ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Primeira Secção)

25 de Outubro de 2002 *

No processo T-5/02,

Tetra Laval BV, com sede em Amesterdão (Países Baixos), representada por A. Vandencasteele, D. Waelbroeck, A. Weitbrecht e S. Völcker, advogados,

recorrente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por A. Whelan e P. Hellström, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

recorrida,

* Língua do processo: inglês.

que tem por objecto um pedido de anulação da Decisão C(2001) 3345 final da Comissão, de 30 de Outubro de 2001, que declara uma concentração incompatível com o mercado comum e com o acordo EEE (processo COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel),

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (Primeira Secção),

composto por: B. Vesterdorf, presidente, J. Pirrung e N. J. Forwood, juízes,

secretário: D. Christensen, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 3 e 4 de Julho de 2002,

profere o presente

Acórdão

Enquadramento jurídico

1 O Regulamento (CEE) n.° 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas [JO L 395, p. 1,

rectificado, JO 1990, L 257, p. 13, e na redacção dada pelo Regulamento (CE) n.º 1310/97 do Conselho, de 30 de Junho de 1997, JO L 180, p. 1, a seguir «regulamento»], prevê um sistema de controlo pela Comissão das operações de concentração que sejam de «dimensão comunitária» na acepção do artigo 1.º, n.º 2, do regulamento.

2 O artigo 2.º do regulamento estipula:

«1. As operações de concentração abrangidas pelo presente regulamento serão apreciadas de acordo com as disposições que se seguem, com vista a estabelecer se são ou não compatíveis com o mercado comum.

Nessa apreciação, a Comissão terá em conta:

a) A necessidade de preservar e desenvolver uma concorrência efectiva no mercado comum, atendendo, nomeadamente, à estrutura de todos os mercados em causa e à concorrência real ou potencial de empresas situadas no interior ou no exterior da Comunidade;

b) A posição que as empresas em causa ocupam no mercado e o seu poder económico e financeiro, as possibilidades de escolha de fornecedores e utilizadores, o seu acesso às fontes de abastecimento e aos mercados de escoamento, a existência, de direito ou de facto, de barreiras à entrada no mercado, a evolução da oferta e da procura dos produtos e serviços em questão, os interesses dos consumidores intermédios e finais, bem como a evolução do progresso técnico e económico, desde que tal evolução seja vantajosa para os consumidores e não constitua um obstáculo à concorrência.

2. Devem ser declaradas compatíveis com o mercado comum as operações de concentração que não criem ou não reforcem uma posição dominante de que resultem entraves significativos à concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste.

3. Devem ser declaradas incompatíveis com o mercado comum as operações de concentração que criem ou reforcem uma posição dominante de que resultem entraves significativos à concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste.

[...]»

3 O artigo 4.° do regulamento exige que a parte ou as partes que adquiram o controlo, ou o controlo comum, de uma outra empresa notifiquem a operação de concentração à Comissão no prazo de uma semana após a conclusão dessa operação, enquanto a Comissão deve, por força do artigo 6.°, n.° 1, do regulamento, analisar essa notificação «logo após a sua recepção». O artigo 6.°, n.° 1, alínea c), do regulamento, conjugado com o artigo 10.°, n.° 1, do mesmo regulamento, dispõe que a Comissão inicia o processo respeitante a uma operação de concentração notificada no prazo de um mês ou, no máximo, de seis semanas se se verificar que essa operação é abrangida pelo regulamento «e suscita sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum».

4 Quando se inicia um processo na sequência de uma notificação, os poderes de decisão da Comissão são fixados pelo artigo 8.° do regulamento. Por força do n.° 3 dessa disposição, «[s]e a Comissão verificar que uma operação de

concentração preenche o critério do n.º 3 do artigo 2.º, [...] tomará a decisão de declarar a concentração incompatível com o mercado comum». O artigo 10.º, n.º 3, do regulamento dispõe que tais decisões «devem ser tomadas num prazo máximo de quatro meses a contar da data do início do processo».

5 Embora o artigo 7.º, n.º 1, do regulamento disponha que uma operação de concentração não pode realizar-se antes de ser notificada nem antes de ter sido declarada compatível com o mercado comum, a realização de uma oferta pública que foi notificada à Comissão pode, em conformidade com o artigo 7.º, n.º 3, do regulamento, ser prosseguida «desde que o adquirente não exerça os direitos de voto inerentes às participações em causa ou os exerça apenas tendo em vista proteger o pleno valor do seu investimento com base numa dispensa concedida pela Comissão nos termos do n.º 4».

6 O artigo 18.º do regulamento relativo à audição dos interessados e de terceiros dispõe:

«1. Antes de tomar as decisões previstas no n.º 4 do artigo 7.º, nos n.º 2, segundo parágrafo, e n.ºs 3, 4 e 5 do artigo 8.º e nos artigos 14.º e 15.º, a Comissão dará às pessoas, empresas e associações de empresas interessadas a oportunidade de se pronunciarem, em todas as fases do processo até à consulta do comité consultivo, sobre as objecções contra elas formuladas.

[...]

3. A Comissão fundamentará as suas decisões exclusivamente em objecções relativamente às quais os interessados tenham podido fazer valer as suas

observações. O direito de defesa dos interessados será plenamente garantido durante todo o processo. Pelo menos as partes directamente interessadas terão acesso ao *dossier*, garantindo-se simultaneamente o legítimo interesse das empresas em que os seus segredos comerciais não sejam divulgados.

[...]»

7 O artigo 13.°, n.° 3, do Regulamento (CE) n.° 447/98 da Comissão, de 1 de Março de 1998, relativo às notificações, prazos e audições previstos no Regulamento n.° 4064/89 (JO L 61, p. 1), dispõe:

«Após ter comunicado as suas objecções às partes notificantes, a Comissão facultar-lhes-á, mediante pedido, o acesso ao processo a fim de lhes permitir exercerem os seus direitos de defesa.

Mediante pedido, a Comissão dará igualmente aos outros interessados directos, que foram informados das objecções, acesso ao processo na medida em que tal seja necessário para efeitos de preparação das suas observações.»

8 O artigo 17.° do Regulamento n.° 447/98, com a epígrafe «Informações confidenciais», dispõe:

«1. Não serão comunicadas informações, incluindo documentos, nem será permitido o seu acesso, na medida em que contenham segredos comerciais de quaisquer pessoas ou empresas, incluindo as partes notificantes, outros interes-

sados directos ou terceiros, ou outras informações confidenciais cuja divulgação a Comissão não considere necessária para efeitos do processo ou quando se trate de documentos internos das autoridades.

2. Os interessados que apresentem as suas observações ao abrigo do disposto no presente capítulo devem identificar claramente quaisquer dados que considerem confidenciais, indicando as razões para tal, e fornecer separadamente uma versão não confidencial no prazo fixado pela Comissão.»

Antecedentes do litígio

9 Em 27 de Março de 2001, a Tetra Laval SA, sociedade privada de direito francês e detida a 100% pela Tetra Laval BV, sociedade financeira pertencente ao grupo Tetra Laval (a seguir «Tetra» ou «recorrente»), anunciou por conta desta última uma oferta pública de aquisição para todas as acções em circulação da Sidel SA, uma empresa cotada na Bolsa em França. A Tetra Laval SA adquiriu, no mesmo dia, aproximadamente 9,75% do capital da Sidel à Azeo (5,56%) e à direcção da Sidel (4,19%).

10 A oferta de aquisição foi feita à vista por um preço de 50 euros por acção e era, em conformidade com o direito francês, incondicional. A aceitação da oferta foi recomendada por unanimidade pelo conselho de administração da Sidel e esta oferta foi também aprovada pelos seus accionistas maioritários. A Commission des opérations de bourse visou, em 11 de Abril de 2001, a nota comum de informação da Tetra Laval SA e da Sidel («joint offer document»). Após publicação em 14 de Abril de 2001, a oferta foi oficialmente aberta para o período de 17 de Abril a 22 de Maio de 2001. Previa, no caso de ser coroada de

êxito, que as acções da Tetra SA seriam de novo cotadas durante a semana com início em 11 de Junho de 2001, sob reserva das restrições previstas no artigo 7.°, n.° 3, do regulamento.

11 Na sequência desta oferta, a Tetra adquiriu aproximadamente 81,3% das acções em circulação da Sidel. Após o encerramento desta oferta, a recorrente adquiriu algumas acções suplementares, de modo que detém, actualmente, cerca de 95,20% das acções e 95,93% dos direitos de voto da Sidel.

12 A Tetra engloba, designadamente, a empresa Tetra Pak que é principalmente activa no domínio das embalagens de cartão para líquidos alimentares, domínio em que Tetra Pak é a empresa preeminente a nível mundial. A Tetra tem igualmente actividades mais limitadas no sector das embalagens em materiais plásticos, principalmente enquanto «conversor» (actividade que consiste em fabricar e fornecer embalagens vazias aos produtores que efectuam eles próprios o enchimento), em especial no sector das embalagens de plástico polietileno de alta densidade (a seguir «PEAD»).

13 A Sidel exerce actividades de concepção e de produção de equipamentos e de sistemas de embalagem, designadamente das máquinas ditas «Strech Blow Moulding» («estiramento, sopragem e moldagem», a seguir «máquinas SBM») que são utilizadas na produção de garrafas de plástico polietileno tereftalato (a seguir «PET»). Detém uma posição preeminente a nível mundial na produção e no fornecimento de máquinas SBM. Opera igualmente no sector da técnica de tratamento barreira, destinada a tornar o PET compatível com os produtos sensíveis ao gás e à luz, e no sector das máquinas de enchimento para garrafas de PET, assim como, em menor medida, de PEAD.

14 Em 18 de Maio de 2001, a Comissão foi notificada das transacções na sequência das quais a Tetra adquiriu a sua participação na Sidel.

15 É pacífico entre as partes que as transacções (a seguir «concentração» ou «operação notificada») constituem uma aquisição na acepção do artigo 3.°, n.° 1, alínea b), do regulamento e que essa concentração tem uma dimensão comunitária na acepção do artigo 1.°, n.° 2, do regulamento.

16 Em 5 de Julho de 2001, a Comissão, tendo considerado que a concentração suscitava sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum e com o Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (EEE), decidiu dar início ao processo de exame aprofundado previsto pelo artigo 6.°, n.° 1, alínea c), do regulamento.

17 Em 7 de Setembro de 2001, a Comissão transmitiu à Tetra e à Sidel uma comunicação das acusações, em conformidade com o artigo 18.° do regulamento, em que expunha as razões pelas quais considerava, à primeira vista, que a operação notificada devia ser proibida. A recorrente respondeu à referida comunicação em 21 de Setembro de 2001.

18 Foi enviada à Tetra e à Sidel, em 24 de Setembro de 2001, uma comunicação das acusações suplementar, relativa designadamente às actividades da Tetra no sector do PEAD, à qual a recorrente respondeu em 1 de Outubro de 2001.

19 Em 25 de Setembro de 2001, a recorrente propôs uma série de compromissos, nos termos do artigo 8.°, n.° 2, do regulamento, para sanar os problemas de concorrência identificados na primeira comunicação das acusações.

20 Em 26 de Setembro de 2001, teve lugar uma audição perante o conselheiro auditor nos termos dos artigos 14.°, 15.° e 16.° do Regulamento n.° 447/98.

21 Em 9 de Outubro de 2001, a recorrente submeteu uma nova série de compromissos definitivos (a seguir «compromissos») substituindo os de 25 de Setembro de 2001.

22 A Comissão efectuou, em 11 de Outubro de 2001, esperando uma resposta para 17 de Outubro, um estudo específico de mercado relativo a estes compromissos, enviando 51 questionários a diferentes actores do sector económico em causa (clientes, conversores e concorrentes). Recebeu 34 respostas (a seguir «respostas ao questionário») e, julgando estas últimas globalmente confidenciais, elaborou dois resumos não confidenciais, correspondendo, por um lado, às respostas dos clientes e conversores e, por outro, às respostas dos concorrentes, resumos estes que comunicou à recorrente.

23 O projecto de decisão final da Comissão, que também trata dos compromissos, foi discutido e aprovado pelo Comité Consultivo em matéria de concentrações entre empresas na sua reunião de 19 de Outubro de 2001.

24 Por decisão de 30 de Outubro de 2001 [C(2001) 3345 final (processo COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel), a seguir «decisão impugnada»], a Comissão declarou a operação notificada incompatível com o mercado comum e com o funcionamento do EEE, nos termos do artigo 8.°, n.° 3, do regulamento.

25 A decisão impugnada foi notificada à Tetra em 6 de Novembro de 2001.

26 À luz das conclusões a que chegou na decisão impugnada e na sequência de um procedimento administrativo distinto aberto pela transmissão à Tetra, em 19 de Novembro de 2001, de uma comunicação das acusações, a Comissão adoptou,

em 30 de Janeiro de 2002, uma decisão que expõe as medidas necessárias para restaurar as condições efectivas de concorrência nos termos do artigo 8.°, n.° 4, do regulamento (processo COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel).

A decisão impugnada

27 Na decisão impugnada, a Comissão, para efeitos da análise da compatibilidade da operação notificada com o mercado comum, por um lado, descreve o sector da embalagem dos líquidos alimentares, examinando depois os mercados dos produtos e o mercado geográfico em causa e, por outro, efectua a sua apreciação concorrencial da operação notificada. Uma vez efectuada a sua análise, a Comissão procede a uma avaliação do alcance dos compromissos à luz da precedente apreciação concorrencial da concentração.

Sector da embalagem dos líquidos alimentares

28 A Comissão considera que a «operação notificada teria essencialmente uma incidência concorrencial no sector industrial da embalagem dos líquidos alimentares», ou seja, essencialmente os produtos lácteos líquidos (a seguir «PLL»), os sumos de frutas e os néctares (a seguir «sumos»), as bebidas não gasosas com aromas de frutas (a seguir «BAF»), assim como as bebidas à base de chá ou café (para estes quatro produtos, considerados em conjunto, a seguir «produtos sensíveis») e, em especial, nos segmentos deste sector em que as partes operam principalmente, ou seja, «o plástico, em especial a embalagem PET, e o cartão» [considerando (12)]. A Comissão descreve o PET como permitindo a fabricação de garrafas transparentes. Para os produtos sensíveis ao oxigénio e à luz, o PET deve ser melhorado através de uma técnica, dita de «tratamento

barreira». Uma cadeia de embalagem PET supõe três fases, ou seja, a produção de «pré-formas», que são os tubos de plástico utilizados para fabricar as garrafas, o fabrico das próprias garrafas através de máquinas SBM (v. n.° 13, *supra*) e, por último, o seu enchimento [considerando (20)]. Em seguida descreve o PEAD como apresentando um aspecto «velado». Uma cadeia de embalagem PEAD é análoga à do PET, mas necessita de máquinas de sopragem-moldagem de extrusão (*extrusion blow moulding machines*, a seguir máquinas «EBM» [considerando (26)]. Contrariamente à embalagem de plástico, a embalagem de cartão caracteriza-se pela integração da produção, do enchimento e do fecho das embalagens [considerando (28)].

29 A Comissão faz várias distinções, em especial entre os produtos embalados em assepsia e em não assepsia, em conformidade com a sua prática anterior nesse domínio, entre as próprias embalagens e as máquinas de embalagem e entre a embalagem pelos produtores de líquidos alimentares, nas suas próprias instalações, e a embalagem pelos conversores (v. n.° 12, *supra*). Segundo a Comissão, esta última distinção é, no entanto, esbatida pela existência de acordos «hole-through-the-wall» («buraco na parede», a seguir «acordos HTW»), por força dos quais um conversor produz as garrafas em instalações situadas junto às de tal produtor, encaminhado-as para as instalações deste último com vista ao seu enchimento por esse produtor.

Mercados dos produtos em causa

30 Como a «operação notificada teria essencialmente uma incidência concorrencial no sector industrial da embalagem dos líquidos alimentares», a Comissão concentrou a sua análise nos segmentos desse sector em que as partes operam principalmente, ou seja, «o plástico, designadamente a embalagem PET, e o cartão» [considerando (12)]. A Comissão considera que «a segmentação por utilização final constitui um instrumento de análise útil para estudar o mercado dos equipamentos de embalagem de líquidos alimentares» [considerando (44)]. Admite que «os sistemas de embalagens que recorrem a materiais diferentes, por exemplo, o vidro e as latas de metal, constituem mercados de produtos distintos à

luz das regras de concorrência e que, por conseguinte, os sistemas de embalagem PET pertencem a um mercado de produtos distinto» [considerando (53)]. Principalmente, a Comissão recusa considerar que «o cartão e o PET não partilham segmentos de produtos comuns [ou] que não possa existir interacção entre os dois materiais» [considerando (53)]. Assim, a Comissão procede ao exame da «interacção entre estes dois materiais e do crescimento futuro do PET nos segmentos de utilização final onde o cartão é tradicionalmente utilizado» [considerando (53)].

31 Em relação à embalagem de cartão, a Comissão considera que, sendo esta opaca, «serve, por conseguinte, para a embalagem de produtos sensíveis ao oxigénio e à luz, mas não pode ser utilizada para as bebidas gasosas». Em relação às embalagens de PET, este «é transparente e convém às bebidas gasosas, mas era, até ao presente, menos indicado para os produtos sensíveis ao oxigénio e à luz» [considerando (55)]. A Comissão salienta que «o PET é um material que serve para embalar *todos* os produtos que, até agora, eram embalados em cartão», ou seja, os produtos sensíveis, e daí conclui que, «por conseguinte, o PET pode ser um material de substituição concorrente para *todos* os produtos embalados em cartão» [considerando (57), sublinhado no original]. No entanto, esses produtos distinguem-se uns dos outros, uma vez que «as características específicas do produto levam à escolha de soluções de embalagem ligeiramente diferentes (os sumos têm um forte teor de ácido, enquanto o dos PLL é fraco, as BAF e o chá gelado não requerem um tratamento barreira contra o oxigénio tão forte como os sumos)» [considerando (58)].

32 Em relação ao PET e ao crescimento previsto para este material para os produtos sensíveis, a Comissão rejeita a afirmação da Tetra segundo a qual «a utilização do [PET] é muito limitada e não terá um crescimento significativo no futuro» [considerandos (59) a (148)]. A este respeito, precisa que «o segmento que conheceu o crescimento mais rápido do PET foi o das águas e das bebidas gasosas, essencialmente devido à passagem da embalagem de vidro para esse material», e que «os consumidores e os produtores apreciam o PET» [considerando (55) e nota de pé de página n.º 22]. A Comissão verifica «que já é possível embalar e comercializar em PET leite fresco, leite aromatizado, chá gelado, sumos frescos, sumos de longa duração (trasfegados a quente), bebidas com

aromas de frutas e bebidas isotónicas» e que só há dois segmentos para os quais a utilização do PET continua a colocar problemas técnicos, ou seja, «os sumos assépticos e o leite não aromatizado (UHT) asséptico» [considerando (61)]. Referindo-se aos números fornecidos por conta da Tetra pelo gabinete de estudos Canadean, observa que, se a utilização do PET não é actualmente muito significativa para os PLL e para os sumos (0,5% nestes dois segmentos em 2000), «a situação [...] é muito diferente para os segmentos das BAF e das bebidas à base de chá ou café, que não necessitam das mesmas propriedades barreira que os PLL e os sumos», segmentos em que o PET «já conquistou partes de mercado mais importantes» [considerando (69)] (20% para as BAF e 25% para as bebidas à base de chá ou café no ano 2000).

33 Para o período de 2000 a 2005, a Comissão chega à conclusão, depois de ter recorrido, designadamente, ao seu próprio estudo de mercado, ao da Canadean e a «estudos independentes» [considerando (104)], a saber, o de PCI, Warrick e Pictet, «que já existem sobreposições importantes entre o PET e o cartão no segmento das BAF e das bebidas à base de chá ou café», e que o «PET continuará a conquistar partes de mercado neste[s] segmento[s] em detrimento do cartão», a tal ponto que, «segundo uma estimativa prudente de 30% de PET em cada um destes segmentos até 2005, este material servirá de embalagem para 800 milhões de litros de bebidas à base de chá ou café (bebidas isotónicas incluídas) e para mil milhões de litros de BAF» [considerando (144)]. Acrescenta que «os melhoramentos na técnica de tratamento barreira e no enchimento PET asséptico deverão reforçar a posição do material nos quatro segmentos de produtos sensíveis», e que «o PET terá um crescimento importante nos segmentos dos PLL e dos sumos no decurso dos cinco próximos anos» [considerando (146)]. De acordo com a Comissão, «é realista considerar que, até 2005, o PET atingirá uma parte de pelo menos 10% a 15% para o leite fresco e de 25% para as bebidas à base de leite aromatizado e outras», mas que é «incerta a utilização do PET para o leite UHT (que representa cerca de 50% da totalidade do mercado do leite no EEE)» [considerando (147)]. Salientando o «importante potencial» do PET, «pelo menos nos segmentos de nicho e de topo de gama do leite sob embalagem asséptica, como as embalagens individuais», a Comissão considera que, «se o PET atingir pelo menos 15% no leite fresco, 25% nas outras bebidas à base de leite e apenas 1% no leite UHT até 2005, este material servirá de embalagem a cerca de 3 mil milhões de litros por ano (o que representa aproximadamente 9% da totalidade do mercado europeu dos [PLL]» [considerando (147)]. Segundo a Comissão, quanto aos sumos, «é realista supor que o PET atingirá uma parte de pelo menos 20% do total do mercado dos sumos no EEE até 2005», mesmo que

este crescimento seja principalmente a consequência de «uma passagem importante do vidro para o PET» [considerando (148)].

34 Em relação à concorrência entre o PET e o cartão nos sectores onde haja sobreposições, a Comissão conclui que «os sistemas de embalagem cartão e os sistemas de embalagem PET (e, assim, os equipamentos de embalagem para os dois materiais) constituem mercados de produtos distintos» [considerando (163)]. Observa que, «embora a possibilidade de substituição entre os dois sistemas não possua na hora actual o carácter efectivo e imediato para efeitos da definição do mercado (noutros termos, os dois sistemas só fracamente se substituem um ao outro), esta situação poderá alterar-se no futuro quando melhorar o tratamento barreira do PET e os custos dos dois materiais convergirem» [considerando (163)]. A convergência poderá mesmo ser tal que os dois sistemas poderão, no futuro, «constituir um mercado de produtos único à luz das regras da concorrência» [considerando (163)].

35 Em seguida, a Comissão examina os segmentos relativos aos «equipamentos específicos de cada sistema» de modo a saber «se existem mercados de produtos distintos» para cada um deles [considerando (164)].

36 Quanto aos sistemas de embalagens PET, a Comissão considera que em relação às máquinas SBM, uma vez que os produtos sensíveis têm características específicas e que existe uma possibilidade de discriminação pelos preços, «existem mercados em causa separados para cada grupo distinto de clientes em função da utilização final, em especial, nos quatro segmentos das bebidas 'sensíveis': PLL, sumos, BAF e bebidas à base de chá ou café» [considerando (188)]. Em relação às diferentes técnicas de tratamento barreira, a Comissão inclui-as num mercado emergente, mas algumas técnicas poderão, na sua opinião, constituir no futuro um mercado distinto [considerandos (198) e (199)]. Existem também dois mercados distintos para as máquinas de enchimento PET asséptico e não asséptico [considerando (204)], ao passo que as pré-formas PET constituem ainda um outro mercado distinto [considerando (206)].

37 Quanto aos sistemas de embalagem cartão, a Comissão verifica a existência de um consenso quanto ao facto de que «existem quatro mercados de produtos [...] distintos: as máquinas de embalagem cartão asséptica, os cartões assépticos, as máquinas de embalagem cartão não asséptica e os cartões não assépticos» [considerando (209)].

Quanto ao mercado geográfico em causa

38 O mercado geográfico pertinente é definido como sendo o do EEE, «dado que os fornecedores dos equipamentos de embalagem PET operam em todo o território do EEE e podem fornecer e fornecem efectivamente os seus equipamentos numa base transfronteiriça» [considerandos (210) e (211)].

Quanto à apreciação concorrencial da operação notificada

39 A apreciação concorrencial da concentração é contida numa análise detalhada [considerandos (213) a (408)] que é, essencialmente, a seguinte:

«213 O estudo e a análise realizados pela Comissão demonstraram que a operação podia reforçar a posição dominante da Tetra no mercado das máquinas de embalagem cartão asséptica e dos cartões assépticos e criar uma posição dominante no mercado dos equipamentos de embalagem PET, e, em especial, das máquinas SBM (de fraca e forte capacidade) nos segmentos dos produtos finais 'sensíveis' (PLL, sumos, BAF e bebidas à base de chá ou café).

214 A futura posição dominante da nova entidade em dois mercados muito próximos assim como a sua posição importante num terceiro mercado (máquinas EBM e máquinas de enchimento PEAD) são susceptíveis de reforçar a sua posição nos dois mercados, de criar entraves à entrada no mercado, de reduzir ao mínimo a importância dos concorrentes existentes e de conduzir a uma estrutura monopolista do mercado da embalagem asséptica e não asséptica de produtos 'sensíveis' no EEE.»

40 A fim de justificar a sua análise, a Comissão observa, em primeiro lugar, que, em relação ao mercado das embalagens cartão, muito poucas coisas mudaram desde o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Outubro de 1994, Tetra Pak/Comissão (T-83/91, Colect., p. II-755), confirmado em recurso por acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Novembro de 1996, Tetra Pak/Comissão (C-333/94 P, Colect., p. I-5951, a seguir «acórdãos Tetra Pak II»). Assim, entende que a Tetra detém, no ano 2000 no EEE, uma posição dominante no mercado das máquinas de embalagem cartão e dos cartões assépticos com uma parte de mercado de 80% [considerandos (219) e (223)] e uma posição «preeminente» no mercado das máquinas de embalagem cartão e dos cartões não assépticos com uma parte de mercado de [50% a 60%] [1] [considerandos (229) e (231)]. Em segundo lugar, embora reconhecendo que a Sidel não é dominante no mercado das máquinas SBM, a Comissão considera que ela ocupa uma posição «preeminente», sendo «a única empresa capaz de fornecer a gama completa das máquinas SBM, da mais fraca à mais alta capacidade, recorrendo sempre à técnica rotativa mais avançada» [considerando (248)]. Assinalando que a «importância de uma gestão eficaz das operações de enchimento combinadas com a sopragem-moldagem para garantir processos de embalagem limpos ou ultralimpos se verifica especialmente no caso dos produtos 'sensíveis', como o leite e os sumos de frutas» [considerando (249)], a Comissão observa que a Sidel fabrica máquinas de enchimento asséptico e não asséptico [considerando (250)] e que dispõe de uma tecnologia inovadora «combinada» que lhe permite a integração numa só máquina das operações de sopragem, de enchimento e de rolhagem [considerando (254)]. Daí a Comissão conclui que a Sidel tem «uma posição preeminente no mercado das máquinas SBM» e uma «posição forte» quanto aos outros equipamentos de embalagem PET, em especial quanto às «máquinas de enchimento asséptico, os equipamentos auxiliares e os serviços associados» [considerando (259)].

1 — Dados confidenciais ocultados.

41 Em relação à criação de uma posição dominante no mercado do PET e ao reforço da posição da Tetra nos mercados do cartão, a decisão impugnada trata, em primeiro lugar, dos efeitos horizontais e verticais da concentração, em segundo lugar, dos «efeitos de alavanca» («leveraging») a partir dos mercados do cartão sobre o do PET, em terceiro lugar, dos efeitos nos mercados do cartão de um desaparecimento das pressões concorrenciais vindas do mercado do PET e, por último, em quarto lugar, dos efeitos globais nos mercados do cartão e do PET.

42 Em primeiro lugar, quanto aos efeitos horizontais, a Comissão considera que, dado que as partes operam ambas em três mercados de produtos distintos: «máquinas SBM (fraca capacidade), técnica de tratamento barreira e máquinas de enchimento PET asséptico» [considerando (263)], a operação notificada reforça a posição da nova entidade nestes três mercados. Aceitando que a referida posição não constitui uma posição dominante, a Comissão insiste no facto de se poder esperar «pela utilização como alavanca da posição dominante da entidade resultante da operação no sector dos equipamentos de embalagem cartão asséptica e dos cartões assépticos» alcançar «um nível de domínio» [considerando (263)].

43 Em segundo lugar, segundo a Comissão, os «efeitos verticais importantes» que resultarão da «integração vertical da nova entidade em três sistemas de embalagem (cartão, PET e PEAD)», são susceptíveis de «provocar a exclusão vertical dos conversores independentes» [considerando (291)]. Esta exclusão resulta da estrutura criada pela concentração segundo a qual [considerando (292)]:

«i) a entidade resultante da operação seria a única sociedade verticalmente integrada de embalagem de produtos alimentares líquidos em cartão (máquinas de embalagem cartão e rolos de cartão), PEAD (máquinas EBM e garrafas PEAD) e PET (máquinas SBM, técnica de tratamento barreira, enchedoras assépticas, pré-formas e garrafas); ii) a dualidade da entidade resultante da operação enquanto fornecedor e concorrente dos conversores poderá estar na origem de um conflito de circuitos ('channel conflict') no mercado. A entidade resultante da

operação pode servir-se da sua forte posição na qualidade de fornecedor de máquinas SBM aos conversores, em certa medida dependentes da Sidel, para aumentarem os seus custos e marginalizá-los no mercado enquanto fornecedores de pré-formas e de instalações chaves na mão. A Tetra/Sidel pode oferecer conjuntamente as máquinas SBM e as pré-formas apoiando-se, por exemplo, no sucesso da estratégia comercial da Tetra no domínio do cartão: pode propor as máquinas SBM a um preço pouco elevado e recuperar o custo vinculando o cliente por meio de um contrato a longo prazo de fornecimento de pré-formas *standard* e com tratamento barreira. A entidade resultante da operação pode também oferecer instalações chaves na mão aos seus clientes sem recorrer aos conversores».

