

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT D. RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 27. juni 1996 *

1. Under nærværende appelsag har Tetra Pak International SA (herefter »Tetra Pak«) påan-
ket den af Retten i Første Instans (herefter
»Retten«) den 6. oktober 1994 afsagte dom i
sagen Tetra Pak mod Kommissionen ¹ (heref-
ter »den anfægtede dom«). Ved denne dom
blev Kommissionen frifundet for Tetra Pak's
påstand om annullation af beslutning
92/163/EØF ² (herefter »beslutningen«), hvor-
ved Kommissionen havde fastslået, at Tetra
Pak indtog en dominerende stilling på marke-
derne for aseptiske maskiner og aseptiske kar-
toner til emballering af flydende levnedsmid-
ler inden for Det Europæiske Økonomiske
Fællesskab (herefter »Fællesskabet«), samt at
virksomheden fra 1976 og i hvert fald indtil
1991 havde misbrugt denne stilling i EØF-
traktatens artikel 86's betydning, såvel på de
aseptiske markeder, som på de ikke-aseptiske
markeder for maskiner og kartoner ³. Kom-

missionen havde ikendt koncernen en bøde på
75 mio. ECU og pålagt den straks at bringe de
pågældende overtrædelser til ophør.

I — Faktiske omstændigheder og retsfor- handlinger

2. Sagens faktiske omstændigheder fremgår
af præmis 1-15 i Rettens dom og bygger på
de faktiske omstændigheder, som Kommis-
sionen havde fastslået i beslutningen, og som
ikke i det væsentlige blev bestridt af Tetra
Pak. Jeg skal nedenfor redegøre for disse for-
hold, om end jeg vil følge en anden systema-
tik end den, der er benyttet i den anfægtede
dom.

3. Sagen vedrører sektoren for emballering
af flydende og halvflydende levnedsmidler
(mælk og flydende mejeriprodukter, frugt-
saft, vin, mineralvand, sovse, tomatbaserede
produkter, babymad osv.). Der anvendes for-
skellige materialer til emballering af denne
form for produkter (plasticflasker, glasflasker
o.lign.), men i de seneste år markedsføres
nogle af disse produkter i stadig videre
omfang i kartonemballager. Omstændighe-
derne i sagen vedrører netop markedet for

* Originalsprog: spansk.

1 — Sag T-83/91, Sml. II, s. 755.

2 — Kommissionens beslutning 92/163/EØF af 24.7.1991 om en
procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 86 (IV/31.043
— Tetra Pak II, EFT 1992 L 72, s. 1).

3 — Denne beslutning indgår i en række på tre beslutninger ved-
rørende Tetra Pak. Den første er beslutning 88/501/EØF af
26.7.1988 om en procedure i medfør af EØF-traktatens arti-
kel 85 og 86 (IV/31.043 — Tetra Pak (BTG-licens), EFT
L 272, s. 27), hvorved Kommissionen fastslog, at Tetra Pak
gennem sin overtagelse af Liquepak-koncernen og sin erhver-
velse af eksklusiv patentlicens på en ny teknik til aseptisk
emballage af mælk ved såkaldt »ultrahøj temperatur« (her-
efter »UHT«) havde overtrådt traktatens artikel 86, regnet
fra datoen for erhvervelsen og indtil datoen, hvor Tetra Pak
faktisk opgav ethvert krav på nævnte eksklusivlicens. Den
beslutning blev gjort til genstand for en retssag, hvorunder
Retten i sin dom af 10.7.1990 (sag T-51/89, Tetra Pak Rau-
sing mod Kommissionen, Sml. II, s. 309) frifandt Kommis-
sionen. Den anden beslutning er beslutning 91/535/EØF af
19.7.1991 om en fusions forenelighed med det fælles marked
(IV/M068 — Tetra Pak/Alfa-Laval, EFT L 290, s. 35), hvor-
ved Kommissionen med hjemmel i artikel 8, stk. 2, i Rådets
forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21.12.1989 om kontrol med
fusioner og virksomhedsoverdragelser (berigtiget udgave
offentliggjort i EFT 1990 L 257, s. 13) erklærede Tetra Pak's
erhvervelse af Alfa-Laval AB forenelig med det fælles mar-
ked.

kartoner til emballering af flydende og halvflydende levnedsmidler.

