „nieuwe gebruiksvriendelijke verpakkingen, zoals de ‚gabletop'-doos met schroefdop" (punt 398 van de considerans). De concentratie zou Tetra niet slechts een dergelijke concurrentie-inspanning besparen, maar haar bovendien in staat stellen „de overgang van karton op PET in sterke mate te sturen" (punt 399 van de considerans). Zo zou zij, enerzijds, „het huidige prijsniveau van kartonnen verpakkingen kunnen handhaven voor afnemers, of voor het gedeelte van de productie van bepaalde afnemers, die niet of niet volledig op PET kunnen overgaan wegens de voorkeur van de consumenten, de kosten van die overgang of het bestaan van langlopende contracten", terwijl zij, anderzijds, ten opzichte van afnemers die op PET willen overgaan, de mogelijkheid zou behouden „hun keuze van verpakkingsmachines te beïnvloeden, bijvoorbeeld door het tijdstip van de overgang te bepalen, of door aangepaste, op maat gesneden oplossingen aan te bieden, waardoor zij haar marktaandeel bij PET-installaties zou kunnen vergroten" (punt 399 van de considerans). Daarmee zou Tetra „het grote voordeel van haar voornaamste concurrent, de groep SIG, teniet kunnen doen, die thans de enige andere onderneming ter wereld is die zowel karton- als PET-verpakkingsinstallaties fabriceert en verkoopt" (punt 400 van de considerans).

58 Voorts meent de Commissie, dat „de omstandigheid dat de nieuwe entiteit een machtspositie bezit op twee naburige markten (karton- en PET-verpakkingsinstallaties), en een belangrijke rol speelt op een derde markt (HDPE), haar een bijzonder sterke positie zou bezorgen op het gebied van de verpakking van de betrokken eindproducten (VZP, sappen, KDV, thee/koffiedranken)" (punt 404

van de considerans). Dit zou ook Tetra's reeds „zeer sterke" positie (punt 407 van de considerans) in de sector verpakkingen voor die gevoelige producten verder verstevigen en de markttoegang voor haar concurrenten nog moeilijker maken. Dat zou Tetra/Sidel in staat stellen „die concurrenten te marginaliseren en [...] haar machtspositie op de relevante markten van karton- en PET-verpakkingsmachines, in het bijzonder bij SBM-machines voor gevoelige producten, te versterken" (punt 408 van de considerans).

*De verbintenissen*

59 De in een bijlage bij de bestreden beschikking omschreven verbintenissen worden door de Commissie samengevat als volgt (punt 410 van de considerans): „a) cessie van Tetra's activiteiten op het gebied van SBM-machines; b) cessie van Tetra's activiteiten op het gebied van PET-preforms; c) voortbestaan van Sidel als aparte vennootschap naast de Tetra-Pakvennootschappen en handhaving van de reeds krachtens artikel 82 EG getroffen corrigerende maatregelen; d) verlening van een licentie voor Sidel's SBM-machines voor de verkoop aan afnemers die gevoelige producten verpakken, en aan converters". Voor de Commissie volstaan deze verbintenissen niet „om de voornaamste mededingingsproblemen op de markten van PET- en kartonverpakkingsinstallaties op te lossen" (punt 424 van de considerans). De voorgestelde verkoop van Tetra's activiteiten op het gebied van SBM-machines en PET-preforms zou slechts „minieme gevolgen voor de positie van de nieuwe entiteit" hebben, terwijl de licentie, met name wat Sidel's activiteiten op het gebied van SBM-machines voor gevoelige producten betreft, niet slechts onvoldoende zou zijn om de genoemde problemen op te lossen, maar ook geen „werkbare" oplossing zou zijn. Door die licentie „zouden in werkelijkheid zelfs ingewikkelde mechanismen op de markt kunnen ontstaan, die op een kunstmatige marktregeling zouden uitlopen" (punt 424 van de considerans). Wat ten slotte de twee functioneringsverbintenissen betreft — scheiding van Sidel's activiteiten van die van Tetra en eerbiediging van artikel 82 EG —, „deze worden geacht onvoldoende te zijn ter oplossing van de problemen die uit de door de concentratie ontstane marktstructuur zouden voortvloeien" (punt 424 van de considerans).

60 Daar de verbintenissen „alle tezamen onvoldoende zijn om de veroorzaakte mededingingsproblemen op te lossen", is de Commissie van oordeel, dat zij „derhalve niet de grondslag voor een goedkeuringsbeschikking kunnen zijn" (punt 451 van de considerans).

61 Bijgevolg bepaalt artikel 1 van de bestreden beschikking:

„De door Tetra Laval BV [...] op 18 mei 2001 bij de Commissie aangemelde concentratie, waardoor zij de uitsluitende zeggenschap over de onderneming Sidel SA zou verkrijgen, wordt onverenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt en de werking van de EER-Overeenkomst."

## Het procesverloop

62 Bij verzoekschrift, op 15 januari 2002 neergelegd ter griffie van het Gerecht, heeft verzoekster beroep tegen de bestreden beschikking ingesteld.

63 Bij op dezelfde dag neergelegde akte heeft verzoekster tevens verzocht om toepassing van de versnelde procedure overeenkomstig artikel 76 bis van het Reglement voor de procesvoering. In haar op 5 februari 2002 ingediende opmerkingen heeft de Commissie met dat verzoek ingestemd.

64 Op 6 februari 2002 heeft de Eerste kamer van het Gerecht, waaraan de zaak was toegewezen, besloten volgens de versnelde procedure uitspraak te doen.

65 De Commissie heeft haar verweerschrift op 12 maart 2002 ingediend.

66 Bij verzoekschrift, op 19 maart 2002 neergelegd ter griffie van het Gerecht, heeft verzoekster een tweede beroep ingesteld (zaak T-80/02), strekkende tot nietigverklaring van de beschikking van 30 januari 2002 (zie punt 26 supra), met het verzoek het onderhavige beroep te voegen met dat in zaak T-80/02. Bij op dezelfde dag neergelegde akte heeft verzoekster tevens verzocht om toepassing van de versnelde procedure in zaak T-80/02, met welk verzoek de Commissie in haar op 3 april 2002 ingediende opmerkingen heeft ingestemd. Ook deze zaak is aan de Eerste kamer van het Gerecht toegewezen.

67 Bij wege van maatregel tot organisatie van de procesgang in de zin van artikel 64, lid 3, sub e, van het Reglement voor de procesvoering zijn partijen op 19 maart 2002 uitgenodigd voor een informele bijeenkomst met de rechter-rapporteur op 4 april 2002.

68 Tijdens die informele bijeenkomst heeft verzoekster ermee ingestemd, dat haar verzoek om voeging van de onderhavige zaak met zaak T-80/02 zou worden geacht te zijn ingetrokken, indien de terechtzittingen in de twee zaken direct na elkaar konden worden gehouden en de arresten, met toepassing van de versnelde procedure, op dezelfde dag zouden worden gewezen. Partijen hebben op die bijeenkomst verlof gekregen om uiterlijk een week vóór de terechtzitting in de twee zaken pleitnota's in te dienen.

69 Op 18 april 2002 heeft de Eerste kamer van het Gerecht het verzoek om toepassing van de versnelde procedure in zaak T-80/02 ingewilligd en de data van de terechtzittingen in de twee zaken bepaald op 26 en 27 juni 2002.

70 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft de Eerste kamer van het Gerecht in haar conferentie van 10 juni 2002 besloten de mondelinge behandeling te openen. In het kader van maatregelen tot organisatie van de procesgang heeft zij partijen bij brief van 11 juni 2002 voorts verzocht om, bij voorkeur vóór de terechtzitting, binnen de voor de indiening van de pleitnota's bepaalde termijn, of anders op de terechtzitting een aantal schriftelijke vragen te beantwoorden (hierna: „schriftelijke vragen"). Tevens is de Commissie verzocht een bepaald stuk over te leggen.

71 Op 19 juni 2002 hebben partijen hun pleitnota's ter griffie van het Gerecht neergelegd. Die van verzoekster bevat een verzoek om vertrouwelijke behandeling van bepaalde gegevens in enkele tot het dossier behorende stukken; het vertrouwelijke karakter van die gegevens wordt door de Commissie in haar eigen pleitnota niet betwist. Op dezelfde dag hebben partijen ook hun antwoorden op de schriftelijke vragen ingediend en heeft de Commissie het gevraagde stuk overgelegd.

72 Na de verhindering van een van de rechters van de Eerste kamer heeft de president van het Gerecht op 24 juni 2002 ter aanvulling van de kamer overeenkomstig artikel 32, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering rechter J. Pirrung aangewezen; de twee terechtzittingen waarin was voorzien, zijn uitgesteld tot 3 en 4 juli 2002.

73 Bij brief van 24 juni 2002 heeft verzoekster haar verzoek om vertrouwelijke behandeling van bepaalde gegevens in het dossier van de zaak aangevuld.

74 Bij afzonderlijke brief van dezelfde dag heeft zij verzocht om een stuk waarvan de Commissie al een afschrift bezat, in het dossier op te nemen. Het betreft het „Verslag van de raad van bestuur" van Sidel over het jaar 2001 (hierna:

„jaarverslag van Sidel"). Dat verzoek is door de Eerste kamer van het Gerecht op 26 juni 2002 ingewilligd.

75 Op aanvullend rapport van de rechter-rapporteur heeft de Eerste kamer van het Gerecht in zijn conferentie van 27 juni 2002 besloten, de Commissie om overlegging van verscheidene stukken te vragen, in het bijzonder de rapporten van Canadean, PCI, Warrick en Pictet, en om beantwoording van twee aanvullende schriftelijke vragen (hierna: „aanvullende schriftelijke vragen").

76 Op 1 juli 2002 heeft de Commissie haar antwoorden op de aanvullende schriftelijke vragen ingediend en de verlangde stukken geproduceerd. Behalve de door de Commissie als vertrouwelijk aangemerkte antwoorden op de enquête zijn al die stukken bij het dossier gevoegd.

77 Ter terechtzitting van 3 en 4 juli 2002 hebben partijen pleidooi gehouden en vragen van het Gerecht beantwoord.

78 Op die terechtzitting heeft het Gerecht besloten verzoekster toegang te verlenen tot een niet-vertrouwelijke versie van bepaalde antwoorden op de enquête. Vijf van die antwoorden, waarvan na verificatie door het Gerecht bleek dat zij geen antwoord op de gestelde vragen gaven (vier stukken), of waarvan duidelijk was dat zij in hun geheel vertrouwelijk waren (één stuk), zijn niet aan verzoekster medegedeeld. De niet-vertrouwelijke versie van de antwoorden, door het Gerecht krachtens artikel 67, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering opgesteld, is in het dossier opgenomen en een afschrift ervan is aan verzoekster gegeven. Desverzocht heeft het Gerecht verzoekster een week de tijd gelaten voor eventuele schriftelijke opmerkingen over deze versie van de antwoorden op de enquête. Bij brief van 8 juli 2002 heeft verzoekster meegedeeld van opmerkingen af te zien, maar wel haar middel ten gronde betreffende die stukken te handhaven.

## Conclusies van partijen

79 Daar aan de tijdens de informele bijeenkomst gestelde voorwaarden voor wijziging van haar conclusies was voldaan, concludeert verzoekster thans dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— de Commissie in de kosten te verwijzen.

80 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster in de kosten te verwijzen.

## In rechte

81 Tot staving van haar beroep voert verzoekster in wezen vijf middelen aan. Tijdens de informele bijeenkomst op 4 april 2002 heeft zij beklemtoond, dat zij, zoals in haar schrifturen uiteengezet, de bestreden beschikking betwist in zoverre deze

gericht is tegen de concentratie zoals door de verbintenissen aangepast (hierna: „gewijzigde concentratie"). Zij verzoekt het Gerecht derhalve, zich bij zijn onderzoek te concentreren op de situatie die door de aangeboden verbintenissen zou ontstaan.

82 In haar eerste, formeelrechtelijke middel stelt verzoekster, dat de Commissie in de fase vóór de vaststelling van de bestreden beschikking haar recht op toegang tot het dossier van de zaak heeft miskend. Ten gronde stelt zij, dat de Commissie, door de gewijzigde concentratie niet goed te keuren, artikel 2, lid 3, van de verordening verkeerd heeft toegepast. Hiervoor voert zij aan, dat de gewijzigde concentratie geen aanmerkelijke mededingingsbeperkende horizontale en verticale effecten heeft (i), noch ook effecten in de zin van conglomeraatsvorming (ii), voorts dat de Commissie de juiste waarde van de verbintenissen niet heeft onderkend (iii), en ten slotte, dat de Commissie de bestreden beschikking onvoldoende heeft gemotiveerd (iv).

I — *Schending van het recht op toegang tot het dossier*

A — *Argumenten van partijen*

83 Verzoekster stelt, dat de Commissie haar geen volledige toegang tot het dossier heeft gegeven; verscheidene stukken, waarvan de Commissie in de bestreden beschikking ruim gebruik maakt om er voor Tetra nadelige conclusies aan te verbinden, zijn haar nooit medegedeeld. Het betreft in de eerste plaats een rapport van 10 september 2001 van een externe economisch deskundige van de Commissie, Ivaldi (hierna: „rapport Ivaldi"), over de econometrische analyse van de in het verleden door Sidel toegepaste verkoopmarges (hierna: „econometrische analyse"), waarvan zij slechts een samenvatting van één bladzijde heeft gekregen. In de tweede plaats zijn er de antwoorden op de enquête, waarvan zij enkel twee

samenvattingen heeft ontvangen. Ondanks Tetra's verzoek van 19 oktober 2001 om toegang tot de volledige versie van die stukken in plaats van gebrekkige samenvattingen, had de raadadviseur-auditeur de weigering van de Commissie om inzage te verlenen, op 25 oktober 2001 bevestigd. Verzoekster betoogt, dat die weigering onverenigbaar is met de mededeling van de Commissie inzake de interne procedures voor de behandeling van verzoeken om toegang tot een dossier bij de toepassing van de artikelen [81] en [82] van het EG-Verdrag, van de artikelen 65 en 66 van het EGKS-Verdrag en van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad (PB 1997, C 23, blz. 3; hierna: „mededeling dossiertoegang"), en met de rechtspraak (arrest Hof van 25 oktober 1983, AEG/Commissie, 107/82, Jurispr. blz. 3151, punten 23 e.v., en arrest Gerecht van 29 juni 1995, Solvay/Commissie, T-30/91, Jurispr. blz. II-1775, punten 58 e.v.).

84 Verzoekster merkt ook op, dat de Commissie, gezien het belang dat zij in de bestreden beschikking (met name punten 346 e.v. van de considerans) aan de econometrische analyse toekent, zich daarvoor op nog andere stukken had moeten baseren dan alleen maar het rapport Ivaldi, voorzover dit verzoekster uit de haar meegedeelde samenvatting bekend is.

85 De Commissie betoogt, dat verzoekster toegang heeft gehad tot de onderdelen van het dossier waarnaar in de bestreden beschikking wordt verwezen en waarop deze is gebaseerd. Onder verwijzing naar artikel 13, lid 3, van verordening nr. 447/98 en het arrest van het Gerecht van 28 april 1999, Endemol/Commissie (T-221/95, Jurispr. blz. II-1299, punt 65), verklaart de Commissie, dat het recht op toegang slechts gerechtvaardigd is in zoverre het de betrokken onderneming in staat stelt haar opmerkingen over de gegrondheid van de bezwaren van de Commissie te maken met kennis van de stukken waarop deze zich voor die bezwaren heeft gebaseerd. In casu heeft Tetra dergelijke opmerkingen kunnen maken.

86 Wat in de eerste plaats het rapport Ivaldi betreft, merkt de Commissie op, dat verzoekster tijdens de administratieve procedure zich in verband met de econometrische analyse niet over toegang tot het dossier heeft beklaagd en thans

dus niet meer kan stellen, dat de rechten van de verdediging zijn geschonden. Genoemd rapport bevat een zeer korte analyse, wat zijn verklaring vindt in het feit, dat het een antwoord en een correctie is op de voordien door Tetra overgelegde analyse. Tetra is in de gelegenheid gesteld opmerkingen over dat rapport te maken (en haar deskundigen hebben dat tijdens de hoorzitting voor de Commissie op 26 september 2001 ook gedaan). Bovendien vormt het rapport slechts een aanvulling op het door de Commissie verrichte marktonderzoek. Dus ook als de stelling van verzoekster juist was, quod non, zou dat niet kunnen leiden tot nietigverklaring van de bestreden beschikking, omdat genoemd rapport geen invloed op de inhoud ervan heeft gehad.

87 Wat in de tweede plaats de antwoorden op de enquête betreft, verklaart de Commissie, dat ook deze van ondergeschikt belang waren, omdat zij zich hoofdzakelijk op haar eigen beoordeling van de ontoereikendheid van de verbintenissen heeft gebaseerd. Enerzijds was zij om redenen van vertrouwelijkheid verplicht de toegang tot die antwoorden te weigeren (arrest Hof van 6 april 1995, BPB Industries en British Gypsum/Commissie, C-310/93 P, Jurispr. blz. I-865, punt 26), anderzijds kan een respondent in een enquête ingevolge artikel 17, lid 2, van verordening nr. 447/98 weliswaar een niet-vertrouwelijke versie van zijn antwoorden inzenden, maar de Commissie heeft hoe dan ook het recht, zakelijke, niet-vertrouwelijke samenvattingen te maken en uitsluitend deze aan de verzoeker voor te leggen (arrest Endemol/Commissie, reeds aangehaald).

88 Bovendien heeft de Commissie tijdens een bijeenkomst op 18 oktober 2001 die antwoorden met verzoekster besproken en haar de samenvattingen ter inzage gegeven. Daardoor, en door het onderzoek en de bevestiging van de raadadviseur-auditeur dat die samenvattingen objectief waren, is volledig recht gedaan aan de rechten van de verdediging. Daar voorts de resultaten van de enquête enkel een bevestiging vormden van de aanvankelijke analyse van de Commissie, kan niet worden geconcludeerd, dat de bestreden beschikking anders zou hebben geluid, wanneer verzoekster wel toegang tot die resultaten had gehad. Het middel inzake schending van de rechten van de verdediging kan dus niet leiden tot nietigverklaring van de bestreden beschikking.

B — *Beoordeling door het Gerecht*

1. Opmerkingen vooraf

89 De toegang tot het dossier in mededingingszaken heeft met name tot doel, de adressaten van een mededeling van punten van bezwaar in staat te stellen, kennis te nemen van het bewijsmateriaal in het dossier van de Commissie, zodat zij op basis daarvan hun standpunt over de conclusies waartoe de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar is gekomen, behoorlijk kenbaar kunnen maken (arresten Hof van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie, 85/76, Jurispr. blz. 461, punten 9 en 11; BPB Industries en British Gypsum/Commissie, reeds aangehaald, punt 21, en 8 juli 1999, Hercules Chemicals/Commissie, C-51/92 P, Jurispr. blz. I-4235, punt 75). De algemene beginselen van gemeenschapsrecht die de toegang tot het dossier van de Commissie regelen, beogen een daadwerkelijke uitoefening van de rechten van de verdediging te waarborgen. In het geval van een beschikking die inbreuken op de mededingingsvoorschriften voor ondernemingen betreft en waarbij geldboetes of dwangsommen worden opgelegd, kan schending van die algemene beginselen in de procedure voorafgaande aan de vaststelling van de beschikking in beginsel tot nietigverklaring van die beschikking leiden, wanneer de rechten van de verdediging van de betrokken onderneming zijn geschonden (arrest Hercules Chemicals/Commissie, reeds aangehaald, punten 76 en 77).

90 Om schending van de rechten van de verdediging te kunnen vaststellen, is het voorts voldoende dat komt vast te staan, dat het geheim houden van de betrokken stukken het verloop van de procedure en de inhoud van de bestreden beschikking mogelijkerwijs in het nadeel van verzoekster heeft beïnvloed (arresten Gerecht van 29 juni 1995, ICI/Commissie, T-36/91, Jurispr. blz. II-1847, punt 78; 20 april 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, T-305/94—T-307/94, T-313/94—T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94, Jurispr. blz. II-931, punt 1021, en Endemol/Commissie, reeds aangehaald, punt 87).

91 Reeds eerder heeft het Gerecht bevestigd, dat deze beginselen op de in de verordening geregelde procedures van toepassing zijn, ook al kan die toepassing in redelijke mate worden gemodificeerd door het vereiste van snelheid dat voor de algehele opzet van de verordening kenmerkend is (arrest Endemol/Commissie, reeds aangehaald, punt 68).

92 In casu moet dus worden nagegaan, of door de wijze waarop verzoekster toegang heeft gekregen tot bepaalde stukken van het administratief dossier van de Commissie, inbreuk op de rechten van de verdediging is gemaakt.

2. Eerste onderdeel van het middel: het rapport Ivaldi

93 Ook indien het argument van de Commissie, dat het middel inzake schending van de rechten van de verdediging tardief is, juist zou zijn, kan men het in de bijzondere omstandigheden van het geval niet laten gelden. Immers, verzoeksters verklaring over de blijkbaar zeer beperkte rol van Ivaldi tijdens de hoorzitting voor de raadadviseur-auditeur is door de Commissie niet weersproken en deze heeft later ook niet gereageerd op de memorie van de economen die Tetra tijdens die hoorzitting heeft overgelegd. Gelet op een en ander ligt het voor de hand, dat verzoekster vóór de vaststelling van de bestreden beschikking niet heeft beseft, hoeveel belang de Commissie aan de econometrische analyse van dat rapport zou hechten.

94 Vervolgens moet worden vastgesteld, dat verzoekster voldoende toegang tot het rapport Ivaldi heeft gehad, wat zij ook niet serieus betwist. Zoals de Commissie immers heeft verklaard, was dat rapport zo kort, omdat het een reactie was op een door verzoekster zelf overgelegde analyse. Enkel indien er andere stukken waren die verband hielden met de in de bestreden beschikking verrichte

econometrische analyse, en Tetra deze niet had kunnen inzien, zou er dus sprake kunnen zijn van weigering van toegang tot het dossier van de Commissie.

95 Wanneer de betrokken instelling verklaart, dat een document waartoe toegang wordt gevraagd, niet bestaat, dan moet er volgens de rechtspraak van worden uitgegaan, dat dat inderdaad zo is. Het betreft hier echter een gewoon vermoeden, dat door de verzoeker met alle middelen kan worden weerlegd op basis van ter zake dienende en overeenstemmende aanwijzingen [zie, in die zin, arresten Gerecht van 12 oktober 2000, JT's Corporation/Commissie, T-123/99, Jurispr. blz. II-3269, punt 58, en 25 juni 2002, British American Tobacco (Investments)/Commissie, T-311/00, Jurispr. blz. II-2781, punt 35]. In casu evenwel heeft verzoekster dat vermoeden niet weten te weerleggen.

96 Tot bewijs van haar stelling verwijst verzoekster hoofdzakelijk naar details van de econometrische analyse in de bestreden beschikking. Uit het dossier, met name de bijlagen bij de partijmemories over de juistheid van de hier tegenover elkaar staande econometrische analyses, blijkt dat die van de Commissie grotendeels op de haar door verzoekster verstrekte gegevens is gebaseerd. De enige andere gegevens die de Commissie bij de formulering van de in haar analyse gebruikte variabelen in aanmerking heeft genomen, berusten op de kritiek die Ivaldi in zijn rapport levert op de in de analyse van Tetra gebruikte variabelen. Steun voor deze conclusie is te vinden in het opschrift van het rapport Ivaldi, namelijk (enkelvoud) „Note to the file/Internal" („Aantekening voor het dossier/intern").

97 Hieraan wordt niet afgedaan door het argument dat verzoekster aan de mededeling dossiertoegang ontleent. Het is immers duidelijk, dat de door Ivaldi in de vorm van een advies verleende bijstand geen „studie" is die ingevolge punt I.B, vierde alinea, van die mededeling toegankelijk moest zijn. Voorts kan de juistheid van de in het rapport vervatte analyse niet worden betwist in het kader van een middel ontleend aan schending van het recht op toegang tot het dossier. Door zich bij de bestudering van de door verzoekster overgelegde econometrische analyses door Ivaldi te doen bijstaan, is de Commissie derhalve niet te kort geschoten in de verplichtingen die zij in genoemde mededeling op zich had genomen.

3. Tweede onderdeel van het middel: de antwoorden op de enquête

98 Met betrekking tot de antwoorden van derden op verzoeken om inlichtingen dient de Commissie volgens de rechtspraak rekening te houden met het risico, dat een onderneming met een machtspositie op de markt represaillemaatregelen neemt tegen concurrenten, leveranciers of afnemers die medewerking hebben verleend aan het onderzoek van de Commissie (arresten BPB Industries en British Gypsum/Commissie, punt 26, en Endemol/Commissie, punt 66, beide reeds aangehaald). In verband daarmee mogen derden die de Commissie in het kader van haar onderzoek stukken ter hand stellen en die menen, dat dat hun op represailles zou kunnen komen te staan, verwachten dat aan hun verzoek om vertrouwelijke behandeling wordt voldaan.

99 Wanneer sommige derden vragen hun identiteit niet bekend te maken, kan het voor de Commissie noodzakelijk zijn, ook de identiteit van andere bij de procedure betrokken derden geheim te houden, zelfs indien dezen de vragenlijsten van de Commissie hebben beantwoord zonder om vertrouwelijke behandeling te verzoeken (arrest Endemol/Commissie, reeds aangehaald, punt 70).