44 Seguidamente, sublinha-se a extensão da integração vertical da Tetra nos mercados do cartão onde tem a «política comercial de oferecer aos seus clientes soluções integradas sob a forma de máquinas e de cartões (em rolo ou cortados)» [considerando (296)], por um lado, no mercado do PEAD onde produz garrafas de PEAD em máquinas EBM, graças a uma aliança com a Graham Engineering Corporation, e as fornece aos clientes na qualidade de conversor através de acordos HTW, e, por outro, no mercado do PET. Quanto a este último mercado, a Comissão observa que a Tetra é «o terceiro maior fornecedor independente de pré-formas no mundo, com uma parte de mercado de 10%», que prevê «produzir um número limitado de garrafas PET acabadas melhoradas através da sua tecnologia de tratamento barreira patenteada Glaskin» e que, desde 1999, «está presente no mercado de sistemas de fecho de garrafas de plástico por intermédio da sua filial Novembal» com uma «parte de mercado no EEE de [10% a 20%] no ano 2000» [considerando (298)]. Esta integração diferencia-a da Sidel que «não é uma sociedade verticalmente integrada» [considerando (293)]. No entanto, a entidade resultante da concentração «é susceptível de provocar um conflito de circuitos no mercado, dado que esta nova entidade seria, ao mesmo tempo, fornecedor e concorrente dos conversores» [considerando (301)] e pode «marginalizar os conversores oferecendo conjuntamente máquinas SBM e as pré-formas assim como instalações chaves na mão» [considerando (312)]. É também possível que possa «afastar os conversores destas actividades recusando fornecer-lhes máquinas SBM ou aumentando-lhes os seus custos e favorecendo as suas próprias actividades integradas» [considerando (318)]. Quanto à decisão da Tetra de sair do mercado das pré-formas, a Comissão declara que «não conclui que estes problemas verticais conduzam em si à criação de uma posição dominante para os equipamentos PET ou as pré-formas» [considerando (324)].

45 A Comissão expõe então em detalhe [considerandos (325) a (389)] as razões na base das suas preocupações quanto à exploração pela nova entidade da sua posição dominante nos mercados do cartão «por efeito de alavanca» para o mercado dos equipamentos de embalagem PET, de modo a «dominar assim este mercado também para os produtos finais 'sensíveis'» [considerando (328)]. Em sua opinião, basta, para que a operação seja incompatível com o mercado comum, que a Tetra/Sidel tenha essa possibilidade. Assim, as preocupações da Comissão não resultam da posição actualmente ocupada pela Sidel no mercado das máquinas SBM, mas da «posição dominante da *Tetra* no mercado do *cartão*» [considerando (328), sublinhado no original]. Referindo-se, designadamente, às estreitas relações entre os dois mercados dos equipamentos de produção de embalagens de cartão e de embalagens de PET, a Comissão verifica que a concentração «criaria uma estrutura de mercado extremamente favorável ao aparecimento de efeitos anticoncorrenciais, pelo facto de a entidade resultante da fusão deter simultaneamente uma posição dominante e uma posição de líder nos [referidos] mercados respectivos» [considerando (330)].

46 A sua análise «articula-se à volta de quatro pontos» [considerando (331)]. Em primeiro lugar, os mercados para os sistemas de embalagem cartão e PET «pertencem a mercados de produtos muito vizinhos com uma clientela comum». Em segundo lugar, tendo em conta o futuro crescimento do PET nos novos segmentos dos produtos sensíveis, a concentração permitiria à nova entidade adquirir uma posição dominante no mercado do PET pela exploração da posição dominante actual nos mercados do cartão detida pela Tetra. Em terceiro lugar, a concentração reforçaria a posição dominante da Tetra nos mercados do cartão. Em quarto lugar, a combinação das duas posições dominantes consolidaria a posição da nova entidade no sector das embalagens para produtos sensíveis, e sobretudo no das embalagens assépticas, reforçando assim as duas posições dominantes.

47 O facto de a operação notificada ter uma importância estratégica para a Tetra, de esta última ter a capacidade e ser incitada a exercer um tal efeito de alavanca, de os outros concorrentes da nova entidade não poderem igualá-la a vários níveis e, por último, o facto de a Tetra poder praticar uma discriminação pelos preços é evocado pela Comissão para justificar a sua análise.

48 Em relação à capacidade e à incitação a utilizar o efeito de alavanca, a Comissão conclui que «a estrutura do mercado que resultará da concentração favorecerá especialmente os efeitos de alavanca» [considerando (359)]:

«a) Existirá uma clientela comum cuja procura incidirá, ao mesmo tempo, sobre os sistemas de embalagem cartão e PET para embalar líquidos 'sensíveis'.

b) A Tetra dispõe de uma posição dominante particularmente forte no mercado das embalagens cartão assépticas, com mais de [80% a 90%] do mercado e uma clientela dependente.

c) A Tetra/Sidel arranca com uma forte posição de líder no mercado dos sistemas de embalagem PET, designadamente das máquinas SBM, com uma parte de mercado da ordem de [60% a 70%].

d) A Tetra/Sidel terá a possibilidade de determinar selectivamente clientes ou grupos de clientes específicos, na medida em que a estrutura do mercado permite uma discriminação pelos preços.

e) A Tetra/Sidel será fortemente incitada, no plano económico, a utilizar efeitos de alavanca. Sendo o cartão e o PET substitutos no plano técnico, quando um cliente passa para o PET torna-se um cliente perdido para o cartão, seja porque renunciou em parte ao cartão, seja porque não passou para o cartão uma parte da sua produção precedentemente acondicionada noutros materiais de embalagem. Tal cria uma incitação suplementar a captar o

cliente para o PET, de modo a compensar essa perda. É por isso que, ao utilizar a posição que detém actualmente no mercado dos cartões, a Tetra/ /Sidel não apenas reforçaria a sua parte de mercado para o PET, como obviaria ou compensaria as suas perdas eventuais no mercado do cartão.

f) Os concorrentes da Tetra/Sidel tanto no mercado dos equipamentos cartão como no dos equipamentos PET são empresas muito mais pequenas, não detendo o concorrente mais importante mais do que [10% a 20%] do mercado das máquinas de embalagem cartão ou das máquinas SBM.»

49 Os modos de exercício do efeito de alavanca assentam na actual posição dominante da Tetra nos mercados do cartão asséptico [considerando (364)].

«Ao utilizar de várias formas esta posição a Tetra/Sidel terá a possibilidade de vincular as vendas de equipamentos e de produtos consumíveis para as embalagens cartão com as vendas de equipamentos de embalagem PET e eventualmente também de pré-formas (designadamente as pré-formas tratadas com a tecnologia 'barreira'). A Tetra/Sidel pode também recorrer a pressões ou a medidas de incitação (como preços de dumping ou uma guerra de preços e descontos de fidelidade) para que os seus clientes cartão comprem equipamentos PET e, eventualmente, pré-formas à Tetra/Sidel e não aos seus concorrentes ou conversores.»

50 A Comissão lembra também que «[n]umerosos clientes que continuarão a ter necessidade de embalagens cartão para uma parte da sua produção poderão ser obrigados ou incitados a comprar simultaneamente os seus equipamentos cartão e os seus equipamentos PET a um só fornecedor», e que «clientes que têm acordos a longo prazo com a Tetra para as suas necessidades de embalagem cartão serão particularmente vulneráveis» [considerando (365)] a tais pressões.

51 Por causa do exercício do efeito de alavanca, os concorrentes da Tetra/Sidel poderão ser afastados do mercado das máquinas SBM para produtos sensíveis pelas seguintes razões [considerando (369)]:

«a) Pouco importa que os concorrentes possam continuar a vender nos segmentos onde não existem vendas vinculadas (por exemplo, a água ou as bebidas gasosas não alcoolizadas), em razão da capacidade de realizar uma discriminação pelos preços e de determinar os grupos de clientes específicos, o que conduz a uma segmentação dos mercados em causa em função do tipo de utilização dos produtos; b) os segmentos de produtos 'sensíveis' incluem líquidos muito complexos, que exigem cadeias PET muito especiais, utilizando designadamente as tecnologias 'barreira' e o enchimento asséptico das máquinas, ou ainda máquinas SBM assépticas [combinando operações de sopragem, de enchimento e de rolhagem]. Os concorrentes não teriam motivo suficiente para investir e para concorrer nestes sectores de alta tecnologia dos equipamentos PET sendo assim afastados dos chamados mercados PET da 'nova era'».

52 Além disso, poderão igualmente ser afastados «do restante mercado das máquinas SBM» [considerando (370)].

53 Segundo a Comissão, este resultado é muito provável devido à debilidade da posição dos concorrentes da nova entidade e à inexistência de poder de compra entre os clientes desta última. Tratando-se, designadamente, da posição dos referidos concorrentes, ponto «capital» para a Comissão, esta última verifica que, se os três concorrentes da Sidel no mercado das máquinas SBM de forte capacidade se podem alinhar pelas propostas da Sidel, também é verdade que «esses concorrentes não disporão da posição dominante da nova entidade no mercado das embalagens cartão» [considerando (372)]. Precisa:

«O grupo SIG, o único dos três concorrentes que terá actividades no mercado tanto do cartão como do PET, não deterá mais de [10% a 20%] do mercado das

máquinas de embalagens cartão e das máquinas SBM. A SIG não possui a gama completa de equipamentos PET de que disporá a nova entidade e também não possui um elemento, a tecnologia 'barreira', essencial a toda e qualquer penetração nos novos segmentos de produtos PET. Nenhum outro fornecedor de equipamentos de embalagem estará em condições de propor, ao mesmo tempo, equipamentos cartão e equipamentos PET.»

54 Daí conclui «que ao reunir a sociedade dominante do mercado da embalagem cartão Tetra, e a sociedade líder do mercado dos equipamentos de embalagem PET, Sidel, o projecto de concentração conduziria à criação de uma estrutura de mercado que daria à nova entidade a motivação e as ferramentas necessárias para transformar a posição de líder que possui no mercado dos equipamentos de embalagem PET, em especial, no das máquinas SBM (de fraca e grande capacidade) utilizadas para os produtos 'sensíveis', numa posição dominante», o que produzirá «efeitos anticoncorrenciais na totalidade do mercado das máquinas SBM» [considerando (389)].

55 Em relação aos pretensos efeitos nos mercados do cartão, a Comissão considera que a concentração «conduziria à criação de uma estrutura de mercado que permitiria à Tetra reforçar a sua posição dominante actual no mercado das embalagens cartão, eliminando uma fonte de pressões concorrenciais importantes», o que terá «consequências negativas graves no sector das embalagens cartão» [considerandos (390) e (391)]. A este respeito, a Comissão invoca a necessidade de se ser especialmente vigilante quando se trata de um reforço de uma posição dominante já extremamente forte, como no caso vertente.

56 De acordo com a Comissão, sem a concentração, as sociedades que operam no sector do PET, em especial a Sidel e os conversores, prosseguirão estratégias comerciais destinadas a aumentar a utilização do PET em detrimento do cartão. Rejeita a pertinência do argumento da Tetra segundo o qual a Sidel só será capaz de influir no preço das máquinas SBM, o que representa uma ínfima parte do

custo total da embalagem, porque o que é importante é a possibilidade que a Tetra tem de influir nos preços tanto das máquinas cartão como dos produtos cartão.

57 Se não houver concentração, «as sociedades activas no PET exercerão provavelmente uma forte concorrência, de modo a retirarem partes de mercado ao cartão» [considerando (398)]. Pode-se esperar que a «Tetra defenda ferozmente a sua posição, tentando melhorar as soluções que propõe para a embalagem cartão, através da inovação, do melhoramento das tecnologias, de novas formas e sistemas de fecho para as embalagens cartão e, em certos casos, de uma baixa dos preços do cartão», como fez, no passado, quando produziu «novas embalagens cartão mais fáceis de utilizar, como a embalagem cartão 'gable top' com tampa de rosca» [considerando (398)]. A concentração não apenas eliminaria a necessidade de a Tetra exercer tal concorrência, mas, mais importante, permitir-lhe-ia «controlar, numa larga medida, a passagem do cartão para o PET» [considerando (399)]. Assim, poderia, por um lado, manter «os seus preços das embalagens cartão no seu elevado nível actual para os clientes, ou a parte da produção de alguns clientes, que não poderão passar total ou parcialmente para o PET, devido às preferências dos consumidores, aos custos dessa passagem e à existência de contratos a longo prazo» embora conservando, por outro lado, quanto aos clientes que desejam passar para o PET, «a possibilidade de influenciar a sua escolha de máquinas de embalagens, por exemplo, determinando o momento da passagem ou propondo soluções apropriadas e à medida, o que lhe permitirá aumentar a sua parte de mercado para os equipamentos PET» [considerando (399)]. Assim, a Tetra poderia aproveitar-se da «grande vantagem de que actualmente dispõe o seu principal concorrente, o grupo SIG, que é a única outra sociedade no mundo que fabrica e vende simultaneamente equipamentos de embalagem cartão e equipamentos de embalagem PET» [considerando (400)].

58 Além disso, a Comissão considera que «o facto de a nova entidade deter uma posição dominante em dois mercados muito próximos (equipamentos de embalagem cartão e PET) e uma presença importante num terceiro mercado (PEAD) permite-lhe ter uma presença particularmente forte nos sectores da embalagem dos produtos finais em causa ([PLL], sumos, [BAF], bebidas à base de

chá ou café)» [considerando 404)]. Tal reforça também a posição já «muito forte» [considerando (407)] da Tetra no sector da embalagem para os produtos sensíveis e acentua as barreiras à entrada para os concorrentes da Tetra/Sidel, o que permite a esta última «marginalizar os referidos concorrentes e reforçar a sua posição dominante nos mercados em causa dos equipamentos de embalagem cartão e dos equipamentos de embalagem PET, designadamente as máquinas SBM utilizadas para os produtos 'sensíveis'» [considerando (408)].

Quanto aos compromissos

59 Quanto aos compromissos, expostos em anexo da decisão impugnada, são resumidos pela Comissão como incluindo [considerando (410)]: «a) a cessão das actividades da Tetra no domínio das máquinas SBM; b) a cessão das actividades da Tetra no domínio das pré-formas PET; c) a manutenção da Sidel como sociedade distinta das sociedades Tetra Pak e a manutenção das medidas correctivas já adoptadas por força do artigo 82.° do Tratado; d) a concessão de uma licença relativa às máquinas SBM da Sidel destinadas aos clientes que acondicionam produtos 'sensíveis' e aos conversores». A Comissão considera que os mesmos são «insuficientes para eliminar os principais problemas de concorrência identificados nos mercados dos equipamentos de embalagens PET e das embalagens cartão» [considerando (424)]. As cessões propostas das actividades da Tetra no domínio das máquinas SBM e no das pré-formas PET teriam «efeitos mínimos na posição da nova entidade», enquanto a licença, à luz, designadamente, das actividades da Sidel no domínio das máquinas SBM para produtos sensíveis, não apenas é insuficiente para eliminar os referidos problemas, como também não constitui uma «solução viável» [considerando (424)]. A referida licença «pode mesmo, na realidade, introduzir mecanismos complexos no mercado, que conduzirão à regulação artificial do mesmo» [considerando (424)]. Quanto aos dois compromissos comportamentais relativos à separação das actividades da Sidel das da Tetra e à não violação do artigo 82.° CE, «são considerados insuficientes para resolver os problemas resultantes da estrutura do mercado depois da concentração» [considerando (424)].

60 Sendo «globalmente insuficientes para resolver os problemas de concorrência causados», a Comissão considera que os compromissos «não podem, portanto, constituir a base de uma decisão de autorização» [considerando (451)].

61 Por conseguinte, o artigo 1.° da decisão impugnada dispõe:

«A concentração notificada à Comissão pela Tetra Laval BV em 18 de Maio de 2000, que lhe permitiria adquirir o controlo exclusivo da empresa Sidel SA, é declarada incompatível com o mercado comum e com o funcionamento do acordo EEE.»

Tramitação processual

62 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 15 de Janeiro de 2002, a recorrente interpôs o presente recurso contra a decisão impugnada.

63 A recorrente também apresentou por requerimento separado apresentado no mesmo dia um pedido de tramitação acelerada, nos termos do artigo 76.°-A do Regulamento de Processo. Nas suas observações relativas ao referido pedido, apresentadas em 5 de Fevereiro de 2002, a Comissão entendeu que o mesmo se justificava.

64 Em 6 de Fevereiro de 2002, a Primeira Secção do Tribunal, à qual o processo foi distribuído, decidiu julgar de acordo com a tramitação acelerada.

65 A Comissão apresentou a contestação em 12 de Março de 2002.

66 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal em 19 de Março de 2002, a recorrente interpôs um recurso, registado sob o número T-80/02, pedindo a anulação da decisão de 30 de Janeiro de 2002 (v. n.° 26, *supra*) e a apensação do presente processo e do processo T-80/02. A Tetra pediu também, por requerimento separado apresentado no mesmo dia, a aplicação da tramitação acelerada no processo T-80/02, o que a Comissão aprovou nas suas observações sobre este pedido em 3 de Abril de 2002. Este processo foi também distribuído à Primeira Secção do Tribunal.

67 Ao abrigo das medidas de organização do processo previstas pelo artigo 64.°, n.° 3, alínea e), do Regulamento de Processo foi pedido às partes, em 19 de Março de 2002, para participarem numa reunião informal em 4 de Abril de 2002 perante o juiz-relator.

68 Nessa reunião informal, a recorrente aceitou que o seu pedido relativo à apensação do presente processo e do processo T-80/02 se considerasse retirada se as audiências nestes dois processos pudessem ser realizadas consecutivamente e se os acórdãos, em aplicação da tramitação acelerada, pudessem ser proferidos na mesma data. No decurso desta reunião, as partes foram autorizadas a apresentar as notas de alegações o mais tardar uma semana antes das audiências relativas a estes dois processos.

69 Em 18 de Abril de 2002, a Primeira Secção do Tribunal decidiu do pedido de tramitação acelerada no processo T-80/02 e fixou as datas consecutivas de 26 e de 27 de Junho de 2002 para a realização das audiências nos dois processos.

70 Com base no relatório do juiz-relator, a Primeira Secção do Tribunal decidiu, na sua conferência de 10 de Junho de 2002, dar início à fase oral e, no âmbito das medidas de organização do processo, convidou as partes a responder, de preferência antes da audiência, no prazo fixado para a apresentação das notas de alegações ou, assim não sendo, no decurso da audiência, a uma série de questões escritas notificadas por carta de 11 de Junho de 2002 (a seguir «questões escritas»). Também pediu à Comissão para apresentar um documento.

71 Em 19 de Junho de 2002, as partes apresentaram na Secretaria do Tribunal as suas notas de alegações. As da recorrente continham um pedido de tratamento confidencial de algumas informações incluídas em alguns documentos junto aos autos, em relação aos quais a Comissão, nas suas próprias notas, não contesta o carácter confidencial. As partes também responderam, no mesmo dia, às questões escritas e a Comissão apresentou o documento pedido.

72 Na sequência do impedimento de um dos juízes da Primeira Secção do Tribunal, o presidente do Tribunal designou, em 24 de Junho de 2002, nos termos do artigo 33.°, n.° 3 do Regulamento de Processo, o juiz J. Pirrung para completar a formação de julgamento e adiou as duas audiências previstas para 3 e 4 de Julho de 2002.

73 Por carta de 24 de Junho de 2002, a recorrente completou o seu pedido de tratamento confidencial em relação a algumas informações contidas nos autos.

74 No mesmo dia pediu, por carta separada, que um documento, de que a Comissão já tinha tido cópia, fosse junto aos autos. Trata-se do «relatório de gestão do conselho de administração» da Sidel para o exercício de 2001 (a seguir «relatório

de gestão da Sidel»). O referido pedido foi aceite por decisão de 26 de Junho de 2002 da Primeira Secção do Tribunal.

75 Com base no relatório suplementar do juiz-relator, a Primeira Secção do Tribunal decidiu, na sua conferência de 27 de Junho de 2002, pedir à Comissão que apresentasse diversos documentos, em especial os estudos Canadean, PCI, Warrick e Pictet, e respondesse a duas questões escritas suplementares (a seguir «questões escritas suplementares»).

76 Em 1 de Julho de 2002, a Comissão apresentou as suas respostas às questões escritas suplementares e os documentos pedidos. Estes documentos, com excepção das respostas ao questionário, consideradas confidenciais pela Comissão, foram juntos aos autos.

77 As partes foram ouvidas em alegações e nas suas respostas às questões colocadas pelo Tribunal na audiência que decorreu nos dias 3 e 4 de Julho de 2002.

78 Na audiência, o Tribunal decidiu conceder à recorrente o acesso a uma versão não confidencial de algumas respostas ao questionário. Cinco respostas ao questionário, das quais resultava, após verificação pelo Tribunal, ou que não constituíam respostas às questões colocadas (quatro documentos), ou que uma delas tinha claramente um carácter plenamente confidencial (um documento), não foram comunicadas. A referida versão das respostas ao questionário, estabelecida pelo Tribunal nos termos do artigo 67.°, n.° 3, do Regulamento de Processo, foi junta aos autos, tendo a recorrente recebido cópia da mesma. A pedido desta última, o Tribunal concedeu-lhe uma semana para apresentar eventuais observações escritas sobre esta versão das respostas ao questionário. Por carta de 8 de Julho de 2002, a recorrente renunciou a este direito, mantendo, no entanto, o seu fundamento relativo ao mérito destes documentos.

Pedidos das partes

79 Estando preenchidas as condições requeridas, enunciadas na reunião informal, para a alteração dos seus pedidos, a recorrente conclui doravante pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a decisão impugnada;

— condenar a Comissão nas despesas.

80 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente nas despesas.

Questão de direito

81 A recorrente invoca essencialmente cinco fundamentos de recurso. Na reunião informal de 4 de Abril de 2002, a recorrente salientou que, conforme expôs nos seus articulados, contesta a decisão impugnada na medida em que a mesma tem

por objecto a concentração corrigida pelos compromissos (a seguir «concentração alterada»). A este respeito, pediu ao Tribunal para concentrar o seu exame na situação resultante dos compromissos que propôs.

82 Com o seu primeiro fundamento, de natureza processual, a recorrente alega que a Comissão não respeitou, antes da adopção da decisão impugnada, o seu direito de acesso ao processo. Quanto ao mérito, alega que a Comissão, ao recusar autorizar a concentração alterada, fez uma aplicação errada do artigo 2.°, n.° 3, do regulamento. Os três fundamentos invocados em apoio desta alegação baseiam-se na pretensa inexistência de efeitos anticoncorrenciais significativos da concentração alterada, tanto, em primeiro lugar, horizontais e verticais como, em segundo, de conglomerado, assim como, em terceiro lugar, numa apreciação pretensamente inadequada dos compromissos pela Comissão. Além disso, a recorrente pretende que a Comissão fundamentou insuficientemente a decisão impugnada.

I — *Quanto ao fundamento assente em violação do direito de acesso ao processo*

A — *Argumentos das partes*

83 A recorrente alega que a Comissão não lhe permitiu um acesso completo ao processo, na medida em que vários documentos, em que a Comissão se apoia amplamente na decisão impugnada para daí retirar conclusões em detrimento da Tetra, nunca lhe foram comunicados. Trata-se, por um lado, do relatório de 10 de Setembro de 2001 de um perito económico externo da Comissão, o professor Ivaldi (a seguir «relatório Ivaldi»), relativo à análise econométrica das margens de venda praticadas pela Sidel no passado (a seguir «análise econométrica»), de que apenas lhe terá sido comunicado um resumo de uma página, e, por outro, das

respostas ao questionário, das quais apenas recebeu dois resumos. Apesar do pedido da Tetra de 19 de Outubro de 2001 destinado a obter um acesso completo a esses últimos documentos, e não a resumos inadequados, o conselheiro auditor terá confirmado, em 25 de Outubro de 2001, a recusa de acesso decidida pela Comissão. A recorrente alega que a referida recusa é incompatível tanto com a comunicação da Comissão relativa às regras de procedimento interno para o tratamento dos pedidos de consulta do processo nos casos de aplicação dos artigos [81.°] e [82.°] do Tratado CE, dos artigos 65.° e 66.° do Tratado CECA e do Regulamento n.° 4064/89 (JO 1997, C 23, p. 3, a seguir «comunicação relativa à consulta do processo») como com a jurisprudência (acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Outubro de 1983, AEG/Comissão, 107/82, Recueil, p. 3151, n.^{os} 23 e seguintes, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 29 de Junho de 1995, Solvay/Comissão, T-30/91, Colect., p. II-1775, n.^{os} 58 e seguintes).

84 A recorrente salienta também que a Comissão, dada a importância que esta última concedeu, na decisão impugnada [designadamente nos considerandos (346) e seguintes], à análise econométrica, teve de se apoiar, a este respeito, noutros documentos para além do relatório Ivaldi, tal como este relatório lhe foi dado a conhecer através do resumo a que teve acesso.

85 A Comissão alega que a recorrente teve acesso aos elementos do processo a que faz referência e nos quais se apoia na decisão impugnada. Referindo-se ao artigo 13.°, n.° 3, do Regulamento n.° 447/98 e ao acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 28 de Abril de 1999, Endemol/Comissão (T-221/95, Colect., p. II-1299, n.° 65), a Comissão afirma que o direito de acesso ao processo apenas se justifica na medida em que permite à empresa em causa, face às objecções da Comissão e em consideração dos documentos nos quais esta última se apoia, apresentar as suas observações sobre a procedência dessas objecções. No caso vertente, a Tetra terá podido apresentar tais observações.

86 Em primeiro lugar, relativamente ao relatório Ivaldi, a Comissão observa que, no decurso do procedimento administrativo, a recorrente não se queixou a respeito do acesso ao processo quanto à análise econométrica e, por conseguinte, não

pode agora invocar que o seu direito de defesa foi violado. A brevidade desta análise contida no referido relatório explica-se pelo facto que se tratava de uma resposta e de uma correcção à análise submetida anteriormente pela Tetra. Esta última terá podido (e os seus peritos tê-lo-ão feito na audiência com a Comissão em 26 de Setembro de 2001) apresentar observações a respeito deste relatório. Por outro lado, o relatório apenas terá sido um elemento complementar do estudo de mercado efectuado pela Comissão. Assim, mesmo que as alegações da recorrente procedessem, *quod non*, tal não devia conduzir à anulação da decisão impugnada porque o referido relatório não afectou o conteúdo dessa decisão.

87 Em segundo lugar, em relação às respostas ao questionário, a Comissão afirma que elas também tinham importância secundária na medida em que se apoiou essencialmente na sua própria análise da insuficiência dos compromissos. Por um lado, deve recusar o acesso a essas respostas por motivos de confidencialidade (acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Abril de 1995, BPB Industries e British Gypsum/Comissão, C-310/93 P, Colect., p. I-865, n.° 26). Por outro lado, mesmo se o artigo 17.°, n.° 2, do Regulamento n.° 447/98 permite a uma parte que apresente observações fornecer uma versão não confidencial da sua resposta, a Comissão tinha em todo o caso o direito, como confirmado pelo acórdão Endemol/Comissão, já referido, de preparar resumos objectivos e não confidenciais e de limitar o acesso da recorrente a tais resumos.

88 Por outro lado, a Comissão terá discutido essas respostas com a recorrente numa reunião em 18 de Outubro de 2001, durante a qual os resumos lhe terão ficado acessíveis. O referido acesso assim como o exame e a confirmação pelo conselheiro auditor da objectividade dos resumos em questão garantiram o pleno respeito do direito de defesa da recorrente. Em todo o caso, como os resultados do estudo apenas confirmaram a análise inicial da Comissão, não há que concluir que a decisão impugnada teria sido diferente se o acesso pedido tivesse sido concedido. Por conseguinte, a pretensa violação do direito de defesa não é susceptível de justificar a anulação da decisão impugnada.

B — *Apreciação do Tribunal*

1. Observações preliminares

89 Verifica-se, a título preliminar, que o acesso ao processo nos casos de concorrência tem designadamente por objecto permitir aos destinatários de uma comunicação das acusações tomar conhecimento dos elementos de prova que constam do *dossier* da Comissão, a fim de que se possam pronunciar de forma útil, com base nesses elementos, sobre as conclusões a que a Comissão chegou na comunicação das acusações (acórdãos do Tribunal de Justiça de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche/Comissão, 85/76, Colect., p. 217, n.os 9 e 11; BPB Industries e British Gypsum/Comissão, já referido, n.° 21, e de 8 de Julho de 1999, Hercules Chemicals/Comissão, C-51/92 P, Colect., p. I-4235, n.° 75). Os princípios gerais de direito comunitário que regem o direito de acesso ao processo da Comissão visam garantir um exercício efectivo do direito de defesa, e, no caso de uma decisão relativa a infracções às regras de concorrência aplicáveis às empresas e que aplique coimas ou sanções pecuniárias compulsórias, a violação desses princípios gerais de direito comunitário durante o processo que antecede a adopção da decisão é susceptível, em princípio, de acarretar a anulação dessa decisão quando se verificar violação do direito de defesa da empresa em causa (acórdão Hercules Chemicals/Comissão, já referido, n.os 76 e 77).

90 Importa também recordar que, para haver violação do direito de defesa, basta que se prove que a não divulgação dos documentos em questão pôde influenciar, em detrimento da recorrente, o desenrolar do processo e o conteúdo da decisão impugnada (acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 29 de Junho de 1995, ICI/Comissão, T-36/91, Colect., p. II-1847, n.° 78; de 20 de Abril de 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão, T-305/94 a T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 e T-335/94, Colect., p. II-931, n.° 1021, e Endemol/Comissão, já referido, n.° 87).

91 O Tribunal já confirmou que estes princípios se podem aplicar aos processos previstos pelo regulamento, mesmo se a sua aplicação pode razoavelmente ser condicionada pelo imperativo de celeridade que caracteriza a economia geral do regulamento (acórdão Endemol/Comissão, já referido, n.° 68).

92 Por conseguinte, trata-se, no caso vertente, de verificar se o direito de defesa da recorrente foi afectado pelas condições em que teve acesso a alguns documentos do processo administrativo da Comissão.

2. Quanto à primeira parte do fundamento, relativa ao relatório Ivaldi

93 Em primeiro lugar, na medida em que o argumento da Comissão relativo à intempestividade da invocação da acusação assente na violação do direito de defesa proceda, este argumento não pode, nas circunstâncias específicas do caso vertente, ser acolhido. Com efeito, a afirmação da recorrente relativa ao papel aparentemente muito limitado do professor Ivaldi na audição perante o conselheiro auditor não foi contestada pela Comissão e esta última não respondeu posteriormente ao memorando dos economistas apresentado pela Tetra nessa audição. Tendo em conta estas circunstâncias, é razoável concluir que a recorrente não apreciou, antes da adopção da decisão impugnada, a importância que a Comissão atribuía à análise econométrica efectuada no referido relatório.

