ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

14 november 1996 *

In zaak C-333/94 P,

Tetra Pak International SA, gevestigd te Pully (Zwitserland), vertegenwoordigd door M. Waelbroeck en A. Vandencasteele, advocaten te Brussel, alsmede door V. Rose, Barrister, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van E. Arendt, advocaat aldaar, Rue Mathias Hardt 8-10,

requirante,

betreffende hogere voorziening tegen het op 6 oktober 1994 door het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (Tweede kamer) in zaak T-83/91 gewezen arrest tussen Tetra Pak en de Commissie (Jurispr. 1994, blz. II-755), en strekkende tot vernietiging van dit arrest,

andere partij bij de procedure:

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door J. Currall, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde, bijgestaan door N. Forwood, QC, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

wijst

* Procestaal: Engels.

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: L. Sevón, president van de Eerste kamer, waarnemend voor de president van de Vijfde kamer, C. Gulmann, D. A. O. Edward, J.-P. Puissochet en P. Jann (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: D. Ruiz-Jarabo Colomer
griffier: L. Hewlett, administrateur

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de pleidooien van partijen ter terechtzitting van 21 mei 1996,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 27 juni 1996,

het navolgende

Arrest

1 Bij op 20 december 1994 ter griffie van het Hof neergelegd verzoekschrift heeft Tetra Pak International SA (hierna: „Tetra Pak") krachtens artikel 49 van 's Hofs Statuut-EG hogere voorziening ingesteld tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 6 oktober 1994 (zaak T-83/91, Tetra Pak, Jurispr. 1994, blz. II-755; hierna: „bestreden arrest"), waarbij het Gerecht van eerste aanleg haar beroep tot nietigverklaring van beschikking 92/163/EEG van de Commissie van 24 juli 1991 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag [(IV/31.043 — Tetra Pak II) (PB 1992, L 72, blz. 1; hierna: „bestreden beschikking")] heeft verworpen.

2 In het bestreden arrest heeft het Gerecht de navolgende feiten vastgesteld (r. o. 1-21):

— Tetra Pak, statutair gevestigd in Zwitserland, coördineert het beleid van een oorspronkelijk Zweedse groep van ondernemingen die thans in de gehele wereld actief is. Het Tetra Pak-concern is gespecialiseerd in machines voor de kartonverpakking van vloeibare en halfvloeibare levensmiddelen. Zij is zowel werkzaam in de sector aseptische verpakking als in de sector niet-aseptische verpakking. Zij houdt zich vooral bezig met de vervaardiging van kartons en van vulmachines.

— In 1983 werden de kartonnen verpakkingen voor 90 % gebruikt voor de verpakking van melk en andere vloeibare zuivelprodukten. In 1987 bedroeg dat aandeel ongeveer 79 %. Circa 16 % van de kartons dienden toen voor de verpakking van vruchtesap. De resterende 5 % werd gebruikt voor de verpakking van andere produkten (wijn, mineraalwater, produkten op basis van tomaten, soepen, sausen en babyvoeding).

— In de aseptische sector vervaardigt Tetra Pak het zogenoemde „Tetra Brik"-systeem, bestemd voor de verpakking van UHT-melk. In deze sector vervaardigt één enkele concurrent van Tetra Pak, de vennootschap PKL, een vergelijkbaar systeem voor aseptische verpakking. De beheersing van een techniek voor het aseptisch vullen verleent toegang tot zowel de markt van de machines als de markt van de aseptische kartons.

— Daarentegen vereist de niet-aseptische verpakking een minder geavanceerd materieel. Het door Tetra Pak op de markt van de niet-aseptische kartons gebruikte karton van het type „Tetra Rex" is een rechtstreekse concurrent van het karton „Pure-Pak", dat door het Noorse Elopak-concern wordt geproduceerd.

— Tijdens de referentieperiode waren diverse standaardcontracten voor de verkoop en verhuur van machines en voor de bevoorrading met kartons van kracht tussen Tetra Pak en haar afnemers in de verschillende Lid-Staten van de Gemeenschap. De inhoud van de in die contracten opgenomen clausules die een invloed hebben op de mededinging, is in de punten 24 tot en met 45 van de bestreden beschikking samengevat als volgt:

„2.1. *De verkoopvoorwaarden voor het Tetra Pak-materieel (bijlage 2.1)*

(24) Standaardverkoopcontracten komen voor in de volgende vijf landen: Griekenland, Ierland, Italië, Spanje en het Verenigd Koninkrijk. Voor elke onderzochte contractuele clausule wordt tussen haakjes vermeld op welk land of welke landen deze betrekking heeft.

2.1.1. *De samenstelling van het materieel*

(25) Tetra Pak behoudt zich in Italië een absoluut medebeslissingsrecht voor inzake de samenstelling van het verkochte materieel, waarbij het de koper verboden wordt:

i) hulpapparaten aan de machine toe te voegen (Italië),

ii) de machine te wijzigen en daaraan onderdelen toe te voegen of daarvan af te halen (Italië),

iii) de machine te verplaatsen (Italië).

2.1.2. *De werking en het onderhoud van het materieel*

(26) Vijf contractuele clausules betreffende de werking en het onderhoud van het materieel zijn erop gericht Tetra Pak een exclusiviteit en een controlerecht ter zake te verlenen:

iv) exclusiviteit voor onderhoud en reparaties (alle landen behalve Spanje),

v) exclusiviteit voor de levering van vervangingsonderdelen (alle landen behalve Spanje),

vi) recht om gratis diensten te verrichten inzake bijstand, opleiding, onderhoud en technische vernieuwing die niet door de klant zijn gevraagd (Italië),

vii) een degressieve tarifering (tot 40 % minder van een maandelijkse basisvergoeding) voor een gedeelte van de kosten voor bijstand, onderhoud en technische vernieuwing, afhankelijk van het aantal gebruikte kartons op alle Tetra Pak-machines van hetzelfde type (Italië),

viii) de verplichting om Tetra Pak in kennis te stellen van elke technische verbetering of technische wijziging van het materieel en haar het eigendomsrecht daarop toe te kennen (Italië).