100 Het valt niet uit te sluiten, dat dit vertrouwelijkheidsvereiste ook de opstelling van niet-vertrouwelijke samenvattingen van alle verstrekte antwoorden kan rechtvaardigen (in die zin, arrest Endemol/Commissie, reeds aangehaald, punten 71 en 72).

101 Met andere woorden, het enkele feit dat artikel 17, lid 2, van verordening nr. 447/98 derden die vertrouwelijke behandeling wensen, verplicht de als vertrouwelijk beschouwde gedeelten van hun antwoord duidelijk aan te geven, verhindert niet, dat de Commissie, overeenkomstig artikel 17, lid 1, van verordening nr. 447/98 en de doelstelling van artikel 287 EG, ambtshalve

beoordeelt, of de zakengeheimen van bepaalde bij de procedure betrokken derden dan wel andere vertrouwelijke gegevens gevaar lopen bekend te worden, wanneer onbeperkte toegang wordt verleend tot de antwoorden van andere derden, die zelf niet om vertrouwelijke behandeling hebben verzocht.

102 Indien evenwel een aanmeldende partij (dat wil zeggen een „betrokkene" in de zin van artikel 18, lid 1, van de verordening) om toegang tot het dossier verzoekt, dient de Commissie, althans tot het stadium van raadpleging van het Raadgevend Comité overeenkomstig dat artikel, elke beperking van het recht van toegang te motiveren, waarbij elke beperking van dat recht restrictief moet worden uitgelegd, in het bijzonder wanneer de Commissie voornemens is de aangemelde concentratie te verbieden.

103 Wat de antwoorden op de enquête betreft, heeft Tetra slechts toegang gekregen tot twee door de Commissie opgestelde niet-vertrouwelijke samenvattingen van alle antwoorden en niet tot de antwoorden zelf, ook niet in een niet-vertrouwelijke versie (zie punt 22 supra). De Commissie merkt dienaangaande op, dat veel respondenten haar om vertrouwelijke behandeling hadden gevraagd, in sommige gevallen met de uitdrukkelijke vermelding dat zij bang waren voor represailles. Na verificatie door het Gerecht krachtens artikel 67, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering is echter gebleken, dat de Commissie de 51 geënquêteerden niet erop had gewezen, althans niet op de gefaxte omslagen van de vragenlijsten, dat zij ingevolge artikel 17, lid 2, van verordening nr. 447/98 verplicht waren de door hen als vertrouwelijk beschouwde gedeelten van hun antwoorden duidelijk aan te geven. Op een totaal van 34 teruggezonden ingevulde enquêteformulieren, waarvan er 30 bruikbaar waren, zijn er niettemin zes die een uitdrukkelijk verzoek om vertrouwelijke behandeling bevatten. Een van die respondenten heeft de Commissie ook een niet-vertrouwelijke versie van zijn antwoorden verstrekt, overeenkomstig artikel 17, lid 2, van verordening nr. 447/98.

104 Derhalve moet worden nagegaan, of de beslissing van de Commissie om verzoekster geen toegang te geven tot de antwoorden op de enquête noch tot een niet-vertrouwelijke versie ervan, maar uitsluitend tot twee niet-vertrouwelijke samenvattingen van al die antwoorden, gerechtvaardigd is.

105 Het snelheidsvereiste dat kenmerkend is voor de algehele opzet van de verordening, vormt op zich geen rechtvaardiging voor een weigering als waarom het hier gaat. Indien de Commissie de tijd ontbrak om de respondenten om een niet -vertrouwelijke versie van hun antwoorden overeenkomstig artikel 17, lid 2, van verordening nr. 447/98 te vragen, had zij verzoekster in elk geval duidelijk moeten maken, in hoeverre de weigering van toegang ook tot een niet-vertrouwelijke versie van de antwoorden gerechtvaardigd was wegens de meer of minder sterke vrees voor represailles of andere schadelijke of ongewenste gevolgen van de respondenten die enkel om vertrouwelijke behandeling van hun antwoorden hadden verzocht zonder een niet-vertrouwelijke versie ervan te verstrekken. Hoewel de zeer korte termijnen in de tweede fase van een fusiecontroleprocedure om praktische redenen, en vooral wanneer vele verzoeken om vertrouwelijke behandeling zijn ingediend, grond kunnen opleveren om niet-vertrouwelijke samenvattingen te maken, blijft de Commissie verplicht een algemene weigering van toegang tot de antwoorden in een marktonderzoek dat in verband met de door een betrokkene aangeboden verbintenissen is verricht, te motiveren. Deze verplichting geldt zeker met betrekking tot antwoorden die haar zijn gezonden zonder dat om vertrouwelijke behandeling werd verzocht, althans niet formeel.

106 Uit het antwoord van de raadadviseur-auditeur van 25 oktober 2001 op Tetra's verzoek van 19 oktober 2001 om toegang te krijgen tot het dossier, blijkt dat het standpunt van de Commissie over die toegang in het onderhavige geval een algemeen karakter had. De Commissie was van oordeel, dat het verstrekken van samenvattingen van de antwoorden op de enquête, welke samenvattingen volgens de raadadviseur-auditeur nauwkeurig en gedetailleerd waren, een adequate manier was om de rechten van de verdediging van Tetra te eerbiedigen.

107 Met name gezien de omstandigheid dat bepaalde respondenten hadden verklaard te vrezen voor mogelijke represailles door verzoekster, indien hun antwoorden niet vertrouwelijk zouden blijven, moet in de eerste plaats worden vastgesteld, dat dat een vertrouwelijke behandeling van alle antwoorden noodzakelijk maakte.

108 Het Gerecht heeft zelf kunnen constateren, dat het zonder meer mogelijk was geweest toegang te geven tot een niet-vertrouwelijke versie van ten minste 30

antwoorden, door de vertrouwelijke gegevens onleesbaar te maken. In de tweede plaats moet daarom worden nagegaan, of door het feit dat enkel toegang tot de samenvattingen is gegeven, de rechten van de verdediging daadwerkelijk zijn geschonden.

109 De verklaring van de Commissie, dat zij in de bestreden beschikking uitsluitend naar de antwoorden op de enquête heeft verwezen om een conclusie te ondersteunen waartoe zij met betrekking tot de verbintenissen al op andere, zelfstandige gronden was gekomen, lijkt enige bevestiging te vinden in de tekst van de bestreden beschikking (met name punten 424 en 425 van de considerans). Dit neemt niet weg, dat van ten minste één voor verzoekster negatieve conclusie met betrekking tot de verbintenissen wordt gezegd, dat zij „door de marktanalyse bevestigd" wordt (punt 428 van de considerans).

110 In een memorandum van 18 oktober 2001 en een op 19 oktober 2001 bij de raadadviseur-auditeur ingediende formele klacht heeft Tetra geklaagd over bepaalde omissies en onnauwkeurigheden in de vragenlijsten van de enquête, die zij had kunnen inzien, in het bijzonder in de uiteenzetting betreffende de door Tetra aangeboden verbintenis inzake de licentie voor de SBM-machines van Sidel. In zijn antwoord van 25 oktober 2001 verklaarde de raadadviseur-auditeur, dat de enquête van de Commissie objectief was en dat de vragenlijsten niet misleidend waren. Tevens wees hij erop, dat de niet-vertrouwelijke tekst van de verbintenissen bij de vragenlijsten was gevoegd en dat de Commissie er daarom van mocht uitgaan, dat de respondenten die tekst zouden lezen.

111 De klacht en het memorandum zijn beide gevoegd bij en worden aangehaald in een voetnoot van het verzoekschrift. De tegenwerping van de Commissie ter terechtzitting, dat wat verzoekster in haar pleidooien opmerkt over de onnauwkeurigheid van de vijfde vraag in de aan de afnemers gezonden vragenlijst, een nieuw argument en dus niet-ontvankelijk is, mist derhalve elke grond.

112 Verzoekster betoogt, dat in zoverre in de vragenlijsten de vraag werd gesteld, of de verbintenissen verzoeksters positie op de markt van kartonnen verpakkingen „aanmerkelijk [zouden] verzwakken" en „daadwerkelijk een einde [zouden] maken" aan de sterke positie van de nieuwe entiteit op de markt van het verpakken van gevoelige vloeibare voedingsmiddelen, dit de respondenten op een dwaalspoor had kunnen brengen met betrekking tot de in artikel 2, lid 3, van de verordening gestelde criteria. Dit argument treft geen doel, want ook indien sommige respondenten bij hun antwoorden zouden zijn uitgegaan van andere criteria dan die welke in artikel 2, lid 3, van de verordening worden vermeld, had verzoekster ook zonder toegang tot de betrokken antwoorden te hebben, de Commissie tijdens de administratieve procedure aan de betekenis van die criteria kunnen herinneren.

113 Dit geldt te meer nu Tetra, zoals zij in haar memorandum van 18 oktober 2001 heeft erkend, al in het begin kennis heeft kunnen nemen van de aan de afnemers en converters gezonden vragenlijsten. De Commissie had haar weliswaar ook de vragenlijsten voor de concurrenten ter inzage moeten geven, maar ter terechtzitting heeft verzoekster toegegeven, dat zij later langs andere weg daarvan kennis heeft gekregen. Zoals Tetra ter terechtzitting eveneens heeft erkend, gaat het haar in werkelijkheid echter niet om laatstbedoelde vragenlijst. Waar zij toegang tot de vragenlijsten had gehad en kennis had genomen van de door de Commissie opgestelde samenvattingen van de antwoorden op de enquête, is het duidelijk, dat zij de raadadviseur-auditeur in haar klacht had kunnen wijzen op de verplichting van de Commissie om uitsluitend de criteria van artikel 2, lid 3, van de verordening toe te passen.

114 Ofschoon verzoekster beweert, dat de uiteenzetting over Tetra's verbintenis inzake de licentie in de aan de afnemers en converters gezonden vragenlijsten misleidend was, blijkt al bij enkele lezing van die vragenlijsten, dat een normaal oplettende respondent niet op een dwaalspoor kon worden gebracht. De gestelde vragen bevatten weliswaar enkele details betreffende de licentie, die in het uiterste geval misleidend hadden kunnen zijn voor een respondent die niet de moeite nam ze te bestuderen in het licht van de meegezonden niet-vertrouwelijke versie van de verbintenissen, maar de Commissie mocht ervan uitgaan, dat de respondenten deze versie zouden lezen. In casu heeft verzoekster niet aangetoond dat, in het

geval dat een respondent die details onduidelijk had gevonden, een eenvoudige vergelijking met de verbintenis inzake de licentie niet zou hebben volstaan om de precieze strekking van die verbintenis op te helderen.

115 In elk geval blijkt uit de niet-vertrouwelijke versie van de door de afnemers en converters gegeven antwoorden op de enquête niet, dat dezen bij de formulering van hun antwoorden zijn misleid of in verwarring zijn gebracht. Legt men voorts de door de Commissie aan Tetra gegeven samenvatting van de antwoorden naast die niet-vertrouwelijke versie, dan lijken daarin geen gegevens of details te ontbreken die voor verzoekster nuttig hadden kunnen zijn om het bestaan van een dergelijke misleiding of verwarring bij de respondenten aan te tonen. Deze conclusie vindt steun in Tetra's beslissing om in deze procedure geen aanvullende schriftelijke opmerkingen over die versie van de antwoorden in te dienen (zie, in die zin, arrest Hercules Chemicals/Commissie, reeds aangehaald, punt 80).

116 En ten slotte lijkt ook het enige antwoord waarvan het Gerecht na verificatie heeft vastgesteld dat het in zijn geheel als vertrouwelijk was te beschouwen (zie punt 78 supra), in de samenvattingen van de antwoorden op de enquête correct te zijn weergegeven.

117 Door Tetra slechts toegang te verlenen tot niet-vertrouwelijke samenvattingen van de antwoorden op de enquête, heeft de Commissie derhalve de rechten van de verdediging niet geschonden.

4. Conclusie

118 Uit het voorgaande volgt, dat het middel ontleend aan schending van het recht op toegang tot het dossier, moet worden afgewezen.

II — *Schending van artikel 2 van de verordening*

A — *Opmerkingen vooraf*

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

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

121 In het licht van deze beginselen moet de gegrondheid van verzoeksters tweede, derde en vierde middel worden onderzocht.

B — *Ontbreken van mededingingsbeperkende horizontale en verticale effecten*

1. Opmerkingen vooraf

122 Verzoekster stelt, dat alle ongunstige „horizontale" en „verticale" effecten die volgens de bestreden beschikking uit de aangemelde concentratie zouden kunnen voortvloeien, door de verbintenissen worden weggenomen. Voorzover de Commissie toch bepaalde, op die effecten gebaseerde bezwaren tegen de concentratie aanvoert (punten 263-324 van de considerans), betoogt verzoekster, dat die bezwaren, gelet op de verbintenissen, iedere grond ontberen.

123 Volgens de Commissie vergist verzoekster zich wanneer zij zegt, dat de bestreden beschikking bezwaren met betrekking tot horizontale of verticale effecten bevat. In de beschikking wordt immers niet gesproken over het in het leven roepen of versterken van een machtspositie als gevolg van de horizontale of verticale effecten van de concentratie op zich beschouwd. De Commissie houdt echter wel staande, dat de gewijzigde concentratie belangrijke horizontale en verticale effecten zal hebben, die zij niet kan ignoreren. Zij betoogt, dat voorzover er na de verbintenissen nog dergelijke gevolgen blijven bestaan, deze in de bestreden beschikking correct in aanmerking zijn genomen bij de beoordeling van het conglomeraateffect.

124 Het Gerecht stelt vast, dat ook al baseert de Commissie de bestreden beschikking niet op die horizontale en verticale effecten, zij ze wel in aanmerking neemt voor haar conclusie, dat de gewijzigde concentratie verboden moet worden. Zo verklaart zij in de bestreden beschikking, dat „de versterking en het ontstaan van machtsposities" op de markten van PET-verpakkingsinstallaties, in het bijzonder grote en kleine SBM-machines, en van kartonverpakkingssystemen „het gevolg zal zijn van verscheidene factoren", waaronder de „horizontale en verticale effecten" (punt 262 van de considerans). Verder blijkt uit de opmerkingen van de Commissie, en met name de toelichtingen van haar gemachtigde ter terechtzitting, dat vooral haar bezorgdheid over de markten van PET-installaties op die effecten berust. Mitsdien moet verzoeksters afzonderlijke middel over het ontstaan van een machtspositie als gevolg van die effecten worden onderzocht.

2. De horizontale effecten

a) Argumenten van partijen

125 Verzoekster merkt in de eerste plaats op, dat in de bestreden beschikking weliswaar horizontale overlappingen worden vastgesteld tussen drie markten, elk waarvan als een afzonderlijke markt wordt beschouwd, te weten die van SBM-machines met kleine capaciteit, aseptische PET-vulmachines en barrière-technieken, doch dat de Commissie op geen van die markten het ontstaan of de versterking van een machtspositie verwacht. Het grootste probleem dat de Commissie op het punt van horizontale effecten voorziet, betreft de markt van SBM-machines met kleine capaciteit, maar dit probleem wordt opgelost door de beslissing van Tetra om afstand te doen van Dynaplast, dat wil zeggen haar eigen activiteit op het gebied van SBM-machines. Verzoekster beklemtoont voorts, dat haar verbintenis om een licentie voor de SBM-machines van Sidel te verlenen, Sidel's bestaande positie op de markt van SBM-machines met kleine capaciteit nog meer reduceert.

126 De Commissie erkent, dat de horizontale effecten van de gewijzigde concentratie op zich, dat wil zeggen los van de andere gevolgen van de concentratie, niet tot het ontstaan of de versterking van een machtspositie zullen leiden. Zij zullen echter wel de positie van de nieuwe entiteit op de PET-markt aanzienlijk versterken, en dit zal door de verbintenissen niet worden verhinderd. Bovendien veranderen de verbintenissen niets aan het probleem van de versterking van Tetra's machtspositie op de kartonmarkten, die volgens de Commissie het gevolg is van het wegvallen van Sidel als potentiële concurrent op de gehele markt van verpakkingssystemen voor gevoelige producten. De verkoop van Dynaplast zal enkel een einde maken aan de horizontale overlapping van Tetra's en Sidel's activiteiten op het gebied van SBM-machines met kleine capaciteit, maar geen enkele consequentie hebben voor Sidel's leidende positie bij SBM-machines met grote capaciteit. Zowel in haar verweerschrift als in haar antwoord op de schriftelijke vragen beklemtoont de Commissie voorts de door de concentratie veroorzaakte versterking van de algemene positie van de nieuwe entiteit bij PET-installaties, zoals aseptische PET-vulmachines, barrièretechnieken en sluitsystemen voor PET-flessen.

b) Beoordeling door het Gerecht

127 In de bestreden beschikking worden drie horizontale mededingingsproblemen geïdentificeerd, die, zoals de Commissie ter terechtzitting heeft erkend, enkel de PET-markt betreffen. Het gaat om ongunstige gevolgen van de aangemelde concentratie voor de markten van SBM-machines met kleine capaciteit, aseptische PET-vulmachines en barrièretechnieken. Onderzocht moet dus worden, of er ondanks de verbintenissen ongunstige horizontale effecten blijven bestaan die de stelling van de Commissie ondersteunen, dat de nieuwe entiteit een machtspositie op de PET-markt zal verkrijgen door haar bestaande machtspositie op de kartonmarkten als hefboom te gebruiken.

128 Wat SBM-machines met kleine capaciteit betreft, heeft verzoeksters verbintenis om afstand van Dynaplast te doen, tot gevolg dat Sidel's huidige aandeel in die markt door de concentratie in het geheel niet zal worden vergroot. Het is dus uitgesloten, dat de positie van Sidel op die markt wordt uitgebouwd en, a fortiori, dat de concentratie de mededinging op dat gedeelte van de markt van SBM-machines „aanmerkelijk" kan belemmeren. Dat door de verbintenissen een einde komt aan de horizontale overlapping van de activiteiten van de partijen bij de aangemelde concentratie op het gebied van die machines, wordt zelfs in de bestreden beschikking erkend (punt 427 van de considerans). Ook al heeft de door de antwoorden op de enquête verkregen informatie, waarnaar de Commissie in haar verweer op dit punt verwijst, enige bewijskracht, de Commissie kan zich niet enerzijds baseren op de betekenis van Dynaplast voor Sidel's positie op de markt van kleine SMB-machines, te weten bijna [20 à 30 %] in termen van marktaandeel (punt 266 van de considerans), en zich anderzijds voor het Gerecht beroepen op het — volgens sommige antwoorden — geringe belang en de geringe rentabiliteit van dat type machines. Verder kan het simpele feit dat Tetra, zoals zij in haar antwoorden op de schriftelijke vragen en ter terechtzitting heeft verklaard, er later niet in is geslaagd een koper voor Dynaplast te vinden, evenmin steun bieden aan de conclusie van de Commissie, maar het bevestigt wel, dat Tetra's positie op de markt van kleine SBM-machines vóór de concentratie weinig rentabel en, ondanks het grote marktaandeel, in feite betrekkelijk zwak was.

129 De conclusie moet dus zijn, dat de gewijzigde concentratie geen overlapping van de activiteiten van de partijen bij die concentratie op de markt van SBM-machines met kleine capaciteit zal veroorzaken. Hiertegen kan ook niet worden ingebracht, althans niet als bewijs voor de geldigheid van de bestreden beschikking, wat de Commissie voor het eerst in haar antwoorden op de schriftelijke vragen te berde brengt met betrekking tot een nieuwe techniek, „TetraFast", die Tetra speciaal voor SBM-machines met kleine capaciteit zou hebben ontwikkeld.

130 Met betrekking tot de markt van aseptische PET-vulmachines moet worden vastgesteld, dat de Commissie het bestaan van aanmerkelijke, voor de mededinging ongunstige horizontale effecten op die markt had behoren uit te sluiten. In de eerste plaats wordt het aandeel van de nieuwe entiteit in die markt door de

gewijzigde concentratie slechts in relatief bescheiden mate uitgebreid (te weten [0 à 10 %] van het in 2000 in de EER geïnstalleerde machinepark van dat type), indien men dat aandeel berekent aan de hand van het huidige aandeel van Sidel in die markt [10 à 20 %] (punt 288 van de considerans). In de tweede plaats zijn er al serieuze mededingers op die markt, inclusief nieuwkomers die, zoals in de bestreden beschikking wordt erkend (punt 251 van de considerans), reeds een behoorlijk deel van de verkopen [40 à 50 %] naar zich toe hebben getrokken. Ten slotte wordt aan de stelling van de Commissie evenmin kracht bijgezet door het accent dat zij in haar antwoorden op de schriftelijke vragen en ter terechtzitting heeft gelegd op het commercieel potentieel van de machines van het type LFA-20, waarnaar in de bestreden beschikking wordt verwezen (punt 82 van de considerans, voetnoot 32, en punt 202 van de considerans) en waarmee zowel PET- als HDPE-flessen aseptisch gevuld kunnen worden. Die machines bevinden zich immers — althans volgens Tetra, die ter terechtzitting door de Commissie op dit punt niet is weersproken — nog in de testfase, zowel bij haar als bij haar drie concurrenten die ze eveneens ontwikkelen.

131 Wat de markt van de barrièretechnieken betreft, erkent de Commissie dat, ofschoon de aangemelde concentratie de positie van de nieuwe entiteit op die markt aanzienlijk zal verbeteren, zij „geen machtspositie in het leven zal roepen" (punt 282 van de considerans). De Commissie had ook moeilijk tot een andere conclusie kunnen komen, want de gecombineerde activiteiten van Tetra en Sidel op dit gebied zouden de nieuwe entiteit een marktaandeel van [10 à 20 %] opleveren en dit, zoals de Commissie in haar antwoorden op de schriftelijke vragen bevestigt, nog zonder rekening te houden met de, althans potentiële, gevolgen van het feit dat Tetra afstand zal doen van haar licentie op de Sealica-techniek. Deze schatting van haar marktaandeel wordt overigens door verzoekster in haar antwoorden op de schriftelijke vragen fel betwist. Zij voert overtuigend aan, dat de voor de thans bestaande producten berekende marktaandelen wegens het vroege ontwikkelingsstadium waarin die technieken zich bevinden, weinig betrouwbaar zijn. Voorts heeft Tetra ter terechtzitting gewezen op de problemen die zich thans nog voordoen bij de ontwikkeling van plasmabarrières zoals Sidel's Actis-techniek voor bier (hiervoor is trouwens bevestiging te vinden in het jaarverslag van Sidel). Ook heeft zij erop gewezen, dat bij de nieuwe barrièretechniek, vooral voor bepaalde gevoelige producten als VZP, geen gebruik van PET wordt gemaakt, maar dat daarvoor een nieuwe kunsthars moet worden ontwikkeld. Gelet op het voorafgaande moet worden vastgesteld, dat de Commissie niet het bestaan heeft aangetoond van aanmerkelijke horizontale effecten die de mededinging op de markt van barrièretechnieken ongunstig kunnen beïnvloeden.

132 Houdt men rekening met de verbintenissen, dan zijn de ongunstige horizontale effecten waarnaar de Commissie in de bestreden beschikking verwijst, op de diverse relevante markten van PET-verpakkingsinstallaties miniem of zelfs nagenoeg inexistent. Mitsdien moet worden geconcludeerd, dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door haar conclusie, dat de nieuwe entiteit door middel van hefboomwerking een machtspositie op die PET-markten zal verwerven, op de horizontale effecten van de gewijzigde concentratie te baseren.

3. De verticale effecten

a) Argumenten van partijen

133 Verzoekster merkt op, dat de grootste vrees van de Commissie voortkomt uit de onderstelde verticale integratie van de nieuwe entiteit op het gebied van verpakkingssystemen voor karton, PET en HDPE. Omdat Sidel een belangrijke positie op de markt van SBM-machines inneemt, zou er volgens de Commissie door de gedeeltelijke afhankelijkheid van de converters van Sidel een „channel conflict" ontstaan. Dat zou de nieuwe eenheid in staat stellen de converters te marginaliseren door hun afnemers een gecombineerd aanbod te doen, bestaande uit SBM-machines, preforms en gebruiksklare installaties („turnkey installations"), met andere woorden geïntegreerde PET-lijnen, en aldus de converters uit die activiteiten te verdringen. De Commissie heeft evenwel erkend, dat die vrees slechts zou worden bewaarheid, indien Sidel de markt van SBM-machines ging beheersen. Zij heeft echter ook erkend, dat door de commerciële beslissing van Tetra om de preformmarkt te verlaten, alle bedenkingen van de converters zijn weggenomen en dat de gevreesde verticale problemen op zich in geen geval volstonden om een machtspositie van de nieuwe entiteit op de markt van PET-installaties of van preforms in het leven te roepen. Verzoekster concludeert hieruit, dat de gewijzigde concentratie geen mededingingsbeperkende verticale effecten op de markt van PET-verpakkingen heeft, de bestaande verticale integratie van Tetra op de kartonmarkt niet versterkt en, naar de Commissie heeft

erkend, geen machtspositie in het leven roept op de markt van EBM-machines voor de productie van aseptische HDPE-flessen met handvat.