94 Em segundo lugar, verifica-se que a recorrente teve acesso suficiente ao relatório Ivaldi, o que não contestou seriamente. Com efeito, há que aceitar a explicação da Comissão segundo a qual a brevidade deste relatório resulta do facto de que se tratava de uma resposta a uma análise apresentada pela própria recorrente. Daí resulta que apenas a existência de outros documentos relativos à análise

econométrica efectuada na decisão impugnada e aos quais a Tetra não teve acesso pode demonstrar o não acesso ao processo da Comissão.

95 A este respeito, resulta da jurisprudência que se presume a inexistência de um documento a que foi pedido o acesso quando é feita uma afirmação neste sentido pela instituição em causa. Trata-se, contudo, de uma presunção simples que a recorrente pode ilidir através de qualquer meio, com base em indícios pertinentes e concordantes [v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Outubro de 2000, JT's Corporation/Comissão, T-123/99, Colect., p. II-3269, n.° 58, e de 25 de Junho de 2002, British American Tobacco (Investments)/Comissão, T-311/00, Colect., p. II-2781, n.° 35]. No entanto, conclui-se, no caso vertente, que a recorrente não conseguiu ilidir a referida presunção.

96 Com efeito, em apoio da sua alegação, a recorrente invoca essencialmente os pormenores da análise econométrica, efectuada na decisão impugnada. Ora, resulta do processo, designadamente dos anexos dos articulados das partes relativos à exactidão das análises econométricas opostas em presença, que a da Comissão se baseia largamente nas informações que lhe foram fornecidas pela recorrente. As únicas outras informações que a Comissão teve em conta, na formulação das variáveis utilizadas na sua análise, encontram fundamento em certas críticas formuladas pelo professor Ivaldi no seu relatório quanto às variáveis utilizadas na análise da Tetra. Esta conclusão é confirmada pelo próprio título do relatório Ivaldi na medida em que o denomina, no singular, «Note to the File/Internal».

97 Esta conclusão não é posta em causa pelo argumento da recorrente assente na comunicação relativa à consulta do processo. Com efeito, resulta claramente que a assistência, sob a forma de consultor, fornecida pelo professor Ivaldi não é susceptível de constituir um «estudo» devendo ser tornado acessível por força do ponto I B, quinto parágrafo, da comunicação. Por outro lado, o carácter adequado da análise feita no relatório em questão não pode ser contestada através de um fundamento assente na pretensa violação do direito de acesso ao processo. Daí resulta que a Comissão, ao fazer-se assistir pelo professor Ivaldi no estudo das análises econométricas apresentadas pela recorrente, não faltou às obrigações que lhe são impostas na referida comunicação.

3. Quanto à segunda parte do fundamento, relativa às respostas ao questionário

98 Quanto à segunda parte do fundamento relativa às respostas ao questionário, resulta da jurisprudência que, no que respeita às respostas dadas por partes terceiras aos pedidos de esclarecimentos por parte da Comissão, esta está obrigada a tomar em conta o risco de uma empresa, em posição dominante no mercado, adoptar medidas de retorsão contra os concorrentes, fornecedores ou clientes que colaboraram na instrução levada a cabo pela Comissão (acórdãos BPB Industries e British Gypsum/Comissão, já referido, n.° 26, e Endemol/ /Comissão, já referido, n.° 66). Perante tal risco, as partes terceiras que entregam à Comissão, no decurso dos estudos por esta efectuados, documentos cuja entrega considerem susceptível de dar origem a represálias a seu respeito têm o direito de esperar que o seu pedido de confidencialidade seja respeitado.

99 Pode acontecer, quando algumas partes terceiras pediram que a sua identidade não fosse divulgada, que seja necessário que a Comissão não revele a identidade de outras partes terceiras implicadas no processo, mas que não solicitaram a confidencialidade antes de responder aos questionários da Comissão (acórdão Endemol/Comissão, já referido, n.° 70).

100 Esta exigência de confidencialidade pode também justificar a preparação de resumos não confidenciais de todas as respostas em questão (v., neste sentido, acórdão Endemol/Comissão, já referido, n.os 71 e 72).

101 Noutros termos, o simples facto de o artigo 17.°, n.° 2, do Regulamento n.° 447/98 impor uma obrigação, a cada parte terceira que pede o tratamento confidencial, de assinalar claramente os elementos da sua resposta julgados confidenciais não impede a Comissão, nos termos do artigo 17.°, n.° 1, do Regulamento n.° 447/98 e do objectivo do artigo 287.° CE, de apreciar *ex officio*

se os segredos comerciais de algumas partes terceiras implicadas no processo, ou outras informações confidenciais, correm o risco de ser divulgados no caso de ser concedido total acesso às respostas das outras partes terceiras que não pediram tal tratamento.

102 No entanto, compete à Comissão, face a um pedido de acesso ao processo apresentado por uma parte notificante (ou seja, um «interessado» na acepção do artigo 18.°, n.° 1, do regulamento), justificar, pelo menos até à fase da consulta do comité consultivo nos termos do referido artigo, toda e qualquer restrição a esse direito de acesso, devendo qualquer excepção ao direito de acesso ao processo ser interpretada de forma restritiva, em especial quando a Comissão pretende proibir a concentração notificada em causa.

103 Em relação às respostas ao questionário, há que recordar que a Tetra só teve acesso a dois resumos não confidenciais do total das respostas ao questionário preparados pela Comissão e não às próprias respostas, eventualmente numa versão não confidencial (v. n.° 22, *supra*). A este respeito, a Comissão refere que recebeu pedidos de tratamento confidencial por parte de numerosos autores dessas respostas, em alguns casos por causa de confessado receio de medidas de retaliação. No entanto, após verificação pelo Tribunal nos termos do artigo 67.°, n.° 3, do Regulamento de Processo, comprovou-se que a Comissão não havia recordado aos 51 destinatários dos questionários relativos ao estudo, pelo menos nas telecópias de acompanhamento dos referidos questionários, a obrigação decorrente do artigo 17.°, n.° 2, do Regulamento n.° 447/98 de identificar claramente todos os elementos das suas respostas que consideravam confidenciais. Não obstante este esquecimento, seis respostas ao questionário, num total de 30 respostas úteis em 34 respostas recebidas, continham um pedido expresso de tratamento confidencial. Um dos autores destas respostas forneceu à Comissão uma versão não confidencial da sua resposta, nos termos do artigo 17.°, n.° 2, do Regulamento n.° 447/98.

104 Por conseguinte, há que verificar se a decisão da Comissão de recusar o acesso da recorrente às respostas ao questionário, assim como a uma versão não confidencial das mesmas e de restringir esse acesso a dois resumos não confidenciais da totalidade dessas respostas é justificado.

105 Cabe assinalar que o imperativo de celeridade que caracteriza a sistemática geral do regulamento não pode em si mesmo justificar uma recusa como a aqui em causa. Se a Comissão não dispunha do tempo necessário para pedir aos autores das respostas ao questionário uma versão não confidencial das mesmas, nos termos do artigo 17.°, n.° 2, do Regulamento n.° 447/98, estava, contudo, obrigada a indicar à recorrente de que forma a natureza e a extensão dos receios de represálias ou de outros efeitos nefastos ou não desejáveis expressos pelos autores das respostas ao questionário tendo simplesmente pedido um tratamento confidencial sem fornecer uma versão não confidencial das suas respostas, bastavam para justificar uma recusa de acesso a essas respostas inclusive numa versão não confidencial. Se os prazos muito curtos na segunda fase de um processo relativo a uma concentração são susceptíveis, por razões práticas, e sobretudo quando foram apresentados numerosos pedidos de tratamento confidencial, de justificar a preparação de resumos não confidenciais, a Comissão continua obrigada a justificar uma recusa global de conceder o acesso às respostas de um estudo de mercado empreendido em relação a compromissos propostos por um interessado. Esta obrigação aplica-se *a fortiori* às respostas que lhe são submetidas sem nenhum pedido, pelo menos formal, de tratamento confidencial.

106 A este respeito, resulta da resposta do conselheiro auditor de 25 de Outubro de 2001 ao pedido de acesso ao processo apresentado em 19 de Outubro de 2001 pela recorrente que a tomada de posição da Comissão sobre o acesso ao processo no caso vertente reveste uma natureza geral. A Comissão considerou que o fornecimento de resumos das respostas ao questionário, cujo carácter preciso e detalhado é atestado pelo conselheiro auditor, constitui um acesso adequado ao processo de modo a respeitar o direito de defesa da Tetra.

107 Verifica-se, em primeiro lugar, designadamente à luz do facto de que alguns autores das respostas ao questionário manifestaram os seus receios quanto a possíveis medidas de retaliação por parte da recorrente em caso de não respeito da confidencialidade da sua resposta, que o conjunto destas respostas exigia um tratamento confidencial.

108 Tendo o próprio Tribunal podido constatar que o acesso a uma versão não confidencial de pelo menos 30 das respostas ao questionário, cuja preparação,

ocultando os dados confidenciais, era possível, há que examinar, em segundo lugar, se o acesso concedido apenas aos resumos violou, efectivamente, no caso vertente, o direito de defesa da recorrente.

109 Verifica-se que a afirmação da Comissão, segundo a qual apenas fez referência às respostas ao questionário na decisão impugnada de modo a defender uma conclusão à qual já tinha chegado em relação aos compromissos por outros motivos independentes, é corroborada em certa medida pelo teor da decisão impugnada [designadamente os seus considerandos (424) e (425)]. Não deixa no entanto de ser verdade que pelo menos uma conclusão negativa para a recorrente, relativa aos compromissos, é apresentada como sendo «confirmada pela análise do mercado» [considerando (428)].

110 Assinale-se que, num memorando de 18 de Outubro de 2001, e numa denúncia formal apresentada pela Tetra em 19 de Outubro de 2001 ao conselheiro auditor, a Tetra denunciou algumas insuficiências e imprecisões dos questionários relativos ao estudo aos quais teve acesso, em especial no que respeita à descrição do compromisso proposto pela Tetra respeitante à licença relativa às máquinas SBM da Sidel. Na sua resposta de 25 de Outubro de 2001, o conselheiro auditor indicou que o estudo da Comissão foi conduzido de uma forma objectiva e que os questionários não eram enganosos. Também salientou que, uma vez que o texto não confidencial dos compromissos tinha sido anexado aos questionários, a Comissão tinha o direito de esperar que os destinatários desses questionários lessem o referido texto.

111 Antes de mais, saliente-se que a denúncia e o memorando são ambos anexados e referidos numa nota de pé de página da petição. Daqui resulta que a objecção suscitada pela Comissão na audiência quanto ao carácter novo, e, por conseguinte, em sua opinião, inadmissível, das observações desenvolvidas pela recorrente nas suas alegações, especialmente em relação à pretensa imprecisão da quinta questão do questionário enviado aos clientes não é procedente.

112 Na medida em que a recorrente alega que os questionários, pedindo aos destinatários para se manifestarem quanto à questão de saber se os compromissos «reduziam de forma significativa» a posição da recorrente nas embalagens de cartão e «eliminavam efectivamente» a posição forte da entidade resultante da concentração no mercado da embalagem dos alimentos líquidos sensíveis, podiam ter induzido os destinatários dos questionários em erro quanto aos critérios previstos no artigo 2.°, n.° 3, do regulamento, esta argumentação não pode ser acolhida. A este respeito, basta verificar que, mesmo se alguns destes destinatários puderam formular as suas respostas baseando-se em critérios diferentes dos prescritos pelo artigo 2.°, n.° 3, do regulamento, o acesso às respostas em questão não era necessário para que a recorrente possa recordar à Comissão no decurso do procedimento administrativo o significado desses critérios.

113 Tanto mais que a Tetra teve efectivamente acesso desde o princípio, como reconheceu no seu memorando de 18 de Outubro de 2001, aos questionários enviados aos clientes e aos conversores. Embora a Comissão também tivesse que lhe facultar o acesso ao questionário enviado aos seus concorrentes, a recorrente reconheceu no entanto na audiência que teve posteriormente acesso ao mesmo por outros meios. Em todo o caso, como a Tetra também reconheceu na audiência, as suas alegações não dizem na realidade respeito a este último questionário. Por conseguinte, é manifesto que podia, através do seu acesso aos questionários e graças aos resumos das respostas ao questionário preparadas pela Comissão, recordar na sua denúncia ao conselheiro auditor a obrigação de a Comissão só aplicar os critérios estabelecidos pelo artigo 2.°, n.° 3, do regulamento.

114 Em relação ao carácter pretensamente enganoso da descrição do compromisso da Tetra relativo à licença nos questionários enviados aos clientes e aos conversores, resulta de uma simples leitura destes que um destinatário normalmente atento não podia ser induzido em erro. Embora as questões colocadas contivessem alguns detalhes relativos à licença que, no máximo, poderiam potencialmente enganar um destinatário que não tivesse o cuidado de estudá-los à luz da versão não confidencial dos compromissos enviada em anexo, há que observar que a Comissão estava no direito de presumir que tal estudo fosse feito. No caso

vertente, a recorrente não demonstrou que, se um destinatário tiver achado esses detalhes ambíguos, uma simples verificação em relação ao compromisso relativo à licença não teria bastado para esclarecer o preciso alcance desse compromisso.

115 De qualquer modo, não resulta da versão não confidencial das respostas ao questionário fornecidas por clientes e por conversores que foram induzidos em erro ou levados a fazer confusão na formulação das suas respostas. Por outro lado, não resulta dos resumos das respostas fornecidas à Tetra pela Comissão, estudados à luz da referida versão das respostas, que tivessem sido omitidos informações ou detalhes que podiam ter sido úteis à recorrente de modo a demonstrar a existência de uma tal confusão por parte dos destinatários dos questionários. Esta conclusão é corroborada pela decisão da Tetra de se abster de comentários escritos complementares sobre a referida versão das respostas na presente instância (v., neste sentido, acórdão Hercules Chemicals/Comissão, já referido, n.° 80).

116 Por último, também não resulta dos resumos das respostas ao questionário que estes não expõem fielmente a única resposta cujo carácter inteiramente confidencial foi reconhecido, após verificação, pelo Tribunal (v. n.° 78, *supra*).

117 Daqui resulta que a decisão da Comissão de só conceder à Tetra o acesso aos resumos não confidenciais das respostas ao questionário não violou o direito de defesa desta última.

4. Conclusão

118 Resulta de tudo o que precede que o fundamento assente em violação do direito de acesso ao processo deve ser julgado improcedente.

II — *Quanto aos fundamentos assentes em violação do artigo 2.° do regulamento*

A — *Observações preliminares*

119 Há que recordar, de imediato, que as regras materiais do regulamento, em especial o seu artigo 2.°, conferem à Comissão um certo poder discricionário, designadamente no que respeita às apreciações de ordem económica. Consequentemente, o controlo pelo órgão jurisdicional comunitário do exercício desse poder, que é essencial na definição das regras em matéria de concentrações, deve ser efectuado tendo em conta a margem de apreciação subjacente às normas de carácter económico que fazem parte do regime das concentrações (acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de Março de 1998, França e o./Comissão, dito «Kali & Salz», C-68/94 e C-30/95, Colect., p. I-1375, n.os 223 e 224; acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 25 de Março de 1999, Gencor/Comissão, T-102/96, Colect., p. II-753, n.os 164 e 165, e de 6 de Junho de 2002, Airtours/ /Comissão, T-342/99, Colect., p. II-2585, n.° 64).

120 Há também que recordar que, nos termos do artigo 2.°, n.° 3, do regulamento, devem ser declaradas incompatíveis com o mercado comum as operações de concentração que criem ou reforcem uma posição dominante de que resultem entraves significativos à concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste. *A contrario*, a Comissão é obrigada a declarar compatível com o mercado comum qualquer operação de concentração notificada que caia no âmbito de aplicação do regulamento quando as duas condições previstas pela referida disposição não estejam preenchidas (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 19 de Maio de 1994, Air France/Comissão, T-2/93, Colect., p. II-323, n.° 79; v. também, neste sentido, acórdão Gencor/Comissão, já referido, n.° 170, e Airtours/Comissão, já referido, n.os 58 e 82). Na ausência de criação ou reforço de uma posição dominante, a operação deve portanto ser autorizada sem que seja necessário examinar os efeitos da operação na concorrência efectiva (acórdão Air France/Comissão, já referido, n.° 79).

121 É à luz destas considerações que há que examinar a procedência dos segundo a quarto fundamentos invocados pela recorrente.

B — *Quanto ao fundamento assente em inexistência de efeitos anticoncorrenciais horizontais e verticais da concentração alterada*

1. Observações preliminares

122 A recorrente alega que os compromissos eliminaram todos os efeitos «horizontais» e «verticais» desfavoráveis eventualmente decorrentes da operação notificada e que são identificados na decisão impugnada. No entanto, dado que a Comissão formula algumas objecções contra a concentração baseadas em tais efeitos [considerandos (263) a (324)], a Tetra alega que, à luz dos compromissos, as referidas objecções carecem agora de fundamento.

123 Segundo a Comissão, a recorrente comete um erro ao enunciar que a decisão impugnada contém objecções de ordem horizontal ou vertical. Com efeito, essa decisão não faz menção de uma criação ou de um reforço de uma posição dominante devido aos efeitos horizontais ou verticais considerados isoladamente. No entanto, a Comissão mantém que a concentração alterada produzirá importantes efeitos desta ordem que não pode ignorar. Alega que a decisão impugnada teve correctamente em conta os restantes efeitos horizontais e verticais da concentração, ou seja, os existentes posteriormente aos compromissos, na apreciação dos seus efeitos de conglomerado.

124 O Tribunal verifica que, embora a Comissão não baseie a decisão impugnada nesses efeitos horizontais e verticais, o facto é que os teve em conta em apoio da sua conclusão segundo a qual a concentração alterada deve ser proibida. Assim, a Comissão afirma na decisão impugnada que o «reforço e a criação de posições dominantes» nos mercados dos equipamentos de embalagem PET, em especial das máquinas SBM de forte e fraca capacidade, e no dos sistemas de embalagem cartão «resultam de vários factores», inclusive dos «efeitos horizontais e verticais» [considerando (262)]. Por outro lado, resulta das observações da Comissão, e principalmente das explicações fornecidas pelo seu agente na audiência, que são em especial as suas preocupações relativas aos mercados dos equipamentos PET que se baseiam em tais efeitos. Por conseguinte, há que examinar o fundamento distinto invocado pela recorrente relativamente à criação de uma posição dominante nesses últimos mercados devido a esses efeitos.

2. Quanto aos efeitos horizontais

a) Argumentos das partes

125 A recorrente salienta, em primeiro lugar, que, embora a decisão impugnada verifique a superveniência das sobreposições horizontais entre três mercados considerados distintos, ou seja, os relativos às máquinas SBM de fraca capacidade, às máquinas de enchimento PET asséptico e às técnicas de tratamento barreira, a Comissão não prevê nem a criação nem o reforço de uma posição dominante em nenhum desses mercados. O problema principal identificado pela Comissão no que respeita aos efeitos horizontais respeita ao mercado das máquinas SBM de fraca capacidade, mas a decisão da Tetra de se separar da Dynaplast, ou seja, da sua própria actividade no domínio das máquinas SBM, eliminará este problema. A recorrente salienta também que o seu compromisso de conceder uma licença relativa às máquinas SBM da Sidel reduzirá ainda mais a posição preexistente da Sidel no mercado das máquinas SBM de fraca capacidade.

126 A Comissão, admitindo que os efeitos horizontais da concentração alterada não conduzirão eles próprios, ou seja, independentemente de outros efeitos da transacção, à criação ou ao reforço de uma posição dominante, alega que os mesmos reforçariam de forma significativa a posição da nova entidade no mercado do PET e não seriam eliminados pelos compromissos. Além disso, os compromissos não resolvem o problema do reforço da posição dominante da Tetra nos mercados do cartão resultante, segundo a Comissão, da eliminação da Sidel enquanto potencial concorrente no mercado global dos sistemas de embalagem para os produtos sensíveis. A Comissão salienta que a cessão da Dynaplast apenas elimina a sobreposição horizontal das actividades da Tetra e da Sidel no que respeita às máquinas de fraca capacidade, ao passo que os compromissos não terão nenhum efeito na posição preeminente da Sidel quanto às máquinas SBM de forte capacidade. Tanto na contestação como na resposta às questões escritas, a Comissão salienta também o reforço dado pela concentração à posição global da nova entidade no que respeita aos equipamentos PET, como as máquinas de enchimento PET asséptico, as técnicas de tratamento barreira e os sistemas de fecho de garrafas de PET.

b) Apreciação do Tribunal

127 Os problemas de concorrência horizontais, como identificados na decisão impugnada, são três e, como reconheceu a Comissão na audiência, apenas respeitam ao mercado do PET. Trata-se dos pretensos efeitos desfavoráveis da operação notificada nos mercados das máquinas SBM de fraca capacidade, das máquinas de enchimento PET asséptico e das técnicas de tratamento barreira. Por conseguinte, há que examinar se, apesar dos compromissos, subsistem efeitos horizontais desfavoráveis susceptíveis de corroborar a tese da Comissão quanto à realização pela entidade resultante da concentração de uma posição dominante no mercado do PET através da utilização, como alavanca, da sua actual posição dominante nos mercados do cartão.

128 Quanto às máquinas SBM de fraca capacidade, o compromisso da recorrente de se separar da Dynaplast tem por consequência que a concentração não reforçaria de maneira nenhuma a parte desse mercado actualmente detida pela Sidel. Por conseguinte, está excluído que a posição da Sidel seja reforçada neste mercado e, *a fortiori*, que a operação possa entravar de «forma significativa» a concorrência nesta parte do mercado das máquinas SBM. A eliminação da sobreposição horizontal das actividades das partes na operação notificada relativa a essas máquinas, pelos compromissos, é mesmo reconhecida na decisão impugnada [considerando (427)]. Mesmo se as informações obtidas nas respostas ao questionário, a que a Comissão se refere na sua contestação sobre esse ponto, têm um certo valor probatório, a Comissão não pode, por um lado, apoiar-se no contributo que a Dynaplast representa para a posição da Sidel no mercado das máquinas SBM de fraca capacidade, ou seja, quase [20% a 30%] em termos de partes de mercado [considerando (266)], e, por outro, invocar no Tribunal a pouca importância e rentabilidade da referida gama de máquinas expressas em certas respostas. Além disso, o simples facto de a Tetra não ter podido, posteriormente, encontrar um comprador para a Dynaplast, como confirmou nas suas respostas às questões escritas e na audiência, também não é susceptível de fundamentar a conclusão à qual chegou a Comissão, visto que tal confirma a posição pouco rentável e, não obstante uma parte de mercado importante, relativamente fraca de facto da Tetra no mercado das máquinas SBM de fraca capacidade antes da concentração.

129 Por conseguinte, conclui-se que a concentração alterada não cria nenhuma sobreposição horizontal das actividades das partes nessa concentração no mercado das máquinas SBM de fraca capacidade. Esta conclusão não pode ser posta em causa, pelo menos para efeitos de apoiar a validade da decisão impugnada, pela referência feita pela Comissão, pela primeira vez nas suas respostas às questões escritas, a uma pretensa nova tecnologia dita «TetraFast» que terá sido desenvolvida pela Tetra para as máquinas SBM de fraca capacidade.

130 Em relação ao mercado das máquinas de enchimento PET asséptico, há que constatar que a existência de efeitos horizontais significativos e desfavoráveis à concorrência devia ter sido excluída pela Comissão. Em primeiro lugar, a concentração alterada só reforça de forma relativamente modesta a parte da

entidade resultante da concentração nesse mercado (ou seja, [0% a 10%] do parque das máquinas desse tipo instaladas no EEE em 2000) se essa parte for calculada em relação à posição actual da Sidel que se eleva a [10% a 20%] no referido mercado [considerando (288)]. Depois, já existem concorrentes importantes nesse mercado, inclusive recém-chegados que já conseguiram uma parte significativa das vendas nesse mercado (ou seja, [40% a 50%]), como reconhece a decisão impugnada [considerando (251)]. Por último, o acento colocado pela Comissão, nas suas respostas escritas e na audiência, no potencial comercial das máquinas do tipo LFA-20, a que a decisão impugnada faz referência [considerando (82), nota de pé de página 32 e (202)], capazes de encher em condição de assepsia tanto as garrafas PET como as PEAD, não é susceptível de corroborar a sua tese. As referidas máquinas encontram-se ainda, pelo menos segundo a Tetra, que não foi contestada neste ponto na audiência pela Comissão, em fase de teste nas suas instalações e nas dos seus três concorrentes que também as desenvolveram.

131 No que respeita ao mercado relativo às técnicas de tratamento barreira, a Comissão reconhece que os efeitos da operação notificada, embora melhorem de forma sensível a posição neste mercado da entidade resultante da concentração, não conduzem «à criação de uma posição dominante» [considerando (282)]. A Comissão não podia concluir de outro modo, já que a combinação das actividades da Tetra e da Sidel nesse domínio só oferecia uma parte de mercado da ordem de [10% a 20%] à nova entidade, e isto, como a Comissão confirma nas suas respostas às questões escritas, sem ter em conta os efeitos, pelo menos potenciais, do abandono pela Tetra da sua licença sobre a tecnologia Sealica. Por outro lado, esta estimativa da parte deste mercado é vivamente contestada pela recorrente nas suas respostas às questões escritas. Esta última avançou de modo convincente que, atendendo ao estado nascente das tecnologias em questão, as partes de mercado calculadas por referência aos produtos hoje existentes não são muito fiáveis. Além disso, na audiência, a Tetra invocou os problemas que suscita actualmente o desenvolvimento dos revestimentos plasma, como a tecnologia Actis da Sidel para a cerveja, afirmação que é, aliás, corroborada pelo relatório de gestão da Sidel. Insistiu também no facto de que a nova tecnologia de tratamento barreira, sobretudo para alguns produtos sensíveis como os PLL, não utiliza o PET mas pressupõe o desenvolvimento de uma nova resina em plástico. Visto o que precede, verifica-se que a Comissão não demonstrou a existência de efeitos horizontais significativos desfavoráveis à concorrência no mercado relativo às técnicas de tratamento barreira.

132 Daqui resulta que, se se tiverem em conta os compromissos, os efeitos horizontais desfavoráveis da concentração a que a Comissão se refere na decisão impugnada são mínimos, se não quase inexistentes, nos diversos mercados dos equipamentos de embalagem PET em questão. Nestas circunstâncias, conclui-se que a Comissão, na medida em que se apoia nos efeitos horizontais da concentração alterada de modo a defender a sua conclusão quanto à criação de uma posição dominante nos referidos mercados do PET a favor da nova entidade, através do exercício de um efeito de alavanca, cometeu um erro manifesto de apreciação.

3. Quanto aos efeitos verticais

a) Argumentos das partes

133 A recorrente salienta que o maior receio da Comissão resulta da pretensa integração vertical da nova entidade no domínio dos sistemas de embalagem cartão, PET e PEAD. Tendo a Tetra/Sidel uma posição importante no mercado das máquinas SBM, existirá, segundo a Comissão, um «conflito de circuitos» («channel conflict») resultante da dependência parcial dos conversores face à Sidel. Este conflito permitiria à nova entidade marginalizar os conversores oferecendo aos clientes destes um conjunto constituído por máquinas SBM, pré-formas e «instalações chaves na mão» («turnkey installations»), ou seja, linhas PET integradas, excluindo assim os conversores dessas actividades. Contudo, a Comissão reconheceu que esses receios só se concretizariam se a Sidel se tornasse dominante no mercado das máquinas SBM. No entanto, terá também reconhecido que a decisão comercial da Tetra de abandonar o mercado das pré-formas eliminaria todas as preocupações invocadas pelos conversores e que os problemas verticais receados não bastariam em si próprios, em nenhum caso, para conduzir à criação de uma posição dominante em favor da nova entidade nos mercados dos equipamentos PET ou das pré-formas. Daí a recorrente conclui que a concentração alterada não tem efeitos verticais anticoncorrenciais no mercado das embalagens PET, não reforça a integração vertical preexistente da Tetra nos mercados do cartão e não cria, como foi

reconhecido pela Comissão, nenhuma posição dominante no mercado das máquinas EBM produtoras de garrafas PEAD assépticas com pegas.

134 A Comissão mantém que a integração vertical da nova entidade pode conduzir à exclusão dos conversores do mercado. Embora a sua integração vertical não a torne dominante nos mercados relativos ao fornecimento de pré-formas ou de equipamentos PET, a oportunidade que esta integração lhe apresenta de marginalizar os conversores será importante na apreciação dos efeitos de conglomerado da concentração. Os compromissos não eliminam todos estes efeitos, uma vez que a nova entidade pode ainda oferecer soluções PET integradas sem oferecer pré-formas, por exemplo, através dos acordos HTW. Nem a cessão proposta das actividades da Tetra no domínio das pré-formas, nem a concessão de uma licença para a tecnologia da Sidel eliminarão a dependência dos conversores face à nova entidade. Estes últimos compromissos poderão mesmo assegurar a manutenção da forte posição da nova entidade na venda de máquinas SBM aos conversores, uma vez que deixará de existir qualquer «conflito de circuito» susceptível de encorajar estes últimos a adquirir máquinas SBM aos concorrentes da Sidel.

b) Apreciação do Tribunal

135 Há que indicar, previamente, que as preocupações da Comissão em relação à concentração alterada dizem essencialmente respeito à Tetra, como a Comissão alegou por diversas vezes na audição. Tais preocupações resultam do facto de que, ao contrário da Sidel, a Tetra é uma empresa muito integrada a nível vertical no que respeita aos mercados do cartão asséptico e que tem, por conseguinte, por prática e por reputação oferecer aos seus clientes sistemas de embalagem integrados. Para a Comissão, a presença da recorrente no seio da nova entidade provocaria uma importante diminuição da concorrência nos mercados dos equipamentos de embalagem PET.

136 Importa antes de mais observar que a venda pela Tetra dos seus interesses no domínio das pré-formas eliminaria inteiramente a preocupação inicial suscitada pela Comissão em relação aos conversores.

137 Em relação à inquietude da Comissão, posterior aos compromissos, relativa aos conversores, ou seja, que estes comprarão mais facilmente à Sidel depois de a Tetra se ter separado dos seus interesses no domínio das pré-formas e que a posição da nova entidade será, assim, reforçada, nenhuma demonstração probatória, com excepção da referência às respostas ao questionário [considerando (428)], foi produzida pela Comissão na decisão impugnada. Mesmo se não pode ser excluído que alguns conversores ficarão menos inquietos comprando máquinas SBM à nova entidade se esta já não tiver actividades no domínio das pré-formas, tal efeito de conforto está longe de equivaler a um «conflito de circuitos», como enunciado na comunicação das acusações (n.os 232 a 236). Uma vez que existe actualmente uma viva concorrência no mercado das pré-formas, tal conforto para alguns conversores só, no máximo em muito fraca medida, reduziria as possibilidades de os concorrentes da Sidel venderem máquinas SBM a tais conversores.