2.1.3. *De kartons*

(27) Vier contractuele clausules inzake de kartons beogen eveneens Tetra Pak een exclusiviteit te verlenen en een controlerecht ten aanzien van dit produkt:

ix) verplichting om uitsluitend Tetra Pak-kartons op de machines te gebruiken (alle landen),

x) verplichting om kartons uitsluitend te betrekken bij Tetra Pak of bij een door haar aangewezen leverancier (alle landen),

xi) verplichting om Tetra Pak in kennis te stellen van elke verbetering of technische wijziging aan de kartons en haar het eigendomsrecht daarop toe te kennen (Italië),

xii) medebeslissingsrecht over de op kartons aan te brengen tekst (Italië).

2.1.4. *Controles*

(28) Twee clausules betreffen met name de controle op de nakoming door de koper van zijn contractuele verplichtingen:

xiii) verplichting voor de koper om maandelijks verslag uit te brengen (Italië),

xiv) recht van inspectie — zonder voorafgaande waarschuwing — voor Tetra Pak (Italië).

2.1.5. *Overdracht van de eigendom van het materieel of afstand van het gebruik*

(29) Twee contractuele clausules beperken het recht van wederverkoop of de afstand van gebruik:

xv) verplichting om de toestemming van Tetra Pak te verkrijgen voor de doorverkoop of de overdracht van het gebruik van het materieel (Italië), voorwaardelijke doorverkoop (Spanje) en recht van inkoop tegen forfaitaire, van tevoren vastgestelde prijs, welk recht is voorbehouden aan Tetra Pak (alle landen). Indien deze clausule niet wordt nageleefd, kan zulks leiden tot een specifieke contractuele boete (Griekenland, Ierland, Verenigd Koninkrijk),

xvi) de verplichting dat de derde verkrijger de verbintenissen van de eerste koper overneemt (Italië, Spanje).

2.1.6. *De garantie*

(30) xvii) Voorwaarde voor de garantie op het verkochte materieel is dat alle contractuele verplichtingen worden nagekomen (Italië), of althans, dat uitsluitend Tetra Pak-kartons worden gebruikt (overige landen).

2.2. *De voorwaarden voor de huur van het Tetra Pak-materieel (bijlage 2.2)*

(31) Standaardhuurcontracten bestaan in alle landen van de Gemeenschap, met uitzondering van Griekenland en Spanje.

Mutatis mutandis komen ook in alle huurcontracten de meeste clausules voor die zijn opgenomen in de verkoopcontracten. Andere voorwaarden gelden specifiek voor huur, doch hebben steeds dezelfde strekking namelijk een maximale versterking van de banden tussen Tetra Pak en haar cliënt.

2.2.1. *De samenstelling van het materieel*

(32) Op dit punt komen ook hier de clausules i), ii) en iii) voor [voor Italië clausule i); voor alle landen clausule ii); voor Frankrijk, Ierland, Italië, Portugal en het Verenigd Koninkrijk clausule iii)].

xviii) Een extra clausule legt trouwens de huurder de verplichting op uitsluitend gebruik te maken van kisten, buitenverpakkingen en/of vervoercontainers voor Tetra Pak-kartons (Duitsland, België, Italië, Luxemburg, Nederland) of zich bij voorkeur, onder gelijke voorwaarden, te bevoorraden bij Tetra Pak (Denemarken, Frankrijk).

2.2.2. *De werking en het onderhoud van het materieel*

(33) Hier komen de clausules iv) en v) (alle landen) inzake de exclusiviteit voor.

Bovendien wordt nog de clausule viii) gebruikt, volgens welke aan Tetra Pak de eigendom wordt voorbehouden van verbeteringen die door de gebruiker worden aangebracht (België, Duitsland, Italië, Luxemburg, Nederland), of waarbij de huurder althans wordt verplicht een gebruikslicentie te verlenen aan Tetra Pak (Denemarken, Frankrijk, Ierland, Portugal, Verenigd Koninkrijk).

2.2.3. *De kartons*

(34) Hier worden weer dezelfde clausules ix) (alle landen) en x) (Italië) gebruikt inzake de exclusiviteit van bevoorrading, terwijl clausule xi) Tetra Pak het eigendomsrecht geeft van de verbeteringen (Denemarken, Italië) of althans een gebruikslicentie (Frankrijk, Ierland, Portugal, Verenigd Koninkrijk) en clausule xii) haar een medebeslissingsrecht geeft over de tekst of de merknamen die de cliënt op de kartons wil aanbrengen (Duitsland, Spanje, Griekenland, Italië, Nederland, Portugal, Verenigd Koninkrijk).

2.2.4. *De controles*

(35) Evenals in het geval van verkoop moet de huurder een maandelijks verslag uitbrengen [clausule xiii) — alle landen], op straffe van een forfaitaire facturering (België, Luxemburg, Nederland) en inspectie toestaan van de ruimten waar het materieel is geïnstalleerd [clausule xiv) — alle landen] en wel zonder voorafgaande waarschuwing (alle landen behalve Denemarken, Duitsland, Ierland, Portugal en het Verenigd Koninkrijk).

xix) Op grond van een andere clausule kan — op elk moment (Denemarken, Frankrijk) — onderzoek van de boekhouding plaatsvinden bij de onderneming die huurt (alle landen) en (al naar gelang van het land) van haar rekeningen, correspondentie of elk ander document dat nodig is voor de controle van het aantal gebruikte kartons.

2.2.5. *De overdracht van het huurcontract, onderverhuur, overdracht van het gebruik of het gebruik voor rekening van derden*

(36) In geval van verkoop kan iedere latere eigendomsovergang slechts onder zeer beperkende voorwaarden plaatsvinden:

xx) In de huurcontracten is eveneens de overdracht van de huur, de onderverhuur (alle landen) of zelfs het werken op bestelling voor rekening van derden (Italië) uitgesloten.