134 De Commissie houdt staande, dat de verticale integratie van de nieuwe entiteit tot de verdringing van de converters van de markt kan leiden. Hoewel de verticale integratie die entiteit niet tot een overheersende onderneming op de bij de levering van preforms en PET-installaties betrokken markten maakt, is de haar door die integratie geboden kans om de converters te marginaliseren, een belangrijke factor bij de beoordeling van het conglomeraateffect van de concentratie. De verbintenissen heffen niet al die effecten op, want de nieuwe eenheid zal nog steeds geïntegreerde PET-oplossingen, zij het zonder preforms, kunnen aanbieden, bijvoorbeeld via HTW-overeenkomsten. Noch de voorgestelde cessie van Tetra's activiteiten op het gebied van preforms, noch de verlening van een licentie voor de techniek van Sidel zal een einde maken aan de afhankelijkheid van de converters van de nieuwe entiteit. Deze laatste verbintenissen zouden er zelfs voor kunnen zorgen, dat de nieuwe entiteit haar sterke positie bij de verkoop van SBM-machines aan converters behoudt, omdat er dan geen „channel conflict" meer bestaat dat voor de converters een reden zou kunnen zijn om SBM-machines bij de concurrenten van Sidel aan te schaffen.

b) Beoordeling door het Gerecht

135 Ter terechtzitting heeft de Commissie meermaals verklaard, dat haar bedenkingen over de gewijzigde concentratie hoofdzakelijk betrekking hebben op Tetra. Die bedenkingen betreffen de omstandigheid, dat Tetra, anders dan Sidel, op de markten van aseptisch karton zeer sterk verticaal geïntegreerd is en dat zij er daarom om bekend staat, dat zij haar afnemers geïntegreerde verpakkingssystemen aanbiedt. Voor de Commissie zal het feit dat verzoekster deel van de nieuwe entiteit is, een belangrijke vermindering van de mededinging op de markten van PET-verpakkingsinstallaties veroorzaken.

136 Er zij op gewezen, dat door de verkoop van Tetra's belangen op het gebied van preforms de aanvankelijke bezorgdheid van de Commissie met betrekking tot de converters geheel zal worden weggenomen.

137 Wat de situatie na de verbintenissen betreft, verwacht de Commissie, dat de converters er minder problemen mee zullen hebben om bij Sidel te kopen wanneer Tetra haar belangen op het gebied van preforms heeft afgestoten, en dat de positie van de nieuwe entiteit daardoor sterker zal worden. Afgezien van de verwijzing naar de antwoorden op de enquête (punt 428 van de considerans), voert de Commissie in de bestreden beschikking daarvoor geen enkel bewijs aan. Hoewel niet valt uit te sluiten, dat sommige converters eerder geneigd zullen zijn SBM-machines bij de nieuwe entiteit te kopen, wanneer deze niet meer in de preformsector actief is, kan de geruststelling die daarvan uitgaat, geenszins op één lijn worden gesteld met een „channel conflict" als bedoeld in de mededeling van punten van bezwaar (punten 232-236 en 249). Gezien de felle concurrentie die er thans op de preformmarkt bestaat, zal die geruststelling voor sommige converters de kansen van Sidel's concurrenten om SBM-machines aan hen te verkopen, op zijn best slechts in zeer geringe mate verkleinen.

138 Ofschoon de gewijzigde concentratie Sidel in staat zou stellen om dankzij de aanwezigheid van Tetra op de markt van sluitsystemen voor kunststofflessen bijna volledig geïntegreerde PET-lijnen aan te bieden, is het duidelijk, dat Sidel's toetreding tot die markt via de nieuwe entiteit, met daartegenover haar wegval als potentiële afnemer van de andere spelers op die markt, slechts minieme verticale effecten zou hebben, gezien de betrekkelijk zwakke positie van Tetra op genoemde markt. Vergeleken met de huidige capaciteit van Sidel, zou voorts de totale capaciteit van de nieuwe entiteit om dergelijke geïntegreerde PET-lijnen aan te bieden, door de gewijzigde concentratie niet worden vergroot, gelet op het feit dat Tetra haar activiteit op het gebied van PET-preforms wil afstoten. Uit het jaarverslag van Sidel blijkt immers, dat de verkoop van die lijnen in 2001 slechts 20 % van de verkopen van SBM-machines uitmaakte, ondanks de „exponentiële groei" van 30 % in 1999-2000, waarvan de Commissie in haar verweerschrift gewag maakt.

139 Met betrekking tot de onderstelde effecten op de markt van SBM-machines wordt in de bestreden beschikking uitdrukkelijk erkend dat, gezien Tetra's antwoord van 1 oktober 2001 op de aanvullende mededeling van punten van bezwaar, „de positie van andere spelers de vrees wegneemt voor een machtspositie op een potentiële markt van machines voor de productie van aseptische [HDPE-]flessen met handvat" (punt 297 van de considerans, voetnoot 125). Duidelijk is dus, dat de gewijzigde concentratie geen aanmerkelijke ongunstige gevolgen kan hebben voor de positie van de converters op de HDPE-markt, die na de concentratie een markt met een zeer levendige mededinging zal blijven.

140 Er is dus niet aangetoond, dat de gewijzigde concentratie belangrijke of althans aanmerkelijke verticale effecten zal hebben op de relevante markten van PET-verpakkingsinstallaties. Mitsdien moet worden geconcludeerd, dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door haar conclusie, dat de nieuwe entiteit door middel van hefboomwerking een machtspositie op die PET-markten zal verwerven, op de verticale effecten van de gewijzigde concentratie te baseren.

4. Conclusie

141 Uit het voorgaande volgt, dat de Commissie kennelijke beoordelingsfouten heeft gemaakt door zich voor haar analyse, dat op de relevante PET-markten een machtspositie zal ontstaan, op de horizontale en verticale effecten van de gewijzigde concentratie te baseren. Deze beoordelingsfouten moeten echter nog niet tot nietigverklaring van de bestreden beschikking leiden, daar het door de Commissie gestelde conglomeraateffect op zich voldoende rechtvaardiging voor die beschikking zou kunnen opleveren. Derhalve moet thans het middel betreffende het ontbreken van een conglomeraateffect worden onderzocht.

C — *Ontbreken van een voorzienbaar conglomeraateffect*

1. Opmerkingen vooraf

142 Tussen partijen staat vast, dat de gewijzigde concentratie resulteert in de vorming van een conglomeraat, dat wil zeggen dat zij plaatsvindt tussen ondernemingen die voordien in wezen niet in mededinging met elkaar stonden, hetzij als rechtstreekse concurrenten hetzij als leveranciers en afnemers. Dergelijke concentraties leiden niet tot echte horizontale overlappingen van de activiteiten van de concentratiepartners noch tot verticale betrekkingen tussen de partners in de strikte zin van het woord. Ofschoon in het algemeen dus niet valt aan te nemen, dat dergelijke concentraties mededingingsbeperkende gevolgen hebben, kunnen die zich in bepaalde gevallen wel voordoen.

143 In de bestreden beschikking is de Commissie, kort samengevat, van oordeel, dat de gewijzigde concentratie in drieërlei zin een voorzienbaar mededingingsbeperkend conglomeraateffect zal hebben. In de eerste plaats zou zij de nieuwe entiteit in staat stellen, haar machtspositie op de gehele markt van kartonnen verpakkingen te gebruiken als „hefboom" om een machtspositie op de markten van PET-verpakkingsinstallaties te verwerven. In de tweede plaats zou zij de bestaande machtspositie van Tetra op de markt van aseptische kartonverpakkingsinstallaties en aseptische kartonnen verpakkingen versterken, doordat de concurrentiedruk van Sidel vanuit de naburige PET-markten wegvalt. In de derde plaats zou zij een algemeen versterkend effect hebben op de totale positie van de nieuwe entiteit op de markten van verpakkingen voor gevoelige producten.

144 Ter terechtzitting heeft de Commissie nadrukkelijk gewezen op het in wezen prospectieve karakter van de analyse waarmee zij de toekomstige gevolgen van de bij haar aangemelde concentratie moet beoordelen. Zij beklemtoont, dat zowel bij een concentratie van het conglomeraattype als bij een klassieke horizontale

concentratie de Commissie uit moet zijn op het voorkómen van de mededingingsbeperkende gedragingen die zich na de concentratie waarschijnlijk zullen voordoen, en dat zij bij haar analyse rekening moet houden met de bundeling van de bestaande middelen en capaciteiten van de partijen bij de aangemelde concentratie. Dat, anders dan bij andere typen, de waarschijnlijkheid van een dergelijke gedraging bij een concentratie van het conglomeraattype niet rechtstreeks voortvloeit uit de samenvoeging, op één en dezelfde markt, van de marktaandelen die voortaan in handen van de nieuwe entiteit zullen zijn, zou op zich geen reden zijn om een andere benadering te kiezen.

145 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 —, zullen hierna achtereenvolgens worden onderzocht.

2. De eerste zuil: hefboomwerking

a) De algemene context van de zaak

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

leven roept of versterkt die tot gevolg heeft, dat een daadwerkelijke mededinging aanmerkelijk wordt belemmerd.

147 De analyse van de potentieel mededingingsbeperkende conglomeraateffecten van een concentratie werpt een aantal specifieke, met de aard van die concentratie verband houdende problemen op, die eerst moeten worden onderzocht. Achtereenvolgens zal worden ingegaan op de temporele aspecten van conglomeraateffecten en die welke met de bijzondere aard van die effecten verband houden. Deze effecten kunnen structureel zijn in die zin, dat zij rechtstreeks voortvloeien uit de totstandbrenging van een economische structuur, dan wel gedragsafhankelijk, dat wil zeggen dat zij slechts optreden wanneer de uit de concentratie voortgekomen entiteit bepaalde commerciële praktijken toepast.

i) Temporele aspecten van conglomeraateffecten

148 Om te beginnen moet worden onderzocht, of een concentratie waardoor een mededingingsstructuur ontstaat die niet onmiddellijk tot een machtspositie van de nieuwe entiteit leidt, krachtens artikel 2, lid 3, van de verordening kan worden verboden, wanneer de nieuwe entiteit naar alle waarschijnlijkheid dankzij de hefboomwerking die door de acquirerende partij wordt uitgeoefend vanuit de markt waar zij al een machtspositie bezit, in een betrekkelijk nabije toekomst een machtspositie kan verwerven op een andere markt waar de geacquireerde partij thans een leidende positie bezit, en wanneer de betrokken acquisitie aanmerkelijke mededingingsbeperkende effecten op de betrokken markten heeft.

149 Volgens verzoekster moet met zekerheid kunnen worden vastgesteld, dat zij door de concentratie een machtspositie op de relevante markten van PET-installaties zal verwerven, dus niet dat dat waarschijnlijk zal gebeuren, maar dat die machtspositie onmiddellijk een feit zal zijn. Zoals in punt 144 supra opgemerkt,

heeft de Commissie onder verwijzing naar het arrest Kali & Salz (reeds aangehaald) gewezen op het onvermijdelijk prospectieve karakter van de analyse die zij bij het onderzoek van de gevolgen van de bij haar aangemelde concentratie voor de referentiemarkt dient te verrichten.

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

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

152 Elke andere uitlegging van artikel 2, lid 3, van de verordening dreigt het toezicht van de Commissie op concentraties die uitsluitend of hoofdzakelijk een conglomeraateffect hebben, onmogelijk te maken.

153 Wanneer derhalve de Commissie bij een prospectief onderzoek van de gevolgen van een concentratie van het conglomeraattype op grond van de door haar geconstateerde conglomeraateffecten tot de conclusie komt, dat naar alle waarschijnlijkheid in de relatief nabije toekomst een machtspositie zal ontstaan of zal worden versterkt en dat de mededinging op de betrokken markt daardoor aanmerkelijk zal worden belemmerd, is zij verplicht die concentratie te verbieden (zie, in die zin, arresten Kali & Salz, punt 221, Gencor/Commissie, punt 162, en Airtours/Commissie, punt 63, alle reeds aangehaald).

ii) Aspecten verband houdend met de bijzondere aard van conglomeraateffecten

154 In dit verband moet ook onderscheid worden gemaakt tussen, enerzijds, het geval dat een concentratie met conglomeraateffect de mededingingsvoorwaarden op de tweede markt onmiddellijk wijzigt en, door toedoen van de op de eerste markt reeds bestaande machtspositie, op die tweede markt eveneens een machtspositie in het leven roept of versterkt, en, anderzijds, het geval dat het ontstaan of de versterking van een machtspositie op de tweede markt niet een onmiddellijk gevolg van de concentratie is, maar zich eerst na een zekere tijd zal voordoen als gevolg van de gedragingen van de nieuwe entiteit op de eerste markt, waar deze al een machtspositie bezit. In dit laatste geval is het niet de door de concentratie zelf geschapen structuur die een machtspositie in het leven roept of versterkt in de zin van artikel 2, lid 3, van de verordening, maar bedoelde toekomstige gedragingen.

155 In het geval van een concentratie met conglomeraateffect moeten aan de analyse van de Commissie dezelfde eisen worden gesteld als in de rechtspraak zijn omschreven met betrekking tot het in het leven roepen van een collectieve machtspositie (arresten Kali & Salz, punt 222, en Airtours/Commissie, punt 63, beide reeds aangehaald). De analyse van een concentratie met een conglomeraateffect waarvan de Commissie verwacht dat het de mededinging zal beperken, vergt van haar dus een uiterst zorgvuldig onderzoek van de omstandigheden die voor de beoordeling van dat effect op de mededingingssituatie op de refe-

rentiemarkt relevant lijken te zijn. Komt de Commissie tot de conclusie, dat een concentratie moet worden verboden, omdat zij binnen afzienbare tijd een machtspositie in het leven zal roepen of versterken, dan dient zij deugdelijk bewijs voor die conclusie te leveren (arrest Airtours/Commissie, reeds aangehaald, punt 63). Daar de gevolgen van een concentratie van het conglomeraattype vaak als neutraal of zelfs gunstig voor de mededinging op de betrokken markten worden beschouwd — zo bijvoorbeeld in de economische literatuur die in de bij de memories van partijen gevoegde analyses wordt aangehaald —, verlangt de bewijsvoering inzake mededingingsbeperkende conglomeraateffecten van een concentratie een nauwkeurig en met deugdelijk bewijs gestaafd onderzoek van de omstandigheden welke die effecten teweeg zouden brengen (in overeenkomstige zin, arrest Airtours/Commissie, reeds aangehaald, punt 63).

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

157 Het Gerecht herinnert eraan, dat wanneer een onderneming een machtspositie bezit, zij volgens vaste rechtspraak ook zonder dat de Commissie eventueel een beschikking in die zin heeft gegeven, verplicht is haar gedraging zo nodig dienovereenkomstig aan te passen, teneinde geen afbreuk te doen aan een

daadwerkelijke mededinging op de markt (arrest Hof van 9 november 1983, 322/81, Michelin/Commissie, Jurispr. blz. 3461, punt 57; arresten Gerecht van 10 juli 1990, Tetra Pak/Commissie, T-51/89, Jurispr. blz. II-309, punt 23, en 22 maart 2000, Coca-Cola/Commissie, T-125/97 en T-127/97, Jurispr. blz. II-1733, punt 80).

158 Antwoordend op de vragen van het Gerecht ter terechtzitting, heeft de Commissie niet ontkend, dat wanneer Tetra door middel van de hiervóór genoemde gedragingen een hefboomeffect zou bewerkstelligen, dit een misbruik zou kunnen zijn van haar bestaande machtspositie op de markten van aseptisch karton. In haar verweerschrift toont de Commissie zich bezorgd, dat de nieuwe entiteit haar positie ook zou kunnen misbruiken door medewerking te weigeren aan de installatie of eventuele ombouw van SBM-machines van Sidel die door converters zijn verkocht, door geen service voor die machines te verlenen en garanties niet te honoreren. Dat een bepaalde gedraging een zelfstandige schending van artikel 82 EG kan zijn, aldus de Commissie, belet evenwel niet, dat zij die gedraging in aanmerking neemt bij haar beoordeling van alle door een concentratie mogelijk gemaakte vormen waarin een hefboomeffect tot gelding kan komen.

159 Opmerking verdient, dat een concentratie die een machtspositie in het leven roept of versterkt en daardoor aanmerkelijke mededingingsbeperkende gevolgen heeft, ingevolge de verordening moet worden verboden, maar daarvoor behoeft niet het bewijs te worden geleverd, dat de nieuwe entiteit zich als gevolg van de concentratie zal gaan gedragen op een wijze die misbruik van haar positie oplevert en bijgevolg onwettig is. Ofschoon de Commissie dus niet mag uitgaan van het vermoeden, dat de partijen bij een concentratie van het conglomeraattype zich niet aan het gemeenschapsrecht zullen houden, kan zij bij haar toezicht op concentraties die mogelijkheid ook niet uitsluiten. Wanneer de Commissie haar analyse van de gevolgen van een dergelijke concentratie baseert op voorzienbare gedragingen die op zich misbruik van een bestaande machtspositie kunnen vormen, dient zij derhalve te beoordelen, of het ondanks het feit dat dergelijke gedragingen verboden zijn, niettemin waarschijnlijk is dat de nieuwe entiteit ertoe

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

160 Daar de Commissie in de bestreden beschikking heeft nagelaten die beoordeling te verrichten, terwijl haar analyse gebaseerd is op de mogelijkheid en zelfs de waarschijnlijkheid, dat Tetra zich op de markten van aseptisch karton zo zal gaan gedragen, moeten haar conclusies desbetreffend van de hand worden gewezen.

161 Ook de omstandigheid dat verzoekster verbintenissen omtrent haar toekomstige gedragingen heeft aangeboden, is een gegeven dat de Commissie in het onderhavige geval had moeten meewegen bij haar beoordeling van de waarschijnlijkheid, dat de nieuwe entiteit zich zo gaat gedragen, dat het op een of meer van de relevante markten van PET-installaties tot een machtspositie komt. Uit de bestreden beschikking blijkt niet, dat de Commissie de implicaties van die verbintenissen in aanmerking heeft genomen bij haar analyse, of er door de verwachte hefboomwerking in de toekomst een machtspositie zou kunnen ontstaan.

162 Gelet op het voorgaande moet thans worden onderzocht, of de Commissie haar prospectieve analyse van de waarschijnlijkheid van hefboomwerking vanuit de markten van aseptisch karton en van de gevolgen van het uitbuiten van die werking door de nieuwe entiteit op voldoende deugdelijk bewijs heeft gebaseerd. Dit onderzoek dient zich in casu uitsluitend te richten op gedragingen die althans

waarschijnlijk niet onwettig zouden zijn. Daar de verwachte machtspositie pas na verloop van tijd tot stand zou komen — volgens de Commissie tussen nu en 2005 —, dient de prospectieve analyse van de Commissie, zelfs rekening houdend met haar beoordelingsvrijheid, bijzonder aannemelijk te zijn.

b) Argumenten van partijen

i) De mogelijkheid van hefboomwerking

163 Verzoekster stelt, dat de Commissie niet heeft aangetoond, dat de nieuwe entiteit door middel van hefboomwerking een machtspositie zal kunnen verkrijgen op de markten van PET-verpakkingsinstallaties, in het bijzonder de markten van SBM-machines met kleine en grote capaciteit.

164 De Commissie heeft erkend, aldus verzoekster, dat verpakkingsinstallaties voor PET en die voor karton geen complementaire producten in de economische zin van het woord zijn, maar eerder technische substituten (punt 345 van de considerans). Maar anders dan de Commissie beweert, is in dat geval de economische prikkel om hefboomwerking uit te oefenen, zwakker dan in het geval van complementaire producten. In de eerste plaats is er in dat geval duidelijk een veel geringere prikkel tot gebundelde verkoop van producten. In de tweede plaats is er geen belangrijke overlapping van de klantenkring voor de twee producten. In de derde plaats sluit het niet-complementaire karakter van de betrokken producten uit, dat er barrières worden opgericht, daar de kartonmachines van Tetra incompatibel zijn met de SBM-machines van andere fabrikanten dan Sidel.

165 Het standpunt van de Commissie wekt te meer verbazing, nu zij zich in haar beschikkingspraktijk steeds op het complementaire karakter van producten heeft

beroepen om bedenkingen in verband met het conglomeraateffect te rechtvaardigen [zie, onder meer, beschikkingen van de Commissie waarbij concentraties verenigbaar met de gemeenschappelijke markt werden verklaard, van 18 januari 1991 (zaak IV/M.0050 — AT&T/NCR) (PB 1991, C 16, blz. 20), 13 december 1991 (zaak IV/M.164 — Mannesmann/VDO) (PB 1992, C 88, blz. 13), 8 november 1996 (zaak IV/M.836 — Gillette/Duracell) (PB 1996, C 364, blz. 4), en 29 september 2000 (zaak COMP/M.1879 — Boeing/Hughes), en een beschikking waarbij een concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt werd verklaard, van 3 juli 2001 (zaak COMP/M.2220 — General Electric/Honeywell)].

166 De toekomstige groei van de PET-markten is geen overtuigend bewijs voor de hefboomwerking. Die groei zal immers niet voor een aanmerkelijk deel te danken zijn aan de overgang van karton op PET, want voor de meeste producten die thans in PET worden verpakt, is karton geen geschikt verpakkingsmateriaal. De producten die zowel in karton als in PET kunnen worden verpakt, vertegenwoordigen slechts 5 % van de totale PET-markt. Bovendien is de belangrijkste groei te verwachten van het gebruik van PET voor bier, doordat men daar mogelijk van het verpakken in glazen flessen zal afstappen.

167 Overigens zijn de grote afnemers, die veelal de enigen zijn die tegelijkertijd kartonnen en PET-verpakkingen gebruiken, best in staat weerstand tegen een eventuele hefboomwerking te bieden.

168 De Commissie meent, dat de concentratie de structurele voorwaarden schept die een hefboomwerking kunnen begunstigen. Zij baseert zich daarvoor op verscheidene factoren, te weten, in de eerste plaats, de machtspositie van Tetra op de markten van aseptisch karton en de leidende positie van Sidel op de markten van PET-verpakkingsinstallaties, in de tweede plaats, de onbeduidende posities van de concurrenten van Tetra en Sidel op die markten en, in de derde plaats, het voordeel van de nieuwe entiteit als „eerstkomer" („first-mover

advantage") wegens haar sterke aanwezigheid in het segment gevoelige producten zowel op de karton- als op de PET-markt. De Commissie wijst op de financiële kracht van de nieuwe entiteit, die veel groter is dan die van haar concurrenten, haar — ondanks de verbintenissen — hoge mate van verticale integratie, en haar grote deskundigheid en know-how op het gebied van aseptisch verpakken.

169 Hefboomwerking is niet slechts mogelijk wanneer de betrokken producten „complementair" zijn in economische zin, maar ook wanneer zij dat zijn in commerciële zin, dat wil zeggen wanneer zij voor gebruik door dezelfde groep afnemers zijn bestemd. Dat is het geval wanneer, zoals in casu, de betrokken producten verwant zijn en tot naburige markten behoren. Onderzoek van hefboomwerking tussen commercieel nauw verwante producten (zoals whisky en gin, of vitamines voor verschillende fysiologische behoeften) is een door de rechtspraak aanvaarde benadering (arrest Gerecht van 12 december 1991, Hilti/Commissie, T-30/89, Jurispr. blz. II-1439, in hogere voorziening bevestigd door arrest Hof van 2 maart 1994, Hilti/Commissie, C-53/92 P, Jurispr. blz. I-667, en arresten Tetra Pak II, reeds aangehaald).

170 Daar Tetra volgens de Commissie een onomstreden machtspositie op de markten van aseptisch karton bezit en de afnemers om dat verpakkingsmateriaal zullen blijven vragen om het tijdens de periode van overschakeling op PET parallel met de nieuwe PET-assortimenten te verwerken, zal verzoekster overduidelijk een hefboomwerking kunnen uitoefenen op de bij de toekomstige overgang op dat materiaal „verloren" afnemers.

171 Wat de overlapping tussen de afnemers van de partijen bij de concentratie betreft, is het weliswaar zo, dat de meeste producenten van gevoelige producten op het ogenblik karton gebruiken, maar zal in de toekomst de potentiële overlapping tussen PET- en karton-verpakkingen bij deze producten 100 % bedragen, indien er barrièretechnieken worden ontwikkeld waarmee een commercieel gebruik van PET bij al die producten mogelijk wordt.

172 De schattingen van de groeipercentages voor PET, waarvan in de bestreden beschikking wordt uitgegaan (zie punten 32 en 33 supra), berusten volgens de Commissie op een voorzichtige analyse in de onderzoeken van PCI, Warrick en Pictet (hierna: „onafhankelijke onderzoeken") en op een reeks deugdelijke en onderling overeenstemmende bewijzen, die bij het algemene marktonderzoek zijn verkregen (punten 141-143 van de considerans).

173 Een andere factor die de hefboomwerking begunstigt, aldus de Commissie, is de leidende rol die de nieuwe entiteit zal spelen bij de overgang van karton, waar Tetra bijna een monopoliepositie in het segment aseptisch karton inneemt, naar PET.

ii) Uitsluitingseffecten

174 Daar het volgens Tetra „onwaarschijnlijk" (punt 367 van de considerans) is dat de nieuwe entiteit de praktijk van gebonden verkoop of koppelverkoop zal toepassen, berusten de bedenkingen van de Commissie in werkelijkheid op het vermogen van de nieuwe entiteit om de PET-markt met indirecte middelen, zoals „prikkels" of „pressie" (punt 364 van de considerans), af te sluiten. Die middelen zijn echter niet in strijd met de mededingingsvoorschriften, daar zij niet geschikt zijn om de relevante markten van PET-installaties voor andere concurrenten af te sluiten. De bewijsvoering van de Commissie dienaangaande schiet te kort.

175 In de eerste plaats onderscheidt de Commissie de markten ten onrechte naar het te verpakken eindproduct. Ook de omschrijving van die beweerdelijk onderscheiden markten is onjuist, omdat SBM-machines generiek zijn en voor gelijk welk gevoelig product kunnen worden gebruikt. In dit verband heeft Tetra ter terechtzitting verklaard, dat het weinig kost om SBM-machines te wijzigen en aan het te verpakken product aan te passen. Combimachines en machines voor warm vullen worden in het segment gevoelige producten heel weinig gebruikt.