138 Se é verdade que a concentração alterada permitiria à Sidel, através da presença da Tetra no mercado dos sistemas de fecho de garrafas de plástico, oferecer linhas PET quase integradas, é evidente que os efeitos verticais da entrada da Sidel neste mercado através da nova entidade, assim como o seu concomitante desaparecimento enquanto potencial cliente de outros operadores já activos no mercado, seriam mínimos, devido à posição relativamente fraca detida pela Tetra no referido mercado. Por outro lado, a capacidade global da nova entidade, em relação à que dispõe actualmente a Sidel, de oferecer tais linhas PET integradas não seria reforçada pela concentração alterada, tendo em conta que a Tetra se separaria das suas actividades em pré-formas PET. A este respeito, resulta, com efeito, do relatório de gestão da Sidel que a venda das referidas linhas representava em 2001 apenas cerca de 20% das vendas das máquinas SBM da Sidel, não obstante o pretenso «crescimento exponencial» de 30% entre 1999 e 2000 a que a Comissão faz referência na sua contestação.

139 Quanto aos pretensos efeitos no mercado das máquinas EBM, é expressamente admitido na decisão impugnada que, à luz da resposta da Tetra de 1 de Outubro de 2001 à comunicação das acusações suplementar, «a posição de outros actores dissipa o receio de uma posição dominante num mercado potencial de máquinas destinadas à produção de garrafas [PEAD] assépticas com pegas» [considerando (297), nota de pé de página 125]. Por conseguinte, é manifesto que a concentração alterada não pode ter efeitos desfavoráveis significativos na posição dos conversores activos no mercado do PEAD, que continuaria, após a concentração, um mercado sujeito a um alto nível de concorrência.

140 Em consequência, não foi demonstrado que a concentração alterada ocasionaria efeitos verticais importantes ou pelo menos significativos nos mercados de equipamentos de embalagem PET em questão. Nessas circunstâncias, há que concluir que a Comissão, na medida em que se apoia nos efeitos verticais da concentração alterada de modo a sustentar a sua conclusão quanto à criação de uma posição dominante nos referidos mercados PET a favor da nova entidade através do exercício do efeito de alavanca, cometeu um erro manifesto de apreciação.

4. Conclusão

141 Resulta do exposto que a Comissão cometeu erros manifestos de apreciação ao apoiar-se nos efeitos horizontais e verticais da concentração alterada, de modo a sustentar a sua análise relativa à criação de uma posição dominante nos mercados do PET em questão. No entanto, estes erros não implicam a anulação da decisão impugnada, dado que o efeito de conglomerado avançado pela Comissão pode bastar, por si só, para justificar a referida decisão. Por conseguinte, há que examinar o fundamento assente em inexistência de efeito de conglomerado.

C — *Quanto ao fundamento assente em inexistência de efeito de conglomerado previsível*

1. Observações preliminares

142 É pacífico entre as partes que a concentração alterada é uma concentração de tipo conglomerado, ou seja, efectuada entre empresas que não têm, no essencial, relação concorrencial preexistente quer enquanto concorrentes directos, quer enquanto fornecedores ou clientes. Essas concentrações não implicam verdadeiras sobreposições horizontais entre as actividades das partes na concentração nem relações verticais entre as partes em sentido estrito. Por conseguinte, não se pode presumir, de modo geral, que tais concentrações produzem efeitos anticoncorrenciais. No entanto, nalguns casos podem ter tais efeitos.

143 Na decisão impugnada, a Comissão considera, essencialmente, que a concentração alterada produzirá, de forma previsível, um efeito de conglomerado anticoncorrencial em três direcções. Em primeiro lugar, a concentração permitiria à nova entidade utilizar a sua posição dominante no mercado global da embalagem cartão como «alavanca» para adquirir uma posição dominante nos mercados dos equipamentos de embalagem PET. Em segundo lugar, a concentração reforçaria a actual posição dominante da Tetra nos mercados dos equipamentos de embalagem cartão asséptica e dos cartões assépticos pela eliminação da pressão concorrencial, representada pela Sidel, vinda dos mercados vizinhos do PET. Em terceiro lugar, a concentração reforçaria, em geral, a posição global da nova entidade nos mercados da embalagem de produtos sensíveis.

144 Na audiência, a Comissão salientou o carácter intrinsecamente prospectivo da sua análise com que deve apreciar os efeitos futuros da operação de concentração que lhe foi notificada. Sublinhou que, num processo respeitante a uma concentração com um efeito de conglomerado, como num processo respeitante a uma concentração horizontal clássica, a preocupação da Comissão é a

prevenção de futuros comportamentos anticoncorrenciais cuja operação torna a superveniência verosímil e que a sua análise deve ser efectuada atendendo à concentração dos meios e capacidades existentes das partes na operação notificada. O simples facto de no caso de uma concentração de tipo conglomerado, ao contrário de outros tipos de concentração, a verosímil superveniência de um tal comportamento não decorrer directamente do cúmulo, num único e mesmo mercado, das partes de mercado que seriam doravante detidas pela nova entidade não justifica a adopção de uma abordagem diferente.

145 Há que examinar sucessivamente os três pilares do raciocínio da Comissão relativos ao efeito de alavanca, à eliminação da concorrência potencial e ao efeito geral de reforço da posição concorrencial da nova entidade.

2. Quanto ao primeiro pilar, relativo ao exercício de um efeito de alavanca

a) Considerações relativas ao enquadramento geral do processo

146 Em primeiro lugar, há que observar que o regulamento, em especial no seu artigo 2.°, n.^{os} 2 e 3, não faz qualquer distinção entre, por um lado, operações de concentração com efeitos horizontais e verticais e, por outro, as que têm um efeito de conglomerado. Daí resulta que, sem distinção entre estes tipos de operações, uma concentração só pode ser proibida se os dois critérios previstos no artigo 2.°, n.° 3, estiverem reunidos (v. n.° 120, *supra*). Assim, uma concentração com efeito de conglomerado deve, como qualquer outra concentração (v. n.° 120, *supra*), ser autorizada pela Comissão se não for demonstrado que a mesma cria ou reforça uma posição dominante no mercado comum ou numa parte

substancial deste e que tem como consequência que uma concorrência efectiva será entravada de modo significativo.

147 No entanto, a análise dos efeitos de conglomerado potencialmente anticoncorrenciais de uma operação de concentração suscita alguns problemas específicos, relacionados com a natureza desta, problemas que há que abordar a título preliminar. A este respeito, serão sucessivamente examinados os aspectos temporais dos efeitos de conglomerado e os relativos à natureza especial destes efeitos, que podem ser estruturais, no sentido de que resultam directamente da criação de uma estrutura económica, ou de natureza comportamental, no sentido que só se produzirão se a entidade resultante da operação adoptar determinadas práticas comerciais.

i) Aspectos temporais dos efeitos de conglomerado

148 Antes de mais, há que examinar se uma operação de concentração que cria uma estrutura concorrencial não conduzindo no imediato a uma posição dominante da entidade resultante da operação pode ser proibida com base no artigo 2.°, n.° 3, do regulamento quando permite, com toda a probabilidade, a essa entidade através do exercício pela parte adquirente de um efeito de alavanca a partir do mercado em que é já dominante, adquirir num futuro relativamente próximo, uma posição dominante num outro mercado em que a parte adquirida detém actualmente uma posição preeminente, e quando a aquisição em causa tem efeitos concorrenciais significativos nos mercados em questão.

149 A este respeito, a recorrente insistiu na necessidade de demonstrar com certeza que a concentração terá por efeito permitir-lhe adquirir uma posição dominante nos mercados dos equipamentos PET em questão, ou seja, não demonstrar a possível superveniência de tal posição, mas prever o seu aparecimento imediato.

Como foi assinalado no n.º 144 *supra*, a Comissão, mencionando o acórdão Kali & Salz, já referido, salientou o carácter, por natureza prospectivo, da análise que deve fazer quando examina os previsíveis efeitos no mercado de referência da operação de concentração que lhe é notificada.

150 O Tribunal indica que, *a priori*, uma concentração entre empresas activas em mercados distintos não é normalmente susceptível de conduzir, desde o início, à criação ou ao reforço de uma posição dominante pelo cúmulo das partes de mercado detidas pelas partes na fusão. Com efeito, os elementos significativos das posições relativas dos concorrentes num dado mercado encontram-se geralmente nesse próprio mercado, ou seja, em especial as partes de mercado detidas pelos concorrentes e as condições de concorrência no referido mercado. Daqui não resulta, no entanto, que as condições de concorrência num mercado não possam nunca ser afectadas por factores externos a esse mercado.

151 Assim, a título de exemplo, numa situação em que os mercados em questão são vizinhos e em que uma das partes numa operação de concentração detém já uma posição dominante num deles, pode acontecer que os meios e capacidades reunidos por esta operação criem imediatamente condições permitindo à nova entidade, através de um efeito de alavanca, alcançar, num futuro relativamente próximo, uma posição dominante no outro mercado. Em especial, pode ser esse o caso quando os mercados em causa tendem a convergir e quando, além de uma posição dominante detida por uma das partes na operação, a outra, ou uma das outras partes na operação, ocupa uma posição preeminente no segundo mercado.

152 Qualquer outra interpretação do artigo 2.º, n.º 3, do regulamento poderia privar a Comissão da possibilidade de exercer um controlo das operações de concentração tendo única ou principalmente um efeito de conglomerado.

153 Por conseguinte, no quadro de uma análise prospectiva dos efeitos de uma operação de concentração de tipo conglomerado, se a Comissão puder concluir, por causa dos efeitos de conglomerado verificados, que uma posição dominante será, com toda a probabilidade, criada ou reforçada num futuro relativamente próximo e terá como consequência que a concorrência efectiva no mercado em causa seja entravada de forma significativa, deve proibi-la (v., neste sentido, acórdãos Kali & Salz, já referido n.° 221; Gencor/Comissão, já referido, n.° 162, e Airtours/Comissão, já referido, n.° 63).

ii) Aspectos relativos à natureza especial dos efeitos de conglomerado

154 Neste contexto, há também que distinguir entre, por um lado, uma situação em que uma concentração com um efeito de conglomerado altera imediatamente as condições de concorrência no segundo mercado e conduz à criação ou ao reforço de uma posição dominante neste devido à posição dominante já detida no primeiro mercado e, por outro, uma situação em que a criação ou o reforço de uma posição dominante no segundo mercado não resulta imediatamente da concentração mas só se produzirá, nesta hipótese, após algum tempo e resultará dos comportamentos adoptados pela nova entidade no primeiro mercado onde detém já uma posição dominante. Neste último caso, não é a própria estrutura resultante da operação de concentração que cria ou reforça uma posição dominante, na acepção do artigo 2.°, n.° 3, do regulamento, mas sim os futuros comportamentos em questão.

155 A análise da Comissão a respeito de uma concentração que produz um efeito de conglomerado é condicionada por exigências análogas às definidas pela jurisprudência no que respeita à criação de uma situação dominante colectiva (acórdãos Kali & Salz, já referido, n.° 222 e Airtours/Comissão, já referido, n.° 63). Assim, a análise da Comissão a respeito de uma operação de concentração cujo efeito de conglomerado anticoncorrencial se prevê pressupõe um exame especialmente atento das circunstâncias que se revelam pertinentes para a apreciação desse efeito no funcionamento da concorrência no mercado de referência. Como o Tribunal de Primeira Instância já confirmou, quando a Comissão considere que tal operação deve ser proibida porque vai criar ou

reforçar, num período previsível, uma posição dominante, compete-lhe apresentar provas sólidas em defesa de tal conclusão (acórdão Airtours/Comissão, já referido, n.° 63). Sendo os efeitos de uma concentração de tipo conglomerado geralmente considerados neutros, e até benéficos, à luz da concorrência nos mercados afectados, tal como foi reconhecido, no caso vertente, pela doutrina económica citada em análises anexadas aos articulados das partes, a demonstração de efeitos de conglomerado anticoncorrenciais de uma tal concentração exige um exame preciso, assente em provas sólidas, das circunstâncias pretensamente constitutivas dos referidos efeitos (v., por analogia, acórdão Airtours/Comissão, já referido, n.° 63).

156 No caso vertente, a superveniência do efeito de alavanca exercido a partir dos mercados do cartão asséptico, descrito na decisão impugnada, traduzir-se-ia, para além da possibilidade de a nova entidade recorrer a diversas práticas consistentes em associar as vendas de equipamentos e de produtos consumíveis para as embalagens cartão à dos equipamentos de embalagem PET, inclusive recorrendo às vendas forçadas [considerandos (345) e (356)], em primeiro lugar, pela fixação provável por esta entidade de preços predatórios [«predatory pricing», considerando (364), referido no n.° 49 *supra*], em segundo lugar, através do recurso a uma guerra de preços e, em terceiro, pela concessão de descontos de fidelidade. O recurso a estas práticas permitiria à nova entidade assegurar-se de que os seus clientes dos mercados do cartão se abastecem, tanto quanto possível, quanto às suas eventuais necessidades em equipamentos PET, junto da Sidel. A este respeito, há que observar que a decisão impugnada verifica a existência de uma posição dominante da Tetra nos mercados do cartão asséptico, ou seja, os mercados dos sistemas de embalagem cartão asséptica e dos cartões assépticos [considerando (231), v. n.° 40, *supra*], e que tal facto não é contestado pela recorrente.

157 Recorde-se que, segundo jurisprudência assente, quando uma empresa se encontra em posição dominante, é obrigada a adaptar eventualmente o seu comportamento, a fim de não afectar a concorrência efectiva no mercado, independentemente da eventual adopção pela Comissão de uma decisão para esse

efeito (acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Novembro de 1983, Michelin/ /Comissão, 322/81, Recueil, p. 3461, n.° 57; acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Julho de 1990, Tetra Pak/Comissão, T-51/89, Colect., p. II-309, n.° 23, e de 22 de Março de 2000, Coca-Cola/Comissão, T-125/97 e T-127/97, Colect., p. II-1733, n.° 80).

158 Além disso, assinale-se que, em resposta às questões colocadas pelo Tribunal na audiência, a Comissão não negou que o exercício pela Tetra de um efeito de alavanca através dos comportamentos expostos *supra* poderia ser constitutivo de abuso da posição dominante preexistente que a Tetra detém nos mercados do cartão asséptico. Poderia ser também esse o caso, segundo as apreensões expressas pela Comissão na contestação, na hipótese de eventuais recusas da nova entidade em participar na instalação e na transformação eventual das máquinas SBM da Sidel, em fornecer um serviço pós-venda e em respeitar as garantias relativas a essas máquinas quando elas são vendidas por conversores. No entanto, segundo a Comissão, o facto de um comportamento poder constituir uma violação autónoma do artigo 82.° CE não impede que esse comportamento seja tido em conta no quadro de uma apreciação efectuada pela Comissão de todos os modos de exercício de um efeito de alavanca tornados possíveis por uma operação de concentração.

159 A este respeito, há que observar que, embora o regulamento preveja a proibição das operações de concentração que criem ou reforcem uma posição dominante com significativos efeitos anticoncorrenciais, essas condições não pressupõem a demonstração de um comportamento abusivo e, por conseguinte, ilegal da entidade saída da operação como resultado dessa concentração. Por conseguinte, se não pode ser presumido que o direito comunitário não será respeitado pelas partes numa operação de concentração de tipo conglomerado, tal possibilidade não pode ser excluída pela Comissão no exercício do seu controlo das concentrações. Assim, quando a Comissão, ao analisar os efeitos de uma tal concentração, se baseia em comportamentos previsíveis susceptíveis de constituir eles próprios abusos de uma posição dominante existente, compete-lhe apreciar se, apesar da proibição destes comportamentos, é no entanto verosímil que a

entidade resultante da operação se comportará de tal maneira ou se, pelo contrário, o carácter ilegal do comportamento e/ou o risco de detecção de tal comportamento torna essa estratégia pouco provável. No quadro de tal apreciação, embora seja apropriado ter em conta as incitações à adopção de comportamentos anticoncorrenciais, como os que resultam no caso vertente para a Tetra das vantagens comerciais previsíveis nos mercados dos equipamentos PET [considerando (359)], a Comissão também deve examinar em que medida as referidas incitações seriam reduzidas, ou até mesmo eliminadas, devido à ilegalidade dos comportamentos em questão, da probabilidade da sua detecção, da sua punição pelas autoridades competentes, tanto a nível comunitário como nacional, e das sanções pecuniárias que daí poderiam resultar.

160 Não tendo a Comissão efectuado tal apreciação na decisão impugnada, daí resulta que, na medida em que a apreciação da Comissão se baseia na possibilidade, ou mesmo na probabilidade, da adopção pela Tetra de tal comportamento nos mercados dos cartões assépticos, as suas conclusões a este respeito devem ser afastadas.

161 Além disso, a circunstância de a recorrente ter proposto, no caso vertente, compromissos relativos ao seu comportamento futuro é também um elemento que a Comissão devia necessariamente ter tido em conta para apreciar se era verosímil que a nova entidade se comportará de uma maneira que torne possível a criação de uma posição dominante num ou em vários mercados dos equipamentos PET em causa. Ora, não resulta da decisão impugnada que a Comissão tomou em consideração as implicações dos referidos compromissos na sua análise relativa à criação no futuro de tal posição através do exercício do efeito de alavanca previsto.

162 Resulta do exposto que há que examinar se a Comissão baseou a sua análise prospectiva da probabilidade de um efeito de alavanca a partir dos mercados do cartão asséptico, bem como das consequências de tal efeito para a nova entidade, em provas suficientemente sólidas. No quadro do referido exame, há, no caso vertente, que ter em conta apenas os comportamentos que, pelo menos

verosimilmente, não são ilegais. Além disso, como a posição dominante prevista só se concretizaria após algum lapso de tempo, segundo a Comissão até 2005, a análise prospectiva desta última deve, sem prejuízo da sua margem de apreciação, ser especialmente plausível.

b) Argumentos das partes

i) Quanto à possibilidade de exercer um efeito de alavanca

163 A recorrente alega que a Comissão não demonstrou que a nova entidade poderá exercer um efeito de alavanca permitindo adquirir uma posição dominante nos mercados dos equipamentos de embalagem PET, em especial nos mercados das máquinas SBM de fraca e forte capacidade.

164 A recorrente salienta em primeiro lugar que a Comissão reconheceu o facto de que os equipamentos de embalagem PET e os equipamentos de embalagem cartão não são produtos complementares na acepção económica do termo, mas antes substitutos técnicos [considerando (345)]. No entanto, neste caso, e contrariamente ao que afirma a Comissão, a incitação económica a exercer um efeito de alavanca é mais reduzida que no caso de produtos complementares. Com efeito, em primeiro lugar, a incitação à venda associada dos diferentes produtos é à evidência mais reduzida nesta hipótese. Em segundo lugar, não existia neste caso sobreposição significativa da clientela dos dois produtos. Em terceiro lugar, a inexistência de complementaridade entre os produtos em causa excluiria a criação de barreiras devido à incompatibilidade das máquinas cartão da Tetra e das máquinas SBM oferecidas por outros fabricantes que não a Sidel.

165 A posição da Comissão é surpreendente porque a sua prática decisória atesta que se baseou sempre na complementaridade dos produtos para justificar preocupações relativas ao efeito de conglomerado [v., entre outras, decisões da Comissão

que declaram a compatibilidade de uma concentração com o mercado comum, de 18 de Janeiro de 1991 (processo IV/M.0050 — AT&T/NCR) (JO 1991, C 16, p. 20), de 13 de Dezembro de 1991 (processo IV/M.164 — Mannesmann/VDO) (JO 1992, C 88, p. 13), de 8 de Novembro de 1996 (processo IV/M.836 — Gillette/Duracell) (JO 1996, C 364, p. 4), de 29 de Setembro de 2000 (processo COMP/M.1879 — Boeing/Hughes) e a incompatibilidade de uma concentração com o mercado comum, de 3 de Julho de 2001 (processo COMP/M.2220 — General Electric/Honeywell)].

166 A demonstração do efeito de alavanca pelo crescimento futuro dos mercados do PET não é convincente. Com efeito, este crescimento não resulta de forma significativa de uma mudança do cartão para o PET, uma vez que a maior parte dos produtos actualmente embalados em PET não podem ser embalados em cartão. Os produtos que podem ser embalados em cartão ou em PET representam apenas 5% da utilização total do PET. Além disso, a embalagem PET da cerveja apresenta perspectivas de crescimento mais significativas devido ao possível abandono da embalagem de vidro.

167 Além disso, os grandes clientes, que, na maioria, são os únicos a utilizar simultaneamente embalagens de cartão e embalagens PET, podem resistir a um eventual efeito de alavanca.

168 A Comissão considera que a concentração cria as condições estruturais propícias a um efeito de alavanca. A este respeito, baseia-se em vários elementos, ou seja, em primeiro lugar, na posição dominante da Tetra nos mercados do cartão asséptico e na posição preeminente da Sidel no mercado dos equipamentos de embalagem PET, em segundo lugar, nas posições insignificantes dos concorrentes da Tetra e da Sidel nesses mercados e, em terceiro lugar, na vantagem dita do «primeiro a chegar» («first-mover advantage») da nova entidade, decorrente da

sua forte presença nos segmentos dos produtos sensíveis comuns aos mercados do cartão e do PET. A Comissão salienta o poder financeiro da nova entidade, largamente superior ao dos seus concorrentes, o elevado grau da sua integração vertical, não obstante os compromissos, assim como os conhecimentos e a capacidade técnica desta entidade no domínio do acondicionamento asséptico.

169 É possível haver um efeito de alavanca não apenas quando os produtos em causa são «complementos» na acepção económica do termo, mas também quando são complementos «comerciais», ou seja, quando os produtos são consumidos pelo mesmo grupo de clientes. É esse o caso quando, como no caso vertente, os produtos em causa são aparentados e pertencem a mercados muito próximos. O exame do exercício de um efeito de alavanca implicando produtos relacionados comercialmente (como o uísque e o gin ou as vitaminas para diferentes necessidades fisiológicas), faz parte de uma abordagem que é apoiada pela jurisprudência (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Dezembro de 1991, Hilti/Comissão, T-30/89, Colect., p. II-439, confirmado em recurso pelo acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Março de 1994, Hilti/Comissão, C-53/92 P, Colect., p. I-667, e acórdãos Tetra Pak II, já referidos).

170 Segundo a Comissão, como a Tetra dispõe de uma posição dominante indiscutível nos mercados do cartão asséptico, e uma vez que os clientes continuarão a procurar tais embalagens para trabalhar em paralelo com as novas cadeias PET durante o período de passagem para o PET, a Comissão alega que é manifesta a capacidade da recorrente em exercer um efeito de alavanca sobre os «clientes perdidos» por ocasião da passagem futura para este material.

171 Quanto à sobreposição da clientela das partes na concentração, se a maioria dos produtores de produtos sensíveis utilizam actualmente o cartão, o futuro cruzamento potencial entre a embalagem de cartão e o PET seria da ordem dos 100% para estes produtos se existissem técnicas do tratamento barreira para permitir a utilização, a nível comercial, do PET para todos estes produtos.

172 A Comissão alega que as previsões de crescimento do PET acolhidas na decisão impugnada (v. n.os 32 e 33, *supra*) assentam numa análise prudente dos estudos PCI, Warrick e Pictet (a seguir «estudos independentes») e num conjunto sólido e coerente de provas obtidas pela Comissão através do seu estudo geral de mercado [considerandos (141) a (143)].

173 Como outros factores propícios ao exercício de um efeito de alavanca, a Comissão salienta o papel de líder da nova entidade vista a importância da mudança do cartão, onde a Tetra detém uma posição dominante quase monopolística no segmento do cartão asséptico, para o PET.

ii) Quanto aos efeitos de encerramento

174 De acordo com a Tetra, como é «improvável» [considerando (367)] que a nova entidade recorra à venda ligada ou agrupada, as preocupações da Comissão são, na realidade, fundadas na capacidade da nova entidade em utilizar meios indirectos como «incitações» ou «pressões» [considerando (364)] de modo a encerrar os mercados do PET. Ora, tais meios não seriam anticoncorrenciais na medida em que não têm por efeito encerrar os mercados de equipamentos PET em causa aos outros concorrentes. A demonstração da Comissão a este respeito é deficiente.

175 Em primeiro lugar, a Comissão distingue, erradamente, os mercados de acordo com o produto final a embalar. A definição destes pretensos mercados distintos é igualmente errada porque as máquinas SBM são genéricas e podem ser utilizadas para qualquer um dos produtos sensíveis. A este respeito, na audiência, a Tetra declarou que as máquinas SBM podem ser modificadas com baixo custo, para serem adaptadas ao produto a embalar. As máquinas combinadas e de enchimento a quente são muito pouco utilizadas no sector dos produtos sensíveis.

176 Em segundo lugar, o segmento dos produtos sensíveis constitui apenas uma pequena parte da totalidade das actividades no domínio da embalagem PET. Daí resulta que, mesmo se a nova entidade tentasse marginalizar os concorrentes actuais da Sidel no mercado das máquinas para os produtos sensíveis, não poderia diminuir, de forma importante, os seus recursos financeiros.

177 Em terceiro lugar, é pouco provável, mesmo se as perspectivas de forte crescimento anunciadas pela Comissão para os produtos sensíveis forem correctas, que a concentração impeça os concorrentes da Sidel, designadamente a SIG, de serem incitados a prosseguir a sua expansão.

178 Em quarto lugar, a Tetra salientou na audiência que os obstáculos técnicos (essencialmente a técnica de tratamento barreira contra a luz e o oxigénio) não afectam todos os produtos sensíveis do mesmo modo. Assim, a técnica já não colocaria problemas no que respeita à embalagem em PET dos BAF e das bebidas à base de chá ou café. Desta forma, qualquer operador activo no segmento dos produtos não sensíveis seria capaz de entrar nos segmentos dos produtos sensíveis para os quais não é necessária nenhuma exigência técnica específica. Quanto aos segmentos abrangidos pelo tratamento barreira, as técnicas de tratamento barreira necessárias não são apenas detidas pela nova entidade, dado que esta só possui [10% a 20%] do mercado específico para estas técnicas.

179 Em quinto lugar, a importância da sobreposição existente entre a clientela da Tetra e da Sidel é subestimada. Os poucos casos de sobreposição dizem respeito a clientes que dispõem de um significativo poder de compra que lhes permite resistir a eventuais pressões.

180 A Comissão alega que o artigo 2.°, n.° 3, do regulamento não exige que seja provado que a concentração considerada conduz à evicção definitiva dos concorrentes. O critério jurídico pertinente é antes o de saber se os concorrentes

serão marginalizados; ou seja, se a nova entidade poderá agir de forma largamente independente dos seus concorrentes, dos seus clientes e, em suma, dos consumidores (acórdão Hoffmann-La Roche/Comissão, já referido, n.os 38 e 39).

181 A argumentação da Tetra com vista a demonstrar a inexistência de mercados distintos das máquinas SBM para os produtos sensíveis e não sensíveis é, acertadamente, analisada e rejeitada na decisão impugnada [considerandos (176) a (188) e (346) a (358)]. Mesmo as máquinas SBM pretensamente «genéricas» devem ser consideravelmente readaptadas com vista à sua utilização final específica e necessitam de elementos suplementares complexos. A segmentação do mercado do equipamento PET em submercados separados, distinguindo, designadamente, entre os produtos sensíveis e não sensíveis, é justificada (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 21 de Outubro de 1997, Deutsche Bahn/Comissão, T-229/94, Colect., p. II-1689, n.º 56).

182 Quanto à discriminação pelos preços, a Comissão alega que as provas produzidas demonstram que a discriminação pelos preços segundo a utilização final já foi praticada pela Sidel.

183 A decisão impugnada constata acertadamente que os concorrentes podiam deixar de ser incitados a desenvolver-se no sector dos produtos sensíveis. A quase totalidade do mercado dos equipamentos PET não lhes estaria ainda aberta, uma vez que os mercados das máquinas SBM estariam altamente concentrados com a Sidel beneficiando de uma parte de mercado de aproximadamente [60% a 70%]. Os concorrentes subsistentes após a concentração não poderiam reforçar a sua presença no sector dos produtos sensíveis por causa de barreiras à entrada de natureza técnica, comercial e estratégica.

184 Em relação à barreira de natureza técnica, a Comissão enumera vários componentes adicionais que, na sua opinião, são necessários para que uma máquina SBM possa ser utilizada numa cadeia PET para produtos sensíveis,

defendendo, em especial na audiência, que uma instalação verdadeiramente asséptica exigirá também tecnologias de tratamento barreira complexas contra o oxigénio para os sumos, as BAF e as bebidas à base de chá ou café e, no caso dos PLL, uma barreira adicional contra a luz.

185 Quanto ao obstáculo comercial, devido ao elevado risco de contaminação, os produtores de produtos sensíveis não querem correr riscos com fornecedores de equipamentos PET assépticos de reputação não comprovada. A reputação incontestável da Tetra no enchimento asséptico constitui uma vantagem muito importante para a nova entidade.

186 Há também uma importante barreira estratégica à entrada no mercado do PET para produtos sensíveis decorrente do facto de que mais de [80% a 90%] dos produtores de leite UHT (ou seja, asséptico) são, presentemente, clientes dos mercados de cartão da Tetra. De acordo com a decisão impugnada, a clientela da Tetra abrange a quase totalidade dos PLL e dos sumos [considerando (361)]. A nova entidade teria portanto uma vantagem considerável de «primeiro a chegar» nesses sectores. A isto acresce a ampla base de clientela da nova entidade, o seu enorme poder financeiro, as suas consideráveis capacidades de investigação e desenvolvimento, assim como a sua presença importante nos três materiais de embalagem, cartão, PET e PEAD, todos utilizados, em diferentes graus, para a embalagem de produtos sensíveis.