2.2.6. *De garantie*

(37) Op dit punt zijn de bepalingen minder duidelijk dan in de verkoopcontracten: de garantie is afhankelijk van de naleving van de door Tetra Pak gegeven ‚instructies' inzake het ‚onderhoud' en het ‚goede gebruik' van de machine (alle landen). De uitdrukkingen ‚instructies', ‚onderhoud' en het ‚goede gebruik' zijn echter voldoende ruim om deze zo te moeten interpreteren dat zij althans slaan op het exclusieve gebruik van vervangingsonderdelen, reparatie- en onderhoudingsdiensten en verpakkingsmaterialen van Tetra Pak. Deze uitlegging werd bevestigd door de schriftelijke en mondelinge antwoorden van Tetra Pak op de mededeling van punten van bezwaar.

2.2.7. *De vaststelling van de huur en de betalingsvoorwaarden*

(38) De huur omvat de volgende elementen (alle landen):

a) xxi) Een ‚basishuur', te betalen wanneer de machine ter beschikking wordt gesteld. Het bedrag van deze huur is niet noodzakelijkerwijs lager dan de verkoopprijs van deze machines en beloopt in feite vrijwel het totale bedrag van alle huidige en toekomstige huurbedragen (in sommige gevallen meer dan 98 %).

b) Een jaarlijkse huur, per kwartaal vooruit te betalen.

c) xxii) Een maandelijkse produktiehuur waarvan het bedrag degressief is al naar gelang van het aantal op alle Tetra Pak-machines van hetzelfde type gebruikte kartons. Deze huur vervangt het degressieve tarief — van

vergelijkbare waarde — van een gedeelte van de onderhoudskosten in geval van verkoop [zie clausule vii)]. In sommige landen (Duitsland, Frankrijk, Portugal) wordt een specifiek boetebeding toegepast wanneer deze vergoeding niet binnen de gestelde termijnen wordt betaald.

2.2.8. *De looptijd van de huur*

(39) De looptijd en de wijze van beëindiging van het huurcontract verschillen per Lid-Staat:

xxiii) De minimumduur van het huurcontract bedraagt drie (Denemarken, Ierland, Portugal, Verenigd Koninkrijk) tot negen jaar (Italië).

2.2.9. *Het boetebeding*

(40) xxiv) Afgezien van de gebruikelijke schaden en interessen behoudt Tetra Pak zich het recht voor de huurder een boete op te leggen indien deze inbreuk zou maken op om het even welke contractuele verplichting; het bedrag van deze boete wordt, binnen de grenzen van een maximum, discretionair door Tetra Pak vastgesteld al naar gelang van de ernst van het geval (Italië).

2.3. *De voorwaarden voor de levering van kartons (bijlage 2.3)*

(41) In Griekenland, Ierland, Italië, Spanje en het Verenigd Koninkrijk gelden standaardcontracten voor de levering: deze zijn verplicht wanneer de cliënt een machine niet huurt maar koopt.

2.3.1. *De exclusieve bevoorrading*

(42) xxv) De koper verplicht zich tot exclusieve afname bij Tetra Pak van alle verpakkingsmaterialen die op een bepaalde Tetra Pak-machine (of bepaalde machines) worden gebruikt (alle landen) alsmede op elke andere Tetra Pak-machine die later zou worden verworven (Italië).

2.3.2. *De looptijd van de overeenkomst*

(43) xxvi) De overeenkomst wordt aanvankelijk ondertekend voor negen jaar en kan worden verlengd met een nieuwe periode van vijf jaar (Italië) of voor de periode gedurende welke de verkrijger in het bezit blijft van de machine (Griekenland, Ierland, Spanje, Verenigd Koninkrijk).

2.3.3. *De vaststelling van de prijzen*

(44) xxvii) De kartons worden geleverd tegen de prijs die geldt op het moment van de bestelling. Geen enkel verevenings- of indexeringssysteem wordt toegepast (alle landen).

2.3.4. *De tekst*

(45) Ook hier bestaat het medebeslissingsrecht [clausule xii)] van Tetra Pak inzake de tekst of de merknamen die de klant op de kartons wil aanbrengen."

— De structuur van het aanbod in de aseptische sector was volgens de bestreden beschikking vrijwel monopolistisch, omdat Tetra Pak 90 à 95 % van de markt in handen had. Haar enige echte concurrent, PKL, had vrijwel het gehele resterende marktaandeel, namelijk 5 à 10 %.

— De structuur van de niet-aseptische sector was oligopolistisch. Toen de bestreden beschikking werd vastgesteld, beheerste Tetra Pak 50 à 55 % van de sector in de Gemeenschap. Elopak had in 1985 ongeveer 27 % van de markt van niet-aseptische machines en kartons in handen, gevolgd door PKL met ongeveer 11 % van deze markt. De rest van de markt van kartons was verdeeld tussen drie ondernemingen en de rest van de markt van aseptische machines was verdeeld tussen een tiental kleine fabrikanten.

— Op 27 september 1983 diende Elopak Italia bij de Commissie een klacht in tegen Tetra Pak Italiana en de met haar verbonden ondernemingen in Italië, waarin zij haar commerciële praktijken verweet die een misbruik in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag opleverden. Volgens Elopak werden deze praktijken voornamelijk gevormd door de verkoop van kartons tegen afbraakprijzen, het opleggen van oneerlijke voorwaarden voor de levering van vulmachines en, in sommige gevallen, de verkoop van deze machines tegen eveneens afbraakprijzen.

— Op 16 december 1988 besloot de Commissie de procedure in deze zaak in te leiden. In de bestreden beschikking vatte zij de elementen van deze inbreuken samen als volgt:

„1) Een verkoopbeleid dat heeft geleid tot een aanzienlijke beperking van het aanbod en tot compartimentering van de nationale markten in de Gemeenschap.

2) Het opleggen aan de gebruikers van Tetra Pak-produkten in alle Lid-Staten van talrijke contractuele clausules (...) die voornamelijk ten doel hebben deze gebruikers op te verregaande wijze aan Tetra Pak te binden en de potentiële mededinging kunstmatig uit te schakelen.

3) Praktijken ten aanzien van de prijzen voor kartons, waarvan is gebleken dat zij tussen gebruikers in verschillende Lid-Staten discrimineren en, althans in Italië, op uitschakeling van concurrenten zijn gericht.