176 In de tweede plaats vormt het segment gevoelige producten slechts een klein gedeelte van de totale PET-verpakkingssector. Dus zelfs indien de nieuwe entiteit de bestaande concurrenten van Sidel op de markt van machines voor gevoelige producten zou trachten te marginaliseren, zou zij niet in staat zijn hun financiële middelen in aanzienlijke mate te verminderen.

177 In de derde plaats is het weinig waarschijnlijk, dat de concentratie, zelfs indien de door de Commissie verwachte sterke groei bij gevoelige producten zich voordeed, de prikkel voor de concurrenten van Sidel, met name SIG, om te expanderen, zou wegnemen.

178 In de vierde plaats, zo merkte Tetra ter terechtzitting op, zijn de technische problemen (hoofdzakelijk de barrièretechniek bij licht- en zuurstofgevoeligheid) niet voor alle gevoelige producten even groot. Zo is die techniek geen probleem meer bij de verpakking van KDV en thee/koffiedranken in PET. Iedere onderneming in het segment niet-gevoelige producten kan haar activiteit derhalve uitbreiden tot de gevoelige producten waarvoor geen specifieke technische vereisten gelden. In de segmenten waarin de barrièrebehandeling een rol speelt, zal de daarvoor noodzakelijke technologie niet uitsluitend door de nieuwe entiteit worden aangeboden, die slechts een aandeel van [10 à 20 %] van de afzonderlijke markt van die technieken bezit.

179 In de vijfde plaats wordt het belang van de overlapping tussen de afnemers van Tetra en die van Sidel overschat. De weinige bestaande gevallen betreffen afnemers met een zeer grote koopkracht, die daardoor eventuele druk zullen kunnen weerstaan.

180 De Commissie betoogt, dat artikel 2, lid 3, van de verordening niet het bewijs verlangt, dat de beoogde concentratie tot definitieve uitsluiting van de concurrenten zal leiden. Het criterium waarop het juridisch aankomt, is veeleer

of de concurrenten gemarginaliseerd zullen worden, dat wil zeggen of de nieuwe entiteit goeddeels onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en, uiteindelijk, de consumenten zal kunnen optreden (arrest Hoffmann-Laroche/Commissie, reeds aangehaald, punten 38 en 39).

181 De argumentatie waarmee Tetra tracht aan te tonen, dat er geen afzonderlijke markten van SBM-machines voor gevoelige respectievelijk voor niet-gevoelige producten bestaan, is in de bestreden beschikking geanalyseerd en terecht verworpen (punten 176-188 en 346-358 van de considerans). Ook de zogezegd „generieke" SBM-machines moeten met ingewikkelde extra onderdelen ingrijpend aan elk specifiek eindgebruik worden aangepast. De segmentatie van de markt van PET-installaties in afzonderlijke deelmarkten, waarbij onder meer wordt onderscheiden naar gevoelige en niet-gevoelige producten, is gerechtvaardigd (arrest Gerecht van 21 oktober 1997, Deutsche Bahn/Commissie, T-229/94, Jurispr. blz. II-1689, punt 56).

182 Wat de prijsdiscriminatie betreft, betoogt de Commissie dat, zoals uit het overgelegde bewijsmateriaal blijkt, prijsdiscriminatie naar eindgebruik reeds door Sidel is toegepast.

183 In de bestreden beschikking wordt terecht geconstateerd, dat de concurrenten mogelijk de prikkel zullen missen om in de sector gevoelige producten te expanderen. Bijna de gehele markt van PET-installaties is voor hen nog gesloten, omdat de markten van SBM-machines grotendeels in handen van Sidel zijn, wier marktaandeel [60 à 70 %] bedraagt. De concurrenten die na de concentratie overblijven, zullen wegens technische, economische en strategische toegangsbelemmeringen hun aanwezigheid in de sector gevoelige producten niet kunnen versterken.

184 Als technische belemmeringen noemt de Commissie verscheidene extra onderdelen die volgens haar noodzakelijk zijn om een SBM-machine in een PET-productielijn voor gevoelige producten te kunnen gebruiken. Ter terechtzitting

heeft zij er in het bijzonder opgewezen, dat voor een werkelijk aseptische installatie ook ingewikkelde barrièretechnieken nodig zijn, bij sappen, KDV en thee/koffiedranken tegen zuurstof en bij VZP bovendien tegen licht.

185 Commercieel zullen de producenten van gevoelige producten wegens het hoge besmettingsgevaar geen risico's willen nemen met leveranciers van aseptische PET-installaties waarvan de betrouwbaarheid niet volstrekt vaststaat. De onomstreden reputatie van Tetra op het gebied van aseptisch vullen zal de nieuwe entiteit een enorm voordeel opleveren.

186 Er is ook een belangrijke strategische belemmering om toegang te krijgen tot de PET-markt voor gevoelige producten, te weten het feit dat meer dan [80 à 90 %] van de producenten van (aseptische) UHT-melk hun kartonnen verpakkingen thans bij Tetra betrekken, en zoals in de bestreden beschikking uiteengezet, behoren nagenoeg alle VZP- en sappenproducenten tot Tetra's afnemers (punt 361 van de considerans). De nieuwe entiteit zou als eerstkomer in die sectoren dus een grote voorsprong hebben. Daarbij komen de brede klantenkring van de nieuwe entiteit, haar enorme financieringskracht, haar capaciteiten op het gebied van onderzoek en ontwikkeling, en haar sterke aanwezigheid bij drie verpakkingsmaterialen, karton, PET en HDPE, die alle drie, zij het in verschillende mate, voor gevoelige producten worden gebruikt.

187 Ter terechtzitting heeft de Commissie nog gewezen op de zeer sterke positie van Sidel op de markten van grote SBM-machines [dat wil zeggen, machines met een capaciteit van meer dan 8 000 flessen per uur („f/u")], waar zij thans de snelste machine ter wereld bezit, met een capaciteit van meer dan [...] f/u. Zij vestigt ook de aandacht op Sidels sterke positie bij kleine machines in de top van dit marktsegment, dat wil zeggen met een capaciteit juist beneden de grens van 8 000 f/u, en met een zelfde rotatietechniek als in de grote machines wordt gebruikt.

c) Beoordeling door het Gerecht

188 Naar uit de bestreden beschikking blijkt (met name de punten 213 en 389 van de considerans, aangehaald in de punten 39 en 54 supra), berust de mededingingsrechtelijke beoordeling van de hefboomwerking door de Commissie op de aanname, dat er onmiddellijk een marktstructuur zal ontstaan waarin de nieuwe entiteit de prikkel en de middelen zal vinden om haar huidige leidende positie op de markten van PET-installaties, in het bijzonder de markt van kleine en grote SBM-machines voor gevoelige producten, in een machtspositie om te zetten. Eveneens volgens de mededeling van punten van bezwaar (punt 289) en de bestreden beschikking (punt 328 van de considerans, aangehaald in punt 45 supra) zal de verwerving in een nabije toekomst van een machtspositie op de markten van PET-installaties mogelijk worden gemaakt door een hefboomwerking die meer berust op Tetra's machtspositie op de markten van aseptisch karton dan op de positie die Sidel thans op de markten van SBM-machines inneemt.

189 De omschrijving van de relevante markten wordt op de meeste punten door verzoekster niet betwist. Te onderscheiden zijn derhalve de markt van SBM-machines, onderverdeeld in grote en kleine machines afhankelijk van het aantal f/u (punt 167 van de considerans), de markt van de barrièretechniek (punten 189-191 van de considerans), de markt van PET-vulmachines, onderverdeeld in aseptische en niet-aseptische machines (punt 201 van de considerans), de markt van PET-preforms (punt 206 van de considerans), en de markten van hulpapparatuur, distributieverpakkingsinstallaties en aanverwante diensten in diverse betrokken sectoren (punt 257 van de considerans).

190 Verzoekster is het echter niet eens met de onderverdeling van de markten van SBM-machines volgens hun eindgebruik en, in het bijzonder, met de aanname van een specifieke markt voor de betrokken gevoelige producten (punt 188 van de considerans), te weten de „gedeelde producten", die zowel voor de karton- als voor de PET-markt van belang zijn. Tetra brengt tegen die onderverdeling in, dat

SBM-machines „generiek" zijn en niet voor een specifiek gebruik worden vervaardigd. Volgens haar betekent dit, dat een op de verkoop van SBM-machines gerichte hefboomwerking geen succes kan hebben, gezien het grote aantal concurrenten vooral op de markt van kleine machines. Op dit tegenargument wordt hierna daarom enkel ingegaan in het kader van de beoordeling van de voorzienbare gevolgen van een eventuele hefboomwerking op de markten van SBM-machines.

191 Eerst zal nu worden onderzocht, of de concentratie de nieuwe eenheid althans in beginsel in staat zal stellen hefboomwerking uit te oefenen.

i) De mogelijkheid van hefboomwerking

192 De analyse van de Commissie betreffende een door de gewijzigde concentratie mogelijk gemaakte voorzienbare hefboomwerking berust op goeddeels objectieve en vaststaande gegevens. Wat de nauwe banden tussen de markt van karton- en die van PET-verpakkingsinstallaties betreft, berust de analyse op een reeks factoren die, tezamen genomen, rechtens voldoende bewijs vormen voor de conclusie van de Commissie: de twee markten behoren tot dezelfde industriële sector; PET is bruikbaar voor de meeste tot nog toe in karton verpakte producten, te weten de gevoelige producten, zodat het als een zwak substituut voor karton kan worden beschouwd; de belangrijkste leveranciers van kartonnen verpakkingen, te weten Tetra (althans tot de verkoop van haar activiteiten met PET-preforms en van haar belangen in Dynaplast), SIG en Elopak, zijn alle op de PET-markten actief; bepaalde afnemers verlangen zowel karton- als SBM-machines en met de verwachte groei van PET zal hun aantal in de toekomst onvermijdelijk toenemen (punt 329 van de considerans).

193 Naar in de bestreden beschikking wordt vastgesteld (punt 72 van de considerans) en zoals zij ter terechtzitting heeft toegegeven, erkent verzoekster, dat er in de

PET-sector een zekere groei kan worden verwacht bij gevoelige producten zoals KDV en thee/koffiedranken. Zij plaatst echter een vraagteken bij de prognose van de groei bij andere gevoelige producten, alsook bij de weigerig van de Commissie om de gevolgen van de voorzienbare toename van het gebruik van PET voor de verpakking van bier in aanmerking te nemen.

194 Het argument van de partijen bij de concentratie, dat het gebruik van PET tot 2005 wegens technische problemen slechts een beperkte groei te zien zal geven, wordt door de Commissie in de bestreden beschikking eveneens op overtuigende gronden van de hand gewezen. Volgens de bestreden beschikking (in het bijzonder de punten 73-88 van de considerans) maken de techniek voor aseptisch vullen en de barrièretechniek bij hun huidige ontwikkelingsstand het gebruik van PET voor alle gevoelige producten mogelijk en worden die technieken nog voortdurend verbeterd. De belangrijkste rem op de ontwikkeling van die technieken ligt in de momentane commerciële problemen bij de toepassing van die technieken, in het bijzonder voor VZP.

195 Naar het oordeel van het Gerecht heeft de Commissie rechtens genoegzaam aangetoond, dat de voorzienbare groei in de PET-sector de verwachte hefboomwerking mogelijk maakt. De omvang van die groei bij de verschillende gevoelige producten zal echter pas worden onderzocht wanneer wordt ingegaan op de stelling van de Commissie, dat de nieuwe entiteit erdoor zal worden aangezet om gebruik van die hefboomwerking te maken.

196 Het betoog van verzoekster, dat hefboomwerking vanuit een markt naar een andere markt niet mogelijk is, wanneer een goed dat tot de ene markt behoort, slechts een technisch substituut is voor een tot de andere markt behorend goed, zoals dat in casu het geval is, kan het Gerecht niet overtuigen. Uit het arrest Hoffman-Laroche/Commissie en de arresten van 12 december 1991 en 2 maart 1994, Hilti/Commissie (alle reeds aangehaald), volgt per analogie, dat hefboomwerking kan worden uitgeoefend wanneer een afnemer beide betrokken producten geschikt acht voor hetzelfde doel, in casu dus het verpakken van

bepaalde soorten dranken. Aan deze beoordeling wordt niet afgedaan door de eerdere beschikkingspraktijk van de Commissie, waarnaar Tetra verwijst (zie punt 165 supra), aangezien die beschikkingen concentraties betroffen waarbij de feitelijke omstandigheden sterk verschilden van die van het onderhavige geval. Door zich in deze zaak te baseren op factoren als het gebruik van de betrokken producten door dezelfde groep afnemers — de producenten van gevoelige dranken — voor hetzelfde doel — het verpakken van die dranken — en op het feit dat, naar uit het door de Commissie ingestelde en door verzoekster op dit punt niet weersproken marktonderzoek is gebleken, die producenten bereid zijn beide verpakkingsmaterialen naast elkaar te gebruiken, heeft de Commissie geen fout gemaakt. Zij heeft er terecht op gewezen, dat de meer of minder grote vraag van de producenten naar PET hoofdzakelijk door hun afzetmarkt zal worden bepaald, ook al zullen ook de kosten een rol spelen (punt 333 van de considerans). Zoals de Commissie ter terechtzitting heeft opgemerkt, zullen de producenten naar alle waarschijnlijkheid dus weinig geneigd zijn volledig van karton af te stappen, maar zullen zij waarschijnlijk wel voor een gedeelte van hun productie op PET overgaan, hetgeen een bevestiging vormt voor de band tussen de twee betrokken materialen.

197 Gelet op de zeer sterke machtspositie van Tetra op de markten van aseptisch karton, met een marktaandeel van ongeveer 80 % (punt 219 van de considerans), en haar machtspositie op de gehele markt van kartonnen verpakkingen, dat wil zeggen de markten van aseptisch en niet-aseptisch karton tezamen genomen, met een marktaandeel van rond [60 à 70 %] (punt 231 van de considerans), is het dus duidelijk, dat een aanzienlijk aantal van de producenten van gevoelige producten, die voor een deel van hun productie zouden besluiten van karton op PET over te gaan, thans afnemers van Tetra zijn. Met name wat VZP betreft, wordt in de bestreden beschikking vastgesteld — en dit wordt door verzoekster niet bestreden —, dat „het verbruik van melk in kleine flesjes en van gearomatiseerde melk, bijvoorbeeld, snel zou kunnen toenemen" en dat daarom „de verpakkingscapaciteit voor die producten niet noodzakelijkerwijs in de plaats van de bestaande capaciteit zal komen" (punt 99 van de considerans). Met haar conclusie, dat althans in de gevallen waarin nieuwe productielijnen in de melkfabrieken moeten worden geïnstalleerd, de kosten van de overgang op PET de uitbreiding van het gebruik van dat materiaal niet noodzakelijkerwijs al te sterk behoeven af te remmen, heeft de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout gemaakt. Zij heeft derhalve terecht de voorsprong beklemtoond van de

nieuwe entiteit als eerstkomer op de markt van die producten. Daarbij komt in het bijzonder nog de financiële sterkte van de partijen bij de concentratie, met name die van Tetra, de uitzonderlijke reputatie van Tetra en de goede naam van Sidel op de kartonmarkt respectievelijk de PET-markt, en het brede palet van door hen aangeboden producten en diensten, daaronder begrepen de klantenservice.

198 Aan de conclusie, dat de nieuwe entiteit een hefboomwerking zou kunnen uitoefenen, wordt niet afgedaan door het betoog van verzoekster, dat er geen sprake zal zijn van een aanmerkelijke overlapping tussen de klantenkringen van elk der partijen bij de concentratie. De Commissie heeft geen kennelijke beoordelingsfout gemaakt door, uitgaande van de geconstateerde bestaande overlapping en de verwachte groei van het gebruik van PET voor gevoelige producten, te concluderen, dat het aantal afnemers dat tegelijkertijd karton en PET gebruikt, zal toenemen, wat althans theoretisch en wat de verpakking van gevoelige producten betreft, een zeer sterke overlapping zou kunnen opleveren.

199 Bijgevolg heeft de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout gemaakt door te concluderen, dat de nieuwe entiteit in staat zal zijn een hefboomwerking uit te oefenen.

200 Daarom moet nu worden onderzocht of, zoals de Commissie beweert, de voorzienbare groei van het gebruik van PET de nieuwe entiteit ertoe zal aanzetten, daadwerkelijk gebruik van die mogelijkheid te maken.

ii) De waarschijnlijke groei

201 Volgens de bestreden beschikking en naar de Commissie ter terechtzitting heeft bevestigd, hangt de prikkel om een hefboomwerking uit te oefenen, voor de nieuwe entiteit in hoge mate af van de verwachte groei van de PET-markten.

Derhalve moet worden onderzocht, of het volume van gevoelige producten die naar verwachting in de periode tot 2005 in PET zullen worden verpakt, vergeleken met het totale toekomstige volume van in PET verpakte producten, die prikkel onwaarschijnlijk maakt of ten minste aanmerkelijk vermindert, zoals verzoekster stelt.

202 Volgens de Commissie „zal het gebruik van PET in de segmenten gedeelde producten in de eerstvolgende vijf jaar een aanzienlijke groei te zien geven" (punt 103 van de considerans). In haar analyse van die groei heeft de Commissie behalve van haar eigen marktonderzoek gebruik gemaakt van het onderzoek van Canadean en van de onafhankelijke onderzoeken (punt 104 van de considerans). Hier zal eerst worden ingegaan op de in die onderzoeken opgestelde prognoses ter zake.

203 Het onderzoek van Canadean voorziet voor de jaren 2000-2005 een groei van 0,7 % in het gebruik van PET voor de verpakking van VZP en van 0,6 % voor die van sappen (tabel 5, punt 105 van de considerans). Met betrekking tot KDV en thee/koffiedranken voorspelt het „een snellere groei", van 1,5 respectievelijk 5,1 % (punt 107 van de considerans). Voorts verwijst de Commissie naar een onafhankelijk onderzoek van Canadean uit 2000 naar de penetratie van PET in het segment sappen. Hoewel uit dit onderzoek blijkt, dat PET in 2000 in dat segment „inexistent" was, heeft het volgens de Commissie, „indien Europa het voorbeeld van andere gebieden volgt, een enorm groeipotentieel" (punt 126 van de considerans).

204 Het onderzoek van PCI, getiteld „The Potential for PET in the Packaging of Liquid Dairy Products — 2001" (Het potentieel van PET voor de verpakking van vloeibare zuivelproducten — 2001), meent dat PET geen nieuwe marktaandelen bij UHT-melk kan veroveren en dat het 9,2 % van de markt bij niet-gearomatiseerde verse melk zal bereiken en 25 % bij andere dranken op melkbasis, dat wil zeggen gearomatiseerde melk, melk- en yoghurtdranken.Voor de sector goedkope verse melk verwacht het PCI-onderzoek niet, dat PET „de bestaande verpakkingen, hoofdzakelijk karton en HDPE, zal kunnen vervangen, vooral omdat het een segment betreft dat over het algemeen prijsgevoelig is" (PCI, blz. 12, aangehaald in punt 129 van de considerans).

205 Het onderzoek van Warrick, getiteld „Warrick Research Report Packaging Markets. Aseptic Packaging Markets World and Western Europe — 2000" (Onderzoeksrapport van Warrick betreffende de verpakkingsmarkten. Markten van aseptisch verpakken. Wereld en West-Europa — 2000) prognosticeert voor de jaren 1999-2003 een jaarlijkse groei van die markt met 2,4 %, resulterend in een totaal van 28 miljard verpakte liters (Warrick, blz. 4). Terwijl volgens dit rapport melk en sappen voor ongeveer 80 % aan het volume van aseptisch verpakte producten bijdragen (zie ook punt 131 van de considerans), stelt het de verwachte jaarlijkse groei bij UHT-melk en gearomatiseerde melk op respectievelijk 0,8 en 1 %, en voorspelt het een lichte teruggang bij andere dranken op melkbasis (Warrick, blz. 6). Voor het aseptisch verpakken verwacht het rapport voor de jaren 1999-2003 een groei van ongeveer 50 %, welke groei hoofdzakelijk aan PET ten goede zal komen, waarvan het gebruik zal kunnen verdubbelen tot een totaal van 2 miljard verpakkingen per jaar (Warrick, blz. 12, zie ook punt 136 van de considerans). Deze groei zal zich vooral afspelen bij theedranken (Warrick, blz. 16). 70 % van de verpakkingen, naar volume overeenkomend met 90 % van de verpakte producten, zijn echter aseptische kartonnen verpakkingen (Warrick, blz. 15). Hiervoor wordt een groei verwacht van ongeveer 2 % per jaar, resulterend in een totaal van 30,8 miljard verpakkingen in 2003. De ideale toepassing van aseptische PET-verpakkingen is voor duurdere producten waarvoor geen volledige barrière noodzakelijk is, zoals thee/koffiedranken (isotonische dranken daaronder begrepen), en eventueel voor sappen en dranken op basis van vruchtensap (Warrick, blz. 4). De verwachte groei zal dus hoofdzakelijk deze producten betreffen (Warrick, blz. 32).

206 Volgens het onderzoek van Pictet, getiteld „Analyst's Report, Pictet. European Packaging Machinery, Move into PET — September 2000" (Onderzoeksrapport Pictet. Europese verpakkingsmachines, overgang naar PET — september 2000), biedt PET voordelen voor het op grote schaal afvullen van consumentenproducten zoals mineraalwaters en koolzuurhoudende dranken, en zal de toekomstige mondiale vraag naar PET met jaarlijks 10 % stijgen, vooral door het gebruik van flessen voor zuurstofgevoelige producten (Pictet, blz. 5 en 12). Volgens dit rapport „bieden PET-verpakkingen vanuit mededingingsoogpunt evidente voordelen ten opzichte van aseptisch karton [en] zal kunststof snel terrein winnen op karton" (Pictet, blz. 11, zie ook punt 138 van de considerans). Terwijl geen cijfers worden genoemd voor de toename van het PET-gebruik voor melk, wordt voor sappen een groei van 12 tot 25 % in de periode 1996-2006 geprognosticeerd.

207 Evenals in de mededeling van punten van bezwaar (punt 90) wordt in de bestreden beschikking onder verwijzing naar het marktonderzoek van de Commissie vastgesteld, dat „de [belanghebbende] derden zich zeer optimistisch hebben getoond over de toekomstige groei van PET, wanneer de verbeteringen van de barrièretechniek eenmaal tot stand zijn gekomen" (punt 143 van de considerans). Voor dat geval verwacht een groot aantal betrokkenen tot 2005 een groei ten koste van karton van meer dan 50 % bij melk en sappen. Ter terechtzitting heeft de Commissie dienaangaande gepreciseerd, dat zij dat optimisme niet deelt en veel voorzichtiger is in haar verwachtingen (zie punt 33 supra).

208 In de bestreden beschikking wordt ook verwezen naar bepaalde eerdere prognoses van Tetra en Sidel. Zo ging Sidel in een presentatie in mei 2000 ervan uit, dat de PET-verkopen voor sappen en thee/koffiedranken meer dan [...] zouden stijgen (punt 139 van de considerans), terwijl haar bestuursvoorzitter in een interview in het blad *PET Planet* van dezelfde maand verklaarde een stijging van [...] % te verwachten dankzij „nieuwe aanwendingen van het materiaal voor, onder meer, bier, melk, sappen [...]" (punt 139 van de considerans). Wat Tetra betreft, wordt in de bestreden beschikking verwezen naar haar prognose van een groei in de komende jaren van [20 à 30 %] per jaar van de markt van het aseptisch vullen van PET-verpakkingen (punt 140 van de considerans).

209 Op basis van die gegevens verwacht de Commissie voor de jaren 2000 tot en met 2005 een aanzienlijke toename in de segmenten VZP en sappen, waardoor PET op een aandeel van ten minste 10 à 15 % bij verse melk en van 25 % bij gearomatiseerde melk en dranken op melkbasis zal komen (zie punt 33 supra). Met betrekking tot UHT-melk, die goed is voor ongeveer 50 % van de markt, erkent de Commissie, dat de toekomstige groei van PET „onzeker" is (punt 147 van de considerans), maar zij verwacht wel een stijging met 1 %. Uitgaande van maximaal 15 % bij verse melk en rekening houdend met haar prognoses voor de andere dranken op melkbasis, concludeert de Commissie, dat PET in 2005 zal dienen als verpakking voor ongeveer 3 miljard liter per jaar, oftewel 9 % van de Europese markt van VZP (zie punt 33 supra). Bij sappen voorziet de Commissie weliswaar een groei naar een marktaandeel van 20 % in 2005, maar dat zal

volgens haar voornamelijk komen door de overgang van glas op PET. Met betrekking tot KDV en thee/koffiedranken meent zij, dat PET marktaandeel op karton zal blijven veroveren en in 2005 in elk van die segmenten aan 30 % zal komen.

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

211 Het Gerecht stelt vast, dat niet kan worden uitgegaan van een echte stijging van het PET-gebruik voor UHT-melk, dat wil dus zeggen voor ongeveer de helft van de VZP-markt.