4. Kartonerne bruges fortrinsvis til påfyldning af mejeriprodukter og i mindre omfang til emballering af andre levnedsmidler. I 1983 blev 90% af kartonerne anvendt til påfyldning af mælk og andre flydende mejeriprodukter. Denne procentdel androg ca. 79% i 1987, hvoraf 72% benyttedes til påfyldning af mælk. Ca. 16% af denne emballagetype var bestemt til emballering af frugtsaft. De øvrige produkter (vin, mineralvand, tomatbaserede produkter, supper, saucer og baby-mad) udgjorde kun 5% af det samlede forbrug af kartoner.

5. For så vidt angår sektoren for mælk, der er den betydeligste på markedet for kartonemballage, bemærkes, at mælk først og fremmest sælges i pasteuriseret form (frisk mælk) eller efter behandling under ultrahøj temperatur under aseptiske forhold (UHT-mælk), hvorved der opnås en holdbarhed på flere måneder uden for køl. Markedsandelen for den »steriliserede« mælk udgør kun en forholdsvis marginal del inden for fællesmarkedet.

6. Markedet for kartonemballage kan på grundlag af disse behandlingsmetoder opdeles i to sektorer med hver deres karakteristika. Der er tale om dels en aseptisk sektor, der omfatter kartoner og maskiner til påfyld-

ning, der benyttes til emballering af levnedsmidler, der kan opbevares i flere måneder uden for køl, og dels en ikke-aseptisk sektor, der omfatter emballager og maskiner, der anvendes til emballering af produkter med kort holdbarhed.

7. Tetra Pak, der er en af de betydeligste virksomheder inden for sektoren kartonemballage, har hjemsted i Schweiz, hvorfra koncernens politik koordineres. Koncernen var oprindeligt svensk, men har nu antaget et verdensomspændende omfang⁴. Tetra Pak-koncernen er specialiseret i udstyr til kartonemballage af flydende og halvflydende produkter, hovedsagelig mælk, og opererer såvel inden for sektoren for aseptisk som inden for sektoren for ikke-aseptisk emballering. Dens aktiviteter består i det væsentlige i fremstilling af kartoner og maskiner til påfyldning på grundlag af en teknologi, som er koncernens egen. Foruden Tetra Pak findes der andre producenter på dette marked, såvel inden for den aseptiske som den ikke-aseptiske sektor.

8. Udbudsstrukturen inden for sektoren for aseptiske emballeringssystemer er næsten

⁴ — Den konsoliderede omsætning i Tetra Pak-koncernen androg i 1987 2 400 mio. ECU og 3 600 mio. ECU i 1990. Ca. 90% af denne omsætning opnåedes på markedet for kartonemballage, og de resterende 10% på markedet for påfyldningsmaskiner og hermed beslægtede aktiviteter. Fællesskabets andel i denne omsætning var på 50%. I Fællesskabet er Italien et af de lande eller snarere det land, hvori Tetra Pak er bedst etableret. Den konsoliderede omsætning i de syv italienske virksomheder i koncernen androg 204 mio. ECU i 1987.

monopol lignende, idet Tetra Pak kontrollerede mellem 90 og 95% af denne sektor på det tidspunkt, hvor beslutningen blev vedtaget. I 1985 havde Tetra Pak omkring 89% af markedet for kartoner og 92% af markedet for aseptiske maskiner på Fællesskabets område. Koncernens eneste reelle konkurrent inden for sektoren for aseptisk emballering var virksomheden PKL, der havde praktisk talt hele den resterende del af markedet, dvs. 5-10%.

9. Inden for den aseptiske sektor producerer Tetra Pak systemet »Tetra Brik«, som i det væsentlige er bestemt til emballering af UHT-mælk. Ifølge appellanternes oplysninger blev dette udstyr bragt på markedet i Tyskland i 1968 og fra og med 1970 i de øvrige lande i Europa. Ved denne metode leveres kartonerne til brugeren i ruller, og kartonerne steriliseres i brugerens egen maskine ved neddykning i et hydrogenperoxidbad inden væsken, der løber i et aseptisk miljø, emballes. Inden for denne sektor er den eneste konkurrent til Tetra Pak firmaet PKL, der kontrolleres af det schweiziske firma SIG (Société industrielle générale), og som ligeledes fremstiller aseptiske kartoner i »Brik«-format under navnet »Combibloc«. Til forskel fra Tetra Pak's kontinuerlige emballeringsteknik er »Combibloc«-kartonerne formet inden påfyldningen. Både af tekniske årsager, og da fabrikanterne af aseptiske maskiner tillige leverer de kartoner, der skal benyttes i deres egne maskiner, er en aseptisk påfyldningsteknik nøglen til såvel markedet for maskiner som for aseptiske kartoner.