4) Praktijken inzake de prijzen voor machines waarvan is gebleken dat zij:

— discrimineren tussen gebruikers in verschillende Lid-Staten,

— eveneens discrimineren, althans in Italië, tussen gebruikers in een zelfde land,

— en, althans in Italië en in het Verenigd Koninkrijk, op uitschakeling van concurrenten zijn gericht.

5) Verschillende op zich zelf staande praktijken die zijn gericht op uitschakeling op bepaalde markten, althans in Italië, van concurrenten en/of hun technologie."

— De Commissie gelastte Tetra Pak, aan de vastgestelde inbreuken een einde te maken door bepaalde maatregelen te nemen, en legde haar een geldboete op van 75 miljoen ECU.

3 In eerste aanleg concludeerde Tetra Pak tot nietigverklaring van de bestreden beschikking en tot verwijzing van de Commissie in de kosten.

4 Het Gerecht heeft het beroep van Tetra Pak verworpen en haar verwezen in de kosten.

5 Tetra Pak concludeert dat het den Hove behage:

— het bestreden arrest geheel of gedeeltelijk te vernietigen;

— de bestreden beschikking geheel of gedeeltelijk nietig te verklaren;

— subsidiair, de aan Tetra Pak opgelegde geldboete in te trekken of aanzienlijk te verlagen;

— de Commissie te verwijzen in de kosten van deze hogere voorziening, alsmede in de kosten van de procedure voor het Gerecht.

De Commissie concludeert dat het den Hove behage:

— de hogere voorziening als gedeeltelijk niet-ontvankelijk en in elk geval als ongegrond af te wijzen;

— Tetra Pak te verwijzen in de kosten.

6 Tot staving van haar hogere voorziening voert Tetra Pak vijf middelen aan.

Het eerste middel

7 In haar eerste middel betoogt Tetra Pak, dat de afbakening van de relevante produktmarkten in het arrest tegenstrijdig is. Bovendien zou deze afbakening op een onjuist juridisch criterium berusten.

8 Het eerste onderdeel van dit middel betreft de rechtsoverwegingen 64 en 73 van het arrest, waarin het Gerecht heeft overwogen:

„64. In casu moet de ‚substitueerbaarheid' van de aseptische verpakkingssystemen en de niet-aseptische systemen, alsmede die van de systemen die karton gebruiken en die welke andere materialen gebruiken, worden beoordeeld met inachtneming van alle mededingingsvoorwaarden op de algemene markt van verpakkingssystemen voor vloeibare levensmiddelen. De benadering van verzoekster, die deze algemene markt in gedifferentieerde ondermarkten verdeelt, naar gelang de verpakkingssystemen worden gebruikt voor het verpakken van melk, andere zuivelprodukten dan melk, of niet-zuivelprodukten, op grond van de typische kenmerken van de verpakking van die verschillende categorieën van produkten, die hierin tot uiting kan komen dat er allerlei substitutiemateriëel bestaat, zou in de specifieke context van de onderhavige zaak bijgevolg leiden tot een compartimentering van de markt, die niet een weergave vormt van de economische realiteit. De vraag- en aanbodstructuur van zowel de aseptische als de niet-aseptische machines

en kartons is vergelijkbaar, ongeacht het gebruik van de machines en kartons, aangezien zij alle tot een zelfde sector van activiteiten, namelijk de verpakking van vloeibare levensmiddelen, behoren. (...)

73. Uit de analyse van de markten in de sector melkverpakking blijkt dus, dat de vier in de beschikking afgebakende relevante markten inderdaad onderscheiden markten waren."

9 Volgens Tetra Pak sluiten deze beide verklaringen elkaar wederzijds uit. Ofwel moet worden uitgegaan van de algemene markt van verpakkingssystemen voor vloeibare levensmiddelen, ofwel bestaan er vier onderscheiden markten. Indien de algemene markt van verpakkingssystemen voor vloeibare levensmiddelen de relevante markt was, had het Gerecht het argument van Tetra Pak moeten aanvaarden, dat de Commissie ten onrechte een onderscheid tussen de aseptische en de niet-aseptische markt had vastgesteld. Indien daarentegen de aseptische en niet-aseptische markt als onderscheiden markten moesten worden beschouwd, had het Gerecht het argument van Tetra Pak, dat de Commissie ten onrechte de verpakkingssystemen voor andere dan zuivelprodukten had opgenomen in de relevante produktmarkt, niet moeten verwerpen.

10 Ter zake zij opgemerkt dat het Gerecht in rechtsoverweging 60 van het bestreden arrest heeft vermeld, dat het diende te onderzoeken of de vier aseptische en niet-aseptische markten in de bestreden beschikking juist waren afgebakend. Vervolgens herinnerde het in rechtsoverweging 63 aan de vaste rechtspraak, volgens welke de markt van de relevante produkten moet worden afgebakend met inachtneming van de gehele economische context, zodat de werkelijke economische macht van de betrokken onderneming kan worden beoordeeld, en dat daartoe vooraf moet worden bepaald welke de produkten zijn die, zonder door andere produkten te kunnen worden vervangen, voldoende uitwisselbaar zijn met de produkten die zij aanbiedt, niet alleen op grond van de eigen kenmerken van die produkten, maar ook op grond van de mededingingsvoorwaarden en de structuur van vraag en aanbod op de markt.

11 In rechtsoverweging 64 van het bestreden arrest heeft het Gerecht dus nog niets vastgesteld met betrekking tot de relevante markt. In dit stadium van het onderzoek heeft het zich ertoe bepaald, vast te stellen dat de substitueerbaarheid van de aseptische en niet-aseptische verpakkingssystemen moest worden beoordeeld op de algemene markt van verpakkingssystemen voor vloeibare levensmiddelen. Aldus heeft het de stelling van Tetra Pak weerlegd, dat de markten dienden te worden onderscheiden op basis van de verpakte produkten. Pas na gedetailleerd onderzoek van de situatie op deze algemene markt is het Gerecht in rechtsoverweging 73 van het bestreden arrest tot de conclusie gekomen, dat de vier in de bestreden beschikking afgebakende relevante markten inderdaad onderscheiden markten waren.