187 Na audição, a Comissão sublinhou a posição muito forte detida pela Sidel nos mercados das máquinas SBM de forte capacidade (ou seja, as capazes de formar mais de 8 000 garrafas por hora, a seguir «gph»), onde tem a máquina com maior rendimento do mundo com uma capacidade de mais de [...] gph. Salientou também o poderio da Sidel nas máquinas de fraca capacidade encontrando-se na extremidade alta deste segmento de mercado, ou seja, exactamente abaixo do referido limite de 8 000 gph, utilizando uma tecnologia rotativa comparável à empregue nas máquinas de forte capacidade.

c) Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

188 Há, desde já, que observar que resulta da decisão impugnada [designadamente dos considerandos (213) e (389), referidos nos n.os 39 e 54, *supra*] que a apreciação concorrencial da Comissão relativa a um efeito de alavanca assenta no postulado da criação imediata de uma estrutura de mercado que conferiria à entidade resultante da concentração a motivação e as ferramentas necessárias para transformar a sua actual posição preeminente nos mercados de equipamentos PET, designadamente no das máquinas SBM de fraca e de forte capacidade utilizadas para os produtos sensíveis, em posição dominante. Resulta igualmente da comunicação das acusações (n.° 289) e da decisão impugnada [considerando (328), referido no n.° 45, *supra*] que a aquisição num futuro próximo de uma posição dominante nos mercados dos equipamentos PET seria possível através de um efeito de alavanca exercido graças à posição dominante da Tetra nos mercados do cartão asséptico, mais do que graças à posição detida actualmente pela Sidel nos mercados das máquinas SBM.

189 Em primeiro lugar, verifica-se que a definição dos mercados pertinentes é em larga medida não contestada pela recorrente. Assim, devem distinguir-se o mercado das máquinas SBM, ele mesmo subdividido em máquinas de fraca e de forte capacidade em função do número de gph [considerando (167)], o mercado da técnica de tratamento barreira [considerandos (189) a (191)], o mercado das máquinas de enchimento PET, ele próprio subdividido em máquinas assépticas e não assépticas [considerando (201)], o mercado das pré-formas PET [considerando (206)], bem como os mercados dos equipamentos auxiliares, dos equipamentos de embalagem de distribuição e dos serviços conexos a diversos sectores em questão [considerando (257)].

190 Em contrapartida, a recorrente contesta a subdivisão dos mercados das máquinas SBM em função da sua utilização final e, em especial, a identificação de um mercado específico para os produtos sensíveis em questão [considerando (188)], ou seja, os «produtos comuns» aos mercados do cartão e do PET [considerando (45)]. Para contestar esta subdivisão, a Tetra alega essencialmente que as máquinas SBM têm carácter genérico e não são fabricadas para utilizações

especiais. Daqui resulta, em sua opinião, que não podia haver um efeito de alavanca tendo por objecto as vendas das máquinas SBM, atendendo ao número de concorrentes em especial activos no mercado das máquinas de fraca capacidade. Por conseguinte, esta contestação só é examinada a seguir no âmbito da apreciação das consequências previsíveis de um eventual efeito de alavanca nos mercados das máquinas SBM.

191 Há que examinar, num primeiro tempo, se a implementação da concentração permite, pelo menos em princípio, à nova entidade exercer um efeito de alavanca.

i) Quanto à possibilidade de exercer um efeito de alavanca

192 A análise que a Comissão dedica a um previsível efeito de alavanca, tornado possível pela concentração alterada, assenta em elementos amplamente objectivos e bem demonstrados. No que respeita às estreitas relações entre os mercados dos equipamentos de embalagem cartão e de embalagem PET, a análise assenta numa série de elementos que, considerados em conjunto, demonstram de modo suficiente a conclusão da Comissão: os dois mercados pertencem ao mesmo sector industrial; o PET pode ser utilizado para embalar a maior parte dos produtos acondicionados em embalagens de cartão, ou seja, os produtos sensíveis, ao ponto de esse material poder ser considerado um produto de fraca substituição para o cartão; os principais fornecedores de embalagens de cartão, ou seja, a Tetra (pelo menos até à venda das suas actividades de pré-formas PET e à cessão dos seus interesses na Dynaplast), a SIG e a Elopak, estão todos presentes nos mercados do PET; alguns clientes solicitam ao mesmo tempo máquinas cartão e máquinas SBM e o seu número aumentará inevitavelmente no futuro com o crescimento previsto do PET para os produtos sensíveis [considerando (329)].

193 No que respeita ao crescimento do sector do PET, a recorrente, como constata a decisão impugnada [considerando (72)], e assim como admitiu no decurso da audiência, reconhece que é esperado um certo crescimento para os produtos

sensíveis tais como os BAF e as bebidas à base de chá ou café. Em contrapartida, o nível do crescimento esperado para os outros produtos sensíveis é posto em causa pela recorrente, assim como o facto de a Comissão não ter tido em conta os efeitos do previsível crescimento da utilização do PET para o acondicionamento da cerveja.

194 Ao rejeitar, na decisão impugnada, o argumento das partes na concentração segundo o qual a utilização do PET não terá um crescimento significativo até 2005 devido a dificuldades técnicas, a Comissão também se apoiou em elementos convincentes. Resulta da decisão impugnada [especialmente considerandos (73) a (88)] que as técnicas de enchimento asséptico e de tratamento barreira actualmente disponíveis permitem a utilização do PET para todos os produtos sensíveis e que as mesmas continuarão a melhorar. O travão mais importante no caso vertente ao desenvolvimento dessas técnicas consiste nas actuais dificuldades comerciais na sua aplicação, em especial aos PLL.

195 A este respeito, o Tribunal de Primeira Instância considera que a Comissão demonstrou suficientemente que o sector do PET conhecerá um crescimento previsível que tornará possível o efeito de alavanca anunciado. O nível deste crescimento consoante os diferentes produtos sensíveis deverá, no entanto, ser tratado posteriormente quando do exame da afirmação da Comissão segundo a qual este crescimento incitará a nova entidade a exercer esse efeito de alavanca.

196 O Tribunal de Primeira Instância considera que a argumentação da recorrente segundo a qual não existe nenhuma possibilidade de exercer um efeito de alavanca de um mercado para outro quando uma mercadoria de um mercado e uma mercadoria de outro mercado apenas são, como no caso vertente, substitutos técnicos, não é convincente. Resulta, por analogia, do acórdão Hoffmann La Roche/Comissão, já referido, e dos acórdãos de 12 de Dezembro de 1991, Hilti/ /Comissão, já referido, e de 2 de Março de 1994, Hilti/Comissão, já referido, que um efeito de alavanca pode ser exercido quando os produtos em questão são os

que um cliente considera conveniente utilizar ao mesmo tempo para os mesmos fins, ou seja, no caso vertente o acondicionamento de alguns tipos de bebidas. Esta apreciação não é posta em causa pela anterior prática decisória da Comissão referida pela Tetra (v. n.º 165, *supra*), uma vez que essas decisões diziam respeito a concentrações com circunstâncias factuais muito diferentes das do caso concreto. Ao apoiar-se no presente processo em elementos como a utilização dos produtos em questão pelo mesmo grupo de clientes, ou seja, os produtores de produtos sensíveis, com o mesmo objectivo, ou seja, o acondicionamento dessas bebidas, e o facto de o estudo de mercado que a Comissão realizou confirmar, sem que esse facto seja contestado pela recorrente, a vontade de os referidos produtores utilizarem as duas embalagens ao mesmo tempo, a Comissão não cometeu nenhum erro. A este respeito, salientou justamente que a extensão da necessidade sentida por esses produtores em relação ao PET é uma decisão que se prende essencialmente com a comercialização, embora a questão do custo não possa ser ignorada [considerando (333)]. Por conseguinte, estarão, verosimilmente, como a Comissão observou na audiência, pouco inclinados a abandonar totalmente o cartão, mas sentirão provavelmente uma necessidade de mudar uma parte da sua produção para o PET, o que corrobora a relação entre as mercadorias aqui em questão.

197 Em tais circunstâncias, vista a posição dominante muito forte detida pela Tetra nos mercados do cartão asséptico, com aproximadamente 80% de partes de mercado [considerando (219)], e a posição dominante que detém no mercado global da embalagem de cartão, ou seja, os mercados do cartão asséptico e não asséptico considerados globalmente, com cerca de [60% a 70%] [considerando (231)], é manifesto que uma parte importante dos produtores de produtos sensíveis que decidirão mudar parte da sua produção do cartão para o PET são actuais clientes da Tetra. A decisão impugnada verifica, em especial, no que respeita aos PLL, sem que este ponto seja contestado pela recorrente, que «o consumo do leite em pequenas garrafas e de leite aromatizado, por exemplo, deverá progredir rapidamente» e que «a capacidade de embalagem desses produtos não deve, por conseguinte, necessariamente substituir a capacidade existente» [considerando (99)]. Ao concluir, pelo menos nos casos em que se trata da instalação de novas linhas de produção nas centrais leiteiras, que os custos da mudança para o PET não deverão, necessariamente, retardar demasiado o desenvolvimento da utilização do PET, a Comissão não cometeu qualquer erro

manifesto de apreciação. Por conseguinte, a Comissão pôs correctamente a tónica na vantagem dita do «primeiro a chegar» de que goza a nova entidade em relação a esses produtos. A isto acresce, em especial, o poder financeiro das partes na concentração, designadamente da Tetra, a reputação excepcional da Tetra e a muito conhecida da Sidel, respectivamente, nos mercados do cartão e do PET, assim como a larga gama de produtos e serviços, inclusive dos serviços pós-venda, que oferecem.

198 A faculdade que teria a nova entidade de exercer um efeito de alavanca não é posta em causa pela argumentação da recorrente relativa à inexistência de sobreposição significativa das clientelas de cada uma das partes na concentração. A Comissão não cometeu qualquer erro manifesto de apreciação ao considerar, a partir da actual sobreposição constatada e à luz do crescimento previsto da utilização do PET para os produtos sensíveis, que o número de clientes utilizando, ao mesmo tempo, os equipamentos cartão e os equipamentos PET aumentará e poderia, pelo menos em teoria, representar uma sobreposição muito significativa no que respeita ao acondicionamento dos produtos sensíveis [considerando (341)].

199 Por conseguinte, a Comissão não cometeu qualquer erro manifesto de apreciação ao considerar que a nova entidade teria a possibilidade de exercer um efeito de alavanca.

200 Portanto, há que examinar se a nova entidade será incitada, como afirma a Comissão, a utilizar essa possibilidade devido ao crescimento previsível da utilização do PET.

ii) Nível de crescimento verosímil

201 Resulta da decisão impugnada, como a Comissão confirmou na audiência, que a incitação a que a nova entidade exerça um efeito de alavanca depende, em larga medida, do nível previsto do crescimento dos mercados do PET. Assim, há que

examinar se o volume previsível dos produtos sensíveis embalados em PET até 2005, em relação ao futuro volume total dos produtos embalados em PET, torna improvável, ou pelo menos reduz de forma significativa, a referida incitação, como afirma a recorrente.

202 Segundo a Comissão, «a utilização do PET nos segmentos de produtos comuns conhecerá um crescimento considerável no decurso dos cinco próximos anos» [considerando (103)]. Na formulação da sua análise relativa ao referido crescimento, a Comissão recorreu designadamente, para além do seu próprio estudo de mercado, ao estudo Canadean e aos estudos independentes [considerando (104)]. Em primeiro lugar, há que considerar as previsões pertinentes feitas nesses estudos.

203 Para o período que abrange os anos 2000 a 2005, o estudo Canadean prevê um crescimento da ordem de 0,7% na utilização do PET para o acondicionamento dos PLL e de 0,6% para o dos sumos [quadro 5, considerando (105)]. Em relação às BAF e às bebidas à base de chá ou café, prevê um «crescimento mais rápido» respectivamente de 1,5% e de 5,1% [considerando (107)]. A Comissão refere-se também a um estudo independente efectuado pela Canadean em 2000 relativo à penetração do PET no segmento dos sumos. Segundo a Comissão, não obstante o facto de o estudo demonstrar que o PET era «inexistente» nesse segmento em 2000, «se a Europa seguir o exemplo de outras regiões, apresenta um potencial de crescimento enorme» [considerando (126)].

204 O estudo PCI, intitulado «O potencial do PET para a embalagem dos produtos lácteos líquidos — 2001» («The potential for PET in the Packaging of Liquid Dairy Products — 2001»), considera que o PET não é susceptível de adquirir novas partes de mercado no leite UHT e que atingirá 9,2% do mercado para o leite fresco não aromatizado e 25% para as outras bebidas à base de leite, ou seja, o leite aromatizado, as bebidas à base de leite e de iogurte. Quanto ao sector do leite fresco de gama inferior, o estudo PCI não prevê que o PET «poderá substituir as embalagens existentes, essencialmente o cartão e o PEAD, principalmente porque se trata de um segmento que, globalmente, é sensível ao preço» [PCI, p. 12, citado no considerando (129)].

205 O estudo Warrick, intitulado «Relatório de Warrick sobre os mercados da embalagem, 'Mercados da embalagem asséptica no mundo e na Europa Ocidental — 2000'» (Warrick Research Report Packaging Markets, «Aseptic Packaging Markets World and Western Europe — 2000»), prevê, para o período que abrange os anos 1999 a 2003, um crescimento de 2,4% desse mercado por ano, conduzindo a um total de 28 mil milhões de litros embalados (Warrick, p. 4). Enquanto se observa que o leite e os sumos representam cerca de 80% do volume dos produtos embalados de forma asséptica [v. também considerando (131)], o crescimento previsto por ano para o leite UHT e aromatizado é, respectivamente, da ordem de 0,8% e de 1%, sendo previsto um pequeno recuo para as outras bebidas à base de leite (Warrick, p. 6). Prevê-se que a embalagem asséptica crescerá aproximadamente 50% no período que abrange os anos 1999 a 2003 e que este crescimento incidirá essencialmente no PET, cuja utilização pode duplicar para atingir 2 mil milhões de embalagens por ano [Warrick, p. 32, v. também considerando (136)]. Este crescimento diz respeito, em especial, ao chá pronto a beber (Warrick, p. 16). No entanto, são as embalagens cartão asséptico que constituem 70% dos acondicionamentos, representando 90% dos produtos embalados, em termos de volume (Warrick, p. 15). Está previsto um crescimento na utilização dessas embalagens de cerca de 2% por ano, para atingir 30,8 mil milhões de acondicionamentos em 2003. A aplicação ideal das embalagens assépticas dirá respeito aos produtos topo de gama que não exigem uma barreira completa, como as bebidas à base de chá ou café (incluindo as bebidas isotónicas) e, eventualmente, os sumos e as bebidas à base de sumos (Warrick, p. 4). Por conseguinte, o essencial do crescimento previsto dirá respeito a esses produtos (Warrick, p. 32).

206 Segundo o estudo Pictet, intitulado «Relatório de análise, Pictet — 'As máquinas de embalagem na Europa, o movimento para o PET' — Setembro de 2000» («Analysts' Report, Pictet 'European Packaging Machinery, Move into PET' — september 2000»), o PET apresenta vantagens para o enchimento em grande escala dos produtos de consumo, como as águas minerais e as bebidas gasosas, e a futura procura mundial de PET crescerá 10% por ano, o que será fortemente sustentado pela utilização de garrafas para os produtos sensíveis ao oxigénio (Pictet, pp. 5 e 12). Segundo este relatório, «as embalagens de PET apresentam vantagens concorrenciais evidentes em relação ao cartão asséptico [e] o plástico vai rapidamente ganhar terreno em detrimento dos cartões» [Pictet, p. 11, v. também considerando (138)]. Enquanto não é fornecido qualquer número quanto ao crescimento da utilização de PET para o leite, está previsto para os sumos um crescimento de 12% a 25%, para o período que vai de 1996 até 2006.

207 A decisão impugnada verifica, à semelhança da comunicação das acusações (n.° 90), que resulta do estudo de mercado efectuado pela Comissão que «os terceiros mostraram-se muito optimistas quanto ao crescimento futuro do PET quando as melhorias da técnica de tratamento barreira forem efectivas» [considerando (143)]. Em tal eventualidade, um grande número de operadores espera daqui até 2005 um crescimento superior a 50% para o leite e os sumos em detrimento do cartão. A este respeito, na audiência, a Comissão precisou que não subscrevia esse optimismo tendo, pelo contrário, adoptado previsões muito mais prudentes (v. n.° 33, *supra*).

208 A decisão impugnada refere-se também a algumas previsões anteriores da Tetra e da Sidel. Assim, numa apresentação feita em Maio de 2000, esta última previu que as vendas de PET para os sumos e as bebidas à base de chá ou café teriam um crescimento de mais de [...] [considerando (139)], ao passo que o seu presidente, numa entrevista concedida ao periódico *PET Planet* e publicada no decurso do mesmo mês, declarou que previa um crescimento de [...]% devido a «novas utilizações do material incluindo a cerveja, o leite, os sumos [...]» [considerando (139)]. No que respeita à Tetra, é feita referência na decisão impugnada à sua previsão de um crescimento de [20% a 30%] ao ano durante os próximos anos para o mercado do enchimento PET asséptico [considerando (140)].

209 Com base nesses elementos, a Comissão prevê um crescimento importante para o segmento dos PLL e dos sumos para o período que abrange os anos 2000 a 2005 colocando o PET com uma parte de pelo menos 10% a 15% para o leite fresco e 25% para o leite aromatizado e para as bebidas à base de leite (v. n.° 33, *supra*). Quanto ao leite UHT, que representa cerca de 50% do mercado do leite, a Comissão admite que o crescimento futuro do PET é «incerto» [considerando (147)] mas prevê, no entanto, que atingirá 1%. Considerando o montante máximo de 15% previsto para o leite fresco e vistas as suas previsões para as outras bebidas à base de leite, a Comissão conclui que o PET servirá de embalagem, em 2005, para cerca de 3 mil milhões de litros por ano, ou seja, 9% do mercado europeu de PLL (v. n.° 33, *supra*). Quanto aos sumos, embora prevendo um crescimento gerando uma parte de 20% do mercado total até 2005, a Comissão admite que esse crescimento dever-se-á principalmente à passagem do

vidro para o PET. No que respeita às BAF e as bebidas à base de chá ou café, a Comissão considera que o PET continuará a adquirir partes de mercado em detrimento do cartão atingindo 30% em cada um destes segmentos até 2005.

210 Na audiência, a Comissão precisou que o seu raciocínio não assenta na exactidão precisa das suas previsões na medida em que se aceita que existirá um crescimento futuro significativo. Também admitiu que, vistas as incertezas subsistentes quanto à aplicabilidade comercial das técnicas de tratamento barreira necessárias, não pode insistir num crescimento significativo do PET para o mercado do leite UHT e que mesmo o fraco crescimento previsto na decisão impugnada pode revelar-se exagerado. No entanto, salientou o carácter plausível das suas previsões quanto a um verosímil importante crescimento na utilização desse material até 2005 para os segmentos do leite fresco, dos sumos, das BAF e, em especial, para os segmentos das bebidas à base de chá ou café.

211 O Tribunal verifica que não se pode aceitar que a utilização do PET conhecerá um verdadeiro crescimento para o leite UHT e, por conseguinte, para aproximadamente metade do mercado dos PLL.

212 Em relação ao resto do mercado dos PLL, há que observar que o relatório PCI, o único estudo independente que se concentra no mercado do PLL, prevê um crescimento na sequência do qual a utilização do PET atingirá 9,2% do mercado para o leite fresco não aromatizado em 2005 (PCI, p. 64). A tal acresce o facto de que, no que respeita à embalagem asséptica, o relatório Warrick considera que apenas haverá um crescimento mínimo para o leite aromatizado, ou seja, 1%, e um ligeiro recuo para as outras bebidas à base de leite, enquanto o relatório Pictet não apresenta previsões específicas relativas aos PLL. Com base nestes elementos, conclui-se que a Comissão não demonstrou, quando o alegou na contestação, que as suas previsões no que respeita aos PLL assentam numa análise prudente dos estudos independentes ou num conjunto sólido e coerente das provas por ela obtidas através do seu estudo de mercado. As estimativas de crescimento que daí retirou (*supra*, n.° 209) não são, com efeito, muito convincentes. Em con-

trapartida, do relatório PCI resulta que só a previsão de uma parte de mercado para o PET de 25% para as outras bebidas à base de leite (ou seja, o leite aromatizado, as bebidas à base de leite e de iogurte) até 2005 é fundada numa base relativamente sólida (PCI, p. 63 e 64). No entanto, se esse crescimento se realizar, o volume em questão só aumentará 62 000 toneladas em 2000, atingindo 92 800 toneladas em 2005, aumento que não é muito significativo em relação aos 120 milhões de toneladas, aproximadamente, de leite produzido na Comunidade em cada ano (PCI, p. 9). Mais geralmente, a decisão impugnada não explica de modo adequado como é que o PET pode ultrapassar o PEAD como principal material concorrencial para o cartão, sobretudo no importante sector da embalagem de leite fresco, até 2005. A este respeito, há que observar que a Comissão não contesta nem os números globais relativos à utilização do PEAD, de 17,33% para os PLL, fornecidos pela Canadean para o ano 2000 [v. quadro 3, considerando (66)], nem a previsão segundo a qual os mesmos poderão atingir 19,5% até 2005 [v. quadro 5 no considerando (105)].

213 Quanto aos sumos, a previsão da Comissão é ainda menos convincente. Tendo ela própria admitido que o crescimento em questão dizia principalmente respeito a uma passagem do vidro para o PET, não procede a nenhuma análise do mercado do vidro. Face à inexistência de tal análise, o Tribunal não pode validar as previsões da Comissão no que respeita aos sumos. Essa análise é indispensável para permitir ao Tribunal verificar o nível de verosimilhança da mudança do vidro para, designadamente, o cartão, o PET e o PEAD. Esta análise é muito importante vistas as diferenças, quanto ao nível de crescimento e aos períodos de análise escolhidos, entre as previsões pertinentes feitas nos estudos Canadean e Warrick, por um lado, e as do estudo Pictet, por outro.

214 Daqui resulta que as previsões de crescimento anunciadas pela Comissão na decisão impugnada no que respeita aos PLL e os sumos não são suficientemente demonstradas. É verdade que é provável um certo crescimento nesses segmentos, sobretudo para os produtos topo de gama, mas não existem provas convincentes da importância desse crescimento.

215 Em contrapartida, resulta dos estudos independentes que existirá até 2005, com toda a probabilidade, um aumento não negligenciável da utilização do PET para acondicionar as BAF e as bebidas à base de chá ou café, incluindo as bebidas isotónicas. Não tendo o nível de crescimento previsto na decisão impugnada sido seriamente posto em questão na audiência pela recorrente e não sendo sobreavaliado em relação ao enunciado nos referidos estudos, há que concluir que a Comissão não cometeu erros na matéria.

216 No entanto, tendo em conta o facto de que a utilização do PET aumentará provavelmente até 2005, mesmo de uma maneira menos nítida que a prevista pela Comissão, não é impossível a incitação a exercer um efeito de alavanca. Por conseguinte, há que examinar por que modos tal efeito de alavanca pode ser exercido pela nova entidade.

iii) Quanto aos modos de exercício do efeito de alavanca

217 Os modos de exercício do efeito de alavanca que são enumerados no considerando (364) da decisão impugnada (citado no n.° 49, *supra*) assentam na posição dominante detida pela Tetra nos mercados do cartão asséptico. Tendo em conta, designadamente, o compromisso da Tetra relativo à cessão das suas actividades no domínio das pré-formas, o efeito de alavanca produzir-se-á através de duas categorias de medidas: por um lado, por pressões originando vendas ligadas ou agrupadas de equipamentos e de consumíveis para as embalagens de cartão com equipamentos de embalagem PET. Estas pressões podem ser exercidas sobre a clientela da Tetra que necessite de continuar a utilizar embalagens de cartão para uma parte da sua produção e sobretudo sobre os clientes que têm acordos a longo prazo com a Tetra para as suas necessidades de embalagem cartão [considerando (365), citado no n.° 50 *supra*]. Por outro lado, poderiam ser adoptadas medidas de incitação, tais como preços predatórios, uma guerra de preços e descontos de fidelidade.

218 No entanto, o recurso a pressões, como vendas forçadas, ou a incitações, como preços predatórios ou descontos de fidelidade não objectivamente justificados, por uma empresa que detém uma posição dominante como a que a Tetra detém nos mercados do cartão asséptico constitui normalmente um abuso dessa posição. Como o Tribunal já verificou, o possível recurso a tais estratégias não pode ser presumido pela Comissão, como fez na decisão impugnada, para justificar uma decisão proibindo uma operação de concentração que lhe é notificada nos termos do regulamento (v. n.os 154 a 162 *supra*). Daqui resulta que os modos de exercício de um efeito de alavanca que podem ser tomados em consideração pelo Tribunal estão limitados àqueles que, pelo menos provavelmente, não constituem um abuso de posição dominante nos mercados do cartão asséptico.

219 Há, assim, que considerar, em resumo, as estratégias relativas às vendas ligadas ou agrupadas que não são em si próprias forçadas, aos descontos de fidelidade objectivamente justificados nos mercados do cartão ou às ofertas vantajosas de preços para os equipamentos de embalagem cartão ou PET que não são predatórios na acepção da jurisprudência assente (acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Julho de 1991, AKZO/Comissão, C-62/86, Colect., p. I-3359, designadamente n.os 102, 115, 156 e 157; acórdão de 14 de Novembro de 1996, Tetra Pak/Comissão, já referido, n.os 41 a 44, que confirma o acórdão de 6 de Outubro de 1994, Tetra Pak/Comissão, já referido, e conclusões do advogado-geral N. Fennelly no processo Compagnie maritime belge transports e o./Comissão, acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Março de 2000, C-395/96 P e C-396/96 P, Colect., pp. I-1365, I-1371, designadamente n.os 123 a 130). Neste contexto, há que examinar se a Comissão teve em conta o compromisso relativo à separação entre a Sidel e as sociedades incluídas no grupo Tetra Pak, acordado em princípio para um período de dez anos, segundo o qual não será apresentada nenhuma «proposta incidindo conjuntamente sobre os produtos cartão Tetra Pak e as máquinas SBM Sidel».

220 Além disso, como resulta da decisão impugnada, a Tetra pediu à Comissão para tomar nota das suas obrigações existentes por força do artigo 3.°, n.° 3, da Decisão 92/163/CEE da Comissão, de 24 de Julho de 1991, relativa a um

processo de aplicação do artigo [82.°] do Tratado [CE] (IV/31.043 — Tetra Pak II) (JO L 72, p. 1), que dispõe:

«A Tetra Pak não praticará preços eliminatórios nem discriminatórios e não concederá a qualquer cliente, sob qualquer forma que seja, reduções sobre os seus produtos ou condições mais favoráveis de pagamento que não sejam justificadas por uma contrapartida objectiva. Deste modo, relativamente aos cartões, as reduções devem apenas dizer respeito a reduções de quantidade na encomenda, não cumuláveis no que diz respeito a cartões de tipos diferentes.»

221 Daí resulta que a Tetra assinalou claramente a sua vontade de respeitar plenamente as obrigações especiais que o artigo 82.° CE lhe impõe em consequência da posição dominante que detém nos mercados do cartão asséptico. Também reiterou a sua aceitação de todas as obrigações pertinentes que lhe foram impostas na sequência da verificação na Decisão 92/163 de uma violação do artigo 82.° CE relativa a esses mercados. Além disso, comprometeu-se, no âmbito do presente processo, a não fazer nenhuma proposta conjunta incidindo sobre os seus produtos cartões e sobre as máquinas SBM da Sidel.

222 Por conseguinte, os únicos modos de vendas ligadas ou agrupadas efectivamente praticáveis pela nova entidade consistiriam em propostas feitas pela Tetra aos seus actuais clientes dos mercados do cartão que não podem ser obrigatórias ou forçadas e que só podem dizer respeito aos equipamentos de embalagem cartão e/ou aos produtos cartão, por um lado, e aos equipamentos de embalagem PET com excepção das máquinas SBM, por outro. Há também que observar a este respeito que, não obstante a tónica colocada pela Comissão na decisão impugnada [considerandos (177) e (369)], nos seus articulados e nas suas alegações, sobre a importância da capacidade da nova entidade em oferecer quase todo o equipamento necessário para a instalação de uma linha PET integrada, resulta dos compromissos que não seria possível a esta última fazer uma proposta conjunta a um cliente incidindo sobre equipamentos de embalagem cartão e uma linha PET integrada, pelo menos na medida em que esta última conteria uma máquina SBM da Sidel.

223 Por outro lado, se a conclusão da decisão impugnada quanto à discriminação pelos preços pretensamente praticada no passado pela Sidel não está, com base nos articulados das partes e nas alegações da Comissão relativas à análise econométrica que lhe serve de base, viciada por um erro manifesto de apreciação, também não pode constituir uma prova suficientemente sólida da continuação de um comportamento semelhante pela nova entidade. Esta última, ao contrário da Sidel antes da concentração, está vinculada não apenas pelos compromissos, mas também pelas diversas obrigações que limitam o comportamento da Tetra.

224 Conclui-se assim que as possibilidades de a nova entidade exercer um efeito de alavanca são bastante circunscritas. O exame das consequências previsíveis de um eventual recurso por esta a um tal comportamento deve ter em conta esse factor.

225 Quando do exame das consequências previsíveis do exercício de um efeito de alavanca, há que distinguir os diversos mercados dos equipamentos PET dos mercados, específicos, das máquinas SBM.

iv) Quanto às consequências previsíveis do exercício de um efeito de alavanca nos mercados de equipamentos PET com excepção das máquinas SBM

Considerações preliminares

226 Sem prejuízo da contestação pela recorrente da definição pela Comissão dos mercados distintos para cada categoria de produto sensível susceptível de ser embalado em cartão ou em PET [v. considerandos (45) e (188)], resulta

claramente da decisão impugnada que a escolha de a Comissão limitar a sua análise aos produtos sensíveis examinados resulta do facto de estes produtos poderem actualmente, pelo menos tecnicamente, ser embalados tanto em PET como em cartão e de o crescimento previsto para a utilização do PET tornar previsível a mudança do primeiro para o segundo material. Na conclusão da sua análise do efeito de alavanca, a Comissão prevê a transformação da «posição de líder» que a nova entidade possui «no mercado dos equipamentos de embalagens PET [...] numa posição dominante» [considerando (389)]. Uma vez que esta análise incide sobre as máquinas utilizadas para o acondicionamento dos produtos sensíveis, há que analisar as consequências de um eventual efeito de alavanca nos diferentes mercados dos equipamentos PET identificados na decisão impugnada.

227 Embora resulte da decisão impugnada, como precisada, em especial na audiência, pela Comissão, que a preocupação concorrencial principal desta última diz respeito à futura criação de uma posição dominante detida pela nova entidade nos mercados de máquinas SBM, designadamente as de forte capacidade, a Comissão insiste na possível aquisição de uma posição dominante em cada um dos mercados dos equipamentos PET em que a nova entidade está presente. Há que examinar em relação aos elementos objectivos relativos a esses mercados PET se o carácter plausível dessa previsão é sustentado por provas sólidas.