212 Met betrekking tot de rest van de VZP-markt moet worden vastgesteld, dat het rapport PCI, het enige onafhankelijke rapport dat op die markt betrekking heeft, een groei verwacht uitlopend op een marktaandeel voor PET van 9,2 % bij niet-gearomatiseerde verse melk in 2005 (PCI, blz. 64). Daarnaast verwacht het rapport Warrick voor aseptische verpakkingen een minimumgroei van 1 % bij gearomatiseerde melk en een lichte teruggang bij andere dranken op melkbasis, terwijl het rapport Pictet geen specifieke prognoses met betrekking tot VZP bevat. Een en ander dwingt tot de conclusie, dat de Commissie, anders dan zij in haar verweerschrift stelt, niet heeft aangetoond, dat zij haar prognoses met betrekking tot VZP op een voorzichtige analyse van de onafhankelijke onderzoeken of op een reeks van bij haar marktonderzoek verkregen deugdelijke en overeenstemmende aanwijzingen heeft gebaseerd. De groeiramingen waar zij van uitgaat

(punt 209 supra), zijn immers niet erg overtuigend. Enkel het rapport PCI zou eventueel steun kunnen bieden voor de verwachting, dat PET in 2005 een marktaandeel van 25 % zal hebben bij de andere dranken op basis van melk (te weten gearomatiseerde melk, melk- en yoghurtdranken) (PCI, blz. 63 en 64). Maar ook als die verwachting uitkwam, zou het betrokken volume in 2000 slechts met 62 000 ton stijgen en in 2005 92 800 ton bedragen, wat niet erg veel is vergeleken met de ongeveer 120 miljoen ton melk die jaarlijks in de Gemeenschap geproduceerd worden (PCI, blz. 9). Meer in het algemeen maakt de bestreden beschikking niet echt duidelijk, 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. Wat dit punt betreft, betwist de Commissie noch het door Canadean genoemde totaalcijfer voor het gebruik van HDPE voor VZP (17,3 % in 2000), noch de prognose van de stijging van dat cijfer tot 19,5 % in 2005 (zie tabel 5, punt 105 van de considerans).

213 Bij sappen is de prognose van de Commissie nog minder overtuigend. Ofschoon zijzelf zegt, dat de groei hoofdzakelijk een gevolg zal zijn van de overgang van glas op PET, ontbreekt elke analyse van de glasmarkt, wat het Gerecht de mogelijkheid ontneemt de prognoses van de Commissie met betrekking tot sappen te verifiëren. Een dergelijke analyse zou voor het Gerecht noodzakelijk zijn geweest om de waarschijnlijke omvang van de overgang van glas op,bijvoorbeeld, karton, PET en HDPE te kunnen onderzoeken, en zij was te meer noodzakelijk wegens de verschillen in groeipercentages en onderzoeksperiodes waarop de prognoses in de onderzoeken van Canadean en Warrick enerzijds en Pictet anderzijds betrekking hebben.

214 Voor de door de Commissie in de bestreden beschikking vermelde groeiprognoses met betrekking tot VZP en sappen bestaat derhalve rechtens onvoldoende bewijs. Een zekere groei in die segmenten is stellig waarschijnlijk, vooral bij de duurdere producten, maar overtuigend bewijs voor de omvang van die groei ontbreekt.

215 Blijkens de onafhankelijke onderzoeken daarentegen zal het gebruik van PET voor het verpakken van KDV en thee/koffiedranken, isotonische dranken daaronder begrepen, tegen 2005 naar alle waarschijnlijkheid in niet geringe mate stijgen. Daar de in de bestreden beschikking geprognosticeerde omvang van die stijging door verzoekster ter terechtzitting niet serieus is betwist en vergeleken met de prognose van de genoemde onderzoeken ook niet te hoog gesteld lijkt te zijn, moet worden geconcludeerd dat de Commissie op dit punt geen fout heeft gemaakt.

216 Daar het gebruik van PET tegen 2005 waarschijnlijk zal toenemen, zij het minder sterk dan door de Commissie werd verwacht, valt het bestaan van een prikkel om gebruik te maken van een hefboomeffect, niet uit te sluiten. Mitsdien moet worden onderzocht, op welke wijze de nieuwe entiteit een dergelijke hefboomwerking zou kunnen uitoefenen.

iii) Wijzen van hefboomwerking

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

218 Wanneer echter een onderneming met een machtspositie zoals Tetra die op de markten van aseptisch karton heeft, gebruik maakt van drukmiddelen zoals gedwongen verkopen, of van prikkels zoals afbraakprijzen of ongerechtvaardigde getrouwheidskortingen, zal dat in de regel misbruik van die positie opleveren. Gelijk eerder opgemerkt, kan de Commissie een beschikking waarbij een overeenkomstig de verordening bij haar aangemelde concentratie wordt verboden, niet baseren op een vermoeden dat dergelijke strategieën zullen worden toegepast, zoals zij in de bestreden beschikking heeft gedaan (zie punten 154-162 supra).Van de mogelijke wijzen van hefboomwerking kan het Gerecht derhalve enkel die in aanmerking nemen welke althans waarschijnlijk geen misbruik van een machtspositie op de markten van aseptisch karton vormen.

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

220 Naar uit de bestreden beschikking blijkt, heeft Tetra de Commissie voorts verzocht rekening te houden met haar bestaande verplichtingen ingevolge artikel 3, lid 3, van beschikking 92/163/EEG van de Commissie van 24 juli

1991 inzake een procedure op grond van artikel [82] van het [EG]-Verdrag (IV/31.043 — Tetra Pak II) (PB 1992, L 72, blz. 1). Die bepaling luidt:

„Tetra Pak past geen op het uitschakelen van concurrentie gerichte noch discriminerende prijzen toe en verleent geen enkele klant in welke vorm dan ook gunstigere kortingen voor haar product of gunstigere betalingsvoorwaarden die niet door een objectieve tegenprestatie zijn gerechtvaardigd. Zo mogen de kortingen voor kartons alleen betrekking hebben op kwantumkortingen bij de bestelling, die niet met die voor kartons van een ander type mogen worden gecumuleerd."

221 Tetra heeft dus duidelijk te kennen gegeven, dat zij de bijzondere verplichtingen die artikel 82 EG haar in verband met haar machtspositie op de markten van aseptisch karton oplegt, volledig zal nakomen. Ook heeft zij opnieuw verklaard, dat zij alle verplichtingen aanvaardt die haar na de vaststelling van een schending van artikel 82 EG bij beschikking 92/163 met betrekking tot die markten zijn opgelegd. Bovendien heeft zij zich in de onderhavige zaak verbonden geen gecombineerde aanbiedingen van haar eigen kartonproducten en SBM-machines van Sidel te doen.

222 De enige gebonden verkopen of koppelverkopen die in de praktijk voor de nieuwe entiteit nog mogelijk zijn, zouden aanbiedingen van Tetra aan haar huidige afnemers op de kartonmarkt zijn, die, zonder verplicht of dwingend te zijn, slechts betrekking zouden kunnen hebben op kartonverpakkingsinstallaties en/of kartonnen producten enerzijds en PET-verpakkingsinstallaties met uitzondering van SBM-machines anderzijds. Hoewel de Commissie in de bestreden beschikking (punten 177 en 369 van de considerans) en in haar schriftelijke en mondelinge opmerkingen het belang beklemtoont van het feit dat de nieuwe entiteit nagenoeg alle voor de inrichting van een geïntegreerde PET-productielijn noodzakelijke uitrusting zal kunnen aanbieden, moet hierbij wel worden opgemerkt, dat uit de verbintenissen volgt, dat de nieuwe entiteit een afnemer geen gecombineerd aanbod zal kunnen doen voor kartonverpakkingsinstallaties en een geïntegreerde PET-productielijn, althans voorzover deze laatste een SBM-machine van Sidel zou omvatten.

223 Ook al berust de conclusie in de bestreden beschikking over de prijsdiscriminatie die in het verleden door Sidel zou zijn toegepast, afgaande op de schrifturen van partijen en de opmerkingen van de Commissie betreffende de eraan ten grondslag liggende econometrische analyse, niet op een kennelijke beoordelingsfout, toch vormt zij geen voldoende zeker bewijs, dat de nieuwe entiteit met een dergelijke gedraging zal voortgaan. Anders dan Sidel vóór de concentratie, is die immers niet slechts aan haar verbintenissen gebonden, maar ook aan de diverse verplichtingen die het gedrag van Tetra inperken.

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

225 Bij dat onderzoek moet onderscheid worden gemaakt tussen de diverse markten van PET-installaties en de meer specifieke markten van SBM-machines.

iv) De voorzienbare gevolgen van hefboomwerking op de markten van PET-installaties met uitzondering van SBM-machines

Opmerkingen vooraf

226 Verzoekster mag dan bezwaar hebben tegen het feit dat de Commissie uitgaat van een afzonderlijke markt voor elke groep van gevoelige producten die zowel in karton als in PET kan worden verpakt (zie punten 45 en 188 van de considerans),

uit de bestreden beschikking blijkt niettemin duidelijk, dat de keuze van de Commissie om zich in haar analyse tot bedoelde gevoelige producten te beperken, op de omstandigheid berust, dat het op het moment althans technisch mogelijk is die producten zowel in PET als in karton te verpakken, en dat wegens de verwachte toename van het gebruik van PET de omschakeling van karton op dit materiaal voorzienbaar is. De Commissie besluit haar analyse van de hefboomwerking met de conclusie, dat de „leidende positie" van de nieuwe entiteit „op de markt van PET-verpakkingsinstallaties [...] tot een machtspositie" zal worden uitgebouwd (punt 389 van de considerans). Aangezien die analyse betrekking heeft op machines voor het verpakken van gevoelige producten, dienen de gevolgen van een eventuele hefboomwerking op de verschillende in de bestreden beschikking genoemde markten van PET-installaties te worden onderzocht.

227 Hoewel de Commissie, blijkens de bestreden beschikking en haar toelichtingen daarop in het bijzonder ter terechtzitting, zich in de eerste plaats zorgen maakt over het mogelijke ontstaan van een machtspositie van de nieuwe entiteit op de markten van, met name, SBM-machines met grote capaciteit, wijst zij met nadruk op de mogelijkheid, dat de nieuwe entiteit een machtspositie zal verwerven op alle markten van PET-installaties waarop zij actief is. Aan de hand van objectieve gegevens betreffende die markten moet worden onderzocht, of er duidelijke aanwijzingen zijn die die verwachting aannemelijk maken.

228 Daar Tetra heeft aangeboden haar activiteiten op het gebied van PET-preforms van de hand te doen, gaat het hier om de markten van de barrièretechnieken, van aseptische en niet-aseptische PET-vulmachines en van sluitsystemen voor kunststofflessen. Daarnaast zullen Sidel's belangen op de markten van hulpapparatuur aandacht moeten krijgen, met name lopendebandsystemen en apparatuur voor distributieverpakkingen zoals „palletiseerders", op het belang waarvan de Commissie ter terechtzitting heeft gewezen als onderdelen van het aantrekkelijke geheel van producten (en diensten), dat de nieuwe entiteit zal kunnen aanbieden.

Barrièretechnieken

229 In de bestreden beschikking wordt voornamelijk de positie van de partijen bij de concentratie op het gebied van de plasmatechnologie onderzocht, die bij PET-flessen met behulp van speciale machines wordt toegepast in een aparte fase na het spuitgieten van de fles (punt 272 van de considerans). Deze aanpak is verdedigbaar en wordt door verzoekster in principe niet betwist. Hij is gebaseerd op het door de Commissie in verband met de aangemelde concentratie verrichte marktonderzoek, waaruit blijkt, dat volgens de wijdverbreide mening in de sector niet de meerlagentechnologie zoals die welke Tetra onder de naam „Sealica" aanbiedt, de „superieure" techniek van de toekomst is, doch de plasmatechnologie. Wat moet worden onderzocht, is dus de positie van de partijen op het gebied van de plasmatechnologie en de voorzienbare conglomeraateffecten van de aangemelde concentratie voor die positie.

230 De Commissie erkent, dat Sidel tot nu toe niet veel succes met haar zogenoemde „Actis"-techniek heeft gehad (punt 273 van de considerans). Voorts weerspreekt zij niet verzoeksters vaststelling ter terechtzitting, dat die techniek in de eerste plaats bedoeld was voor het verpakken van bier en dat Sidel bij de ontwikkeling ervan op problemen is gestuit. De Commissie heeft zich ertoe beperkt, het belang — althans voor sappen — van de in dezelfde paragraaf van de considerans genoemde „Actis Lite"-techniek te beklemtonen. Wat Tetra betreft, noemt de Commissie twee verschillende technieken (punt 274 van de considerans), en wel een plasmatechnologie, „Glaskin", en Sealica, daarbij verwijzend naar de commerciële beslissing om laatstgenoemde techniek op te geven, welke beslissing overigens nadien in een van de verbintenissen is vastgelegd. Zij stelt vast, dat „op de totale markt van barrièretechnieken de combinatie van de technieken van de partijen de nieuwe entiteit een marktaandeel zou bezorgen van [10 à 20 %] in termen van het aantal in 2000 gefabriceerde flessen met barrière" (punt 275 van de considerans). Ter terechtzitting heeft zij gepreciseerd, dat deze schatting gebaseerd is op die van de partijen bij de concentratie (punt 156 van de aanmelding), maar met uitsluiting van bepaalde zogenoemde „éénlaag"-technieken (dat wil zeggen verbeterde kunststof met barrière-eigenschappen), ofschoon deze volgens de partijen moeten worden meegerekend (punten 192 en 195 van de considerans, en voetnoten 93 en 95).

231 Volgens de Commissie is de betrokken markt technisch echter zo ingewikkeld, dat zij de bewering van de partijen bij de concentratie, dat een combinatie van Sidel's Actis-techniek en Tetra's Glaskin-techniek weliswaar mogelijk is, maar niettemin geen „superieure" verbeterde plasmatechnologie zal opleveren, kan bevestigen noch ontkennen (punt 279 van de considerans). Niettemin concludeert zij, dat „de combinatie van de technieken van de partijen" de positie van de nieuwe entiteit „aanmerkelijk zou verbeteren, maar niet in die mate, dat een machtspositie op die markt in het leven zou worden geroepen" (punt 282 van de considerans).

232 Naar het oordeel van het Gerecht is het duidelijk, dat een marktaandeel van [10 à 20 %] lang geen machtspositie op de betrokken markt oplevert. Opgemerkt zij hier, dat in punt 15 van de considerans van de verordening wordt verklaard, „dat van concentraties die, wegens het beperkte marktaandeel van de betrokken ondernemingen, een daadwerkelijke mededinging niet kunnen belemmeren, kan worden vermoed dat zij met de gemeenschappelijke markt verenigbaar zijn; dat [...] zulk een indicatie aanwezig is wanneer het marktaandeel van de betrokken ondernemingen [...] 25 % [niet] overschrijdt". Met de mogelijke uitzondering van diverse verwijzingen naar de financiële kracht van de nieuwe entiteit en de reputatie van vermeende uitgebreide onderzoeksprogramma's van Tetra en Sidel, op het belang waarvan de Commissie ter terechtzitting enkele malen heeft gewezen, bevat de bestreden beschikking geen enkel nader gegeven dat de stelling van de Commissie zou kunnen rechtvaardigen.

233 In de bestreden beschikking wordt immers niet aangetoond, dat verzoekster er op die markt beter voorstaat dan haar verschillende concurrenten. In de aanmelding hebben de partijen bij de concentratie verklaard, dat er ten minste 20 feitelijke of potentiële concurrenten zijn, die voor zichzelf, samen met anderen of op basis van licenties op zoek zijn naar een succesvolle techniek. Bij die concurrenten zijn ondernemingen wier hulpbronnen vergelijkbaar zijn met die van de nieuwe entiteit. Het Gerecht stelt vast, dat de bestreden beschikking de juistheid van die informatie voor het wezenlijke bevestigt (zie, in het bijzonder, punten 69 en 87 van de considerans).

234 In deze omstandigheden zal een onderneming of een combinatie van ondernemingen die op die markt actief zijn, daar uitsluitend een machtspositie kunnen

veroveren indien zij de „techniek van de toekomst" weet te ontdekken. De Commissie heeft derhalve een fout gemaakt door op basis van de gegevens waarnaar zij in de bestreden beschikking verwijst, te oordelen dat de gewijzigde concentratie de positie van de nieuwe entiteit ten aanzien van de barrièretechniek aanmerkelijk zou verbeteren.

235 Wat de markt van de barrièretechnieken betreft, volstaan de in de bestreden beschikking vermelde gegevens rechtens dus niet om aan te tonen dat, zo van de voorziene hefboomwerking gebruik werd gemaakt, de voorzienbare gevolgen daarvan de nieuwe entiteit in staat zouden stellen tegen 2005 een machtspositie op die markt te verwerven.

PET-vulmachines

236 Ten aanzien van PET-vulmachines blijft de Commissie bij de onderscheiding die zij in, onder meer, de zaak Tetra Pak II heeft gemaakt tussen aseptische en niet-aseptische vulsystemen (punten 201 en 204 van de considerans). Dit wordt niet betwist door verzoekster, die er trouwens op heeft aangedrongen, de PET-vulmachines over die twee verschillende productmarkten verdelen (punt 312 van de aanmelding, punt 200 van de considerans).

237 Hoewel aseptisch vullen mogelijk is met glazen flessen en potten en met PET- en HDPE-verpakkingen, is karton volgens de Commissie het meest gebruikte aseptische verpakkingsmateriaal (punt 46 van de considerans). Deze vulmethode wordt volgens haar hoofdzakelijk voor bepaalde gevoelige producten aangewend, „te weten sappen (of dranken op basis van sappen) en [VZP]", ofschoon deze producten „ook niet-aseptisch kunnen worden verpakt, in welk geval zij bij de distributie gekoeld moeten worden", terwijl „de meeste andere producten niet-aseptisch worden verpakt en bij hun distributie geen koeling nodig is"

(punt 47 van de considerans). Een belangrijk gedeelte van de door de Commissie in de bestreden beschikking als gevoelig aangemerkte producten, te weten die welke tot de „gedeelde productsegmenten" behoren (punt 45 van de considerans), wordt dus niet-aseptisch verpakt. Eerst moet dus worden onderzocht, welke positie de partijen bij de concentratie op de markt van niet-aseptische PET-vulmachines bezitten.

— Niet-aseptische PET-vulmachines

238 In de bestreden beschikking is maar weinig informatie over de markt van niet-aseptische PET-vulmachines te vinden. In de eerste plaats is er onder het kopje „Leidende positie van Sidel bij PET-verpakkingsinstallaties" een paragraaf (punten 249-255 van de considerans) over de „gedegen ervaring van Sidel op het gebied van het [...] niet-aseptisch vullen van PET-verpakkingen en innovatieve gecombineerde machines". In de tweede plaats stelt de Commissie vast, dat Sidel machines voor het niet-aseptisch vullen vervaardigt (punt 250 van de considerans). In de derde plaats wordt in verband met de gecombineerde machines, dat wil zeggen SBM-machines en vulmachines ineen, waarvan de werkwijze als innovatief wordt bestempeld (punt 243 van de considerans), verwezen naar Sidel's Combi-SRU-machine voor het ultraschoon niet-aseptisch vullen van gevoelige producten (punten 173 en 254 van de considerans). Volgens de bestreden beschikking (punt 84 van de considerans) heeft Sidel al drie van die combimachines naar de Verenigde Staten verkocht voor het afvullen van lang houdbare melk („extended shelf life"). Ten slotte wordt in de bestreden beschikking opgemerkt, dat Tetra niet actief is op de markt van niet-aseptische vulmachines en dat Sidel daar een marktaandeel van minder dan 10 % heeft (tabel 8, punt 299 van de considerans).

239 Uit deze gegevens volgt niet, dat de nieuwe entiteit, wier positie door de inbreng van Tetra niet in het minst zou worden versterkt, in staat zal zijn om tegen 2005, of wanneer dan ook, op die markt een machtspositie te veroveren. Ook al is Sidel, volgens de aanmelding zelf (punt 380), de eerste onderneming die een gecom-

bineerde niet-aseptische PET-machine voor gevoelige producten aanbiedt, en al blijkt uit de ter terechtzitting verstrekte gegevens duidelijk, dat die machines thans nagenoeg uitsluitend in dat segment worden gebruikt (wereldwijd 56 combimachines door diverse fabrikanten verkocht tegenover slechts twee machines voor aseptisch vullen — dat wil zeggen afgezien van lang houdbare melk — waarvan één door Sidel), niets in de bestreden beschikking laat de conclusie toe, dat deze voorsprong van Sidel door de concentratie zo spectaculair zal worden vergroot, dat zij tegen 2005 een machtspositie op de markt van niet-aseptische vulmachines zal bezitten. Daarbij komt, dat de technische problemen die voor het moment de ontwikkeling en verkoop van combimachines voor het aseptisch vullen belemmeren, zich bij niet-aseptische vulmachines niet voordoen. Zo heeft Tetra ter terechtzitting, door de Commissie onweersproken, verklaard dat bijna alle fabrikanten van niet-aseptische vulmachines ook al niet-aseptische combimachines aanbieden.

— Aseptische PET-vulmachines

240 Door middel van acquisities in 1999 zijn Tetra en Sidel beiden actief geworden op de markt van aseptische PET-vulmachines. Tussen 1998 en 2002 heeft die markt een sterke groei van [70 à 80 %] te zien gegeven en op grond van de in de aanmelding verstrekte gegevens meent de Commissie, dat daar in de komende jaren nog minstens [20 à 30 %] bij zal komen (punt 250 van de considerans). Uitgaande van de marktaandelen van Tetra en Sidel in het machinepark dat al in de EER is geïnstalleerd (welke aandelen in termen van capaciteit zijn berekend, omdat dat de betrouwbaarste methode is om hun werkelijke positie op de nieuwe, nog groeiende markt te bepalen), concludeert de Commissie, dat de nieuwe entiteit „een sterke positie op het gebied van aseptische PET-vulmachines zou innemen, omdat zij op die markt een van de drie belangrijkste spelers is, met een derde van de geïnstalleerde capaciteit, een eersteklas technologie voor het aseptisch vullen van PET, een gevestigde reputatie in die sector en een internationale verkooporganisatie" (punt 290 van de considerans). In haar

antwoorden op de schriftelijke vragen heeft de Commissie evenwel toegegeven, dat dat marktaandeel, om precies te zijn, niet boven [25 à 35 %] zal uitkomen. De „onbetwiste leider" op die markt, zo erkent zij, is Procomac met [... %] van de verkopen in de periode 1998-2000, waarmee zij goed is voor [30 à 40 %] van het in 2000 geïnstalleerde machinepark (punten 288 en 289 van de considerans). Zij erkent ook, dat van de 21 machines die in de eerste twee kwartalen van 2001 in de hele wereld zijn verkocht, er vijf door Procomac zijn verkocht tegen drie door Sidel (punt 289 van de considerans, voetnoot 121), en dat er sinds 1989 verscheidene concurrenten op die markt zijn bijgekomen, die „[40 à 50 %] van de nieuwe verkopen tussen 1998 en 2000 voor zich hebben opgeëist" (punt 288 van de considerans).

241 Om te beginnen moet worden vastgesteld, dat de bundeling van hun activiteiten op die markt Tetra en Sidel niet in staat zal stellen er meteen een leidende positie te verkrijgen, aangezien het momentane aandeel van Sidel door die bundeling slechts in relatief bescheiden mate (te weten [0 à 10 %]) wordt uitgebreid. Gelet op de sterkte van Procomac en de felle mededinging op de markt, vooral van de kant van nieuwkomers, is het, uitgaande van de bestaande marktaandelen van Tetra en Sidel, eveneens weinig waarschijnlijk dat de nieuwe entiteit zich in een betrekkelijk nabije toekomst door het uitoefenen van hefboomwerking vanuit de markten van aseptisch karton een machtspositie op die markt kan verwerven. Dit wordt door de Commissie in de bestreden beschikking althans stilzwijgend erkend, waar zij enkel spreekt over de „sterke positie" van de nieuwe entiteit op die markt (punt 290 van de considerans).

242 Toch zijn er in de bestreden beschikking een aantal elementen die steun zouden kunnen geven aan de stelling van de Commissie inzake het ontstaan van een machtspositie op die markt tegen 2005. Het betreft de interne analyse van Tetra, volgens welke er „voor een doortastend optredende onderneming een leiderspositie te veroveren valt" (punt 289 van de considerans onder verwijzing naar een document van Tetra in bijlage bij de aanmelding), en het bestaan van aseptische vulmachines van het type LFA-20 ON van Tetra en Combi SRA van Sidel (zie punt 130 supra).

243 Het enkele feit evenwel dat Tetra het mogelijk acht Procomac als marktleider te verdringen, heeft op zich, en zonder dat haar analyse door andere gegevens wordt

gestaafd, geen enkele bewijswaarde en in elk geval blijkt er geenszins uit, dat een dergelijke leidende positie vervolgens tot een machtspositie zou kunnen worden uitgebouwd. De Commissie beklemtoont weliswaar de enorme reputatie van Tetra op het gebied van aseptische kartonvulmachines, wat het althans voor Tetra's bestaande of vroegere afnemers op de markten van aseptisch karton, die op PET willen overgaan, aantrekkelijk kan maken om de door de nieuwe entiteit vervaardigde aseptische vulmachines te kopen, ook al is de kartontechnologie niet rechtstreeks overdraagbaar op PET-vulmachines, maar zij gaat in de bestreden beschikking niet in op de voorsprong die de onderneming Serac op dit gebied bezit en die, althans potentieel, van vergelijkbaar economisch belang is.