10. Udbudsstrukturen inden for den ikke-aseptiske sektor er mere åben, selv om den også har oligopolistisk karakter. Da Kommissionen traf den anfægtede beslutning, androg Tetra Pak's andel af denne sektor i Fællesskabet 50-55%. I 1985 besad Tetra Pak 48% af markedet for kartoner og 52% af markedet for ikke-aseptiske maskiner på de daværende 12 medlemsstaters område. Den norske koncern Elopak havde i 1985 ca. 27% af markedet for maskiner og ikke-aseptiske kartoner, hvorefter fulgte PKL, som havde 11% af markedet. Elopak var alene distributør på markedet for aseptiske maskiner, indtil det erhvervede sektionen »påfyldningsmaskiner« fra Ex-Cell-O i 1987. De sidste 12% af markedet for ikke-aseptiske kartoner var delt mellem tre virksomheder, nemlig Schouw Packing (Danmark, ca. 7%, nu 50% ejet af Elopak), Mono-Emballage/Scalpack (Frankrig/Nederlandene, ca. 2,5%) og Van Mierlo (Belgien, ca. 0,5%). Disse virksomheder, hvis markeder stadig er koncentreret i et eller flere lande, fremstiller deres egne kartoner, sædvanligvis på licens (Ex-Cell-O, der blev erhvervet af Elopak i 1987, Minco, Sealright mv.). De anførte virksomheder havde kun forhandling af maskiner. På markedet for ikke-aseptiske maskiner i Fællesskabet var de 13%, som Tetra Pak, Elopak og PKL ikke besad, fordelt mellem ca. 10 mindre producenter, hvoraf de største er Nimco (USA, ca. 4%), Cherry Burrell (USA, ca. 2,5%) og Shikoku (Japan, ca. 1%).

Som følge heraf er Elopak Tetra Pak's største konkurrent inden for den ikke-aseptiske sektor, mens det ikke i øjeblikket opererer inden

for den aseptiske sektor. I den anfægtede beslutning antoges det, at forholdet mellem Tetra Pak's og Elopak's omsætning i 1987 var 7,5 til 1. Elopak opererer i Italien gennem et datterselskab, Elopak Italia (Milano), der indfører kartonerne fra andre af koncernens datterselskaber.

11. Ikke-aseptisk emballering, specielt af frisk pasteuriseret mælk, kræver ikke nogen høj grad af sterilisering og derfor et mindre raffineret udstyr end aseptisk emballering. På markedet for ikke-aseptiske kartoner anvendte Tetra Pak oprindeligt — og gør det stadig — Brik-kartoner, men i øjeblikket er dets førende produkt på dette marked en karton af formatet »Gable Top«, der er en gavltop-karton, kaldet »Tetra Rex«. Denne karton konkurrerer direkte med »Pure-Pak«, der fremstilles af Elopak.

12. Tetra Pak fremstiller sine egne maskiner til ikke-aseptisk emballering. Koncernen forhandler desuden i lighed med Elopak og PKL lejlighedsvis maskiner, der er produceret af ca. ti mindre producenter, som f.eks. Nimco, Cherry Burrell og Shikoku.

13. Tetra Pak har i Fællesskabet udviklet en særlig handelsstrategi for så vidt angår patenter, salgskontrakter og lejeaftaler samt forhandling af koncernens produkter. For det

første har koncernen fulgt en særdeles omfattende patentpolitik. Tetra Pak har således patenteret den grundteknologi, der er udviklet inden for maskiner, kartoner og produktionsprocesser samt de ændringer, der foretages af virksomhedens produkter samt visse tekniske detaljer, som f.eks. formen til foldning af kartonen. De seneste patenter vedrørende Tetra Brik's aseptiske kartoner, der er udviklet i 1960'erne, udløber i begyndelsen af det 21. århundrede (punkt 22 i den anfægtede beslutning). Ifølge samstemmende oplysninger fra parterne har Tetra Pak ikke meddelt licens til fremstilling af kartoner i Fællesskabet.