228 Tendo em conta o compromisso da Tetra de se separar das suas actividades em pré-formas PET, os mercados em questão são os da técnica de tratamento barreira, das máquinas de enchimento PET asséptico e não asséptico, assim como os sistemas de fecho de garrafas de plástico. É também apropriado considerar os interesses da Sidel nos mercados de equipamentos auxiliares, principalmente as bandas transportadoras, e os equipamentos de embalagem de distribuição, como os «paletizadores», cuja importância foi sublinhada na audiência pela Comissão no que respeita ao carácter atraente da gama dos produtos (e serviços) que pode ser oferecida pela nova entidade.

Quanto à técnica de tratamento barreira

229 A decisão impugnada examina principalmente a posição das partes na concentração no domínio da tecnologia do plasma, sendo esta aplicada às garrafas PET através de máquinas especializadas numa etapa distinta posterior à sopragem da garrafa [considerando (272)]. Esta abordagem é justificada e amplamente não contestada pela recorrente. Baseia-se no estudo de mercado, efectuado pela Comissão, relativo à operação notificada, segundo o qual, de acordo com a opinião muito difundida no sector, a tecnologia «multicamada», tal como a da Tetra dita «Sealica», não é a «tecnologia vencedora», ou seja, a tecnologia do futuro, o que, pelo contrário, é o caso da do plasma. Por conseguinte, há que considerar a posição das partes no domínio da tecnologia do plasma e os efeitos de conglomerado previsíveis da implementação da concentração alterada nessa posição.

230 A este respeito, a Comissão admite que, até ao presente, a Sidel não teve grande sucesso com a sua tecnologia dita «Actis» [considerando (273)]. Além disso, não contestou a afirmação da recorrente na audiência, de acordo com a qual se trata principalmente de uma tecnologia destinada à embalagem da cerveja e segundo a qual a Sidel teve problemas no desenvolvimento desta tecnologia. A Comissão limitou-se a insistir na importância da tecnologia Actis Lite, à qual também se faz referência no mesmo considerando, pelo menos no que respeita aos sumos. Quanto à Tetra, a Comissão refere-se a duas tecnologias diferentes [considerando (274)], ou seja, a tecnologia dita «Glaskin», uma tecnologia do plasma, e Sealica, assinalando a decisão comercial de abandonar esta última tecnologia, decisão que aliás se concretizou posteriormente num dos compromissos. Verifica que, «[n]o mercado global da tecnologia barreira, a combinação das tecnologias das partes conferiria à entidade resultante da operação uma parte de mercado de cerca [10% a 20%] em termos de número de garrafas com tratamento barreira produzidas em 2000» [considerando (275)]. A Comissão precisou na audiência que esta estimativa se baseia na das partes na concentração (n.° 156 da notificação), excluindo da estimativa algumas tecnologias ditas «monocamadas» (ou seja, plásticos melhorados já com propriedades barreira), enquanto as partes na concentração alegaram que as mesmas deviam ser aí incluídas [considerandos (192) e (195) e notas de pé de página n.os 93 e 95].

231 No entanto, a Comissão declarou que a complexidade técnica do mercado a impede de confirmar, ou de contestar, a afirmação das partes na concentração segundo a qual uma combinação das tecnologias Actis da Sidel e Glaskin da Tetra não constituiria, mesmo que isso seja possível, uma barreira plasma melhorada «vencedora» [considerando (279)]. No entanto, daí conclui que «a combinação das tecnologias das partes melhorava sensivelmente» a posição da nova entidade, «mas não ao ponto de conduzir à criação de uma posição dominante nesse mercado» [considerando (282)].

232 O Tribunal considera que é claro que uma parte de mercado de [10% a 20%] está muito longe de corresponder a uma posição dominante no referido mercado. A este respeito, recorde-se que vem indicado no preâmbulo do regulamento [considerando (15)] que «se pode presumir que as operações de concentração que, devido à parte de mercado limitada das empresas em causa, não sejam susceptíveis de entravar uma concorrência efectiva compatíveis com o mercado comum; que [...] essa presunção existe, nomeadamente, quando a parte de mercado das empresas em causa não ultrapassa 25%». A decisão impugnada não fornece nenhuma prova suplementar, com a possível excepção das diferentes referências ao poder financeiro da nova entidade e à reputação de pretensos programas extensivos de investigação da Tetra e da Sidel, cuja importância foi por diversas vezes sublinhada na audiência pela Comissão, que seja susceptível de justificar a tese da Comissão.

233 Com efeito, não é demonstrado na decisão impugnada que a recorrente se encontra em melhor posição relativamente aos seus diversos concorrentes nesse mercado. Na notificação, as partes na concentração alegaram que existem pelo menos 20 outros concorrentes, actuais e potenciais, trabalhando sozinhos, em conjunto ou com base em autorizações, à procura de uma tecnologia adequada. Entre estes concorrentes figuram empresas com recursos comparáveis aos da nova entidade. O Tribunal verifica que a veracidade destas informações é, no essencial, confirmada pela decisão impugnada [v., em especial, considerandos (69) e (87)].

234 Nestas circunstâncias, a descoberta da tecnologia do futuro seria, normalmente, a única circunstância permitindo a uma empresa ou a uma associação de empresas

activas neste mercado adquirir uma posição dominante. Por conseguinte, a Comissão cometeu um erro ao considerar, pelo menos com base nos elementos aos quais se refere na decisão impugnada, que a concentração alterada melhorava sensivelmente a posição da nova entidade no que respeita ao tratamento barreira.

235 Daí resulta que, quanto ao mercado das técnicas de tratamento barreira, os elementos fornecidos na decisão impugnada não são juridicamente suficientes para demonstrar que, na hipótese de ocorrer o exercício do efeito de alavanca previsto, as suas consequências previsíveis seriam de tal amplitude que colocariam a nova entidade em posição de obter uma posição dominante nesse mercado até 2005.

Quanto às máquinas de enchimento PET

236 Em relação às máquinas de enchimento PET, a Comissão mantém a distinção que fez, designadamente no processo Tetra Pak II, entre os sistemas de embalagem asséptica e os não asséptica [considerandos (201) e (204)]. Esta verificação não é contestada pela recorrente [considerando (51)], que, aliás, insistiu para que as máquinas de enchimento PET sejam repartidas entre esses dois mercados de produtos distintos [notificação, n.° 312, considerando (200)].

237 Embora seja manifesto que o enchimento asséptico é possível com embalagens de vidro e embalagens PET e PEAD, a Comissão salienta que o cartão representa o material de embalagem asséptica predominante [considerando (46)]. Este método de enchimento é, na sua opinião, principalmente utilizado para alguns produtos sensíveis «ou seja, os sumos (ou as bebidas à base de sumos) e os [PLL]», se bem que esses produtos possam «também ser embalados em não assepsia, caso em que devem ser distribuídos refrigerados», enquanto «a maioria dos outros produtos são embalados em não assepsia, mas a sua distribuição não requer refrigeração»

[considerando (47)]. Daí resulta que uma parte importante do mercado dos produtos sensíveis definido pela Comissão na decisão impugnada, ou seja, produtos sensíveis pertencentes aos «segmentos de produtos comuns» [considerando (45)], diz respeito, quanto ao enchimento dos produtos em questão, aos métodos não assépticos. Por conseguinte, há, antes de mais, que examinar as posições das partes na concentração quanto ao mercado das máquinas de enchimento PET não asséptico.

— Quanto às máquinas de enchimento PET não asséptico

238 A decisão impugnada apenas fornece algumas informações relativas ao mercado das máquinas de enchimento PET não asséptico. Em primeiro lugar, a decisão contém, sob a rubrica «Preeminência da Sidel nos equipamentos de embalagem PET», um título que diz respeito «[à] sólida experiência da Sidel no domínio do enchimento PET [...] não asséptico e as máquinas combinadas inovadoras» que inclui os considerandos (249) e (255). Em segundo lugar, a Comissão verifica que a Sidel fabrica máquinas de enchimento não asséptico [considerando (250)]. Em terceiro lugar, quanto às máquinas combinadas, ou seja, máquinas SBM e máquinas de enchimento integradas numa só máquina e cujo método é descrito como inovador [considerando (243)], é feita referência à gama de máquinas «Combi SRU» (enchimento não asséptico ultralimpo) da Sidel para os produtos sensíveis considerandos (173) e (254)). A decisão impugnada verifica [considerando (84)] que a Sidel já vendeu três máquinas combinadas deste tipo aos Estados Unidos para o enchimento do leite de longa duração («extended shelf life»). Por último, é reconhecido na decisão impugnada o facto de a Tetra não estar presente no mercado das máquinas de enchimento não assépticas e de a Sidel deter uma parte de mercado de menos de 10% [quadro 8, considerando (299)].

239 Não resulta dessas informações que a nova entidade, cuja posição em nada seria reforçada pelo contributo representado pela Tetra, pode adquirir uma posição dominante nesse mercado até 2005, ou mesmo nunca. Mesmo se é verdade que a Sidel é a primeira empresa a oferecer uma máquina combinada PET não asséptica para produtos não sensíveis, facto reconhecido na própria notificação (n.° 380), e

se decorre claramente das informações fornecidas na audiência que a utilização actual dessas máquinas continua quase exclusivamente confinada a este segmento [56 máquinas combinadas vendidas a nível mundial por diversos fabricantes e apenas duas máquinas vendidas no segmento do enchimento asséptico, ou seja, excluindo o leite de longa duração, da qual uma pela Sidel], não existe nenhum elemento na decisão impugnada que permita concluir que essa vantagem da Sidel seria reforçada pela concentração a um tal ponto, ou seja, de modo espectacular, que consiga obter até 2005 uma posição dominante no mercado das máquinas de enchimento não asséptico. Esta conclusão é reforçada pelo facto de que as dificuldades técnicas que impedem actualmente o desenvolvimento e a venda das máquinas combinadas para um enchimento asséptico não existem no que respeita às máquinas de enchimento não asséptico. Assim, a Tetra afirmou no decurso da audiência, sem ser contestada pela Comissão neste ponto, que quase todos os fabricantes de máquinas de enchimento não asséptico oferecem já máquinas combinadas não assépticas.

— Quanto às máquinas de enchimento PET asséptico

240 A Tetra e a Sidel tornaram-se as duas activas no mercado das máquinas de enchimento PET asséptico através de aquisições em 1999. Entre 1998 e 2002, o mercado dessas máquinas sofreu um aumento de [70% a 80%] e a Comissão considera, com base nas informações fornecidas na notificação, que continuará a progredir pelo menos [20% a 30%] no decurso dos próximos anos [considerando (250)]. Debruçando-se sobre as partes detidas pela Tetra e pela Sidel no parque dessas máquinas já instaladas no EEE, partes definidas em termos de capacidade porque se trata do método de cálculo mais fiável de modo a traduzir a sua posição real neste mercado novo e crescente, a Comissão conclui que a nova entidade «ocuparia uma forte posição no domínio das máquinas de enchimento PET asséptico, uma vez que é um dos três principais actores deste mercado com um terço da base instalada, uma tecnologia de enchimento PET asséptico de primeiro plano, uma sólida notoriedade de marca no sector asséptico e uma força de venda internacional» [considerando (290)]. A Comissão, nas suas respostas às questões

escritas, admite, não obstante, que esta parte de mercado deve, mais precisamente, ser entendida como sendo apenas de [25% a 35%]. Reconhece que a Procomac é o «líder incontestado» deste mercado, tendo efectuado [...%] das vendas durante o período de 1998 a 2000, proporcionando-lhe [30% a 40%] do parque das máquinas instaladas em 2000 [considerandos (288) e (289)]. Reconhece igualmente que a Procomac vendeu, à escala mundial, cinco máquinas das 21 vendidas nos dois primeiros trimestres de 2001 contra três vendidas pela Sidel [considerando (289), nota de pé de página 121], e que vários novos concorrentes entraram depois de 1998 neste mercado e «conseguiram uma parte de [40% a 50%] das novas vendas entre 1998 e 2000» [considerando (288)].

241 Em primeiro lugar, há que verificar que a reunião das actividades da Tetra e da Sidel neste mercado não lhes permite obter directamente uma posição de líder nesse mercado, uma vez que a mesma apenas reforça de modo relativamente modesto (ou seja, [0% a 10%]) a parte actualmente detida pela Sidel (v. n.° 130, *supra*). Atendendo ao poder da Procomac e à intensidade da concorrência no mercado, sobretudo à luz das novas chegadas, é também pouco provável, com base nas actuais partes desse mercado detidas pela Tetra e Sidel, que a nova entidade possa obter num futuro próximo uma posição dominante nesse mercado graças ao exercício de um efeito de alavanca a partir dos mercados do cartão asséptico. Isto é, pelo menos implicitamente, reconhecido pela Comissão na decisão impugnada quando apenas menciona a «posição forte» que ocuparia a nova entidade neste mercado [considerando (290)].

242 Existem, não obstante, vários elementos invocados na decisão impugnada que poderiam, à primeira vista, fundamentar a tese da Comissão relativa à criação até 2005 de uma posição dominante neste mercado. Trata-se da análise interna da Tetra segundo a qual «parece existir uma posição de líder a assumir por uma empresa que aja com determinação» [considerando (289) referindo-se a um documento da Tetra junto em anexo à notificação], e da existência de máquinas de enchimento asséptico do tipo «LFA-20 ON» da Tetra e «Combi SRA» da Sidel (v. n.° 130, *supra*).

243 No entanto, quanto à análise da Tetra, o simples facto de esta última considerar possível obter uma posição de chefia no mercado, e substituir assim a Procomac

como sociedade preeminente, não tem em si, sem outros elementos em apoio desta análise, nenhum valor probatório e, em todo o caso, não demonstra de modo algum que tal posição possa, posteriormente, ser transformada em posição dominante. É um facto que a Comissão salienta a reputação incomparável da Tetra no domínio do enchimento asséptico do cartão, o que poderia tornar atractiva a compra de máquinas de enchimento asséptico produzidas pela nova entidade, pelo menos para os clientes actuais ou antigos da Tetra nos mercados do cartão asséptico que desejem passar para o PET, mesmo se a tecnologia relativa ao cartão não é directamente aplicável às máquinas de enchimento PET. No entanto, a este respeito, a decisão impugnada não inclui qualquer exame da vantagem possuída neste domínio pela empresa Serac, que tem, pelo menos potencialmente, uma importância comercial comparável.

244 De acordo com a notificação, a empresa Serac é, ao contrário tanto da Tetra como da Sidel, um dos pioneiros do enchimento asséptico PET e detém actualmente uma posição forte e reconhecida neste domínio com uma parte de mercado no ano 2000 de [...%] (n.os 244 e 250). Além disso, detém igualmente uma posição preeminente no mercado do enchimento asséptico PEAD com uma parte de mercado que se eleva a [...%] (n.° 323). Uma vez que a decisão impugnada faz referência ao facto de que as distinções técnicas existentes que separam actualmente os mercados das máquinas de enchimento PET e PEAD «podem esbater-se no futuro» com o desenvolvimento de máquinas como a LFA-20 ON da Tetra, «capazes de passar do enchimento asséptico PEAD ao enchimento asséptico PET e vice-versa» [considerando (202)], a Comissão devia, pelo menos, ter examinado a vantagem aparente da Serac neste domínio. Este é, *a fortiori*, o caso vista a posição relativamente modesta da Tetra no mercado das máquinas de enchimento asséptico PET [considerando (284)], dado que a Tetra não pôde, pelo menos até à data da notificação, vender uma máquina de enchimento asséptico PEAD, com uma possível excepção de uma máquina que funciona à experiência (notificação, n.° 322), e dado que a máquina LFA-20 ON está também em período de experimentação (v. n.° 130, *supra*).

245 Em todo o caso, a Comissão cometeu um erro ao abster-se de examinar o elemento fundamental que representa a intensidade da concorrência existente no mercado das máquinas de enchimento asséptico PET, mercado que terá, de acordo com uma previsão não contestada, um crescimento forte e contínuo.

Quanto a esta questão, a decisão impugnada não esclarece o modo como a nova entidade conseguiria, através de modalidades de exercício do efeito de alavanca que lhe são permitidos (v. n.os 217 a 224, *supra*), impedir outros novos concorrentes de entrar no mercado. Noutros termos, mesmo se se pode verificar um crescimento das vendas combinadas das máquinas SBM com máquinas de enchimento PET asséptico, não foi demonstrado que o número dessas vendas poderia atingir um nível susceptível de ameaçar a forte concorrência existente nesse mercado, representada, em especial, pela Procomac (v. n.º 240, *supra*).

246 Por conseguinte, há que concluir que não se verifica o carácter plausível da previsão da Comissão quanto à futura aquisição de uma posição dominante no mercado das máquinas de enchimento asséptico.

247 Quanto às máquinas combinadas PET asséptico, a Comissão decidiu na decisão impugnada não as tratar como um mercado separado [considerando (175)]. Embora hoje em dia só exista uma máquina da Sidel deste tipo, ou seja, a «Combi SRA», instalada junto de um produtor de sumos espanhol [considerando (85)], é claro que, dadas as vantagens destas máquinas [ou seja, essencialmente, como são enumeradas no considerando (174), o facto de ocuparem menos espaço e de necessitarem de menos pessoal que uma linha PET clássica], um sucesso comercial desta máquina reforçaria a posição actual da Sidel no mercado das máquinas de enchimento PET asséptico. No entanto, é muito menos evidente que estas vantagens bastem para permitir à nova entidade obter uma posição dominante neste último mercado através da venda de máquinas do tipo «Combi SRA».

248 A este respeito, há que observar, antes de mais, que a Comissão não contestou duas das afirmações pertinentes feitas na audiência pela recorrente quanto a estas máquinas. Em primeiro lugar, a Tetra alegou que um dos inconvenientes das máquinas combinadas que contribuiu, pelo menos até ao momento, para retardar a sua venda no sector do enchimento asséptico reside na manutenção obrigatória das condições de assepsia quando da substituição das pré-formas. Em segundo

lugar, a utilização destas máquinas é menos flexível que a da combinação de uma máquina SBM e de uma máquina de enchimento PET numa linha PET normal.

249 Por outro lado, a Comissão não contesta, na decisão impugnada [considerando (174)], a afirmação feita pela Tetra na sua resposta à comunicação das acusações segundo a qual as máquinas combinadas de alguns dos concorrentes importantes da nova entidade, ou seja, a Krones e a Procomac/Sipa, «apresentam no geral as mesmas vantagens». Além disso, a Tetra alegou também, na sua resposta à comunicação das acusações, e reiterou a sua posição na audiência, que a Procomac/Sipa vendeu a única outra máquina combinada asséptica já instalada na Europa. Esta afirmação não é contestada na decisão impugnada e a Comissão limitou-se a salientar nas suas alegações que se tratava de uma máquina que era apenas do tipo «quasi-combi». Em todo o caso, foi a própria Comissão que salientou os investimentos que diversas empresas activas no mercado do enchimento asséptico estão em vias de realizar para o desenvolvimento de máquinas combinadas assépticas. Dado o nível actual da concorrência neste mercado, é provável que pelo menos um dos concorrentes principais conseguirá num futuro próximo comercializar uma máquina combinada comparável à «Combi SRA» da Sidel.

250 Por último, quanto às máquinas de enchimento a quente cuja importância, pelo menos para o mercado alemão, foi salientada pela Comissão na audiência, por um lado, há que observar que a Comissão, na decisão impugnada, reconhece que estas máquinas «são pouco utilizadas no EEE» [considerando (171)]. Verifica-se que a Sidel só vendeu cinco no EEE [considerando (170)], de um total estimado, na notificação, de oito vendas para estas máquinas (n.° 315). Por outro lado, a Comissão considerou que estas máquinas não constituíam um mercado distinto do das máquinas de enchimento asséptico. O Tribunal verifica, em primeiro lugar, que as máquinas de enchimento a quente representam apenas uma pequena parte do mercado das máquinas de enchimento asséptico e, em segundo, que é pouco provável que esta parte aumente de forma significativa devido aos inconvenientes intrínsecos desta técnica (alteração do sabor). Portanto, a Comissão não pode apoiar-se na parte de mercado da nova entidade para as máquinas de enchimento a quente para demonstrar a aquisição futura de uma posição dominante no mercado das máquinas de enchimento PET asséptico.

— Conclusão relativa às máquinas de enchimento PET

251 Resulta do exposto que, em relação aos mercados das máquinas de enchimento PET asséptico e não asséptico, a decisão impugnada não fornece suficientes elementos jurídicos para demonstrar que a implementação da concentração alterada tornaria verosímil, na sequência do exercício de um efeito de alavanca em relação, essencialmente, aos actuais clientes da Tetra para o cartão que pretendem passar para o PET para o acondicionamento de produtos sensíveis, a criação futura, e o mais tardar até 2005, de uma posição dominante nos referidos mercados.

Quanto aos sistemas de fecho de garrafas de plástico e aos equipamentos PET auxiliares

252 Quanto ao mercado dos sistemas de fecho de garrafas de plástico, resulta da posição relativamente fraca da Tetra neste mercado, ou seja, uma parte de mercado de apenas [10% a 20%] (v. n.º 44, *supra*), que é muito improvável que o efeito de alavanca previsto baste, pelo menos num futuro próximo, para transformar esta posição numa posição dominante. Embora a posição actual da Sidel nalguns dos diversos mercados dos equipamentos PET auxiliares seja mais importante que a da Tetra no referido mercado de fecho de garrafas, a Comissão não contesta a afirmação da recorrente segundo a qual as partes de mercado em questão não excedem geralmente [20% a 30%] [considerando (257)]. Além disso, a decisão impugnada não responde à afirmação feita na notificação segundo a qual o equipamento em questão não é tecnicamente muito complicado e pode, de qualquer forma, ser facilmente fornecido por «numerosas sociedades de equipamentos» [considerando (347)].

253 Por conseguinte, é manifesto que não foi demonstrada a probabilidade da criação até 2005 de uma posição dominante em favor da nova entidade nestes mercados.

Conclusão geral sobre os mercados de equipamento PET com excepção das máquinas SBM

254 Resulta do exposto que a decisão impugnada não fornece elementos de prova suficientemente convincentes para demonstrar que, na sequência de um efeito de alavanca exercido a partir dos mercados do cartão asséptico, se verificaria a criação, em favor da nova entidade até 2005, de uma posição dominante nos mercados da técnica de tratamento barreira, das máquinas de enchimento asséptico e não asséptico, dos sistemas de fecho de garrafas de plástico e dos equipamentos auxiliares.

255 Na audiência, a Comissão insistiu fortemente no facto de que o reforço da posição da nova entidade nestes mercados dos equipamentos PET resultaria, por um efeito de cascata, da posição adquirida nos mercados de máquinas SBM. No entanto, esta análise não figura expressamente na decisão impugnada e, por conseguinte, não foi juridicamente demonstrada. De qualquer forma, a posição previsível da nova entidade nos mercados dos equipamentos PET, com excepção das máquinas SBM, como verificada *supra*, é suficientemente fraca para que, mesmo que um tal efeito de cascata fosse previsível, o mesmo não alterasse fundamentalmente a referida posição.

256 Não existindo provas sólidas, há que concluir que, quanto aos referidos mercados dos equipamentos PET, não está preenchida a primeira condição requerida pelo artigo 2.°, n.° 3, do regulamento.

257 Cabe em seguida examinar a análise da Comissão relativa à criação de uma posição dominante nos mercados das máquinas SBM.

v) Quanto aos mercados das máquinas SBM

Quanto ao carácter genérico das máquinas SBM

258 Antes de mais, há que examinar os elementos em que a Comissão se baseia distinguindo submercados específicos para as máquinas SBM em função dos produtos sensíveis, o que é contestado pela recorrente devido ao carácter genérico destas máquinas.

259 Em primeiro lugar, a Comissão verifica, na decisão impugnada, que, «mesmo para um equipamento pretensamente 'genérico' como uma máquina SBM, se justifica examinar o mercado dos equipamentos em função dos segmentos de consumo final», o que é «ainda mais indica[do] quando se comparam entre si sistemas de embalagem completos, com vista a determinar se os mesmos podem ou não fazer parte do mesmo mercado de produtos» [considerando (43)]. Em seguida, a Comissão indica que cada produto líquido destinado a ser embalado tem as suas próprias «características que dão ou não a possibilidade de utilizar uma dada forma de embalagem», antes de concluir em favor do recurso à segmentação pela utilização final como instrumento de análise dos mercados dos equipamentos de embalagem de líquidos alimentares [considerando (44)], referido no n.° 30, *supra*). Faz assim a distinção entre os produtos sensíveis pertencentes aos «segmentos dos produtos comuns» e os outros produtos, com base na capacidade dos primeiros em ser embalados, pelo menos do ponto de vista técnico, tanto em cartão como em PET, contrariamente aos produtos não sensíveis como as águas minerais e as bebidas gasosas que não podem ser embaladas em cartão [considerando (58)]. Admitindo que «as máquinas SBM são, na sua maioria, 'genéricas'» [considerando (177)], a Comissão alega, no mesmo considerando, que «uma linha de embalagem PET, de que a máquina SBM constitui apenas um elemento, é em geral especialmente adaptada aos produtos acondicionados pelo cliente», o que é em particular o caso para os produtos sensíveis, argumento reiterado na apreciação das consequências do efeito de alavanca [considerando (369)]. Cita o exemplo da «SRS G Combi» da Sidel, «concebida para o acondicionamento de bebidas gasosas e que não pode

constituir uma solução de substituição para um produtor de bebidas que deseje acondicionar sumos» [considerando (177)], para o qual será necessária uma máquina «Combi SRA» asséptica. Referindo a sua comunicação de 9 de Dezembro de 1997 relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (JO C 372, p. 5, n.° 43), afirma em seguida que as duas condições normalmente requeridas para a verificação da existência de um grupo distinto de clientes, e assim de um mercado de produtos mais estreito, se encontram aqui preenchidas: ou seja, a possibilidade de determinar precisamente a que grupo pertence um dado cliente no momento em que compra uma máquina SBM e o facto de que as trocas entre clientes ou a arbitragem por terceiros relativas a estas máquinas não são realizáveis [considerando (178)].

260 O Tribunal verifica, em primeiro lugar, que a tónica posta, na decisão impugnada, nos produtos sensíveis pertencentes aos «segmentos dos produtos comuns» se baseia num critério objectivo, ou seja, a pertença destes produtos à categoria dos produtos embalados em cartão e a capacidade, pelo menos técnica, de os acondicionar em PET, capacidade que, dado o nível de crescimento que se pode considerar (v. n.os 201 a 216, *supra*), se tornará, provavelmente, uma realidade comercial bastante divulgada até 2005, pelo menos para as BAF e para as bebidas à base de chá ou café.

261 No entanto, a decisão impugnada não fornece provas suficientemente sólidas para demonstrar as características pretensamente específicas das máquinas SBM utilizadas para o acondicionamento dos produtos sensíveis. É um facto que uma máquina combinada especificamente concebida para o enchimento das bebidas gasosas não pode ser utilizada para os sumos. No entanto, tal está longe de demonstrar que máquinas SBM de fraca e de forte capacidade, mesmo se foram adaptadas antes da sua venda segundo os desejos dos seus compradores, não continuam a ser, como alega essencialmente a recorrente, máquinas genéricas, ou seja, aptas a embalar vários tipos de produtos.

262 Quanto à pretensa especificidade das pré-formas de embalagem consoante os produtos visados, invocada a este respeito pela Comissão, quando a recorrente não contesta que o número de pré-formas determina a capacidade da máquina, tal especificidade não demonstra que as máquinas SBM, de que as pré-formas

apenas constituem uma parte, se distinguem umas das outras de forma significativa. Resulta da notificação que a duração média de uma pré-forma é só de cerca de três anos, enquanto para uma máquina SBM a duração de vida é de quinze anos (n.º 304). A Sidel fabrica as suas próprias pré-formas mas a decisão impugnada não contesta as informações fornecidas na notificação quanto ao mercado das pré-formas, segundo a qual a Sidel não está activa neste mercado (enquanto fornecedora de pré-formas a terceiros) e segundo a qual a concorrência entre empresas activas nesse mercado é muito forte, em especial a da SIG que, no seu sítio da Internet, pretende estar em posição preeminente (n.º 309).

263 Além disso, a decisão impugnada também não põe em causa a afirmação feita na notificação segundo a qual um cliente pode utilizar, numa grande instalação, várias máquinas SBM de modo a combiná-las para satisfazer as suas diferentes necessidades de produção. A decisão impugnada não inclui um exame da questão de saber se a flexibilidade pedida por alguns clientes quanto às pré-formas de máquinas SBM se pode explicar por necessidades relacionadas com tais utilizações.

264 Na contestação, a Comissão refere-se a uma série de modificações que podem ser feitas a uma máquina SBM de modo a torná-la mais rentável ou mais útil numa cadeia PET integrada, como o acrescentamento de um sistema especial de filtragem do ar de sopragem ou um tratamento através de lâmpadas ultravioletas para reduzir o risco de contaminação antes de as pré-formas aí entrarem. Na audiência, a Comissão precisou que estas modificações demonstram que uma máquina SBM utilizada numa cadeia de montagem PET tem características muito especiais, a que a decisão impugnada se refere [considerando (177)]. A Tetra, embora contestando a atribuição pela Comissão das especificidades de outros elementos de uma cadeia PET às máquinas SBM, salientou todavia que estas modificações não representam mais do que 5% do custo de uma máquina SBM.

265 Em primeiro lugar, verifica-se que não é feita nenhuma referência a estas informações na decisão impugnada. Embora esta decisão coloque correctamente a tónica na importância das exigências especiais de clientes que necessitam, designadamente, de uma linha de enchimento PET asséptica, ou seja, essencial-

mente de uma garantia de assepsia, este elemento não justifica a definição de um submercado distinto para as máquinas SBM utilizadas numa linha de enchimento dos produtos sensíveis em questão. Com efeito, o simples facto de cada máquina SBM dever ser instalada numa cadeia PET de modo a ser útil ao seu comprador não justifica que a especificidade de outros equipamentos PET desta cadeia e, designadamente, os do enchimento PET asséptico, se reflicta nas próprias máquinas SBM.