244 Volgens de aanmelding is Serac, in tegenstelling tot zowel Tetra als Sidel, een van de pioniers op het gebied van aseptische PET-vulmachines en heeft zij thans een erkende sterke positie op die markt met een aandeel van [... %] in 2000 (punten 244 en 250). Daarnaast heeft zij een leidende positie op de markt van aseptische HDPE-vulmachines met een marktaandeel van [... %] (punt 323). Aangezien de Commissie er in de bestreden beschikking op wijst, dat de technische verschillen die op het moment de markten van PET-vulmachines afgrenzen van de markten van HDPE-vulmachines, „in de toekomst kunnen vervagen" met de ontwikkeling van machines als de LFA 20 ON van Tetra, „waarmee men van aseptisch HDPE-vullen kan wisselen naar aseptisch PET-vullen, en omgekeerd" (punt 202 van de considerans), had zij ten minste de duidelijke voorsprong van Serac op dat gebied moeten onderzoeken, zeker nu Tetra een betrekkelijk bescheiden positie op de markt van aseptische PET-vulmachines heeft (punt 284 van de considerans) en althans tot de dag van de aanmelding geen aseptische HDPE-vulmachine had weten te verkopen, met mogelijke uitzondering van een op proef geplaatste machine (punt 322 van de aanmelding). Ook de LFA-20 ON verkeert overigens nog in het proefstadium (zie punt 130 supra).

245 De Commissie heeft in elk geval een fout gemaakt door geen onderzoek te doen naar een zo fundamenteel aspect als de intensiteit van de bestaande mededinging op de markt van aseptische PET-vulmachines, een markt die volgens haar niet weersproken verwachting een blijvende sterke groei te zien zal geven. Wat dit

punt betreft, wordt in de bestreden beschikking niet duidelijk gemaakt, hoe de nieuwe entiteit, door op geoorloofde wijze gebruik van de hefboomwerking te maken (zie punten 217-224 supra), andere nieuwe concurrenten de toegang tot die markt zou kunnen beletten. Met andere woorden, ook indien een toename van gecombineerde verkopen van SBM-machines met aseptische PET-vulmachines kon worden vastgesteld, is niet aangetoond, dat die toename zo sterk zou zijn, dat zij een bedreiging zou vormen voor de op die markt bestaande, in het bijzonder van Procomac uitgaande felle mededinging (zie punt 240 supra).

246 Mitsdien moet worden geconcludeerd, dat de prognose van de Commissie over het ontstaan van een machtspositie op de markt van aseptische vulmachines, niet aannemelijk is gemaakt.

247 Met betrekking tot aseptische PET-combimachines heeft de Commissie in de bestreden beschikking besloten ze niet als een afzonderlijke markt te behandelen (punt 175 van de considerans). Ofschoon er thans nog maar één machine van Sidel van dit type is geïnstalleerd, te weten de Combi SRA bij een Spaanse sappenfabrikant (punt 85 van de considerans), is het duidelijk, dat wegens de voordelen van deze machines (volgens de opsomming ervan in punt 174 van de considerans, vooral het feit dat zij minder plaats innemen en dat er minder personeel voor nodig is dan voor een klassieke PET-productielijn) de commerciële doorbraak ervan de bestaande positie van Sidel op de markt van aseptische PET-vulmachines zou versterken. Veel minder duidelijk is evenwel, dat die voordelen voor de nieuwe entiteit zouden volstaan om door de verkoop van machines van het type Combi SRA een machtspositie op genoemde markt te verwerven.

248 Dienaangaande moet worden opgemerkt, dat de Commissie de opmerkingen die verzoekster ter terechtzitting over die machines heeft gemaakt, op twee punten niet heeft tegengesproken. In de eerste plaats wees Tetra erop, dat een van de nadelen van de combimachines, die althans tot nu toe mede oorzaak is van de trage afzet ervan in de sector aseptische vulmachines, gelegen is in de noodzaak om de aseptie bij het vervangen van de mallen in stand te houden. In de tweede

plaats zijn die machines minder flexibel in het gebruik dan de combinatie SBM-machine en PET-vulmachine is een normale PET-productielijn.

249 Ook de verklaring van Tetra in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar, dat de combimachines van enkele grote concurrenten van de nieuwe entiteit, Krones en Procomac/Sipa, „grofweg dezelfde voordelen bieden", wordt door de Commissie in de bestreden beschikking niet betwist (punt 174 van de considerans). In haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar en nogmaals ter terechtzitting heeft Tetra voorts verklaard, dat de enige andere aseptische combimachine die al in Europa is geplaatst, door Procomac/Sipa is verkocht. Dit wordt in de bestreden beschikking niet betwist; in haar mondelinge opmerkingen heeft de Commissie enkel opgemerkt, dat het daarbij slechts om een „quasi-combi" gaat. Hoe dit ook zij, de Commissie zelf heeft de aandacht gevestigd op de actuele investeringen van diverse ondernemingen die op de markt van aseptisch vullen actief zijn, met het oog op de ontwikkeling van aseptische combimachines. Gezien het huidige niveau van mededinging op die markt, is het waarschijnlijk dat ten minste één van die grote concurrenten binnen niet al te lange tijd een met Sidel's Combi SRA vergelijkbare combimachine op de markt zal brengen.

250 Wat ten slotte de machines voor warm vullen betreft, waarvan het belang althans voor de Duitse markt door de Commissie ter terechtzitting is beklemtoond, zij in de eerste plaats opgemerkt, dat de Commissie in de bestreden beschikking erkent, dat deze machines „in de EER weinig worden gebruikt" (punt 171 van de considerans). Op een in de aanmelding (punt 315) geschat totaal van acht machines in de EER blijkt Sidel er slechts vijf te hebben verkocht. In de tweede plaats behoren deze machines volgens de Commissie niet tot een aparte markt naast die van de aseptische vulmachines. Het Gerecht stelt vast, dat machines voor het warm vullen slechts een zeer klein gedeelte van de markt van aseptische vulmachines vormen en dat het wegens de intrinsieke nadelen van die techniek (smaakverandering) weinig waarschijnlijk is, dat dat gedeelte veel groter zal worden. De Commissie kan het marktaandeel van de nieuwe entiteit bij machines voor warm vullen derhalve niet aanvoeren als bewijs, dat die entiteit in de toekomst een machtspositie op de markt van aseptische PET-vulmachines zal verwerven.

— Conclusie met betrekking tot PET-vulmachines

251 Wat de markten van aseptische en niet-aseptische PET-vulmachines betreft, volgt uit het voorgaande, dat de bestreden beschikking rechtens onvoldoende gegevens bevat die kunnen dienen tot het bewijs, dat door de totstandbrenging van de gewijzigde concentratie er in de toekomst, en uiterlijk tegen 2005, op genoemde markten waarschijnlijk een machtspositie in het leven zou worden geroepen, als gevolg van het uitoefenen van hefboomwerking hoofdzakelijk ten aanzien van Tetra's huidige afnemers van karton, die op PET willen overgaan.

Sluitsystemen voor kunststofflessen; PET-hulpapparatuur

252 Gelet op de betrekkelijk zwakke positie van Tetra op de markt van sluitsystemen voor kunststofflessen — haar marktaandeel bedraagt er slechts [10 à 20 %] (zie punt 44 supra), is het zeer onwaarschijnlijk, dat de verwachte hefboomwerking althans in een nabije toekomst voldoende zal zijn om die positie tot een machtspositie uit te bouwen. Weliswaar is Sidels bestaande positie op sommige markten van PET-hulpapparatuur sterker dan die van Tetra op genoemde markt van sluitsystemen, maar verzoeksters verklaring, dat de betrokken marktaandelen in het algemeen niet groter zijn dan [20 à 30 %] (punt 257 van de considerans), wordt door de Commissie niet betwist. Bovendien bevat de bestreden beschikking geen antwoord op de verklaring in de aanmelding, dat bedoelde apparatuur technisch niet erg ingewikkeld is en hoe dan ook gemakkelijk door tal van machinebouwers kan worden geleverd (punt 347).

253 Er is dus duidelijk geen bewijs geleverd voor de waarschijnlijkheid, dat er tegen 2005 op die markten een machtspositie ten gunste van de nieuwe entiteit zal ontstaan.

Algemene conclusie met betrekking tot de markten van PET-installaties met uitzondering van SBM-machines

254 Blijkens het voorgaande bevat de bestreden beschikking geen genoegzaam overtuigende gegevens die kunnen 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 zal ontstaan op de markten van barrièretechnieken, aseptische en niet-aseptische vulmachines, sluitsystemen voor kunststofflessen en hulpapparatuur.

255 Ter terechtzitting heeft de Commissie met kracht betoogd, dat de versterking van de positie van de nieuwe entiteit op de markten van PET-installaties door een cascade-effect uit de bestaande positie op de markt van SBM-machines zou voortvloeien. Deze analyse is in de bestreden beschikking echter niet geëxpliciteerd en dus niet rechtens genoegzaam onderbouwd. In elk geval is de voorzienbare positie van de nieuwe entiteit op de markten van PET-installaties met uitzondering van SBM-machines, zoals in het voorgaande vastgesteld, zo zwak, dat ook indien een dergelijk cascade-effect voorzienbaar was, het niet tot een fundamentele wijziging van die positie zou leiden.

256 Daar deugdelijke bewijzen ontbreken, moet worden geconcludeerd dat, voorzover het genoemde markten van PET-installaties betreft, niet is voldaan aan de eerste voorwaarde van artikel 2, lid 3, van de verordening.

257 Vervolgens moet worden ingegaan op de analyse van de Commissie over het ontstaan van een machtspositie op de markten van SBM-machines.

v) De markten van SBM-machines

Het generieke karakter van SBM-machines

258 Het eerste onderdeel van dit onderzoek betreft de aspecten die de Commissie ertoe brengen, specifieke deelmarkten van SBM-machines voor bepaalde gevoelige producten te onderscheiden, welk onderscheid door verzoekster op grond van het generieke karakter van die machines wordt betwist.

259 In de bestreden beschikking stelt de Commissie om te beginnen vast, dat het „zelfs in het geval van een als ‚generiek' bestempeld uitrustingsstuk als een SBM-machine gerechtvaardigd is de markt van die uitrusting aan de hand van de eindgebruiksegmenten te analyseren", en dat dit „nog meer het geval is wanneer men complete verpakkingssystemen vergelijkt om te bepalen, of zij al dan niet tot dezelfde productmarkt kunnen behoren" (punt 43 van de considerans). Vervolgens merkt zij op, dat elk vloeibaar product dat verpakt moet worden, „zijn eigen kenmerken heeft, die het al dan niet mogelijk maken een bepaalde verpakkingsvorm te gebruiken", om dan segmentatie naar eindgebruik te kiezen als analysemiddel om de markt van verpakkingsinstallaties voor vloeibare voedingsmiddelen te bestuderen (punt 44 van de considerans, aangehaald in punt 30 supra). De Commissie maakt dus onderscheid tussen de gevoelige producten van de „segmenten gedeelde producten" en de andere producten, waarvan de eerste althans technisch zowel in karton als in PET kunnen worden verpakt, terwijl de niet-gevoelige producten zoals mineraalwaters en koolzuurhoudende dranken niet geschikt zijn voor verpakking in karton (punt 58 van de considerans). Hoewel de Commissie accepteert, dat „de meeste SBM-machines ‚generiek' zijn" (punt 177 van de considerans), betoogt zij op dezelfde plaats, dat „een PET-verpakkingslijn, waarvan de SBM-machine maar een onderdeel is, meestal speciaal is afgestemd op de door de afnemer verpakte producten", in het bijzonder in het geval van gevoelige producten, en dit argument keert terug bij de

beoordeling van de gevolgen van de hefboomwerking (punt 369 van de considerans). Als voorbeeld noemt de Commissie de SRS G Combi-machine van Sidel, die is „ontworpen voor het verpakken van koolzuurhoudende dranken [en die] geen alternatief is voor een drankenproducent die sappen wil verpakken" (punt 177 van de considerans), die een aseptische Combi SRA-machine nodig heeft. Onder verwijzing naar haar mededeling van 9 december 1997 inzake de bepaling van de relevante markt voor het mededingingsrecht (PB C 372, blz 5, punt 43), stelt zij vervolgens vast, dat in de onderhavige zaak is voldaan aan de twee voorwaarden die normaal vereist zijn om het bestaan van een aparte groep van afnemers en dus van een enger omschreven productmarkt te kunnen vaststellen: de mogelijkheid om precies te bepalen tot welke groep een bepaalde afnemer behoort op het moment waarop hij een SBM-machine koopt, en het feit dat handel tussen afnemers of arbitrage door derden met betrekking tot die machines niet mogelijk is (punt 178 van de considerans).

260 Het Gerecht stelt om te beginnen vast, dat het accent dat in de bestreden beschikking op de gevoelige producten van de „segmenten gedeelde producten" wordt gelegd, op een objectief criterium berust, te weten het feit dat die producten in karton worden verpakt, terwijl het althans technisch ook mogelijk is ze in PET te verpakken, een mogelijkheid die, gelet op de te verwachten groei (zie punten 201-216 supra), tegen 2005 waarschijnlijk een tamelijk wijd verbreide commerciële realiteit zal zijn, ten minste voor KDV en thee/koffiedranken.

261 Toch verschaft de bestreden beschikking geen voldoende deugdelijke bewijzen voor de vermeende bijzondere kenmerken van SBM-machines voor het verpakken van gevoelige producten. Het is stellig juist, dat een speciaal voor het afvullen van koolzuurhoudende dranken ontworpen combimachine niet geschikt is voor het afvullen van sappen, maar dit bewijst nog niet, dat kleine en grote SBM-machines, ook wanneer zij vóór de verkoop op de wensen van de kopers zijn afgestemd, geen generieke machines meer zijn, zoals verzoekster betoogt, dat wil zeggen geschikt voor het verpakken van diverse soorten producten.

262 Wat de specificiteit van de, op elke product afgestemde, verpakkingsmallen betreft, waarop de Commissie zich beroept, betwist verzoekster niet, dat het aantal mallen bepalend is voor de capaciteit van de machine, maar die specificiteit

bewijst niet, dat SBM-machines, waarvan de mallen slechts een onderdeel zijn, zich duidelijk van elkaar onderscheiden. Volgens de aanmelding is de levensduur van een mal ongeveer drie jaar en die van een SBM-machine vijftien jaar (punt 304). Sidel vervaardigt haar eigen mallen, maar in de bestreden beschikking wordt niet de juistheid betwist van de mededeling in de aanmelding, dat Sidel niet op de mallenmarkt actief is (als leverancier van mallen aan derden) en dat er op die markt een sterke mededinging bestaat tussen de ondernemingen die er wel actief zijn, in het bijzonder SIG, die er, naar zij op haar internetsite beweert, een leidende positie inneemt (punt 309).

263 Evenmin wordt in de bestreden beschikking twijfel uitgesproken over de verklaring in de aanmelding, dat een afnemer in een grote installatie verscheidene SBM-machines kan combineren om aan de verschillende eisen van zijn productie te voldoen. De bestreden beschikking gaat niet in op de vraag, of de door bepaalde afnemers verlangde flexibiliteit in het gebruik van de mallen van SBM-machines in samenhang met die variërende productie-eisen moet worden gezien.

264 In haar verweerschrift noemt de Commissie een aantal wijzigingen die aan een SBM-machine kunnen worden aangebracht om haar prestaties te verbeteren of haar nut in een geïntegreerde PET-productielijn te vergroten, zoals de inbouw van een speciaal luchtfiltersysteem of bestraling met ultraviolet licht om verontreiniging vóór de invoer van de preforms te voorkomen. Ter terechtzitting heeft de Commissie gepreciseerd, dat uit die wijzigingen blijkt, dat een SBM-machine die in een PET-lijn wordt gebruikt, zeer bijzondere kenmerken heeft, waaraan in de bestreden beschikking wordt gerefereerd (punt 177 van de considerans). Tetra protesteert tegen de methode van de Commissie om de bijzondere kenmerken van andere onderdelen van een PET-lijn aan de SBM-machines toe te schrijven; zij wijst er evenwel op, dat die wijzigingen niet meer dan 5 % van de prijs van een SBM-machine uitmaken.

265 In de eerste plaats moet worden vastgesteld, dat die gegevens in de bestreden beschikking volledig ontbreken. Weliswaar wordt daar terecht het belang beklemtoond van de bijzondere eisen van afnemers die, met name, een aseptische

PET-vulinstallatie nodig hebben — in wezen een garantie van asepsie —, maar dit kan niet de aanname rechtvaardigen, dat er een aparte deelmarkt bestaat van SBM-machines voor gebruik in een productielijn voor het afvullen van de betrokken gevoelige producten. Het enkele feit dat een SBM-machine slechts nut heeft voor de koper wanneer zij in een PET-productielijn is geïnstalleerd, kan geen reden zijn om de bijzondere kenmerken van de andere onderdelen van die productielijn, in het bijzonder die van het aseptisch vullen van PET-flessen, aan de SBM-machines zelf toe te schrijven.

266 Een reden te meer om het generieke karakter van SBM-machines te erkennen, is dat de Commissie ter terechtzitting niet in staat was de bewering van Tetra te weerleggen, dat de kosten van eventuele wijzigingen om een SBM-machine geschikt te maken voor gebruik in combinatie met aseptische en niet-aseptische PET-vulmachines, en eventueel met aseptische vulmachines die tussen PET en HDPE kunnen wisselen, relatief gering zijn, met name in het geval van SBM-machines met grote capaciteit.

267 Voorts staat tussen partijen vast, dat combimachines, waarvan het gebruik voor aseptisch vullen zeer beperkt blijft (zie punten 248 en 249 supra), geen aparte markt vormen, zoals ook uit de bestreden beschikking blijkt.

268 Wat de mogelijkheid betreft, om al bij de aankoop van een SBM-machine precies te bepalen tot welke categorie de betrokken afnemer behoort en of hij op dat moment in de EER door arbitrage tussen de beschikbare aanbieders een betere prijs zou kunnen bedingen, is het duidelijk dat die mogelijkheid, zo zij zich al voordoet, evenzeer bij SBM-machines voor niet-gevoelige producten zou bestaan als bij machines voor gevoelige producten. Dat de nieuwe entiteit zal kunnen vaststellen tot welke categorie een afnemer behoort, komt doordat veel afnemers op de kartonmarkt die op PET overgaan, thans afnemers van Tetra zijn. Dit mogelijke voordeel, dat de nieuwe entiteit als eerstkomer op de markt naar

verwachting zal hebben, sluit echter niet uit, dat die afnemers zich tot andere leveranciers van SBM-machines kunnen wenden, indien de door de nieuwe entiteit geboden condities hun niet meer aanstaan.

269 De Commissie heeft dus een fout gemaakt door op basis van de in de bestreden beschikking vermelde gegevens in de eerste plaats vast te stellen dat de meeste SBM-machines „generiek" zijn (punt 177 van de considerans), en in de tweede plaats onderscheid te maken naar hun eindgebruik. De bestreden beschikking levert immers onvoldoende aanwijzingen voor het bestaan van verschillende deelmarkten van SBM-machines naargelang van hun eindgebruik. De enige te onderscheiden deelmarkten zijn derhalve die van SBM-machines met kleine en die met grote capaciteit.

De voorzienbare uitsluitingseffecten

270 De twee markten die de Commissie bij SBM-machines onderscheidt, laten grote verschillen zien ten aanzien van het niveau en de kracht van de bestaande mededinging waarmee Sidel op die markten wordt geconfronteerd. Het hefboomeffect dat de nieuwe entiteit vanuit de kartonmarkten op de markten van SBM-machines met kleine respectievelijk grote capaciteit kan uitoefenen, moet daarom voor elk van die markten afzonderlijk worden onderzocht.

— De markt van SBM-machines met kleine capaciteit

271 Zoals eerder gezegd (punt 128 supra), zal Sidel's huidige aandeel in de markt van kleine SBM-machines door de concentratie geenszins worden vergroot. Tegen de achtergrond van Tetra's verbintenis om afstand te doen van Dynaplast, dat op die

markt actief is, vormt de conclusie in de bestreden beschikking, dat de nieuwe entiteit „lang niet de voornaamste speler" op die markt zou zijn en dat „er verscheidene concurrenten op de markt zouden blijven bestaan, zij het met geringe marktaandelen van maximaal [10 à 20 %]" (punt 269 van de considerans), geen overtuigend bewijs, dat de nieuwe entiteit in de toekomst waarschijnlijk een machtspositie op die markt zal verkrijgen. Onder verwijzing naar haar vaststelling in de bestreden beschikking, dat Sidel's concurrenten van de markt van kleine SBM-machines verdreven zouden kunnen worden (punt 370 van de considerans), houdt de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen staande, dat zij niet behoeft aan te tonen dat Sidel's concurrenten van de markt zullen worden uitgesloten, zolang maar duidelijk is dat zij gemarginaliseerd zullen worden. Ter terechtzitting heeft zij beklemtoond, dat de nieuwe entiteit door een cascade-effect van de aangemelde concentratie in staat zou zijn een machtspositie op die markt te verwerven, gelet op de spreiding van de concurrenten van Sidel en de leidende positie die deze al in bepaalde marktsegmenten heeft, bijvoorbeeld bij machines met kleine capaciteit die tegen de top van dat segment zitten en met rotatietechniek zijn uitgerust, dat wil zeggen de techniek die men bij alle machines met grote capaciteit vindt, met uitzondering van die van Sasib, een onderneming die onlangs door SIG is overgenomen en waarvan de machines gebruik maken van een lineaire techniek met twee fasen en een capaciteit hebben van [...] f/u (punt 48 van de aanmelding).

272 Bij het onderzoek van de conclusie van de Commissie betreffende die markt dient men uit te gaan van het marktaandeel dat de nieuwe entiteit na de concentratie zou hebben. In de bestreden beschikking zegt de Commissie, 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). De Commissie beklemtoont, dat de concurrenten, waarvan ADS met een marktaandeel van ongeveer [10 à 20 %] de belangrijkste is, „veel kleiner" zijn dan Sidel. Waar de Commissie elders in de bestreden beschikking spreekt van de „koppositie, met [60 à 70 %] van de SBM-machines", die Sidel thans zou innemen, heeft zij kennelijk geen rekening gehouden met Tetra's verbintenis met betrekking tot Dynaplast (punt 370 van de considerans).

273 In de aanmelding wordt verklaard, dat in de periode 1998 tot en met 2000 Sidel's marktaandeel bij kleine SBM-machines steeds onder 40 % lag, en dat het bij dit

aandeel en dat van Tetra — die door de verwerving van Dynaplast, dat in 2000 met 24 % zijn grootste marktaandeel bereikte, op die markt was doorgedrongen — slechts om „ramingen" ging, die best te hoog zouden kunnen zijn (punt 56 van de aanmelding). De partijen bij de concentratie noemen de namen van een twaalftal andere concurrenten die, zo zeggen zij, alle in staat waren SBM-machines te leveren die aan de eisen van willekeurig welke koper van machines met kleine capaciteit voldeden, hetgeen volgens hen duidelijk maakt, dat de mededinging op de betrokken markt zowel omvangrijk als fel was (punten 57 en 71 van de aanmelding). In haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar (punt 51) merkt Tetra voorts op, dat nadien, in 2001, nog twee andere sterke concurrenten hun intrede op de markt hebben gedaan, waarvan één, Uniloy, een leidende positie op de markt van EBM-machines bezit, terwijl de andere, Husky, op de markt van preformmachines een vergelijkbare positie inneemt, waarvan het belang in de bestreden beschikking wordt erkend (punt 321 van de considerans, voetnoot 138).

274 Met veronachtzaming van deze alleszins relevante gegevens wordt in de bestreden beschikking zonder nadere precisering gezegd, dat Sidel sinds 1998 een teruggang van „slechts [0 à 10 %]" op de markt van machines met kleine capaciteit heeft geboekt (punt 238 van de considerans). Dit ene gegeven kan niet de conclusie van de Commissie wettigen, dat de mededinging waaraan de nieuwe entiteit het hoofd zou moeten bieden, in het bijzonder zonder de middelen en capaciteiten van Dynaplast, onbetekenend was. Verder schenkt de Commissie in de bestreden beschikking noch in haar schriftelijke opmerkingen ook maar enige aandacht aan wat er waarschijnlijk met het — tot 2000 steeds groeiende — marktaandeel van Dynaplast zou gebeuren. In antwoord op vragen van het Gerecht over de activiteiten van Dynaplast, die in de betrekkelijk korte tijd dat zij in handen van Tetra was (1994-2000), een relatief groot marktaandeel had veroverd, betoogde de Commissie ter terechtzitting, dat dat aanvankelijke succes aan de financiële kracht van Tetra te danken was en aan het feit dat Tetra interessante gecombineerde aanbiedingen van SBM-machines en PET-preforms kon doen. Welnu, door Tetra's verbintenis om zich van haar activiteiten op het gebied van preforms te ontdoen, en het feit dat Sidel zich niet op de preformmarkt beweegt, zou de nieuwe entiteit zich niet meer van die strategie kunnen bedienen. Deze beperking zou niet voor haar concurrenten gelden, in het bijzonder niet voor de nieuwkomer Husky, de Canadese wereldmarktleider voor preformmachines.

275 De bestreden beschikking bevat geen gegevens waaruit blijkt, dat de nieuwe entiteit in staat zou zijn een bijzonder groot gedeelte van de vroegere afnemers van Dynaplast aan zich te binden of met andere middelen in een nabije toekomst, met name in de periode tot 2005, voldoende nieuwe afnemers te werven om een machtspositie op de markt van SBM-machines met kleine capaciteit te veroveren. Gezien de omvang en de toename van de bestaande mededinging op die markt valt een dergelijke positie stellig ook niet te verwachten.