12 Het tweede onderdeel van het eerste middel, waarin het Gerecht wordt verweten dat het is uitgegaan van een onjuist juridisch criterium, heeft drie aspecten. In de eerste plaats stelt Tetra Pak, dat de markt van machines en kartons voor de verpakking van andere produkten dan melk van de relevante markt had moeten worden uitgesloten. Evenals het Hof heeft gedaan in zijn arrest van 9 november 1983 (zaak 322/81, Michelin, Jurispr. 1983, blz. 3461, r. o. 37), had het Gerecht moeten onderzoeken of de betrokken produkten bijzonder geschikt waren om in een constante behoefte te voorzien en slechts in geringe mate door andere produkten konden worden vervangen. Volgens Tetra Pak had het Gerecht zich niet ertoe mogen bepalen om, zoals het heeft gedaan in de rechtsoverwegingen 65, 74 en 75 van het bestreden arrest, eerst vast te stellen dat de sector van de verpakking van melk veel belangrijker was dan die van de verpakking van andere produkten dan melk, en vervolgens dat de niet-aseptische kartons voor het verpakken van vruchtesappen slechts een „marginaal aandeel" van de markt hadden.

13 Zoals het Hof in rechtsoverweging 37 van het arrest Michelin (reeds aangehaald) specifiek heeft vastgesteld, zijn de mededingingsvoorwaarden en de structuur van vraag en aanbod op de markt relevante criteria om te bepalen of bepaalde produkten door andere kunnen worden vervangen. Terecht heeft het Gerecht in casu derhalve rekening gehouden met de structuur van de vraag. Eerst heeft het in rechtsoverweging 65 van het bestreden arrest vastgesteld, dat het grootste gedeelte van zowel de aseptische als de niet-aseptische kartons diende voor het verpakken van melk en dat de Commissie niet verplicht was een afzonderlijke analyse van de sector verpakking van andere produkten dan melk te verrichten. Ten slotte heeft het Gerecht in rechtsoverweging 75 op basis van de stabiliteit van de vraag naar voor het verpakken van vruchtesappen gebruikte aseptische en niet-aseptische kartons aangetoond, dat er op dit punt nauwelijks uitwisselbaarheid bestond.

14 In de tweede plaats is Tetra Pak van oordeel, dat het Gerecht het recht heeft geschonden, door zich in rechtsoverweging 71 van het bestreden arrest op het standpunt te stellen dat het marginale marktaandeel van aseptische verpakkingen die andere materialen gebruikten dan karton, volstond om vast te stellen dat deze niet uitwisselbaar waren met de systemen die karton gebruiken.

15 In rechtsoverweging 71 van het bestreden arrest heeft het Gerecht vastgesteld, dat de andere verpakkingsmaterialen dan karton in de periode van 1976 tot 1991 slechts een marginaal aandeel van de markt voor de verpakking van UHT-melk hebben kunnen veroveren. Zoals hiervoor is opgemerkt, is deze stabiliteit van de vraag een relevant criterium om te bepalen of karton kan worden vervangen door andere materialen.

16 In de derde plaats verklaart Tetra Pak het oneens te zijn met de redenering van het Gerecht in de rechtsoverwegingen 66 tot en met 68 van het bestreden arrest. Daarin heeft het Gerecht namelijk opgemerkt dat „het criterium van de voldoende substitueerbaarheid van de produkten" moest worden toegepast „op het stadium van de verpakkingssystemen zelf — de markt van de tussenprodukten, waarop de positie van Tetra Pak moet worden beoordeeld — en niet op het stadium van de eindprodukten, in casu de verpakte vloeibare levensmiddelen". In rechtsoverweging 67 heeft het Gerecht hier evenwel aan toegevoegd dat de Commissie rekening moest houden met de invloed van de vraag die van de eindverbruikers uitgaat, op de tussenliggende vraag die van de verpakkers uitgaat, en dat zij had vastgesteld dat de gewoonten van de consumenten bij de keuze van de soorten van verpakking van het produkt slechts in het kader van een proces dat „van lange duur" en „kostbaar" is en „talrijke jaren kan beslaan", kon worden gewijzigd. In rechtsoverweging 68 maakte het Gerecht de redenering van de Commissie tot de zijne, volgens welke kleine maar significante wijzigingen in de relatieve prijs van de diverse verpakkingen niet voldoende zouden zijn om onderlinge verschuivingen teweeg te brengen tussen de verschillende melksoorten waarvoor zij worden gebruikt, omdat de substitueerbaarheid van de verschillende soorten melk niet volkomen is.

17 Volgens Tetra Pak heeft het Gerecht een onjuist juridisch criterium toegepast, door in zijn afbakening van de relevante markt slechts rekening te houden met de substitueerbaarheid op korte termijn, terwijl het had moeten onderzoeken of de aseptische verpakkingssystemen slechts op een nauwelijks merkbare wijze concurrentie

ondervonden van de niet-aseptische verpakkingssystemen. Volgens Tetra Pak wordt in de beschouwingen van het Gerecht in de rechtsoverwegingen 69 en 70 van het bestreden arrest niet aangetoond, dat er geen merkbare mededinging tussen de beide verpakkingssystemen bestond.

18 Vaststaat dat het Gerecht in het betrokken deel van het bestreden arrest heeft onderzocht, of de aseptische systemen voldoende uitwisselbaar waren met de niet-aseptische systemen. Op basis van verschillende criteria heeft het vastgesteld dat zulks niet het geval was.

19 Weliswaar spreekt het Gerecht in dit verband van een proces dat van lange duur en kostbaar is, doch daarmee heeft het zich enkel willen uitspreken over de mogelijkheid om de gewoonten van de consumenten te beïnvloeden. De andere factoren die relevant werden geacht door het Gerecht, zoals de extra kosten in verband met de omschakeling van het ene verpakkingssysteem op het andere wegens de verschillen tussen de distributiestelsels, de vereiste complexe technologie om machines te vervaardigen voor het verpakken van UHT-melk in kartons en de moeilijkheden die de producenten van niet-aseptische systemen hadden om toegang te krijgen tot de markt voor aseptische systemen, toonden aan dat er zelfs op midden en lange termijn geen voldoende uitwisselbaarheid bestond. Anders dan Tetra Pak beweert, heeft het Gerecht zich dus niet beperkt tot een onderzoek van de substitueerbaarheid op korte termijn.