266 O carácter genérico das máquinas SBM deve ser aceite tanto mais que a Comissão não conseguiu inverter, na audiência, a afirmação da Tetra quanto ao custo relativamente modesto, em relação ao custo de uma máquina SBM dita «standard», sobretudo quanto se trata de uma máquina SBM de forte capacidade, das modificações, sendo caso disso, desejadas para tornar tal máquina mais compatível com a utilização de máquinas de enchimento PET asséptico e não asséptico, e, eventualmente, com as máquinas de enchimento asséptico capazes de passar do PET para o PEAD.

267 Além disso, é pacífico entre as partes que as máquinas combinadas, cuja utilização para o enchimento asséptico continua muito limitada (v. n.os 248 e 249, *supra*), não constituem um mercado distinto, como resulta também da decisão impugnada.

268 Quanto às possibilidades de determinar precisamente a que grupo pertence um dado cliente no momento em que compra uma máquina SBM e a inexistência ou não, pelo menos hoje em dia no EEE, de possibilidades de um tal cliente procurar um preço melhor recorrendo à arbitragem entre os fornecedores disponíveis, é claro que estas possibilidades, se existirem, se aplicam tanto às máquinas SBM utilizadas para produtos não sensíveis como às utilizadas para o acondicionamento de produtos sensíveis. A possibilidade de a nova entidade identificar o grupo a que pertence um cliente reside no facto de que muitos clientes dos mercados do cartão que passarão para o PET serão actuais clientes da Tetra. No

entanto, esta possível vantagem, que resulta da vantagem «primeiro a chegar» detida de forma previsível pela nova entidade, não exclui que estes clientes se possam voltar para outros fornecedores de máquinas SBM se deixarem de estar satisfeitos com as condições oferecidas pela referida entidade.

269 Com base nos elementos fornecidos na decisão impugnada, a Comissão cometeu assim um erro, por um lado, ao declarar que as máquinas SBM são «na sua maioria 'genéricas' [considerando (177)] e, por outro, ao distingui-las segundo a sua utilização final. Com efeito, a decisão impugnada não fornece elementos suficientes para justificar a definição de submercados distintos entre as máquinas SBM segundo a sua utilização final. Deste modo, os únicos submercados a considerar são os das máquinas de fraca e de forte capacidade.

Quanto aos efeitos de encerramento previsíveis

270 Verifica-se desde já que os dois mercados distintos identificados pela Comissão no que respeita às máquinas SBM apresentam diferenças notáveis no que respeita ao nível e ao poder da concorrência actual que a Sidel tem de enfrentar nestes mercados das máquinas SBM. Há assim que examinar separadamente as consequências do previsível efeito de alavanca exercido pela nova entidade a partir dos mercados do cartão nos mercados distintos das máquinas SBM de fraca ou forte capacidade.

— Quanto ao mercado das máquinas SBM de fraca capacidade

271 Em relação às máquinas SBM de fraca capacidade, há que recordar que a concentração em nada reforçaria a parte de mercado que a Sidel detém actualmente (v. n.° 128, *supra*). A conclusão da decisão impugnada, segundo a

qual a nova entidade «será de longe o principal actor» deste mercado e segundo a qual «vários concorrentes subsistirão no mercado, mas com fracas partes de mercado não excedendo [10% a 20%]» [considerando (269)], não constitui, à luz do compromisso da Tetra em se separar da Dynaplast, empresa activa neste mercado, uma prova convincente da probabilidade da futura criação de uma posição dominante da nova entidade neste mercado. A Comissão mantém nos seus articulados — referindo-se à decisão impugnada que verifica que os concorrentes podiam ser afastados do mercado de máquinas SBM de fraca capacidade [considerando (370)] — que não é necessário demonstrar que os concorrentes da Sidel serão excluídos do mercado desde que sejam marginalizados. Na audiência, a Comissão insistiu no facto de que, na sequência de um efeito de cascata, a operação notificada poderia permitir à nova entidade obter uma posição dominante neste mercado, dada a dispersão dos concorrentes da Sidel e a posição já preeminente desta última em certos sectores do mercado, designadamente no das máquinas de fraca capacidade, tendo, no entanto, uma capacidade elevada e dotadas de uma técnica rotativa, ou seja, a tecnologia utilizada em todas as máquinas de forte capacidade com excepção das da Sasib, empresa recentemente adquirida pela SIG e cujas máquinas utilizam uma técnica linear em duas fases dotadas de uma capacidade que se eleva a [...] gph (notificação n.° 48).

272 Há que considerar, de modo a examinar a conclusão da Comissão relativa a este mercado, a parte de mercado que teria a nova entidade após a implementação da concentração alterada. A este respeito, resulta da decisão impugnada que a Comissão admite que a Sidel detém uma «parte de mercado de [30% a 40%] em termos de capacidade e de unidades vendidas no EEE em 2000» do mercado de máquinas SBM de fraca capacidade [considerando (233)]. A Comissão salienta o facto de os concorrentes da Sidel, do qual o mais importante é a ADS com uma parte de mercado de cerca de [10% a 20%] [considerando (233)], serem «muito mais pequenos» do que ela. Na medida em que a Comissão se refere, noutras passagens da decisão impugnada, à «posição de líder, com [60% a 70%] das máquinas SBM», detida actualmente pela Sidel, não teve claramente em conta o compromisso da Tetra relativo à Dynaplast [considerando (370)].

273 Na notificação, foi indicado que, durante o período que vai de 1998 a 2000, a parte de mercado das máquinas SBM de fraca capacidade detida pela Sidel

estava, sem excepção, abaixo dos 40% e que esta parte bem como a de Tetra — esta última chegou a este mercado através da aquisição da Dynaplast que estava no seu apogeu em 2000, conquistando assim uma parte de 24% — apenas eram «estimativas» que podiam mesmo ser exageradas (n.º 56). Citando os nomes de doze outros concorrentes, que eram todos, segundo as partes na concentração, capazes de fornecer uma máquina SBM apropriada às necessidades de qualquer cliente de máquinas de fraca capacidade, essas partes insistiram no facto de que o mercado estava sujeito a uma concorrência não apenas importante, mas intensa (n.ºs 57 e 71). Além disso, na sua resposta à comunicação das acusações (n.º 51), a Tetra salientou que dois novos concorrentes importantes tinham entrado no mercado em 2001, um dos quais, a Uniloy, detém uma posição preeminente no mercado das máquinas EBM, enquanto o outro, Husky, detém uma posição semelhante no mercado das máquinas que produzem pré-formas, posição cuja importância é reconhecida na decisão impugnada [considerando (321), nota de pé de página n.º 138].

274 A decisão impugnada, sem tomar em conta estas informações, que são muito pertinentes, limita-se a reconhecer, sem qualquer outra precisão, que a Sidel registou desde 1998 um recuo de «apenas [0% a 10%]» no mercado das máquinas de fraca capacidade [considerando (238)]. Este único elemento não basta para apoiar a conclusão da Comissão relativa à pretensa insignificância da concorrência que a nova entidade deveria enfrentar, em especial sem os meios e as capacidades da Dynaplast. Além disso, não é feita qualquer apreciação nem na decisão impugnada nem nos articulados da Comissão quanto ao destino verosímil da parte de mercado detida pela Dynaplast, parte sempre crescente até 2000. Na audiência, em resposta às questões do Tribunal relativas às actividades da Dynaplast, que, num período relativamente curto sob o controlo da Tetra (1994 a 2000), pôde obter uma parte de mercado relativamente elevada, a Comissão alegou que este sucesso inicial podia ser atribuído ao poder financeiro da Tetra e ao facto de a Tetra poder oferecer vendas agrupadas interessantes de máquinas SBM e de pré-formas PET. Ora, visto o compromisso da Tetra em se separar das suas actividades no domínio das pré-formas e o facto de a Sidel já não estar presente nesse mercado, tal estratégia não estaria à disposição da nova entidade. Esta limitação não se aplicaria aos seus concorrentes, em especial, ao recém-chegado Husky, empresa canadiana preeminente a nível mundial no fabrico de máquinas produtoras de pré-formas.

275 A decisão impugnada não fornece elementos que demonstrem que a nova entidade podia conquistar uma parte especialmente importante dos antigos clientes da Dynaplast ou, por outros meios, obter, num futuro suficientemente próximo, e designadamente até 2005, bastantes novos clientes para lhe permitir chegar a uma posição dominante no mercado das máquinas SBM de fraca capacidade. Tal posição é *a fortiori* imprevisível tendo em conta a extensão e a natureza crescente da concorrência actual neste mercado.

276 Tanto nos seus articulados como nas suas alegações, a Comissão, salientando a importância da posição da Sidel no mercado das máquinas de forte capacidade e ao fazer, pelo menos parcialmente, uma certa assimilação entre a venda das máquinas SBM de fraca capacidade e o acondicionamento dos produtos não sensíveis, salientou o poder da nova entidade «nos mercados PET do futuro (ou seja, os mercados das bebidas 'sensíveis')» [considerando (369)]. Segundo a decisão impugnada, a parte de mercado que seria a da nova entidade no «mercado das máquinas SBM (independentemente do tipo de utilização) [...] só deixa uma fraca parte de mercado à concorrência», ao passo que «os mercados dos produtos [...] não sensíveis estão saturados e [...] devem crescer pouco» [considerando (370)]. A conclusão relativa a esta saturação baseia-se num relatório constante das contas anuais da Sidel para 1999 e num estudo do BNP-Paribas relativo à Sidel, de 9 de Outubro de 2000.

277 Ora, a importância do mercado das máquinas de fraca capacidade não pode assim ser minimizada, nem em geral nem no que respeita aos produtos sensíveis. Resulta dos autos que não houve, pelo menos até ao presente, nenhum desvio importante na utilização tanto das máquinas de fraca capacidade como das máquinas de forte capacidade para o acondicionamento de produtos não sensíveis. Como a recorrente alegou na audiência, tudo depende das necessidades dos clientes. De todas as bebidas acondicionadas actualmente em PET, 95% fazem parte da categoria dos produtos não sensíveis. No entanto, não é fornecida na decisão impugnada qualquer análise da repartição das máquinas SBM de fraca e forte capacidade segundo os produtos. Na notificação, foi indicado que as

máquinas de forte capacidade são normalmente vendidas aos grandes clientes, como [...], que produzem volumes importantes de bebidas gasosas e de águas (n.° 93). Na sua resposta à comunicação das acusações, a Tetra observa que a máquina mais rápida vendida pela Sidel tinha uma capacidade de [...] gph e foi vendida em [...] a [...], um produtor essencialmente de águas minerais (n.° 44), e que a referida comunicação ignorou o facto de que as máquinas de fraca capacidade serem, entre uma grande variedade de usos, também utilizadas para o acondicionamento de produtos sensíveis (n.° 45).

278 Por conseguinte, em relação aos produtos não sensíveis, o Tribunal não pode avaliar de modo preciso a extensão das vendas de máquinas SBM de fraca e forte capacidade para o acondicionamento destes produtos. É provável, tendo em conta o volume muito importante destes produtos já acondicionados em PET [mais de 35 mil milhões de litros em 1999 para as águas e bebidas gasosas de acordo com o quadro 2 do considerando (56)], que as vendas destes dois tipos de máquinas continuarão, mesmo após a implementação da concentração alterada, muito importantes para o acondicionamento dos produtos não sensíveis. A afirmação relativa à pretensa saturação do mercado da embalagem PET destes produtos não foi suficientemente demonstrada. Sem falar do enorme mercado que a cerveja representa para o PET, os estudos independentes referidos na decisão impugnada confirmam que a embalagem PET das águas minerais, em especial, continuará a ter um crescimento regular. Daí resulta que não existe nenhuma prova de que a procura das máquinas SBM de fraca capacidade diminuirá de uma forma significativa no período que abrange os anos 2000 a 2005.

279 Quanto ao acondicionamento dos produtos sensíveis, a análise feita na decisão impugnada também não é convincente. Segundo os dados fornecidos pela recorrente na sua resposta à comunicação das acusações, houve, até ao presente, uma utilização importante, se não maioritária, das máquinas de fraca capacidade para os produtos sensíveis. Assim, de acordo com esta resposta, a velocidade média das máquinas vendidas pela Dynaplast utilizadas para o acondicionamento de tais produtos estava abaixo de [...] gph, ao passo que a das máquinas da Sidel se situava (pelo menos para os sumos) em [...] gph (n.° 45). A recorrente precisou que a utilização de máquinas de fraca capacidade se explica pelo facto de que as bebidas sensíveis são, actualmente, e continuarão na maioria a ser, «produtos específicos» com volumes de produção menos importantes que os outros produtos. A Comissão respondeu na decisão impugnada concluindo que todas as máquinas SBM com uma capacidade superiora 8 000 gph utilizadas para este

fim devem ser consideradas máquinas de forte capacidade e que a utilização das máquinas de fraca capacidade se pode explicar pelo facto de que os clientes não querem comprar máquinas de forte capacidade quando se equipam pela primeira vez de modo a acondicionar produtos sensíveis em PET [considerandos (184) e (185)]. Mesmo se esta última apreciação não é claramente incorrecta, também é verdade que uma proporção importante das máquinas SBM utilizadas para o acondicionamento de produtos sensíveis se refere, com toda a probabilidade, a máquinas de fraca capacidade. Esta permanência é ainda mais provável, como a recorrente alega na audiência, no que se refere às bebidas mais específicas como as bebidas à base de chá ou café e as BAF, que terão um certo crescimento, atendendo aos seus volumes de produção mais limitados que os do PLL e dos sumos. Assim, uma parte importante do crescimento previsível até 2005 na embalagem de produtos sensíveis em PET dirá provavelmente respeito aos produtos para os quais a utilização de máquinas de fraca capacidade será particularmente apropriada.

280 A decisão impugnada não procede assim a uma análise suficiente da utilização actual e futura das máquinas SBM de fraca capacidade. É incontestável que, com a partida da Tetra deste mercado, a posição da nova entidade continuará, no essencial, inalterada em relação à posição actual da Sidel. Ora, esta última está longe de ocupar uma posição dominante no mesmo. Embora a nova entidade continue a ser a empresa mais importante deste mercado, com uma parte de mercado de aproximadamente [30% a 40%], deve enfrentar a concorrência de, pelo menos, doze outras empresas, sem falar do novos concorrente que acabam de entrar no mercado (v. n.º 272, *supra*).

281 Por conseguinte, a decisão impugnada não fornece provas suficientemente sólidas para demonstrar que, na sequência de um efeito de alavanca relativamente a actuais clientes dos mercados de cartão da Tetra que querem comprar uma máquina SBM de fraca capacidade ou uma linha de embalagem PET incluindo uma máquina SBM de fraca capacidade, a nova entidade poderia impor-se em relação aos seus concorrentes, em especial em relação aqueles cuja clientela é composta principalmente por produtores de bebidas não sensíveis e de cerveja, a tal ponto que conseguiria transformar a sua actual posição numa posição dominante até 2005. Tal conclusão é *a fortiori* válida, visto que uma proposta de venda agrupada feita pela nova entidade não pode incluir tal máquina.

282 Quanto ao argumento segundo o qual a aquisição de uma posição dominante no mercado das máquinas de fraca capacidade poderia tornar-se possível, graças a um efeito de cascata decorrendo da futura criação de uma posição dominante no mercado das máquinas de forte capacidade, basta verificar que a análise feita na decisão impugnada não expõe essa possibilidade e por conseguinte o Tribunal não pode examiná-la.

283 Por conseguinte, quanto às máquinas SBM de fraca capacidade, há que concluir que, na medida em que a Comissão prevê a provável criação até 2005 de uma posição dominante neste mercado, na sequência do exercício de um efeito de alavanca, cometeu um erro manifesto de apreciação.

— Quanto ao mercado das máquinas SBM de forte capacidade

284 Verifica-se, desde já, que a Comissão salientou, com razão, a preeminência da Sidel neste mercado. Tendo uma parte de mercado de [60% a 70%] em termos de capacidade, ela é, como a Comissão assinalou na audiência, três vezes maior que cada um dos seus três principais concorrentes e quase [45% a 55%] maior que o conjunto dos concorrentes neste mercado. Por conseguinte ocupa, de longe, a posição de líder neste mercado. No entanto, não detém uma posição dominante [considerando (248)] e a Tetra não traria nada à nova entidade no que respeita a este mercado.

285 É assim necessário apreciar, em primeiro lugar, se a concentração alterada permitiria à nova entidade, através de um efeito de alavanca exercido em relação a actuais clientes dos mercados do cartão da Tetra, captar até 2005 bastantes clientes suplementares no mercado do PET para obter uma posição dominante no

mercado das máquinas SBM de fraca capacidade e se, em tal caso, ocorreria um enfraquecimento significativo da concorrência existente.

286 Na verdade, a nova entidade poderia, no que respeita às BAF e às bebidas à base de chá ou café e provavelmente para os sumos, pelo menos os de topo de gama, propor aos seus clientes dos mercados do cartão que querem passar uma parte da sua produção para o PET vendas agrupadas de máquinas de enchimento PET asséptico ou de máquinas combinadas com outros elementos importantes de uma linha PET como os fechos. Estas propostas podiam ser atractivos para estes produtos tendo em conta a importância da garantia asséptica para estes clientes e a forte reputação de que a Tetra goza no domínio do enchimento asséptico, sobretudo enquanto fornecedor de equipamentos de embalagem cartão asséptica. Tal poderia *a fortiori* ser o caso se estes clientes têm contratos a longo prazo com a Tetra.

287 No entanto, existem alguns elementos que diminuem a importância previsível destas vantagens, não sendo a maioria analisada de modo adequado na decisão impugnada.

288 Em primeiro lugar, a vantagem do «primeiro a chegar» em questão no caso vertente é sobrestimada. A amplitude do crescimento previsível da utilização do PET entre os actuais clientes da Tetra nos mercados do cartão asséptico não é considerável (v. n.os 201 a 216, *supra*). Assim, é muito pouco provável que as centrais leiteiras suas clientes queiram trocar o cartão pelo PET tendo em conta a inexistência de uma barreira contra a luz susceptível de ser aplicada, a nível comercial, de uma forma satisfatória e o custo mais elevado deste material em relação ao cartão e ao PEAD (v. n.° 34, *supra*). Devendo verificar-se uma passagem importante para o plástico, a decisão impugnada não explica, de modo adequado, as razões pelas quais essa passagem não ocorreria, na totalidade ou em grande parte, para o PEAD em vez de para o PET. Esta conclusão é corroborada pelo facto de que a Comissão já não insiste na probabilidade de um crescimento importante da utilização do PET até 2005 para o leite UHT, um segmento muito importante dos PLL. Além disso, é notável que a parte de mercado dos PLL já

detida pelo PEAD, o material que é presentemente o principal concorrente do cartão, devia crescer até 2005 nos segmentos importantes do leite UHT e do leite fresco, tanto segundo o estudo Canadean como segundo o estudo independente PCI.

289 No que respeita mais especialmente ao leite fresco, a decisão impugnada não explica de modo adequado a relação entre o PEAD e o PET. Tendo em conta que a diferença de custo em favor do PEAD se eleva a 10%, é pelo menos igualmente provável que os clientes existentes da Tetra que querem mudar uma parte da sua produção de leite fresco para o plástico escolham o PEAD em vez do PET. Com efeito, o leite fresco não é um produto para o qual as vantagens em matéria de comercialização de que goza o PET tenham uma importância especial. A decisão impugnada também não explica por que razão a Tetra, que age enquanto conversora no mercado do PEAD, estaria mais preocupada em ver estes clientes passar para o PET em vez de simplesmente lhes vender, através de acordos HTW, garrafas PEAD sopradas para as suas necessidades em plástico, como faz presentemente no Reino Unido, segundo a notificação (n.° 326). A este respeito, há também que assinalar que a nova entidade poderia fornecer partes significativas de uma linha de enchimento PEAD, como máquinas EBM e máquinas de enchimento PEAD asséptico ou não asséptico. Além disso, uma vez que as tecnologias de tratamento barreira não são pertinentes para o leite fresco, que é distribuído numa cadeia refrigerada, é difícil conceber que o exercício de um efeito de alavanca seja considerado uma estratégia útil para a nova entidade no que respeita a estes produtos, uma vez que muitos concorrentes da nova entidade seriam capazes de oferecer tanto as máquinas SBM como os outros elementos da linha PET não asséptica necessários para uma central leiteira que queira passar da produção de leite fresco em cartão para o PET.

290 Quanto aos sumos, não obstante o facto de «a Comissão esperar [...] uma passagem importante do vidro para o PET e uma passagem mais limitada do cartão para o PET» [considerando (148)], não é fornecida qualquer análise relativa ao mercado do vidro. Ora, a recorrente alega que este facto coloca designadamente os seus concorrentes SIG, Krones e KHS (Klöckner), os três

activos nos mercados da embalagem de vidro e de PET, numa posição em que podem gozar de uma vantagem de «primeiro a chegar» importante em relação aos clientes que mudam do vidro para o PET. Nestas circunstâncias, a Comissão não demonstrou de forma suficiente o alcance da vantagem de «primeiro a chegar» que deteria a nova entidade em relação ao crescimento, cujo nível é incerto, que teria provavelmente lugar durante o período que abrange os anos 2000 a 2005 na utilização do PET para a embalagem dos sumos.

291 No que respeita às BAF e às bebidas à base de chá ou café, é manifesto que o volume dos produtos acondicionados continuará muito limitado. Mesmo com um aumento até 2005 de 20% a 30% para os primeiros produtos e de 25% a 30% para os segundos (ou seja, atingindo um total de 1,8 mil milhões de litros embalados por ano), o lugar em termos de volume da vantagem de «primeiro a chegar» de que gozaria a nova entidade seria limitado. Além disso, embora a decisão impugnada não ponha em questão a previsão da Canadean quanto à utilização do cartão nestes segmentos (um nível de utilização, respectivamente, de 37% e de 46% está previsto até 2005 para estes produtos em relação a 42% e a 53% para o ano 2000), não expõe a razão pela qual tais aumentos na utilização do PET permitiriam à nova entidade obter, através de um efeito de alavanca exercido em relação aos actuais clientes dos mercados do cartão da Tetra, uma parte de mercado adicional suficiente das máquinas SBM de forte capacidade para obter uma posição dominante. Esta demonstração era *a fortiori* necessária dado que é, no mínimo, provável que uma parte importante das máquinas utilizadas nas novas linhas PET destinadas a estes produtos específicos sejam máquinas de fraca capacidade, mercado no qual existe uma concorrência muito significativa (v. n.^{os} 271 a 283, *supra*).

292 Em segundo lugar, o compromisso da Tetra de não oferecer vendas agrupadas dos seus produtos cartão e das máquinas SBM reduziria o alcance de um efeito de alavanca. Com efeito, um actual cliente dos mercados do cartão da Tetra poderia ser atraído pelo preço atractivo de um elemento de uma cadeia de embalagem PET que não uma máquina SBM, designadamente o elemento mais importante, ou seja, a máquina de enchimento PET asséptico, mesmo comprando uma máquina SBM a um dos actuais concorrentes da Sidel. Se é verdade que esta

opção não lhe seria possível se a proposta agrupada respeitasse a uma máquina combinada, a decisão impugnada não fornece provas que permitam estabelecer que a utilização destas máquinas, pelo menos no que respeita ao mercado do enchimento asséptico — que, no conjunto, seria o mais atingido pelo crescimento previsto da utilização do PET nos segmentos de produtos sensíveis —, se tornará suficientemente divulgada para que a nova entidade possa efectivamente contornar, através da venda de máquinas combinadas, o seu compromisso de não fazer ofertas que incidam conjuntamente sobre os equipamentos de embalagem cartão e as máquinas SBM.

293 Em terceiro lugar, a Comissão cometeu um erro ao afirmar que, fora a SIG, «nenhum outro fornecedor de equipamentos de embalagem poderá fornecer ao mesmo tempo equipamentos cartão e equipamentos PET» [considerando (372)]. Segundo a própria decisão impugnada, um exemplo recente da introdução do PET para o leite fresco é o da central leiteira checa OLMA. Ora, é a Elopak que fornece a «nova cadeia de embalagem PET» em questão [considerando (94)]. Além disso, a decisão impugnada reconhece que a Elopak «celebrou alianças com fabricantes de equipamentos PET para corresponder às necessidades dos seus clientes» [nota de pé de página n.º 146, considerando (329)]. Por conseguinte, pelo menos dois concorrentes importantes da Tetra nos mercados de equipamento de embalagem cartão podem já oferecer ao mesmo tempo produtos cartão e PET, e isto sem as limitações, quanto ao leque do equipamento PET em questão, que se aplicariam a ofertas agrupadas que a nova entidade poderia fazer. Tendo designadamente em conta a crescente sobreposição dos mercados de equipamentos de embalagem cartão e PET prevista na decisão impugnada, não foi feita uma análise adequada da importância potencial da vantagem do tipo «primeiro a chegar» de que gozam já a SIG e a Elopak.

294 O Tribunal é também entravado na sua apreciação dos efeitos previsíveis de um efeito de alavanca exercido pela nova entidade pela inexistência, na decisão impugnada, de uma análise adequada da concorrência no mercado das máquinas de forte capacidade que a Sidel deve enfrentar. A concorrência representada pelos seus três principais concorrentes, ou seja, a SIG, a SIPA e a Krones, é, com efeito, subestimada. Estes concorrentes puderam aumentar a sua posição no mercado de

[10% a 20%] para [35% a 45%] em três anos (de 1997 a 2000), obtendo cada um novas partes de mercado comparáveis, o que está longe de ser desprovido de significado. Por conseguinte, sendo o mercado manifestamente um mercado sujeito a uma crescente concorrência e, pelo menos, bastante significativa, a decisão impugnada devia ter examinado de modo mais detalhado a capacidade de esta concorrência resistir a eventuais práticas de alavanca por parte da nova entidade.

295 Com efeito, só é examinada a posição da SIG, e isto de modo sumário. A decisão impugnada verifica que lhe falta «a gama completa de equipamentos PET de que disporá a nova entidade», assim como a «tecnologia 'barreira', essencial a qualquer penetração nos novos segmentos de produtos PET» [considerando (372)]. Esta afirmação não pode ser conciliada, sem outras precisões que na ocorrência faltam, com o conteúdo da notificação que, designadamente, demonstra as posições não negligenciáveis da SIG nos mercados das máquinas de enchimento PET asséptico e não asséptico, neste último mercado através da sua aquisição recente da Sasib. Além disso, tendo em conta o facto de que existem «mais de 20 empresas» [considerando (87)] que dispõem de soluções técnicas diferentes no que respeita à barreira para o oxigénio útil para os sumos, o modo como a SIG será impedida de fazer concorrência à nova entidade neste mercado — onde o crescimento, em termos de volume, será provavelmente o mais importante — está longe de constar da decisão impugnada. Se esse crescimento resultar do vidro, a SIG terá uma vantagem do tipo «primeiro a chegar» de que não gozará a nova entidade. Além disso, a Comissão não contestou, na audiência, a afirmação da recorrente segundo a qual a técnica de tratamento barreira necessária para as BAF e as bebidas à base de chá ou café estava também à disposição da SIG.

296 E mais, nas suas notas de alegações e nas suas alegações, a Tetra salientou que, numa apresentação feita em Abril de 2002 no primeiro congresso mundial do PET, a SIG descreveu-se como um fornecedor com a capacidade de oferecer uma linha completa de embalagem PET. Resulta desta apresentação que a SIG se encontra presente no mercado das pré-formas, ao contrário da nova entidade tal como resultará, designadamente, do compromisso da Tetra em se separar das suas actividades nas pré-formas. Além disso, resulta da notificação que a SIG

detém uma posição muito importante no mercado de fabricação de pré-formas para as máquinas SBM, e possui uma experiência de mais de 50 anos em matéria de pré-formas [considerando (309)].

297 Daqui resulta, com base nos elementos invocados na decisão impugnada, que a Comissão cometeu um erro ao subestimar a importância da actual posição da SIG no mercado das máquinas de forte capacidade e ao banalizar as posições ocupadas pelos outros principais concorrentes da nova entidade, designadamente a SIPA e a Krones, neste mercado.

298 Há igualmente que ter em conta o facto de as máquinas SBM de forte capacidade, tanto como as de fraca capacidade, serem efectivamente genéricas. Pode assim acontecer que os concorrentes da nova entidade ocupem posições importantes na venda das máquinas SBM de forte capacidade aos produtores de bebidas não sensíveis e aos fabricantes de cerveja que lhes permitam resistir ao eventual exercício por parte da nova entidade de um efeito de alavanca, assente na posição desta última nos mercados de equipamentos de embalagem cartão asséptico, relativamente às vendas de máquinas SBM de forte capacidade. A conclusão da decisão impugnada segundo a qual, com efeito, não poderia ser esse o caso, não está assente em suficientes elementos jurídicos.

299 Além disso, uma vez que o efeito de alavanca, especialmente importante no mercado das máquinas de forte capacidade, é, segundo a Comissão, previsível pelo crescimento do sector do PET, há que salientar a este respeito que a cerveja representa uma parte significativa do crescimento previsto neste sector. O simples facto de a cerveja não poder ser embalada em cartão não é suficiente para justificar a não tomada em consideração pura e simples deste produto sensível distinto [exigindo a utilização do PET para o seu acondicionamento, segundo o considerando (41), ao mesmo tempo um tratamento barreira contra a luz e contra o oxigénio] à luz da evolução dos mercados do PET. Esse é *a fortiori* o caso dado que um crescimento na sua embalagem em PET está previsto não apenas pela recorrente, mas também no estudo Pictet.

300 Segundo a notificação, foi previsto um crescimento da embalagem PET da cerveja da ordem de 10% por ano para os próximos cinco anos (n.° 86). Mais, com uma mudança de 5% da produção mundial da cerveja para a embalagem em garrafas PET, está provada a importância deste mercado com quinze mil milhões de embalagens por ano, o que o tornaria comparável ao mercado actual das bebidas gasosas vendidas em embalagens PET na Europa (n.° 15). Esta previsão é corroborada, pelo menos em parte, pelos estudos independentes citados pela Comissão para justificar as suas próprias previsões de crescimento nos segmentos dos produtos comuns. Assim, segundo o estudo Pictet, o vasto mercado da cerveja está prestes a ser aberto ao PET («the vast beer market is about to be opened for PET», p. 10). A notificação precisa também que o PET já é utilizado na Europa na embalagem da cerveja por alguns importantes fabricantes de cerveja, como [...], graças às tecnologias barreiras do tipo multicamada fornecidos por concorrentes da Tetra e da Sidel (principalmente a Schmabach-Lubeca) (n.^{os} 119 e 157).