14. For det andet forhandles Tetra Pak's maskiner og kartoner udelukkende af virksomheder i Tetra Pak-koncernen, og der findes ingen uafhængige forhandlere.

15. I referenceperioden gjaldt forskellige standardkontrakter for salg og udlejning af maskiner samt for levering af kartoner mellem Tetra Pak og koncernens kunder i de forskellige medlemsstater. Den anfægtede dom gengiver i præmis 12 ordlyden af de

bestemmelser i kontrakterne, der påvirkede konkurrencen, som anført i beslutningen: (iii) at flytte maskinen (Italien).

»2.1. Vilkårene ved salg af Tetra Pak-udstyr (bilag 2.1)

Der findes standardsalgskontrakter i følgende fem lande: Grækenland, Irland, Italien, Spanien og Det Forenede Kongerige. For hver af de gennemgåede kontraktbestemmelser er det eller de berørte lande angivet i parentes.

2.1.1. *Udstyrets konfiguration*

Tetra Pak forbeholder sig i Italien en ubegrænset ret til indsigt i det solgte udstyrs konfiguration, og det er forbudt køberen:

- (i) at forsyne maskinen med accessorisk udstyr (Italien)
- (ii) at foretage ændringer ved maskinen, at påsætte eller fjerne dele (Italien)

2.1.2. *Udstyrets drift og vedligeholdelse*

Fem kontraktbestemmelser vedrørende udstyrets drift og vedligeholdelse tager sigte på at sikre Tetra Pak eneret og kontrolret på følgende områder:

- (iv) eneret på vedligeholdelse og reparationer (samtlige lande undtagen Spanien)
- (v) eneret på levering af reservedele (samtlige lande undtagen Spanien)
- (vi) ret til uden vederlag og uopfordret at tilbyde assistance, efteruddannelse, vedligeholdelse og teknisk ajourføring (Italien)
- (vii) degressiv betaling (indtil minus 40% af et månedligt grundgebyr) af en del af omkostningerne til assistance,

vedligeholdelse og teknisk ajourføring i forhold til antallet af anvendte kartoner på samtlige Tetra Pak-maskiner af samme type (Italien)

(xi) en forpligtelse til at underrette Tetra Pak om enhver teknisk forbedring eller ændring af kartonerne og til at overgive Tetra Pak ejendomsretten hertil (Italien)

(viii) en forpligtelse til at underrette Tetra Pak om enhver teknisk forbedring eller ændring af udstyret og til at overgive Tetra Pak ejendomsretten hertil (Italien).

(xii) ret til indsigt i den tekst, der påføres kartonerne (Italien).

2.1.4. *Kontrol*

2.1.3. *Kartonerne*

Fire andre bestemmelser i kontrakterne tager ligeledes sigte på at sikre Tetra Pak eneret og kontrolret over dette produkt:

To bestemmelser vedrører mere specielt kontrollen med, at køberen overholder de kontraktmæssige forpligtelser:

(ix) en forpligtelse til udelukkende at anvende Tetra Pak-kartoner på maskinerne (alle lande)

(xiii) en forpligtelse for køberen til at indgive månedlige rapporter (Italien)

(x) en forpligtelse til udelukkende at købe papir hos Tetra Pak eller hos en af Tetra Pak udpeget leverandør (alle lande)

(xiv) ret for Tetra Pak til uden varsel at foretage inspektioner (Italien).

2.1.5. *Overdragelse af ejendomsretten til udstyret eller af brugsretten*

To kontraktbestemmelser begrænser retten til videresalg eller overdragelse:

(xv) pligt til at indhente Tetra Pak's accept af videresalg af udstyret eller af overdragelse af brugsretten hertil (Italien), videresalg med ejendomsforbehold (Spanien), tilbagekøbsret til en forud fastsat pris forbeholdt Tetra Pak (alle lande). Overtrædelse af denne bestemmelse kan medføre en særlig bøde (Grækenland, Irland, Det Forenede Kongerige)

(xvi) pligt til at sikre, at den efterfølgende køber overtager de forpligtelser, der påhvilede den første køber (Italien, Spanien).

2.1.6. *Garanti*

(xvii) garantien på det solgte udstyr gælder kun, for så vidt som samtlige bestemmelser i kontrakten overholdes (Italien), eller i det mindste, at der udelukkende anvendes Tetra Pak-kartoner (andre lande).