276 Wijzend op het belang van Sidel's positie op de markt van machines met grote capaciteit en de verkoop van SBM-machines met kleine capaciteit althans gedeeltelijk gelijkstellend met het verpakken van niet-gevoelige producten, beklemtoont de Commissie in haar schriftelijke en mondelinge opmerkingen de macht van de nieuwe entiteit „op de PET-markten van de toekomst (dat wil zeggen de markten van ‚gevoelige' producten)" (punt 369 van de considerans). Volgens de bestreden beschikking zou het marktaandeel van de nieuwe entiteit op „de markt van SBM-machines (ongeacht het type gebruik) [...] slechts een klein marktaandeel voor de concurrentie overlaten", terwijl „de markten van [...] niet-gevoelige producten verzadigd zijn en [...] nog maar weinig zouden groeien" (punt 370 van de considerans). De conclusie met betrekking tot die verzadiging is gebaseerd op een vermelding in het jaarverslag van Sidel over 1999 en een studie van BNP-Paribas over Sidel van 9 oktober 2000.

277 Het belang van de markt van machines met kleine capaciteit mag echter noch in het algemeen noch met betrekking tot gevoelige producten worden onderschat. Uit het dossier blijkt, dat er tot nu toe geen groot verschil bestaat tussen het gebruik van machines met kleine en die met grote capaciteit voor het verpakken van niet-gevoelige producten. Alles, aldus verzoekster ter terechtzitting, hangt van de behoeften van de afnemer af. Van alle thans in PET verpakte producten behoort 95 % tot de groep van niet-gevoelige producten. Niettemin bevat de bestreden beschikking geen analyse van de verdeling van kleine en grote SBM-machines over de verschillende productgroepen. Volgens de aanmelding worden machines met grote capaciteit in de regel verkocht aan grote bedrijven zoals [...], die grote hoeveelheden koolzuurhoudende dranken en mineraalwaters produceren (punt 93). In haar antwoord op de mededeling van punten van

bezwaar vermeldt Tetra, dat de snelste machine die Sidel ooit heeft verkocht, een capaciteit had van [...] f/u en in [...] verkocht is aan [...], die hoofdzakelijk mineraalwater produceert, en dat in genoemde mededeling over het hoofd wordt gezien, dat machines met kleine capaciteit behalve voor vele andere doeleinden ook voor het verpakken van gevoelige producten kunnen worden gebruikt (punt 45).

278 Het Gerecht is dus niet in staat de precieze omvang van de verkopen van SBM-machines met kleine en grote capaciteit voor het verpakken van niet-gevoelige producten te bepalen. Gezien het enorme volume van dergelijke producten dat al in PET wordt verpakt (volgens tabel 2 van punt 56 van de considerans meer dan 35 miljard liter mineraalwaters en koolzuurhoudende dranken in 1999), zal de verkoop van die twee typen machines voor het verpakken van niet-gevoelige producten ook na de totstandbrenging van de gewijzigde concentratie waarschijnlijk op een zeer hoog peil blijven. Dat de PET-markt voor die producten verzadigd zou zijn, is rechtens niet genoegzaam bewezen. Afgezien van het enorme marktpotentieel voor PET in de biersector, bevestigen de in de bestreden beschikking aangehaalde onafhankelijke onderzoeken, dat PET in het bijzonder bij het verpakken van mineraalwaters een gestage groei te zien zal geven. Er is derhalve geen enkel bewijs, dat de vraag naar SBM-machines met kleine capaciteit in de periode 2000 tot en met 2005 aanmerkelijk zal afnemen.

279 Ook met betrekking tot het verpakken van gevoelige producten is de analyse in de bestreden beschikking niet overtuigend. Volgens de door verzoekster in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar verstrekte gegevens worden machines met kleine capaciteit tot nu toe in veel of zelfs in de meeste gevallen voor gevoelige producten gebruikt. Volgens dat antwoord lag de gemiddelde snelheid van de voor het verpakken van die producten gebruikte machines van Dynaplast juist onder [...] f/u, en die van de machines van Sidel (althans voor sappen) bij [...] f/u (punt 45). Dat machines met kleine capaciteit worden gebruikt, komt volgens verzoekster, omdat de gevoelige producten thans „niche-producten" zijn en dat voor het merendeel ook zullen blijven, zodat er minder van wordt geproduceerd dan van de andere producten. Als antwoord daarop heeft de Commissie in de bestreden beschikking geconcludeerd, dat alle daarvoor gebruikte SBM-machines met een capaciteit van meer dan 8 000 f/u als

machines met grote capaciteit zijn te beschouwen en dat het gebruik van machines met kleine capaciteit aldus kan worden verklaard, dat wanneer afnemers voor het eerst een PET-verpakkingsinstallatie voor gevoelige producten aanschaffen, zij niet meteen een machine met grote capaciteit willen kopen (punten 184 en 185 van de considerans). Ook al is dit laatste niet kennelijk onjuist, het neemt niet weg, dat een groot gedeelte van de SBM-machines die voor gevoelige producten worden gebruikt, hoogstwaarschijnlijk machines met kleine capaciteit zullen zijn. Dat dit zo zal blijven, is, zoals verzoekster ter terechtzitting heeft betoogd, nog waarschijnlijker bij meer speciale dranken als thee/koffiedranken en KDV, waarvan het productievolume kleiner is dan van VZP en sappen en die daarom nog een zekere groei te zien zullen geven. Bij een aanzienlijk gedeelte van de tot 2005 te verwachten toename van PET-verpakkingen voor gevoelige producten zal het waarschijnlijk dus gaan om producten waarvoor machines met kleine capaciteit juist bijzonder geschikt zijn.

280 In de bestreden beschikking is het huidige en toekomstige gebruik van SBM-machines met kleine capaciteit derhalve niet op voldoende wijze geanalyseerd. Duidelijk is, dat met het vertrek van Tetra van die markt de positie van de nieuwe entiteit in wezen niet zal verschillen van de huidige positie van Sidel en dat deze er lang geen machtspositie zal innemen. Ook al blijft de nieuwe entiteit met een marktaandeel van [30 à 40 %] de grootste speler op die markt, zij zal er te maken krijgen met de mededinging van ten minste twaalf andere ondernemingen, nog gezwegen van de nieuwe concurrenten die juist hun intrede op de markt hebben gedaan (zie punt 272 supra).

281 De bestreden beschikking bevat dus geen deugdelijk bewijs voor de stelling, dat de nieuwe entiteit, door hefboomwerking ten aanzien van Tetra's huidige afnemers op de kartonmarkten, die een SBM-machine met kleine capaciteit of een PET-verpakkingslijn met een SBM-machine met kleine capaciteit willen kopen, in staat zou zijn haar concurrenten, in het bijzonder die wier cliënteel hoofdzakelijk uit producenten van niet-gevoelige dranken en bier bestaat, zo te marginaliseren, dat zij haar huidige positie tegen 2005 tot een machtspositie kan uitbouwen. Dit geldt te meer, nu een gecombineerd aanbod van de nieuwe entiteit niet een dergelijke machine kan omvatten.

282 Met betrekking tot het argument, dat de machtspositie op de markt van machines met kleine capaciteit door een cascade-effect kan worden verkregen, wanneer er eenmaal een machtspositie op de markt van machines met grote capaciteit is ontstaan, kan worden volstaan met vast te stellen, dat het Gerecht niet in staat is deze mogelijkheid te onderzoeken, daar een analyse ervan in de bestreden beschikking ontbreekt.

283 Wat de SBM-machines met kleine capaciteit betreft, moet de conclusie bijgevolg luiden, dat 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 heeft gemaakt.

— De markt van SBM-machines met grote capaciteit

284 Om te beginnen moet worden vastgesteld, dat de Commissie terecht de leidende positie van Sidel op die markt heeft beklemtoond. Met een marktaandeel van [60 à 70 %] in termen van capaciteit is zij, zoals de Commissie ter terechtzitting heeft opgemerkt, drie maal zo groot als elk van haar voornaamste concurrenten en bijna [45 à 55 %] groter dan alle concurrenten op die markt tezamen. Zij is dus met afstand marktleidster. Toch bezit zij geen machtspositie (punt 248 van de considerans) en wat deze markt betreft, is Tetra's inbreng in de nieuwe entiteit gelijk aan nul.

285 Eerst moet dus worden beoordeeld, of de entiteit die door de gewijzigde concentratie zou ontstaan, door een hefboomwerking ten aanzien van Tetra's huidige afnemers op de kartonmarkten tegen 2005 voldoende nieuwe afnemers op de PET-markt aan zich zou kunnen binden om een machtspositie op de markt

van SBM-machines met grote capaciteit te verwerven, en of de resterende mededinging in dat geval aanmerkelijk zou worden verzwakt.

286 Wat KDV en thee/koffiedranken en waarschijnlijk ook de duurdere soorten sappen betreft, zou de nieuwe entiteit haar afnemers op de kartonmarkten die voor een gedeelte van hun productie op PET willen overgaan, stellig gebundelde aanbiedingen van aseptische PET-vulmachines of combimachines met andere belangrijke onderdelen van een PET-productielijn, zoals sluitingen, kunnen doen. Ten aanzien van die producten zouden dergelijke aanbiedingen aanlokkelijk kunnen zijn, gelet op het belang dat de waarborg van aseptie voor bedoelde afnemers heeft, en Tetra's goede reputatie op het gebied van aseptisch vullen, vooral als leverancier van aseptische kartonverpakkingsinstallaties. Dat zou zeker het geval kunnen zijn, wanneer die afnemers langlopende contracten met Tetra hebben.

287 Er is echter een aantal factoren waardoor het voorzienbare belang van die voordelen minder wordt, en de meeste daarvan zijn in de bestreden beschikking niet op juiste wijze geanalyseerd.

288 In de eerste plaats wordt het voordeel van de „eerstkomer" in dit geval overschat. De voorzienbare toename van het gebruik van PET onder Tetra's huidige afnemers op de markten van aseptisch karton is niet erg groot (zie punten 201-216 supra). Zo is het weinig waarschijnlijk, dat de zuivelproducenten onder haar afnemers karton voor PET zullen verruilen, gelet op het ontbreken van een op commercieel bevredigende wijze toepasbare lichtbarrière en de hogere kosten van dit materiaal vergeleken met karton en HDPE (zie punt 34 supra). Zo er al massaal op kunststof zal worden overgegaan, ontbreekt er in de bestreden beschikking een passende verklaring, waarom dat dan niet geheel of grotendeels op HDPE zou zijn in plaats van op PET. Deze conclusie wordt nog versterkt door het feit, dat de Commissie niet meer spreekt over de waarschijnlijkheid van een sterke toename tegen 2005 van het gebruik van PET voor UHT-melk, een zeer belangrijk VZP-segment. Opmerkelijk is voorts, dat zowel volgens het onderzoek van Canadean als het onafhankelijke onderzoek van PCI het aandeel van wat

thans op de VZP-markt het belangrijkste concurrerend materiaal ten opzichte van karton is, te weten HDPE, tegen 2005 in de belangrijke segmenten UHT-melk en verse melk waarschijnlijk zal groeien.

289 In het bijzonder wat verse melk betreft, maakt de bestreden beschikking de verhouding tussen HDPE en PET niet goed duidelijk. Daar HDPE ongeveer 10 % goedkoper is, is het ten minste even waarschijnlijk, dat Tetra's huidige afnemers die voor een gedeelte van hun productie van verse melk op kunststof willen overgaan, eerder HDPE dan PET zullen kiezen. Verse melk is immers niet een product waarbij de voordelen die PET voor het in de handel brengen biedt, een bijzonder grote rol spelen. De bestreden beschikking verklaart ook niet, waarom Tetra, die op de HDPE-markt als converter actief is, haar afnemers liever op PET zou zien overgaan dan hun eenvoudig op basis van HTW-overeenkomsten aan hun eisen aangepaste HDPE-flessen te verkopen, zoals zij volgens de aanmelding (punt 236) thans in het Verenigd Koninkrijk doet. Daarbij moet ook worden bedacht, dat de nieuwe entiteit grote delen van een HDPE-productielijn zou kunnen leveren, zoals EBM-machines en al dan niet aseptische HDPE-vulmachines. Omdat bovendien de barrièretechniek voor verse melk niet van belang is, omdat deze gedurende de gehele distributie gekoeld blijft, kan men zich moeilijk voorstellen dat de nieuwe entiteit het uitoefenen van hefboomwerking ten aanzien van dit product als een nuttige strategie zou zien. Veel van haar concurrenten zouden immers zowel SBM-machines kunnen leveren als andere onderdelen van een niet-aseptische PET-productielijn, die een zuivelbedrijf dat voor zijn versemelkproductie van karton op PET wil overschakelen, nodig heeft.

290 Hoewel de Commissie bij sappen „een omvangrijke overgang van glas op PET en een meer beperkte overgang van karton op PET" verwacht (punt 148 van de considerans), ontbreekt elke analyse van de glasmarkt. Verzoekster betoogt echter, dat in het geval van die overgang met name haar concurrenten SIG, Krones en KHS (Klöckner), die alle drie op de markt van glas- en PET-verpakking

actief zijn, als „eerstkomers" een grote voorsprong hebben bij afnemers die van glas op PET overgaan. De Commissie heeft dus niet rechtens genoegzaam aangetoond, in hoeverre de nieuwe entiteit bij de in de periode 2001 tot en met 2005 te verwachten, maar naar omvang ongewisse toename van het gebruik van PET voor het verpakken van sappen het voordeel van „eerstkomer" zou hebben.

291 Met betrekking tot KDV en thee/koffiedranken staat vast, dat het volume verpakte producten tamelijk beperkt zal blijven. Zelfs met een toename tegen 2005 met 20 à 30 % bij KDV en 25 à 30 % bij thee/koffiedranken (dat wil zeggen tot een totaal van 1,8 miljard verpakte liters per jaar), zou het voordeel van de nieuwe entiteit als „eerstkomer" in termen van volume beperkt zijn. En hoewel de bestreden beschikking geen vraagteken plaatst bij de prognose van Canadean over het gebruik van karton in die segmenten (tegenover respectievelijk 42 en 53 % in 2000 een afname tot 37 en 46 % tegen 2005), legt zij niet uit, waarom een dergelijk toegenomen gebruik van PET de nieuwe entiteit in staat zal stellen, door hefboomwerking ten aanzien van Tetra's huidige afnemers op de kartonmarkten haar aandeel in de markt van SBM-machines met grote capaciteit voldoende te vergroten om een machtspositie te verwerven. Die bewijsvoering was te meer noodzakelijk, nu het ten minste waarschijnlijk is, dat in de nieuwe PET-productielijnen voor die niche-producten overwegend machines met kleine capaciteit zullen worden gebruikt, waarbij een zeer sterke mededinging bestaat (zie punten 271-283 supra).

292 In de tweede plaats zou de hefboomwerking als gevolg van Tetra's verbintenis om haar kartonproducten niet tezamen met SBM-machines aan te bieden, veel van haar effect verliezen. Het is immers denkbaar, dat een bestaande kartonafnemer van Tetra ingaat op een voordelige aanbieding voor een ander onderdeel van een PET-verpakkingslijn dan een SBM-machine, bijvoorbeeld het belangrijkste onderdeel daarvan, te weten de aseptische PET-vulmachine, maar de SBM-machine bij een van Sidel's huidige concurrenten koopt. Die optie zou hij

weliswaar niet hebben indien de gebundelde aanbieding een combimachine betrof, maar in de bestreden beschikking wordt niet aangetoond, dat het gebruik van die machines zich althans op de markt van aseptisch vullen — waar de gevolgen van de verwachte toename van het gebruik van PET in de segmenten gevoelige producten het grootst zouden zijn — zo sterk zou verbreiden, dat de nieuwe entiteit zich door de verkoop van combimachines in feite zou kunnen onttrekken aan haar verbintenis om geen gecombineerde aanbiedingen van kartonverpakkingsinstallaties en SBM-machines te doen.

293 In de derde plaats heeft de Commissie een fout gemaakt met haar vaststelling dat, afgezien van SIG, „geen enkele andere leverancier van verpakkingsinstallaties in staat zal zijn zowel karton- als PET-installaties aan te bieden" (punt 372 van de considerans). Volgens de bestreden beschikking zelf is een recent voorbeeld van de invoering van PET voor verse melk het Tsjechische zuivelbedrijf OLMA. Welnu, de leverancier van de betrokken „nieuwe PET-verpakkingslijn" is Elopak (punt 94 van de considerans). Verder wordt in de bestreden beschikking erkend, dat Elopak „zich met fabrikanten van PET-installaties heeft geassocieerd om in de vraag van zijn afnemers te voorzien" (voetnoot 146, punt 329 van de considerans). Duidelijk is dus, dat ten minste twee grote concurrenten van Tetra op de markten van kartonverpakkingsinstallaties al zowel karton- als PET-producten kunnen aanbieden en dit zonder de beperkingen in het scala van PET-producten, die voor de gebundelde aanbiedingen van de nieuwe entiteit zouden gelden. Met name gelet op de in de bestreden beschikking uitgesproken verwachting, dat de markten van karton- en PET-verpakkingsinstallaties zich meer en meer gaan overlappen, had een passende analyse van het potentiële belang van het voordeel van SIG en Elopak als „eerstkomers" niet mogen ontbreken.

294 In zijn beoordeling van de voorzienbare gevolgen van een door de nieuwe entiteit uitgeoefende hefboomwerking ziet het Gerecht zich eveneens belemmerd door het ontbreken van een passende analyse van de mededinging op de markt van machines met grote capaciteit, waaraan Sidel het hoofd moet bieden. De mededinging van de zijde van haar drie voornaamste concurrenten, SIG, SIPA en Krones, wordt immers onderschat. In drie jaar tijd (1997-2000) hebben deze drie concurrenten hun marktpositie van [10 à 20 %] kunnen versterken tot [35 à

40 %] en heeft elk hunner vergelijkbare nieuwe marktaandelen veroverd, wat stellig niet zonder betekenis is. Aangezien er op de markt dus steeds meer en, op zijn minst gezegd, vrij beduidende mededinging komt, had de bestreden beschikking meer gedetailleerd moeten ingaan op het vermogen van die mededinging om tegenwicht te bieden voor eventuele hefboompraktijken van de nieuwe entiteit.

295 Enkel de positie van SIG wordt, en dan nog summier, onderzocht. Volgens de bestreden beschikking mist SIG „het complete scala van PET-installaties, waarover de nieuwe entiteit zal beschikken", alsook „de barrièretechniek, die van wezenlijk belang is om tot de nieuwe segmenten van PET-producten door te kunnen dringen" (punt 372 van de considerans). Zonder — in casu ontbrekende — nadere precisering valt deze bewering niet overeen te brengen met de informatie in de aanmelding, waaruit onder meer blijkt, dat SIG een allesbehalve te verwaarlozen positie heeft op de markten van aseptische en niet-aseptische PET-vulmachines, bij deze laatste dankzij de recente overname van Sasib. Aangezien er voorts „meer dan twintig ondernemingen" (punt 87 van de considerans) zijn die over andere technische oplossingen beschikken voor de voor sappen benodigde zuurstofbarrière, maakt de bestreden beschikking in het geheel niet duidelijk, wat SIG zou beletten de nieuwe entiteit op die markt — waar de groei qua volume waarschijnlijk het grootst zal zijn — te beconcurreren. Voorzover die groei van het glas zou komen, zal SIG, in tegenstelling tot de nieuwe entiteit, het voordeel van „eerstkomer" hebben. Ter terechtzitting heeft de Commissie overigens niet betwist, dat SIG, zoals door verzoekster gesteld, eveneens over de voor KDV en thee/koffiedranken noodzakelijke barrièretechniek beschikt.

296 Daarenboven heeft Tetra in haar pleitnota's en mondelinge opmerkingen erop gewezen, dat SIG zich in een presentatie op het eerste wereldcongres over PET heeft voorgesteld als een onderneming die een complete lijn van PET-verpakkingsmachines kan leveren. Blijkens die presentatie zou SIG thans ook op de preformmarkt actief zijn, anders dus dan de nieuwe entiteit als gevolg van Tetra's verbintenis om haar activiteiten op het gebied van preforms af te stoten. Uit de

aanmelding blijkt voorts, dat SIG een zeer belangrijke positie op de markt van mallen voor SBM-machines inneemt en meer dan 50 jaar ervaring met het vervaardigen van mallen heeft (punt 309).

297 De Commissie heeft dus een fout gemaakt door op basis van de in de bestreden beschikking vermelde gegevens 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.

298 Ook moet in aanmerking worden genomen, dat SBM-machines met grote capaciteit zo goed als die met kleine capaciteit wel degelijk generiek zijn. De concurrenten van de nieuwe entiteit zouden dus belangrijke posities bij de verkoop van SBM-machines met grote capaciteit aan producenten van niet-gevoelige dranken en aan bierbrouwerijen kunnen innemen en daardoor weerstand kunnen bieden aan de hefboomwerking op de verkoop van dergelijke machines, die de nieuwe entiteit eventueel vanuit haar positie op de markten van aseptische kartonverpakkingsinstallaties zou uitoefenen. De conclusie in de bestreden beschikking, dat dat onmogelijk zou zijn, berust niet op rechtens overtuigende gegevens.

299 Omdat de hefboomwerking volgens de Commissie wegens de groei van de PET-sector in het bijzonder op de markt van machines met grote capaciteit te verwachten valt, moet er nog op worden gewezen, dat de voorzienbare groei in die sector zich voor een aanzienlijk deel bij bier zal voordoen. Het enkele feit dat bier niet in karton kan worden verpakt, is geen voldoende rechtvaardiging om dit bijzonder gevoelige product (volgens punt 41 van de considerans vereisen PET-verpakkingen voor bier zowel een licht- als een zuurstofbarrière) bij de bespreking van de ontwikkeling van de PET-markten volledig buiten beschouwing te laten. Dit geldt te meer, nu een toenemend gebruik van PET voor het verpakken van bier niet slechts door verzoekster, maar ook in het rapport Pictet wordt voorspeld.

300 In de aanmelding wordt de verwachting uitgesproken, dat in de komende vijf jaar het gebruik van PET in de biersector met ongeveer 10 % per jaar zal toenemen (punt 86). Zo 5 % van de wereldbierproductie op PET-verpakkingen overgaat, zou die markt een omvang krijgen van 15 miljard verpakkingen per jaar en daarmee vergelijkbaar worden met de huidige Europese markt van in PET verpakte koolzuurhoudende dranken (punt 15). Deze prognose wordt althans gedeeltelijk bevestigd door de onafhankelijke onderzoeken die de Commissie tot staving van haar eigen groeiprognoses voor de segmenten gedeelde producten aanhaalt. Zo staat volgens het rapport Pictet de uitgestrekte biermarkt op het punt zich open te stellen voor PET („the vast beer market is about to be opened for PET", blz. 10). Eveneens volgens de aanmelding wordt PET in Europa al voor het verpakken van bier gebruikt door enkele grote brouwerijen zoals [...], dankzij barrièretechnieken van het meerlagentype, die door concurrenten van Tetra en Sidel worden geleverd (voornamelijk Schmabach-Lubeca) (punten 119 en 157).

301 Daar bier echter niet in karton wordt verpakt, zou de nieuwe entiteit geen enkele mogelijkheid hebben om hefboomwerking uit te oefenen ten aanzien van de brouwerijen die van glas en blik op PET overgaan. Aangezien voorts enkele van haar grote concurrenten op de markten van SBM-machines [te weten SIG, Krones en KHS (Klöckner)] tevens op de markten van glazen en blikken verpakkingen actief zijn, zullen zij een „eerstkomer"-voordeel hebben bij de brouwerijen die voor een deel van hun productie op PET overgaan. Indien het tegen 2005 tot een aanmerkelijke toename bij bier komt, zullen de concurrenten van de nieuwe entiteit reden te meer hebben om op de markt van SBM-machines actief te blijven. In de bestreden beschikking ontbreekt echter elke analyse van het potentiële belang van dat vooruitzicht.

302 Daarbij komt nog, dat de barrièrebehandeling die voor het verpakken van bier in PET noodzakelijk is, volgens de aanmelding wellicht gewijzigd moet worden om ze te kunnen toepassen bij gevoelige producten van de segmenten gedeelde

producten, althans voor sappen (punten 119 en 157). Ter terechtzitting heeft verzoekster dit argument herhaald en betoogd, dat het gebruik van PET voor bier zeer moeilijke technische problemen opwerpt (onder meer het risico dat de koolstofdioxyde uit de verpakking ontsnapt), maar dat de techniek, nadat die problemen zijn opgelost, ook voor andere PET-toepassingen, zowel aseptische als niet-aseptische, kan worden ingezet. In de bestreden beschikking wordt ook dit potentieel zeer belangrijke aspect niet geanalyseerd.

303 In het kader van haar prognose met betrekking tot de andere gevoelige producten had de Commissie moeten uitleggen, waarom de mogelijke toename in de periode tot 2005 van het gebruik van PET voor het verpakken van bier geen rechtvaardiging opleverde voor een analyse van de invloed welke die toename kon hebben op de bereidheid van de nieuwe entiteit om gebruik te maken van een hefboomeffect ten aanzien van de gevoelige producten van de in de analyse van de Commissie omschreven segmenten gedeelde producten.

304 Ten slotte moet worden vastgesteld, dat verzoekster ter terechtzitting terecht de kwestie van de converters heeft aangesneden. Daar deze niet actief zijn op de markten van aseptisch karton, zou een op hefboomwerking gericht commercieel beleid van de nieuwe entiteit het hun niet al te lastig maken om in het kader van HTW-overeenkomsten PET-flessen, en eventueel ook SBM-machines die zij tevoren bij de fabrikanten hadden gekocht, te leveren aan producenten van gevoelige producten, daaronder begrepen bestaande klanten van Tetra op de kartonmarkten, die voor een deel van hun productie op PET zouden willen overgaan. De bestaande bedrijfstakstructuur, die een uitvloeisel is van de commerciële strategie van de leveranciers van PET-installaties om zich te concentreren op de verkoop van PET-installaties in plaats van complete productielijnen al dan niet met preforms aan te bieden, vergemakkelijkt de activiteit van de converters en wordt in de bestreden beschikking erkend (punten 293 en 294 van de considerans). Deze beschikking geeft geen verklaring, waarom een aanzienlijke stijging tegen 2005 van die verkopen van complete productielijnen door de nieuwe entiteit, vergeleken met het huidige niveau (20 % van Sidel's afzet van SBM-machines in 2001), zou volstaan om de converters te marginaliseren.