20 Om al deze redenen dient het eerste middel te worden afgewezen.

Het tweede middel

21 Met het tweede middel bestrijdt Tetra Pak voornamelijk de conclusie waartoe het Gerecht is gekomen in rechtsoverweging 122 van het bestreden arrest, die luidt als volgt:

„Uit al het vorenoverwogene volgt, dat in de context van de onderhavige zaak de praktijken van Tetra Pak op de niet-aseptische markten onder artikel 86 van het Verdrag kunnen vallen, zonder dat het bestaan van een machtspositie op die

markten afzonderlijk behoeft te worden aangetoond, aangezien de leidende positie van die onderneming op de niet-aseptische markten, te zamen met de nauwe banden tussen die twee markten en de aseptische markten, het Tetra Pak mogelijk maakte zich zodanig onafhankelijk van de andere op de niet-aseptische markten aanwezige marktdeelnemers te gedragen, dat op haar krachtens artikel 86 een bijzondere verantwoordelijkheid voor het behoud van een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op die markten rustte."

22 Volgens Tetra Pak kan op basis van de door het Gerecht in de rechtsoverwegingen 114 en 115 van het bestreden arrest aangehaalde rechtspraak niet worden geconcludeerd, dat een praktijk op een andere markt dan de gedomineerde markt, die niet ten doel heeft de positie op deze laatste markt te versterken, onder artikel 86 van het Verdrag valt. Tetra Pak stelt dat een dergelijke conclusie zelfs niet kan worden gemotiveerd door de nauwe banden tussen de verschillende markten, zoals deze door de Commissie en het Gerecht zijn vastgesteld.

23 In haar betoog verwijst Tetra Pak in het bijzonder naar het feit dat het Hof in zijn vroegere rechtspraak altijd misbruiken heeft onderzocht die zich voordeden op de gedomineerde markt en waarvan de effecten op een andere markt voelbaar waren, dan wel misbruiken die waren gepleegd op een markt waarop de onderneming geen machtspositie innam, doch die haar positie op de gedomineerde markt versterkten.

24 Om te beginnen zij beklemtoond, dat het oordeel van het Gerecht in rechtsoverweging 113 van het bestreden arrest, dat artikel 86 geen uitdrukkelijke aanwijzing bevat betreffende de eisen die gelden voor de lokalisatie van het misbruik op de produktmarkt, onbetwistbaar is. Terecht kon het Gerecht dan ook in rechtsoverweging 115 van het bestreden arrest verklaren, dat de materiële werkingssfeer van de bijzondere verantwoordelijkheid die op een onderneming met een machtspositie rust, moet worden beoordeeld met inachtneming van de specifieke omstandigheden van iedere zaak, waarin een verflauwde mededingingssituatie tot uiting komt.

25 In dit verband is de door het Gerecht aangehaalde rechtspraak relevant. De arresten van 6 maart 1974 (gevoegde zaken 6/73 en 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano en Commercial Solvents, Jurispr. 1974, blz. 223) en 3 oktober 1985 (zaak 311/84, CBEM, Jurispr. 1985, blz. 3261) verstrekken voorbeelden van misbruiken met effecten op een andere markt dan de gedomineerde markt. In de arresten van 3 juli 1991 (zaak C-62/86, AKZO, Jurispr. 1991, blz. I-3359) en 1 april 1993 (zaak T-65/89, BPB Industries en British Gypsum, Jurispr. 1993, blz. II-389) heeft de gemeenschapsrechter gedragingen op een andere markt dan de gedomineerde markt, die effecten had op deze laatste markt, als misbruikt aangemerkt. Terecht heeft het Gerecht in rechtsoverweging 116 van het bestreden arrest uit deze rechtspraak de conclusie getrokken dat het argument van Tetra Pak, dat de gemeenschapsrechter iedere mogelijkheid heeft uitgesloten dat artikel 86 van toepassing is op een handeling die door een onderneming met een machtspositie wordt gepleegd op een andere dan de gedomineerde markt, moest worden afgewezen.

26 Om de door de advocaat-generaal in punt 61 van zijn conclusie uiteengezette redenen kan Tetra Pak evenmin een argument ontlenen aan het arrest van 13 februari 1979 (zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461) en het arrest Michelin (reeds aangehaald).

27 Het is juist dat voor de toepassing van artikel 86 een verband tussen de machtspositie en het beweerde misbruik moet bestaan, dat normaliter niet aanwezig is, wanneer een gedraging op een andere markt dan de gedomineerde markt effecten heeft op deze markt zelf. Bij onderscheiden, doch met elkaar in verband staande markten, zoals in het onderhavige geval, kunnen slechts bijzondere omstandigheden rechtvaardigen dat artikel 86 wordt toegepast op een gedraging die is vastgesteld op de verbonden, niet gedomineerde markt, die effecten heeft op deze markt zelf.

28 Ter zake heeft het Gerecht om te beginnen in rechtsoverweging 118 van het bestreden arrest als relevant beschouwd, dat Tetra Pak 78 % van de markt van zowel aseptische als niet-aseptische kartonnen verpakkingen in handen had, dat wil zeggen zeven maal meer dan haar grootste concurrent. In rechtsoverweging 119 van het bestreden arrest wijst het met nadruk op de leidende positie van Tetra Pak in

de niet-aseptische sector. Vervolgens heeft het in rechtsoverweging 121 van het bestreden arrest vastgesteld, dat Tetra Pak op de markten in de aseptische sector, waarop zij een marktaandeel van bijna 90 % had, een quasi-monopolie bezat. Het merkt op dat deze positie Tetra Pak ook een bevoorrechte leverancier van niet-aseptische systemen maakte. Ten slotte heeft het in rechtsoverweging 122 geconcludeerd, dat in de context van de onderhavige zaak de toepassing van artikel 86 werd gerechtvaardigd door de situatie op de verschillende markten en de nauwe banden tussen die markten.