301 Ora, não sendo a cerveja embalada em cartão, não há nenhuma possibilidade de a nova entidade exercer um efeito de alavanca em relação aos fabricantes de cerveja que passarão do vidro e das latas metálicas para o PET. Além disso, dado que alguns dos concorrentes importantes da nova entidade nos mercados das máquinas SBM [ou seja, a SIG, a Krones e a KHS (Klöckner)] estão também presentes nos mercados da embalagem de vidro e em latas metálicas, terão uma vantagem do tipo «primeiro a chegar» em relação aos fabricantes de cerveja que mudarão uma parte da sua produção para o PET. Se um crescimento significativo se concretizasse até 2005 para a cerveja, as incitações aos concorrentes da nova entidade para continuarem no mercado das máquinas SBM intensificar-se-iam. Ora, a decisão impugnada não fornece nenhuma análise da importância potencial desta perspectiva.

302 Há também que observar que, segundo a notificação, a técnica de tratamento barreira necessária para a embalagem da cerveja em PET poderia ser modificada para ser aplicada aos produtos sensíveis que se encontram nos segmentos dos

produtos comuns, pelo menos para os sumos (n.os 119 e 157). Na audiência, a recorrente reiterou este argumento defendendo que a cerveja apresenta problemas técnicos muito difíceis em caso de utilização do PET (designadamente o risco de o dióxido de carbono se escapar da embalagem), mas que, podendo estes problemas ser ultrapassados, a tecnologia em questão poderia ser utilizada para outras aplicações do PET tanto assépticas como não assépticas. A decisão impugnada também não analisa este elemento, que é potencialmente muito importante.

303 No quadro da análise prospectiva a que a Comissão procedeu no que respeita aos outros produtos sensíveis, devia ter explicado as razões pelas quais o possível crescimento, até 2005, da embalagem PET da cerveja não justificou uma análise da influência que tal poderá ter na incitação de a nova entidade exercer um efeito de alavanca em relação aos produtos sensíveis que se encontram nos segmentos comuns considerados na análise da Comissão.

304 Por último, verifica-se que a recorrente suscitou justamente na audiência a questão dos conversores. Na medida em que estes não estão presentes nos mercados do cartão asséptico, a adopção de uma política comercial pela nova entidade com vista a exercer um efeito de alavanca não é susceptível de os perturbar de modo importante no fornecimento de garrafas acabadas de PET, no âmbito dos acordos HTW, e, eventualmente, de máquinas SBM que teriam anteriormente comprado aos fabricantes, aos produtores de produtos sensíveis, e inclusive aos actuais clientes dos mercados do cartão da Tetra, que escolheriam mudar uma parte da sua produção para o PET. A actual estrutura industrial, ou seja, a resultante da estratégia comercial dos fornecedores de equipamentos PET de se concentrarem na venda de equipamentos PET em vez de fazerem ofertas de linhas completas com ou sem pré-formas, facilita as actividades dos conversores e é reconhecida na decisão impugnada [considerandos (293) e (294)]. Esta última não explica a razão pela qual um aumento importante até 2005 das referidas vendas de linhas completas pela nova entidade em relação ao seu nível actual (ou seja, 20% das vendas de máquinas SBM da Sidel em 2001) poderia ser suficiente para marginalizar os conversores.

305 No entanto, a Comissão alega que os conversores estão dependentes, «em certa medida», da Sidel para as suas compras de máquinas SBM e que «continuariam a depender da entidade resultante da operação» [considerando (310)]. Na audiência, a Comissão acrescentou que a inexistência de conversores nos mercados do cartão representa para eles um inconveniente se desejarem vender máquinas SBM a actuais clientes dos mercados do cartão da Tetra. Ora, dado o nível actual da concorrência existente, inclusive no mercado das máquinas SBM de forte capacidade, a conclusão quanto à dependência dos conversores face à Sidel não é convincente. Se as condições de venda oferecidas pela nova entidade se tornassem menos atractivas, os conversores teriam sempre a possibilidade de comprar tais máquinas aos actuais concorrentes da Sidel (v. n.° 137, *supra*), designadamente a SIG, ao passo que a SIG e a Elopak poderiam igualmente propor-lhes equipamentos cartão no caso de os clientes dos conversores quererem um fornecimento conjunto de equipamentos de embalagem PET e cartão.

306 Por conseguinte, em relação ao mercado de máquinas SBM de forte capacidade, os elementos em que a Comissão se apoiou não justificam a sua conclusão segundo a qual tanto os concorrentes da nova entidade como os conversores seriam marginalizados, até 2005, através do exercício por esta nova entidade de um efeito de alavanca em relação aos actuais clientes dos mercados de cartão da Tetra que, durante este período, pretendam mudar total ou parcialmente para a utilização do PET em matéria de acondicionamento de produtos sensíveis.

Conclusão relativa às máquinas SBM

307 Conclui-se que a decisão impugnada não demonstra suficientemente que a nova entidade poderia conquistar até 2005 uma posição dominante nos mercados de

máquinas de fraca e de forte capacidade e, deste modo, que as condições exigidas pelo artigo 2.°, n.° 3, do regulamento estão preenchidas no que respeita a esses mercados.

vi) Conclusão geral sobre o exercício do efeito de alavanca

308 Resulta do exposto que ao apoiar-se nas consequências de um efeito de alavanca exercido pela nova entidade de modo a defender a sua conclusão quanto à criação até 2005 de uma posição dominante nos mercados dos equipamentos de embalagem PET, em especial nos mercados das máquinas SBM de fraca e forte capacidade utilizadas para os produtos sensíveis, a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação.

309 Não estando preenchidas as condições exigidas pelo artigo 2.°, n.° 3, do regulamento no que respeita ao efeito de alavanca previsto pela Comissão, há que examinar se estas condições estão preenchidas no que respeita ao segundo pilar do raciocínio da Comissão relativo aos mercados do cartão.

3. Quanto ao segundo pilar, relativo à diminuição de concorrência potencial nos mercados do cartão

a) Considerações preliminares

310 A decisão impugnada afirma que a concentração alterada permitiria à Tetra reforçar «a sua posição dominante actual no mercado das embalagens cartão eliminando uma fonte de pressões concorrenciais importantes» [considerando (390)]. Suscita-se assim aqui a questão de saber se é permitido à Comissão,

quando quer proibir uma concentração pelo facto de que ela reforçaria uma actual posição dominante, no caso vertente, a da parte adquirente nos mercados do cartão asséptico, apoiar-se na eliminação ou, como precisou na audiência, pelo menos numa redução importante, de uma concorrência potencial, mas crescente, proveniente da parte adquirida num outro mercado vizinho, aqui a da Sidel, que ocupa uma posição importante nos mercados do PET.

311 A Comissão invoca a jurisprudência Tetra Pak II, em defesa da sua análise relativa à importância do enfraquecimento de tal concorrência potencial. Precisou, na audiência, que os compromissos não diminuiriam de modo algum os efeitos nefastos para a concorrência decorrentes desse enfraquecimento e que a concentração permitiria, por conseguinte, à Tetra sentir-se bastante menos ameaçada nos mercados do cartão asséptico, o que equivaleria a um reforço da sua posição dominante na medida em que a concorrência nestes mercados é já muito limitada.

312 A este respeito, o Tribunal verifica que, quando a Comissão se apoia na eliminação ou na redução significativa de uma concorrência potencial, mesmo de uma concorrência susceptível de crescer, de modo a justificar a proibição de uma concentração alterada, os elementos constitutivos do reforço de uma posição dominante identificados devem assentar em provas sólidas. O simples facto de que a empresa adquirente ocupa já uma posição dominante muito nítida no mercado em questão, embora constituindo um elemento importante, como afirma a decisão impugnada, não basta em si próprio para justificar a conclusão de que uma redução da concorrência potencial que esta empresa deve enfrentar constitui um reforço da sua posição.

b) Argumentos das partes

313 Segundo a recorrente, a decisão impugnada afirma que os mercados dos equipamentos de embalagem PET e cartão continuam distintos devido, designadamente, à fraca elasticidade cruzada actual da procura em relação aos preços entre os dois materiais. A recorrente alega que os factores relativos à comercialização e às técnicas de tratamento barreira são, e continuarão, determinantes para a escolha da embalagem e impedirão, no futuro, um aumento de tal elasticidade cruzada dos preços entre o PET e o cartão.

314 Os argumentos específicos da Comissão relativos às estratégias que a Tetra poderia prosseguir através da nova entidade para reforçar a sua posição dominante nos mercados do cartão asséptico são errados. Em especial, a Comissão pretende erradamente que a nova entidade seria incitada a não baixar os seus preços e a cessar de inovar nos mercados do cartão.

315 No que respeita aos preços, a operação notificada não teria efeito nas incitações da nova entidade a reduzir os preços do cartão, uma vez que, em primeiro lugar, os clientes dos mercados do cartão que passam para o PET podem abastecer-se junto de um dos concorrentes da Sidel, e, em segundo lugar, a nova entidade preferirá certamente vender um sistema de embalagem cartão em vez de uma máquina SBM.

316 No que respeita à inovação, a concentração também não teria efeito no ritmo das inovações nos mercados do cartão. Em primeiro lugar, toda e qualquer ausência de inovação do mercado do cartão beneficiaria essencialmente os concorrentes actuais da Tetra nos mercados do cartão. Em segundo lugar, o principal motor da inovação no cartão reside nas preferências dos consumidores e nas estratégias de comercialização e não na chegada do PET ao mercado da embalagem, como demonstra o passado.

317 Segundo a Comissão, a decisão impugnada não se limita a reconhecer que a nova entidade poderia simplesmente abrandar a erosão do seu poder nos mercados do cartão mas expõe que a operação notificada «reforçaria» o domínio da Tetra nestes mercados [considerando (399)]. Referindo-se à jurisprudência Tetra Pak II, a Comissão alega que a prevenção de um enfraquecimento de uma posição dominante em benefício de uma fonte exterior de concorrência pode ser qualificado de «reforço» para efeitos do artigo 2.° do regulamento.

318 A Comissão alega que, não obstante o facto de os sistemas de embalagem cartão e PET não pertencerem ao mesmo mercado, poderiam convergir no futuro e que já existem interacções significativas entre eles. No caso vertente, sendo os mercados do cartão asséptico altamente concentrados, a concorrência já se encontra aí enfraquecida a tal ponto que qualquer redução suplementar, mesmo proveniente de fontes externas, poderia ter um impacte significativo. A Comissão afirma que o cartão e o PET serão utilizados no futuro para embalar os mesmos produtos. Assim, o PET exerceria uma pressão nos mercados do cartão asséptico sem que seja necessário que os dois materiais pertençam ao mesmo mercado de produto pertinente.

319 Quanto à política de preços da Tetra, a Comissão alega que a nova entidade disporá de uma capacidade acrescida para se comportar independentemente dos seus concorrentes. Esta entidade poderia atrair os clientes que querem passar do cartão para o PET mantendo elevados, ou aumentando com mais segurança do que a Tetra o poderia sem a concentração, os preços do cartão. A nova entidade teria, em todo o caso, uma incitação muita mais reduzida a concorrer para reter clientes marginais, uma vez que seria provável que a maioria dos clientes actuais dos mercados de cartão da Tetra perdidos seriam atraídos pela Sidel.

320 Quanto ao ritmo da inovação no domínio do cartão, o mesmo seria determinado principalmente pela concorrência proveniente do PET. Se a Tetra fornece embalagens cartão específicas aos seus clientes, é para lhes permitir competir com os produtos embalados em garrafas PET. Em especial, a Comissão salienta que a melhoria da velocidade de produção dos equipamentos de embalagem cartão, cuja importância é reconhecida pelo estudo independente Warrick, poderia permitir à Tetra resistir melhor à ameaça concorrencial colocada pelo PET.

c) Apreciação do Tribunal

321 Antes de examinar o alcance da concorrência potencial que poderia ser eliminada ou reduzida pela implementação da concentração alterada, há que verificar se a jurisprudência Tetra Pak II, invocada pela Comissão, é pertinente. A este respeito, há que observar em primeiro lugar que a recorrente não contesta as conclusões da decisão impugnada segundo as quais a Tetra continua a deter uma posição dominante nos mercados do cartão asséptico e uma posição preeminente nos mercados do cartão não asséptico (v. n.° 40, *supra*).

322 Antes de mais, verifica-se, como faz a decisão impugnada [considerandos (224), (226) e (227)], que não existe, em princípio, nenhum impedimento à aplicação, no âmbito do controlo das concentrações, da teoria das «relações de conexão», aplicação excepcional que foi reconhecida no âmbito de aplicação do artigo 82.° CE pela jurisprudência Tetra Pak II. A análise da Comissão subjacente ao segundo pilar do seu raciocínio diz respeito ao reforço da actual posição dominante da Tetra nos mercados do cartão asséptico resultante da eliminação da concorrência potencial representada pela Sidel nos mercados vizinhos dos equipamentos de embalagem PET. Ora, o processo que deu origem aos acórdãos Tetra Pak II dizia precisamente respeito a um comportamento ocorrido nos mercados do cartão não asséptico que era excepcionalmente constitutivo de um abuso de posição dominante da Tetra nos mercados do cartão asséptico, por força do artigo 82.° CE, uma vez que as duas categorias de

mercados eram «estreitamente conexas» e que a Tetra se encontrava colocada «numa situação semelhante à detenção de uma posição dominante no conjunto dos mercados em causa» (acórdão de 14 de Novembro de 1996, Tetra Pak/Comissão, já referido, n.° 31).

323 No entanto, a referência à jurisprudência Tetra Pak II não é pertinente no caso vertente, uma vez que o presente processo diz respeito muito simplesmente aos efeitos da eliminação, ou da redução significativa, de uma concorrência potencial que é, segundo a Comissão, importante e crescente. Basta recordar, a este respeito, que entre os critérios do artigo 2.°, n.° 1, do regulamento que se impõem à Comissão no quadro da sua apreciação das operações de concentração notificadas consta «a estrutura de todos os mercados em causa e da concorrência [...] potencial de empresas [...]». Consequentemente, a Comissão não cometeu nenhum erro ao examinar o significado de uma redução da concorrência potencial proveniente dos mercados dos equipamentos PET nos mercados do cartão. No entanto, incumbe-lhe demonstrar que uma tal redução, se existir, seria susceptível de reforçar a posição dominante da Tetra face aos seus concorrentes nos mercados do cartão asséptico.

324 Ao defender que haverá, em consequência da concentração alterada, um desaparecimento das pressões concorrenciais importantes, a Comissão baseia-se principalmente no crescimento considerável que prevê na utilização do PET para o acondicionamento dos produtos sensíveis. Ora, resulta da análise do primeiro pilar relativo ao efeito de alavanca (v. n.^{os} 201 a 216, *supra*) que este crescimento seria, com excepção do relativo às BAF e às bebidas à base de chá ou café, provavelmente muito menos claro do que a Comissão considera. Quanto às BAF e às bebidas à base de chá ou café, a própria decisão impugnada reconhece que a sua potencial influência na posição do cartão é mais limitada, atendendo ao carácter «menos importante» destes segmentos, que a proveniente dos outros produtos sensíveis [considerando (393)]. Por conseguinte, não é possível, com base nos elementos invocados na decisão impugnada, determinar com a certeza requerida para justificar a proibição de uma concentração se a implementação da concentração alterada colocaria a Tetra numa situação em que poderia ser mais independente que no passado em relação aos seus concorrentes nos mercados do cartão asséptico.

325 A este respeito, há que salientar que os dois elementos de facto quanto ao comportamento futuro da Tetra em que se apoia a Comissão, de modo a demonstrar os pretensos efeitos negativos da concentração alterada nos mercados do cartão asséptico, não são, de qualquer modo, suficientemente demonstrados. Assim, não está demonstrado que, em caso de eliminação ou de redução de pressões concorrenciais provenientes dos mercados do PET, a Tetra seria levada a não baixar os preços das suas embalagens cartão e a deixar de inovar.

326 Com efeito, no que respeita à concorrência nos preços, verifica-se que a decisão impugnada não põe em questão a afirmação do estudo independente Warrick a que fez referência e segundo a qual o «PET é actualmente 30% a 40% mais oneroso que o cartão» e que, «para ser concorrencial no custo total», o preço da embalagem PET «deverá ser inferior 5% a 10% ao do cartão asséptico, com vista a compensar o custo de distribuição mais reduzido dos sistemas de embalagem cartão» [considerando (90)].

327 Quanto aos clientes dos mercados do cartão «mais sensíveis aos preços» que indicaram à Comissão, no seu estudo de mercado, «que só tencionavam passar do cartão para o PET se os preços do cartão aumentassem sensivelmente, 20% ou mais» [considerando (397)], é manifesto que não é necessária uma baixa do preço do cartão para os manter nos mercados do cartão. Afirmando apenas que «estes mesmos clientes seriam provavelmente dissuadidos a passar do cartão para o PET se uma baixa de preço do cartão aumentasse a diferença de preço entre uma linha de embalagem cartão e uma linha de embalagem PET» [considerando (397)], a decisão impugnada não explica por que é que a Tetra seria obrigada, na ausência da concentração, a proceder a tais diminuições de preços de modo a manter os referidos clientes. Com efeito, esses clientes não passariam para o PET a menos que o preço do cartão aumente pelo menos 20% ou que haja uma diminuição correspondente do preço do PET. A afirmação de que na ausência da operação a Tetra «defenderia violentamente a sua posição [...] em alguns casos, [através] de uma baixa dos preços do cartão» [considerando (398)] não é, por conseguinte,

baseada em provas sólidas. Na medida em que a Comissão invoca perante o Tribunal a possibilidade que a Tetra tenha, uma vez realizada a concentração, mais segurança para aumentar os seus preços nos mercados do cartão asséptico face a tais clientes, não explica, em especial, por que é que isso não permitirá aos concorrentes da Tetra nos mercados do cartão, que são também activos nos mercados do PET, como a SIG e a Elopak, tirarem partido disso.

328 Quanto aos produtores de bebidas que mudarão do cartão para o PET por considerações comerciais, não obstante o facto de o PET ser sensivelmente mais caro, estes clientes «não sensíveis aos preços» não seriam necessariamente persuadidos a conservar a embalagem cartão devido a uma redução do preço deste material. A decisão impugnada não demonstra por que é que as sociedades activas nos mercados dos equipamentos PET que, na ausência da concentração alterada, «exerceriam provavelmente uma viva concorrência de modo a conquistar partes de mercado ao cartão» [considerando (398)], modificariam o seu comportamento na sequência da operação em causa. No caso de a pressão exercida pela Sidel desaparecer, não é de modo algum explicado na decisão impugnada por que é que, na inexistência de uma marginalização dos concorrentes desta última graças a um efeito de alavanca coroado de êxito, as outras sociedades activas nos mercados dos equipamentos PET já não estariam em condições de promover as vantagens do PET junto dos clientes dos mercados do cartão da Tetra. A conclusão da decisão impugnada segundo a qual a Tetra seria exposta a menos pressão para baixar os seus preços do cartão, caso pudesse adquirir a Sidel, não assenta, portanto, em elementos convincentes.

329 Em relação à necessidade pretensamente reduzida de inovar que a Tetra sentiria depois da implementação da concentração alterada, resulta da decisão impugnada, assim como das explicações fornecidas nos articulados e nas alegações da Comissão, que, actualmente, é principalmente através da inovação que a concorrência tem lugar nos diversos mercados do cartão. Segundo a Comissão, a introdução pela Tetra no passado «de novas embalagens cartão mais fáceis de utilizar, como a embalagem cartão 'gable top' com fecho de rosca» [considerando (398)], demonstra a realidade da necessidade de inovar. Ora, segundo as

observações da Tetra apresentadas na audiência, que não foram contestadas pela Comissão, tais inovações não eram devidas às pressões provenientes dos mercados dos equipamentos PET, mas, pelo contrário, às exigências dos consumidores dos produtos embalados em cartão. Mesmo se a aquisição da Sidel reduzia a pressão sobre a inovação proveniente da concorrência indirecta, mas crescente, vinda dos mercados dos equipamentos PET, pelo menos no que respeita à embalagem das BAF e das bebidas à base de chá ou café em que é previsível até 2005 um crescimento não negligenciável, a decisão impugnada não forneceria nenhuma resposta à questão de saber por que é que os pedidos provenientes dos clientes desejosos de permanecer no cartão não continuariam no futuro a impelir à inovação sobretudo nos mercados do cartão asséptico. Embora a Comissão saliente, de forma correcta, em especial, a possibilidade de a Tetra melhorar a velocidade de produção dos seus equipamentos de embalagem cartão, a decisão impugnada não demonstra que a incitação a tal desenvolvimento desapareceria com a aquisição da Sidel. Tal é pouco provável uma vez que não é contestado que as actividades da Tetra nos mercados do cartão são muito rentáveis. Por conseguinte, é pouco provável que a Tetra esteja, na sequência da implementação da concentração alterada, menos inclinada a continuar a investir em toda a possível inovação no que respeita à gama dos equipamentos e dos produtos que propõe aos seus clientes dos mercados do cartão.

330 Esta conclusão é corroborada pela presença contínua dos concorrentes da nova entidade nos mercados do cartão asséptico. Embora a parte da Tetra seja aí actualmente muito forte, a Comissão reconhece que a sua posição é «ligeiramente inferior» [considerando (220)] à ocupada em 1991. Não é mencionada a razão pela qual os concorrentes da Tetra, designadamente a SIG, «seu principal concorrente» [considerando (400)], detendo uma parte de mercado de [10% a 20%], não poderiam lucrar com a eventual decisão da nova entidade de inovar menos. Tal explicação era necessária dado que a SIG está presente, designadamente, nos mercados dos equipamentos de embalagem cartão e dos equipamentos de embalagem PET e, ao contrário da nova entidade, não estaria sujeita a nenhuma limitação quanto a propostas de ofertas conjuntas incidindo sobre o cartão e sobre as máquinas SBM. Nestas circunstâncias, o simples facto de a Tetra deter um «saber-fazer» e uma «superioridade técnica» no sector do cartão asséptico e de a SIG não poder actualmente «competir com o sistema de

embalagem cartão asséptico contínuo da Tetra» [considerando (218)] não basta para demonstrar que a SIG ou os seus outros concorrentes não estariam em condições de poder lucrar com uma decisão eventual da nova entidade de inovar menos no cartão. A referência feita pela Comissão, na audiência, aos custos importantes da inovação nos mercados em questão, embora pertinente e provavelmente correcta, não é susceptível em si mesma de justificar a sua conclusão de que os concorrentes da Tetra não poderiam lucrar com uma decisão da nova entidade de inovar menos.

331 É também erradamente que a Comissão verificou que, para além da Tetra, o grupo SIG «é a única outra sociedade no mundo que fabrica e vende ao mesmo tempo equipamentos de embalagem cartão e equipamentos de embalagem PET» [considerando (400)], quando, como resulta da decisão impugnada [considerando (94) e nota de pé de página 146, considerando (329)], o grupo Elopak também pode fazê-lo, graças aos acordos celebrados com outras sociedades activas nos mercados dos equipamentos PET (v., a este respeito, n.° 291 *supra*). Embora esta capacidade da Elopak fosse conhecida da Comissão no momento da adopção da decisão impugnada, esta não chegou a explicar porque a considerou desprovida de significado para efeitos da decisão impugnada.

332 Por conseguinte, não resulta de modo suficiente da decisão impugnada que a nova entidade seja menos incitada do que o é actualmente a Tetra a inovar no domínio do cartão.

333 Daí resulta que os elementos invocados na decisão impugnada não demonstram suficientemente que os efeitos da concentração alterada na posição ocupada pela Tetra, principalmente nos mercados do cartão asséptico, eliminando a Sidel como potencial concorrente, sejam tais que as condições do artigo 2.°, n.° 3, do regulamento estariam preenchidas. Com efeito, resulta do exposto que não foi demonstrado que a posição da nova entidade seria reforçada face aos seus concorrentes no mercado do cartão.

4. Quanto ao terceiro pilar, relativo ao efeito geral de reforço

334 O último pilar do raciocínio da Comissão no que respeita ao efeito de conglomerado da operação alterada diz respeito à posição global que a nova entidade obteria nos sectores da embalagem de produtos sensíveis, ou seja, «uma posição dominante em dois mercados vizinhos (equipamentos de embalagens cartão e PET) e uma presença importante num terceiro mercado (PEAD)» [considerando (404)]. Segundo a Comissão, a nova entidade poderia reforçar a sua posição dominante nos mercados dos equipamentos de embalagem cartão e PET erguendo barreiras à entrada nestes mercados e marginalizando os seus concorrentes.

335 A este respeito, o Tribunal verifica que este pilar da decisão impugnada diz respeito à posição global da nova entidade no acondicionamento dos produtos sensíveis. Ora, estes efeitos da operação notificada não podem ser considerados separadamente da análise da decisão impugnada relativa aos dois primeiros pilares do raciocínio da Comissão. Uma vez que a análise relativa a estes dois pilares está ferida de erros manifestos de apreciação (v. n.^{os} 146 a 333, *supra*), o terceiro pilar deve também ser julgado improcedente, sem que deva ser examinado em detalhe.

5. Conclusão geral quanto ao fundamento assente em inexistência de efeito previsível de conglomerado

336 Resulta de tudo o que foi exposto que a decisão impugnada não demonstra de modo suficiente que a concentração alterada teria efeitos de conglomerado anticoncorrenciais significativos. Em especial, a decisão impugnada não demons-

tra suficientemente que haveria criação de uma qualquer posição dominante num dos diversos mercados de equipamento de embalagem PET em questão e que a actual posição da Tetra nos mercados do cartão asséptico seria reforçada. Por conseguinte, conclui-se que a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação ao proibir a concentração alterada com base nos elementos evocados na decisão impugnada relativos ao efeito de conglomerado previsto.

III — *Conclusão global*

337 Nestas circunstâncias, os fundamentos assentes na inexistência de efeitos concorrenciais horizontais, verticais e de conglomerado devem ser declarados procedentes, sem que seja necessário examinar os outros fundamentos.

338 Por conseguinte, a decisão impugnada é anulada.

Quanto às despesas

339 Por força do disposto no artigo 87.°, n.° 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida deve ser condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão sido vencida e tendo a recorrente pedido a sua condenação nas

despesas, há que condenar a Comissão a suportar as suas próprias despesas bem como as despesas da recorrente.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Primeira Secção)

decide:

1) **A Decisão C(2001) 3345 final da Comissão, de 30 de Outubro de 2001, que declara uma concentração incompatível com o mercado comum e com o acordo EEE (processo COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel), é anulada.**

2) **A Comissão suportará as suas próprias despesas e as despesas da recorrente.**

Vesterdorf Pirrung Forwood

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 25 de Outubro de 2002.

O secretário O presidente

H. Jung B. Vesterdorf

Índice

Enquadramento jurídico II-4390

Antecedentes do litígio II-4395

A decisão impugnada II-4399

Sector da embalagem dos líquidos alimentares II-4399

Mercados dos produtos em causa II-4400

Quanto ao mercado geográfico em causa II-4404

Quanto à apreciação concorrencial da operação notificada II-4404

Quanto aos compromissos II-4414

Tramitação processual II-4415

Pedidos das partes II-4419

Questão de direito II-4419

I — Quanto ao fundamento assente em violação do direito de acesso ao processo .. II-4420

A — Argumentos das partes II-4420

B — Apreciação do Tribunal II-4423

1. Observações preliminares II-4423

2. Quanto à primeira parte do fundamento, relativa ao relatório Ivaldi .. II-4424

3. Quanto à segunda parte do fundamento, relativa às respostas ao questionário II-4426

4. Conclusão II-4431

II — Quanto aos fundamentos assentes em violação do artigo 2.° do regulamento .. II-4432

A — Observações preliminares II-4432

B — Quanto ao fundamento assente em inexistência de efeitos anticoncorrenciais horizontais e verticais da concentração alterada II-4433

1. Observações preliminares II-4433

2. Quanto aos efeitos horizontais II-4434

a) Argumentos das partes II-4434

b) Apreciação do Tribunal II-4435

3. Quanto aos efeitos verticais II-4438

a) Argumentos das partes II-4438

b) Apreciação do Tribunal II-4439

4. Conclusão II-4441

C — Quanto ao fundamento assente em inexistência de efeito de conglomerado previsível II-4442

1. Observações preliminares II-4442

2. Quanto ao primeiro pilar, relativo ao exercício de um efeito de alavanca. II-4443

a) Considerações relativas ao enquadramento geral do processo II-4443

i) Aspectos temporais dos efeitos de conglomerado II-4444

ii) Aspectos relativos à natureza especial dos efeitos de conglomerado. II-4446

b) Argumentos das partes II-4450

i) Quanto à possibilidade de exercer um efeito de alavanca II-4450

ii) Quanto aos efeitos de encerramento II-4453

c) Apreciação do Tribunal de Primeira Instância II-4457

i) Quanto à possibilidade de exercer um efeito de alavanca II-4458

ii) Nível de crescimento verosímil II-4461

iii) Quanto aos modos de exercício do efeito de alavanca II-4467

iv) Quanto às consequências previsíveis do exercício de um efeito de alavanca nos mercados de equipamentos PET com excepção das máquinas SBM II-4470

Considerações preliminares II-4470

Quanto à técnica de tratamento barreira II-4472

Quanto às máquinas de enchimento PET II-4474

— Quanto às máquinas de enchimento PET não asséptico II-4475

— Quanto às máquinas de enchimento PET asséptico II-4476

— Conclusão relativa às máquinas de enchimento PET II-4481

Quanto aos sistemas de fecho de garrafas de plástico e aos equipamentos PET auxiliares II-4481

Conclusão geral sobre os mercados de equipamento PET com excepção das máquinas SBM II-4482

v) Quanto aos mercados das máquinas SBM II-4483

Quanto ao carácter genérico das máquinas SBM II-4483

Quanto aos efeitos de encerramento previsíveis II-4487

— Quanto ao mercado das máquinas SBM de fraca capacidade II-4487

— Quanto ao mercado das máquinas SBM de forte capacidade II-4493

Conclusão relativa às máquinas SBM II-4502

vi) Conclusão geral sobre o exercício do efeito de alavanca II-4503

3. Quanto ao segundo pilar, relativo à diminuição de concorrência potencial nos mercados do cartão II-4503

a) Considerações preliminares II-4503

b) Argumentos das partes II-4505

c) Apreciação do Tribunal II-4507

4. Quanto ao terceiro pilar, relativo ao efeito geral de reforço II-4513

5. Conclusão geral quanto ao fundamento assente em inexistência de efeito previsível de conglomerado II-4513

III — Conclusão global II-4514

Quanto às despesas II-4514