305 De Commissie betoogt evenwel, dat de converters voor hun aankopen van SBM-machines „in zekere mate" afhankelijk zijn van Sidel en dat zij „afhankelijk zullen blijven van de nieuwe entiteit" (punt 310 van de considerans). Ter terechtzitting heeft zij daaraan toegevoegd, dat de afwezigheid van de converters op de kartonmarkten een nadeel voor hen is, indien zij SBM-machines aan Tetra's huidige afnemers op de kartonmarkten willen verkopen. Gezien het niveau van de bestaande mededinging, ook op de markt van SBM-machines met grote capaciteit, is de conclusie over de afhankelijkheid van de converters van Sidel echter niet overtuigend. Zo de verkoopvoorwaarden van de nieuwe entiteit minder aantrekkelijk zouden zijn, kunnen de converters dergelijke machines altijd nog bij Sidel's huidige concurrenten, bijvoorbeeld bij SIG, kopen (zie punt 137 supra), terwijl 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.

306 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 de Tetra's bestaande afnemers op de kartonmarkten, die in genoemde periode voor het verpakken van gevoelige producten geheel of gedeeltelijk op PET willen overgaan.

Conclusie met betrekking tot de SBM-machines

307 De conclusie moet dus luiden, dat in de bestreden beschikking niet tot genoegen van recht wordt aangetoond, dat de nieuwe entiteit tegen 2005 een machtspositie

op de markten van machines met kleine en met grote capaciteit zou kunnen verwerven en dat aldus met betrekking tot die markten is voldaan aan de voorwaarden van artikel 2, lid 3, van de verordening.

vi) Algemene conclusie met betrekking tot de hefboomwerking

308 Uit het voorgaande volgt, 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 heeft gemaakt.

309 Nu met betrekking tot de door de Commissie voorziene hefboomwerking niet aan de voorwaarden van artikel 2, lid 3, van de verordening is voldaan, moet worden onderzocht of dit wel het geval is met betrekking tot de tweede zuil van de redenering van de Commissie, die de kartonmarkten betreft.

3. De tweede zuil: vermindering van de potentiële mededinging op de kartonmarkten

a) Opmerkingen vooraf

310 Volgens de bestreden beschikking zou de gewijzigde concentratie Tetra in staat stellen „haar bestaande machtspositie op de markt van kartonnen verpakkingen te versterken door een bron van sterke concurrentiedruk te elimineren" (punt 390

van de considerans). De vraag waarom het hier gaat, is dus of de Commissie, wanneer zij een concentratie wil verbieden op grond dat een bestaande machtspositie, in casu die van de acquirerende partij op de markten van aseptisch karton, erdoor zou worden versterkt, als argument mag aanvoeren, dat potentiële, maar toenemende mededinging van de zijde van de geacquireerde partij op een naburige markt, in casu die van Sidel, die een sterke positie op de PET-markten inneemt, wordt geëlimineerd of, zoals zij ter terechtzitting heeft gepreciseerd, ten minste in belangrijke mate wordt verzwakt.

311 De Commissie beroept zich op de arresten Tetra Pak II voor haar analyse inzake het belang van de verzwakking van een dergelijke potentiële mededinging. Ter terechtzitting heeft zij beklemtoond, dat de verbintenissen niets zouden afdoen aan de kwalijke gevolgen van die verzwakking voor de mededinging en dat Tetra zich dankzij de concentratie mogelijk heel wat minder bedreigd zal voelen op de markten van aseptisch karton, hetgeen zou neerkomen op een versterking van haar machtspositie, daar de mededinging op die markten toch al erg beperkt is.

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

b) Argumenten van partijen

313 Verzoekster merkt op, dat volgens de bestreden beschikking de markt van PET- en kartonverpakkingsinstallaties gescheiden blijven, met name wegens de zwakke kruiselasticiteit tussen de vraag naar en de prijs van de twee materialen. Volgens verzoekster zijn, en blijven, aspecten als verkoopeisen en barrièretechniek bepalend voor de keuze van de verpakking; die aspecten zullen ook in de toekomst een versterking van de kruiselasticiteit tussen de prijzen van PET en karton beletten.

314 De Commissie heeft het bij het verkeerde eind met haar argumenten over de strategieën die Tetra met de nieuwe entiteit zou kunnen volgen om haar machtspositie op de markten van aseptisch karton te versterken, in het bijzonder waar zij beweert, dat de nieuwe entiteit geneigd zou zijn haar prijzen op de kartonmarkten hoog te houden en haar innovatie-inspanningen op te geven.

315 De aangemelde concentratie betekent niet, dat er voor de nieuwe entiteit geen prikkel meer zou bestaan om de kartonprijzen te verlagen. In de eerste plaats is er immers het gevaar, dat kartonafnemers die op PET overgaan, zich tot een van de concurrenten van Sidel wenden, en in de tweede plaats zal de nieuwe entiteit stellig liever een kartonverpakkingssysteem dan een SBM-machine verkopen.

316 Evenmin zal de concentratie gevolgen hebben voor het innovatietempo op de kartonmarkten. In de eerste plaats zou het uitblijven van vernieuwingen bij karton in wezen de bestaande concurrenten van Tetra op die markten in de kaart spelen. In de tweede plaats vormen de voorkeur van de consumenten en de verkoopstrategieën, en niet de komst van PET op de markt, de voornaamste motor voor de innovatie in de kartonsector, zoals in het verleden is aangetoond.

317 Volgens de Commissie wordt er in de bestreden beschikking niet slechts van uitgegaan, dat de nieuwe entiteit enkel de erosie van haar macht op de kartonmarkten zou kunnen vertragen, maar wordt aangetoond, dat de aangemelde concentratie de overheersing van Tetra op die markten zou versterken (punt 399 van de considerans). Onder verwijzing naar de arresten Tetra Pak II betoogt de Commissie, dat het voorkómen van de verzwakking van een machtspositie waarvan een externe concurrentiebron zou profiteren, als een „versterking" in de zin van artikel 2 van de verordening kan worden geduid.

318 Ook al behoren karton- en PET-verpakkingssystemen niet tot dezelfde markt, zij kunnen in de toekomst wel convergeren en er bestaat thans al een belangrijke wisselwerking tussen de twee. Daar de markten van aseptisch karton in hoge mate geconcentreerd zijn, is de mededinging er al zo verzwakt, dat iedere verdere vermindering, ook door externe bronnen, aanzienlijke gevolgen kan hebben. Volgens de Commissie zullen PET en karton in de toekomst voor het verpakken van dezelfde producten worden gebruikt. Ook zonder dat de twee materialen tot dezelfde relevante productmarkt moeten behoren, oefent PET dus al druk op de markten van aseptisch karton uit.

319 Met betrekking tot het prijsbeleid van Tetra betoogt de Commissie, dat de nieuwe eenheid nog meer in staat zou zijn zich onafhankelijk van haar concurrenten op te stellen. De afnemers die van karton op PET willen overgaan, zou zij ook kunnen aantrekken wanneer zij de kartonprijzen hoog houdt of zelfs nog verhoogt, en dit nog zelfverzekerder dan Tetra zonder de concentratie zou kunnen doen. In elk geval zou de nieuwe eenheid een veel minder sterke prikkel hebben om te concurreren om marginale afnemers vast te houden, daar de meeste afnemers die Tetra op de kartonmarkt zou verliezen, waarschijnlijk naar Sidel zouden gaan.

320 Het innovatietempo in de kartonsector wordt tegenwoordig hoofdzakelijk door de mededinging van PET bepaald. Als Tetra haar afnemers speciale kartonnen verpakkingen levert, dan is dat om hen in staat te stellen te concurreren met in PET-flessen verpakte producten. De Commissie wijst in het bijzonder op het — ook in het onafhankelijke onderzoek van Warwick erkende — belang van de verhoogde productiesnelheid van kartonverpakkingssystemen, waardoor Tetra meer tegenwicht tegen de concurrentiedruk van PET kan bieden.

c) Beoordeling door het Gerecht

321 Alvorens de draagwijdte te onderzoeken van de potentiële concurrentie die door de gewijzigde concentratie zou kunnen worden geëlimineerd of verminderd, dient te worden geverifieerd of de door de Commissie aangehaalde arresten Tetra Pak II relevant zijn. Daarbij zij vooraf opgemerkt, dat de conclusie van de bestreden beschikking, dat Tetra nog steeds een machtspositie op de markten van aseptisch karton en een leidende positie op de markten van niet-aseptisch karton bezit, door verzoekster niet wordt betwist (zie punt 40 supra).

322 Zoals in de bestreden beschikking wordt betoogd (punten 224, 226 en 227 van de considerans), is er in principe geen enkele reden om de leer van de „verbonden markten", waarvan in het kader van de toepassing van artikel 82 EG in de arresten Tetra Pak II is erkend dat zij in uitzonderlijke gevallen van toepassing kan zijn, bij het toezicht op concentraties niet toe te passen. De analyse die aan de tweede zuil van de redenering van de Commissie ten grondslag ligt, betreft de versterking van Tetra's bestaande positie op de markten van aseptisch karton als gevolg van het wegvallen van de potentiële mededinging door Sidel op de naburige markten van PET-verpakkingsinstallaties. In de zaak die tot de arresten Tetra Pak II heeft geleid, ging het echter juist om een gedraging op de markten van niet-aseptisch karton, die uitzonderlijkerwijze een misbruik van Tetra's machtspositie op de markten van aseptisch karton opleverde in de zin van

artikel 82 EG, aangezien die twee markten „nauw verbonden" waren en Tetra zich „in een situatie bevond die gelijk kan worden gesteld met het bezit van een machtspositie op de gezamenlijke relevante markten" (arrest van 14 november 1996, Tetra Pak/Commissie, reeds aangehaald, punt 31).

323 In het onderhavige geval evenwel is de verwijzing naar de arresten Tetra Pak II niet ter zake dienend, omdat het hier eenvoudig gaat om de gevolgen van het wegvallen, dan wel de aanmerkelijke vermindering, van een potentiële mededinging die volgens de Commissie aanzienlijk is en toeneemt. Het volstaat hier eraan te herinneren, dat een van de criteria van artikel 2, lid 1, van de verordening, die de Commissie bij haar beoordeling van een aangemelde concentratie in acht moet nemen, „de structuur van alle betrokken markten en van de [...] potentiële mededinging van [...] ondernemingen" is. De Commissie heeft dus geen fout gemaakt door de betekenis te onderzoeken van een vermindering van de potentiële mededinging die van de markten van PET-installaties op de kartonmarkten uitgaat. Zij dient echter wel aan te tonen, dat zo er van een vermindering sprake is, dit tot versterking van Tetra's machtspositie tegenover haar concurrenten op de markten van aseptisch karton zal leiden.

324 Voor haar stelling, dat er als gevolg van de gewijzigde concentratie veel concurrentiedruk zal verdwijnen, gaat de Commissie hoofdzakelijk uit van de door haar voorziene sterke toename van het gebruik van PET voor het verpakken van gevoelige producten. Uit de bespreking van de eerste zuil, betreffende de hefboomwerking (zie punten 201-216 supra), blijkt evenwel, dat die toename behalve bij KDV en thee/koffiedranken waarschijnlijk veel minder uitgesproken zal zijn dan de Commissie denkt. In de bestreden beschikking zelf wordt erkend, dat de potentiële invloed van KDV en koffie/theedranken op de positie van karton wegens het geringere belang van die segmenten beperkter is dan die van de andere gevoelige producten (punt 393 van de considerans). Op basis van de in de bestreden beschikking aangevoerde gegevens kan dus niet met de ter rechtvaardiging van een concentratieverbod vereiste zekerheid 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.

325 Daarbij moet worden beklemtoond, 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 vaststaan. Zo is niet bewezen, dat wanneer de concurrentiedruk vanuit de PET-markten geheel of gedeeltelijk wegvalt, Tetra geneigd zal zijn de prijs van haar kartonnen verpakkingen niet te verlagen en van verdere innovaties af te zien.

326 Wat de prijsconcurrentie betreft, wordt immers in de bestreden beschikking niet afgedongen op het daarin aangehaalde onafhankelijke onderzoek van Warrick, volgens hetwelk „PET op het ogenblik 30 à 40 % duurder is dan karton" en dat „om op het niveau van de totale kosten te kunnen concurreren", de prijs van de PET-verpakking „5 à 10 % lager zou moeten zijn dan die van aseptisch karton om tegen de lagere distributiekosten van kartonverpakkingssystemen te kunnen opwegen" (punt 90 van de considerans).

327 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" (punt 397 van de considerans), 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" (punt 397 van de considerans), 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. De vaststelling, dat Tetra zonder de concentratie „haar positie [...] in bepaalde

gevallen verwoed zou verdedigen [door] een verlaging van de kartonprijzen" (punt 398 van de considerans), berust dus niet op deugdelijk bewijs. 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.

328 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 niet noodzakelijkerwijs van hun voornemen laten afbrengen. 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" (punt 398 van de considerans), 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 kartonmarkten van de voordelen van PET te overtuigen. Voor de conclusie in de bestreden beschikking, dat Tetra, indien zij Sidel zou kunnen overnemen, minder onder druk zou staan om haar kartonprijzen te verlagen, bestaan dus geen overtuigende aanwijzingen.

329 Met betrekking tot de stelling, dat Tetra na de gewijzigde concentratie minder noodzaak tot innovatie zou gevoelen, blijkt uit de bestreden beschikking en uit de schriftelijke en mondelinge opmerkingen van de Commissie, dat de mededinging op de kartonmarkten zich thans hoofdzakelijk op het vlak van de innovatie afspeelt. Dat de noodzaak tot innovatie een reëel gegeven is, blijkt volgens de Commissie uit de introductie door Tetra van „nieuwe gebruiksvriendelijke kartonnen verpakkingen, zoals de ‚gable top'-doos met schroefdop" (punt 398 van de considerans). Volgens Tetra's opmerkingen ter terechtzitting evenwel zijn dergelijke vernieuwingen niet toe te schrijven aan druk vanuit de markten van

PET-installaties, maar aan de vraag van de consumenten van in karton verpakte producten. Ook al zou de druk om te innoveren, die door de indirecte, doch toenemende mededinging vanuit de PET-markten wordt uitgeoefend, althans met betrekking tot de verpakking van KDV en thee/koffiedranken, waar tegen 2005 een behoorlijke groei te verwachten is, door de acquisitie van Sidel geringer worden, de bestreden beschikking geeft geen antwoord op de vraag, waarom de vraag van afnemers die het karton trouw willen blijven, ook in de toekomst niet een constante prikkel tot innovatie zou kunnen zijn, met name op de markten van aseptisch karton. Ofschoon de Commissie terecht in het bijzonder de klemtoon legt op de mogelijkheid van Tetra de productiesnelheid van haar kartonverpakkingsinstallaties te verbeteren, wordt in de bestreden beschikking niet aangetoond, dat de prikkel om die mogelijkheid te realiseren, door de acquisitie van Sidel zou verdwijnen. Dit is te minder waarschijnlijk, nu de activiteiten van Tetra op de kartonmarkten onbetwist zeer winstgevend zijn. Het ligt dus niet voor de hand, dat Tetra na de totstandkoming van de gewijzigde concentratie minder geneigd zou zijn te blijven investeren in allerlei vernieuwingen bij de installaties en producten die zij haar afnemers op de kartonmarkten aanbiedt.

330 De blijvende aanwezigheid van de concurrenten van de nieuwe entiteit op de markten van aseptisch karton ondersteunt deze conclusie. Hoewel het aandeel van Tetra in die markten thans zeer groot is, geeft de Commissie toe, dat haar positie er „enigszins zwakker" (punt 220 van de considerans) is dan in 1991. Uit niets blijkt, waarom Tetra's concurrenten, met name SIG, „haar voornaamste rivaal" (punt 400 van de considerans) met een marktaandeel van [10 à 20 %], niet hun voordeel zouden kunnen doen met de eventuele beslissing van de nieuwe entiteit om zich minder op innovatie toe te leggen. Die verklaring was te meer noodzakelijk, nu SIG zowel op de markten van karton- als van PET-verpakkingsinstallaties actief is en, anders dan de nieuwe entiteit, geheel vrij zou zijn om gecombineerde aanbiedingen met betrekking tot karton en SBM-machines te doen. Het enkele feit dat Tetra in de sector aseptisch karton over de beste know-how beschikt en „technisch superieur" is en dat SIG op het moment „geen enkel weerwerk heeft tegen Tetra's verpakkingssysteem met continurollen

aseptisch karton" (punt 218 van de considerans), volstaat niet als bewijs, dat SIG of een van haar andere concurrenten niet zou kunnen profiteren van de eventuele beslissing van de nieuwe entiteit om minder aan innovatie te doen. De verwijzing van de Commissie ter terechtzitting naar de hoge kosten van innovatie op de betrokken markten is weliswaar ter zake en waarschijnlijk juist, maar kan op zich niet de conclusie wettigen, dat Tetra's concurrenten niet hun voordeel zouden kunnen doen met de eventuele beslissing van de nieuwe entiteit om zich minder op innovatie toe te leggen.

331 Onjuist is ook de vaststelling van de Commissie dat, naast Tetra, de groep SIG „de enige andere onderneming ter wereld is die zowel karton- als PET-verpakkingsinstallaties fabriceert en verkoopt" (punt 400 van de considerans), terwijl volgens de bestreden beschikking (punt 94 en voetnoot 146, en punt 329 van de considerans) ook de groep Elopak door overeenkomsten met andere ondernemingen op de markten van PET-installaties daartoe in staat is (zie punt 291 supra). Ofschoon de Commissie bij de vaststelling van de bestreden beschikking wist dat Elopak dat kon, heeft zij niet uitgelegd, waarom zij meende dat dat voor de beschikking van geen belang was.

332 In de bestreden beschikking is derhalve niet tot genoegen van recht aangetoond, dat de nieuwe entiteit minder geneigd zou zijn tot innovatie op kartongebied dan thans met Tetra het geval is.

333 De in de bestreden beschikking aangevoerde gegevens vormen mitsdien geen rechtens genoegzaam bewijs, 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 uit het voorgaande blijkt, is immers niet aangetoond, dat de positie van de nieuwe entiteit tegenover haar concurrenten op de kartonmarkten zou worden versterkt.

4. De derde zuil: algemeen versterkend effect

334 De laatste zuil van de redenering van de Commissie met betrekking tot het conglomeraateffect van de gewijzigde concentratie betreft de positie van de nieuwe entiteit in de sector verpakking van gevoelige producten in haar geheel, te weten „een machtspositie op twee zeer naburige markten (karton- en PET-verpakkingsinstallaties) en een belangrijke positie op een derde markt (HDPE)" (punt 404 van de considerans). Volgens de Commissie zou de nieuwe entiteit aldus haar machtspositie op de markten van karton- en PET-verpakkingsinstallaties kunnen versterken door hogere belemmeringen voor de toegang tot die markten op te werpen en haar concurrenten te marginaliseren.

335 Waar deze zuil van de bestreden beschikking de gehele positie van de nieuwe entiteit in de sector verpakking van gevoelige producten betreft, moet worden vastgesteld, dat het niet mogelijk is, 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 bevat. Daar de analyse met betrekking tot die twee zuilen door kennelijke beoordelingsfouten wordt ontkracht (zie punten 146-333 supra), dient de derde zuil zonder nader onderzoek eveneens te worden afgewezen.

5. Algemene conclusie betreffende het ontbreken van een voorzienbaar conglomeraateffect

336 Uit al hetgeen voorafgaat, blijkt dat in de bestreden beschikking niet tot genoegen van recht wordt aangetoond, dat de gewijzigde concentratie aanmerkelijke

mededingingsbeperkende conglomeraateffecten zou hebben. In het bijzonder ontbreekt een rechtens genoegzaam bewijs, dat er op een van de relevante markten van PET-verpakkingsinstallaties een machtspositie in het leven zou worden geroepen en dat de bestaande positie van Tetra op de markten van aseptisch karton zou worden versterkt. Mitsdien moet de conclusie luiden, dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door op grond van de in de bestreden beschikking aangevoerde gegevens betreffende het voorziene conglomeraateffect de gewijzigde concentratie te verbieden.

III — *Slotconclusie*

337 In deze omstandigheden moeten de middelen ontleend aan ontbreken van horizontale en verticale effecten en van conglomeraateffecten waardoor de mededinging zou worden beperkt, gegrond worden verklaard. De overige middelen behoeven niet te worden onderzocht.

338 Bijgevolg moet de bestreden beschikking nietig worden verklaard.

**Kosten**

339 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, indien dit is gevorderd. Aangezien verweerster in het ongelijk is gesteld en verzoekster haar veroordeling

in de kosten heeft gevorderd, dient verweerster naast haar eigen kosten ook die van verzoekster te dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste kamer),

rechtdoende:

1) Verklaart nietig beschikking C (2001) 3345 def. van de Commissie van 30 oktober 2001, waarbij een concentratie onverenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt en de werking van de EER-Overeenkomst (zaak COMP/M. 2416 — Tetra Laval/Sidel).

2) Verwijst de Commissie in haar eigen kosten, alsmede in die van verzoekster.

Vesterdorf Pirrung Forwood

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 25 oktober 2002.

De griffier

H. Jung

De president

B. Vesterdorf

Inhoudsoverzicht

De toepasselijke regeling ..... II-4390

De antecedenten van het geding ..... II-4395

De bestreden beschikking ..... II-4399

De sector verpakking van vloeibare voedingsmiddelen ..... II-4399

De relevante productmarkten ..... II-4400

De relevante geografische markt ..... II-4404

Toetsing van de aangemelde concentratie aan de mededingingsvoorschriften ..... II-4404

De verbintenissen ..... II-4414

Het procesverloop ..... II-4415

Conclusies van partijen ..... II-4419

In rechte ..... II-4419

I — Schending van het recht op toegang tot het dossier ..... II-4420

A — Argumenten van partijen ..... II-4420

B — Beoordeling door het Gerecht ..... II-4423

1. Opmerkingen vooraf ..... II-4423

2. Eerste onderdeel van het middel: het rapport Ivaldi ..... II-4424

3. Tweede onderdeel van het middel: de antwoorden op de enquête .... II-4426

4. Conclusie ..... II-4431

II — Schending van artikel 2 van de verordening ..... II-4432

A — Opmerkingen vooraf ..... II-4432

B — Ontbreken van mededingingsbeperkende horizontale en verticale effecten. II-4433

1. Opmerkingen vooraf ..... II-4433

2. De horizontale effecten ..... II-4434

a) Argumenten van partijen ..... II-4434

b) Beoordeling door het Gerecht ..... II-4435

3. De verticale effecten ..... II-4438

a) Argumenten van partijen ..... II-4438

b) Beoordeling door het Gerecht ..... II-4439

4. Conclusie ..... II-4441

C — Ontbreken van een voorzienbaar conglomeraateffect ..... II-4442

1. Opmerkingen vooraf ..... II-4442

2. De eerste zuil: hefboomwerking ..... II-4443

a) De algemene context van de zaak ..... II-4443

i) Temporele aspecten van conglomeraateffecten ..... II-4444

ii) Aspecten verband houdend met de bijzondere aard van conglomeraateffecten ..... II-4446

b) Argumenten van partijen ..... II-4450

i) De mogelijkheid van hefboomwerking ..... II-4450

ii) Uitsluitingseffecten ..... II-4453

c) Beoordeling door het Gerecht ..... II-4457

i) De mogelijkheid van hefboomwerking ..... II-4458

ii) De waarschijnlijke groei ..... II-4461

iii) Wijzen van hefboomwerking ..... II-4467

iv) De voorzienbare gevolgen van hefboomwerking op de markten van PET-installaties met uitzondering van SBM-machines ..... II-4470

Opmerkingen vooraf ..... II-4470

Barrièretechnieken ..... II-4472

PET-vulmachines ..... II-4474

— Niet-aseptische PET-vulmachines ..... II-4475

— Aseptische PET-vulmachines ..... II-4476

— Conclusie met betrekking tot PET-vulmachines ..... II-4481

Sluitsystemen voor kunststofflessen; PET-hulpapparatuur ..... II-4481

Algemene conclusie met betrekking tot de markten van PET-installaties met uitzondering van SBM-machines ..... II-4482

v) De markten van SBM-machines ..... II-4483

Het generieke karakter van SBM-machines ..... II-4483

De voorzienbare uitsluitingseffecten ..... II-4487

— De markt van SBM-machines met kleine capaciteit ..... II-4487

— De markt van SBM-machines met grote capaciteit ..... II-4493

Conclusie met betrekking tot de SBM-machines ..... II-4502

vi) Algemene conclusie met betrekking tot de hefboomwerking ..... II-4503

3. De tweede zuil: vermindering van de potentiële mededinging op de kartonmarkten ..... II-4503

a) Opmerkingen vooraf ..... II-4503

b) Argumenten van partijen ..... II-4505

c) Beoordeling door het Gerecht ..... II-4507

4. De derde zuil: algemeen versterkend effect ..... II-4513

5. Algemene conclusie betreffende het ontbreken van een voorzienbaar conglomeraateffect ..... II-4513

III — Slotconclusie ..... II-4514

Kosten ..... II-4514