29 Niet kan worden betwist, dat de aldus door het Gerecht in aanmerking genomen nauwe banden relevant zijn. Het feit dat de verschillende materialen in kwestie worden gebruikt voor de verpakking van dezelfde basisvloeistoffen, toont aan dat de afnemers van Tetra Pak in de ene sector ook potentiële afnemers in de andere sector zijn. Deze mogelijkheid wordt bevestigd door statistieken, waaruit blijkt dat in 1987 ongeveer 35 % van de afnemers van Tetra Pak zowel aseptische als niet-aseptische systemen kochten. In dit verband is eveneens relevant, dat Tetra Pak en haar voornaamste concurrent, PKL, op de vier markten actief waren. Wegens haar nagenoeg totale beheersing van de aseptische markten, kon Tetra Pak ook op een bevoorrechte positie op de niet-aseptische markten rekenen. Dankzij haar positie op de aseptische markten, kon Tetra Pak haar inspanningen concentreren op de niet-aseptische markten en zich onafhankelijk van de andere marktdeelnemers gedragen.

30 Op basis van de hiervoor beschreven omstandigheden, in hun geheel en niet afzonderlijk beschouwd, kon het Gerecht, zonder dat het de dominantie van Tetra Pak op de niet-aseptische markten behoefde aan te tonen, aan deze onderneming een gedrag toeschrijven dat onafhankelijk was van de andere marktdeelnemers op deze markten.

31 Gelet op deze gegevens heeft het Gerecht terecht aanvaard dat in casu artikel 86 van het Verdrag van toepassing was, gelet op het feit dat Tetra Pak door haar leidende positie op de onderscheiden, doch nauw verbonden markten in de niet-aseptische sector in een situatie verkeerde die kan worden gelijkgesteld met een machtspositie op de relevante markten gezamenlijk.

32 Een onderneming die zich in een dergelijke situatie bevindt, moet erop bedacht zijn, dat haar gedrag onder artikel 86 van het Verdrag kan vallen. Bijgevolg zijn, in tegenstelling tot hetgeen Tetra Pak beweert, de eisen betreffende de rechtszekerheid in acht genomen.

33 Uit voorgaande overwegingen volgt, dat het tweede middel dient te worden afgewezen.

Het derde middel

34 In haar derde middel betoogt Tetra Pak, dat het Gerecht het recht heeft geschonden door de gekoppelde verkoop van kartons en verpakkingsmachines als in strijd met artikel 86 te beschouwen, terwijl er een natuurlijk verband tussen deze produkten bestond en de koppelverkopen in overeenstemming met het handelsgebruik waren.

35 Tetra Pak interpreteert artikel 86, tweede alinea, sub d, van het Verdrag namelijk aldus, dat het enkel het misbruik verbiedt, dat bestaat in het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

36 In de eerste plaats zij opgemerkt, dat het Gerecht het argument dat Tetra Pak heeft aangevoerd om het natuurlijke verband tussen de machines en de kartons aan te tonen, met zoveel woorden heeft afgewezen. In rechtsoverweging 82 van het bestreden arrest stelt het Gerecht namelijk vast, dat „niet op basis van het handelsgebruik kan worden geconcludeerd, dat de machines voor het verpakken van een produkt niet kunnen worden gescheiden van de kartons. Er bestaan immers al lang onafhankelijke producenten die gespecialiseerd zijn in de vervaardiging van niet-aseptische kartons, bestemd om te worden gebruikt in door andere ondernemingen gebouwde machines, doch die zelf geen machines bouwen." Ofschoon hier wordt verwezen naar het handelsgebruik, wordt bij deze beoordeling het bestaan van het door Tetra Pak gestelde natuurlijke verband afgewezen, waar wordt verklaard dat

andere ondernemingen kartons kunnen vervaardigen die bestemd zijn om te worden gebruikt in de machines van Tetra Pak. Met betrekking tot de aseptische kartons stelt het Gerecht in rechtsoverweging 83 van het bestreden arrest vast, dat „het (...) iedere onafhankelijke producent vanuit het oogpunt van het communautaire mededingingsrecht volkomen vrij [staat] om verbruiksprodukten te vervaardigen die bestemd zijn voor gebruik in door anderen vervaardigde apparaten, tenzij hij daardoor inbreuk zou maken op een recht van intellectuele eigendom van een concurrent". Ook heeft het Gerecht in rechtsoverweging 138 het aan het beweerde natuurlijke verband ontleende argument afgewezen met de opmerking dat Tetra Pak niet op eigen initiatief bepaalde maatregelen mocht nemen op grond van overwegingen van technische aard of betreffende de produktenaansprakelijkheid, de bescherming van de volksgezondheid en de bescherming van haar reputatie. Uit al deze overwegingen blijkt, dat het Gerecht van oordeel was dat Tetra Pak niet de enige onderneming was die kartons, bestemd voor het gebruik in haar machines, kon vervaardigen.

37 Vervolgens zij opgemerkt, dat de lijst van misbruiken in artikel 86, tweede alinea, van het Verdrag geen limitatieve lijst is. Zelfs wanneer de gekoppelde verkoop van twee produkten in overeenstemming is met het handelsgebruik of wanneer er een natuurlijk verband tussen de betrokken produkten bestaat, kan deze verkoop dus niettemin een misbruik in de zin van artikel 86 opleveren, tenzij deze objectief gerechtvaardigd is. De redenering van het Gerecht in rechtsoverweging 137 van het bestreden arrest is dus niet gebrekkig.

38 Bijgevolg dient het derde middel eveneens te worden afgewezen.

Het vierde middel

39 In dit middel betoogt Tetra Pak, dat het Gerecht het recht heeft geschonden door in rechtsoverweging 150 van het bestreden arrest de door Tetra Pak in de niet-aseptische sector toegepaste prijzen als op uitschakeling gerichte prijzen te kwalificeren, zonder te aanvaarden dat hiervoor moest worden aangetoond dat Tetra Pak een redelijk vooruitzicht had om de aldus opgelopen verliezen goed te maken.

40 Tetra Pak is van mening, dat de mogelijkheid om de verliezen als gevolg van op uitschakeling gerichte verkopen goed te maken, deel uitmaakt van het begrip op uitschakeling gerichte prijspraktijk. Dit zou duidelijk blijken uit het arrest AKZO (reeds aangehaald, r. o. 71). Aangezien de Commissie en het Gerecht erkennen, dat de verkopen onder de kostprijs enkel plaatsvonden op de niet-aseptische markten, waarop geen machtspositie van Tetra Pak is vastgesteld, had deze laatste derhalve geen enkele reële kans om haar verliezen later goed te maken.

41 Inderdaad heeft het Hof in het arrest AKZO (reeds aangehaald) twee verschillende onderzoeksmethoden aanvaard, wanneer moet worden onderzocht of een onderneming afbraakprijzen heeft toegepast. In de eerste plaats moeten prijzen beneden de gemiddelde variabele kosten altijd als misbruik worden beschouwd. In dat geval is een ander economisch doel dan de uitschakeling van een concurrent niet denkbaar, omdat elke geproduceerde en verkochte eenheid voor de onderneming verlies oplevert. In de tweede plaats moeten de prijzen beneden de gemiddelde totale kosten, doch boven de gemiddelde variabele kosten enkel als misbruik worden beschouwd, wanneer kan worden aangetoond dat deze prijzen zijn vastgesteld in het kader van een plan dat op uitschakeling is gericht.

42 In rechtsoverweging 150 van het bestreden arrest heeft het Gerecht eenzelfde onderzoek verricht als het Hof in het arrest AKZO (reeds aangehaald). Met betrekking tot de verkopen van niet-aseptische kartons in Italië tussen 1976 en 1981 heeft het vastgesteld, dat de prijzen veel lager waren dan de gemiddelde variabele kosten. Het oogmerk om de concurrenten uit te schakelen, behoefde derhalve niet te worden bewezen. In 1982 lagen de prijzen van deze kartons tussen de gemiddelde variabele kosten en de gemiddelde totale kosten. Daarom heeft het Gerecht in rechtsoverweging 151 van het bestreden arrest geprobeerd, zonder op dit punt overigens door Tetra Pak te worden gekritiseerd, aan te tonen dat Tetra Pak het oogmerk had om een concurrent uit te schakelen.

43 Eveneens heeft het Gerecht in de rechtsoverwegingen 189 tot en met 191 van het bestreden arrest terecht precies dezelfde redenering gevolgd met betrekking tot de verkopen van niet-aseptische machines in het Verenigd Koninkrijk tussen 1981 en 1984.

44 Overigens zou het in de omstandigheden van de onderhavige zaak niet dienstig zijn om daarnaast nog als extra bewijs te eisen, dat wordt aangetoond dat Tetra Pak een reële kans had om haar verliezen goed te maken. Tegen een praktijk van afbraakprijzen moet namelijk kunnen worden opgetreden, zodra het risico bestaat dat concurrenten worden uitgeschakeld. In casu is een dergelijk risico door het Gerecht vastgesteld in de rechtsoverwegingen 151 en 191 van het bestreden arrest. Het nagestreefde doel van de instandhouding van een onvervalste mededinging staat niet toe dat wordt gewacht tot een dergelijk beleid resulteert in de feitelijke uitschakeling van de concurrenten.

45 Om deze redenen moet het vierde middel worden verworpen.

Het vijfde middel

46 Ten slotte betoogt Tetra Pak, dat het Gerecht niet heeft geantwoord op haar argumenten betreffende de verzachtende omstandigheden die de Commissie bij de vaststelling van de hoogte van de geldboete in aanmerking had moeten nemen. Volgens Tetra Pak heeft het Gerecht in rechtsoverweging 239 van het bestreden arrest enkel onderzocht, of de inbreuken opzettelijk dan wel uit onachtzaamheid waren gepleegd. Het Gerecht had bovendien rekening moeten houden met de bijzonderheden van het concrete geval, waaronder het ontbreken van een precedent. Aangezien het Gerecht de vraag of de inbreuk opzettelijk dan wel onopzettelijk is gepleegd, heeft verward met de vraag of het ontbreken van een precedent een verzachtende omstandigheid oplevert, is Tetra Pak van mening dat de geldboete moet worden ingetrokken of althans aanzienlijk moet worden verlaagd.

47 Om te beginnen zij opgemerkt dat het Gerecht in rechtsoverweging 228 van het bestreden arrest wel rekening heeft gehouden met het argument van Tetra Pak dat er geen precedent bestond voor zowel de methode van afbakening van de produktmarkt als voor de rechtvaardiging van de toepassing van artikel 86 van het Verdrag in de niet-aseptische sector.

48 Vervolgens heeft het Gerecht in rechtsoverweging 239 van het bestreden arrest de zwaarte van de inbreuk afgewogen tegen de door Tetra Pak aangevoerde omstandigheden. Het heeft zich op het standpunt gesteld dat, zelfs indien het in bepaalde opzichten nogal ingewikkeld kon zijn om de relevante produktmarkten en de werkingssfeer van artikel 86 te bepalen, Tetra Pak, gelet op haar vrijwel monopolistische positie op de aseptische markten en haar leidende rol op de niet-aseptische markten, zich er wel van bewust had moeten zijn dat de betrokken praktijken in strijd waren met de regels van het Verdrag. Het Gerecht verbond daaraan de conclusie dat wegens het duidelijke karakter en de bijzondere ernst van de beperkingen van de mededinging ten gevolge van het betrokken misbruik handhaving van het bedrag van de geldboete gerechtvaardigd was, in weerwil van het feit dat voor enige in de bestreden beschikking gegeven juridische beoordelingen geen precedent bestond.

49 Met deze motivering heeft het Gerecht rechtens genoegzaam geantwoord op het argument dat Tetra Pak ontleende aan de verzachtende omstandigheden die zij kon aanvoeren.

50 Het vijfde middel moet derhalve eveneens worden afgewezen.

51 Op grond van alle voorgaande overwegingen dient de hogere voorziening in haar geheel te worden afgewezen.

Kosten

52 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 118 van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien requirante in het ongelijk is gesteld, dient zij in de kosten van de onderhavige procedure te worden verwezen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

rechtdoende:

1) Wijst de hogere voorziening af.

2) Verwijst requirante in de kosten.

Sevón Gulmann Edward

Puissochet Jann

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 14 november 1996.

De griffier

R. Grass

De president van de Vijfde kamer

J. C. Moitinho de Almeida