2.2. *Vilkårene for leje af Tetra Pak-udstyr (bilag 2.2)*

Der findes standardlejekontrakter i samtlige EF-lande undtagen Grækenland og Spanien.

Med de nødvendige ændringer genfindes de fleste bestemmelser fra salgskontrakterne i lejekontrakterne. Der findes dog også betingelser, som særligt gælder ved leje, men de går altid i samme retning, nemlig en maksimal styrkelse af båndene mellem Tetra Pak og kunden.

2.2.1. *Udstyrets konfiguration*

Her genfindes bestemmelserne (i), (ii) og (iii) (Italien: bestemmelse (i); alle lande: bestemmelse (ii); Frankrig, Irland, Italien, Portugal, Det Forenede Kongerige: bestemmelser (iii)).

(xviii) en supplerende bestemmelse forpligter i øvrigt lejeren til udelukkende at anvende Tetra Pak's kasser, yderemballage og/eller transportbeholdere (Tyskland, Belgien, Italien, Luxembourg, Nederlandene) eller til at give

Tetra Pak fortrinsret til levering på samme vilkår som andre (Danmark, Frankrig).

2.2.4. *Kontrol*

Ligesom det er tilfældet ved salg, skal lejereren indgive månedlige rapporter (bestemmelser (xiii) — alle lande), og der faktureres et fast beløb, hvis de udebliver (Belgien, Luxembourg, Nederlandene). Lejeren skal endvidere tillade inspektion af de lokaler, hvor udstyret er installeret (bestemmelse (xiv) — alle lande) — en inspektion, som kan ske uden varsel (alle lande undtagen Danmark, Tyskland, Irland, Portugal og Det Forenede Kongerige).

2.2.2. *Udstyrets drift og vedligeholdelse*

Her genfindes bestemmelse (iv) og (v) om eneret (alle lande).

Ligeledes genfindes bestemmelse (viii), der forbeholder Tetra Pak ejendomsretten til de af lejereren gennemførte forbedringer (Belgien, Tyskland, Italien, Luxembourg, Nederlandene), eller som i det mindste forpligter lejereren til at give Tetra Pak licens på udnyttelsen af forbedringen (Danmark, Frankrig, Irland, Portugal, Det Forenede Kongerige).

(xix) en anden bestemmelse giver Tetra Pak ret til når som helst (Danmark, Frankrig) at gennemgå lejerens regnskaber (alle lande) og (afhængigt af landet) lejerens fakturaer, korrespondance eller ethvert andet dokument, der er nødvendigt for at kontrollere antallet af anvendte kartoner.

2.2.3. *Kartonerne*

Her genfindes samme bestemmelser (ix) (alle lande) og (x) (Italien) vedrørende leveringseneret og bestemmelse (xi), som giver Tetra Pak ejendomsretten til forbedringer (Danmark, Italien) eller i det mindste licens på udnyttelsen deraf (Frankrig, Irland, Portugal, Det Forenede Kongerige), samt bestemmelse (xii), der forbeholder Tetra Pak ret til indsigt i den tekst eller de varemærker, som kunden ønsker at placere på kartonerne (Tyskland, Spanien, Grækenland, Italien, Nederlandene, Portugal, Det Forenede Kongerige).

2.2.5. *Overdragelse af lejekontrakten, fremleje, overdragelse af brugsretten eller benyttelse for tredjemands regning*

I forbindelse med salg gælder der meget restriktive vilkår for senere overdragelse af ejendomsretten.

(xx) bestemmelserne i lejekontrakterne udelukker på tilsvarende vis overdragelse af lejekontrakten, fremleje (alle lande) eller endda arbejde for tredjemands regning (Italien).

2.2.6. *Garanti*

Her er ordlyden mindre præcis end i salgskontrakterne: Garantien gælder kun, hvis Tetra Pak's 'forskrifter' med hensyn til maskinens 'pasning' og 'betjening' (alle lande) følges. Termerne 'forskrifter', 'pasning' og 'betjening' er imidlertid tilstrækkelig brede til, at de må fortolkes således, at de mindst omfatter kravet om udelukkende at anvende Tetra Pak's reservedele, reparations- og vedligeholdelsestjeneste samt emballagemateriale. Denne fortolkning bekræftes af Tetra Pak's skriftlige og mundtlige svar på meddelelsen af klagepunkterne.

2.2.7. *Lejefastsættelse og betalingsvilkår*

Lejen omfatter følgende elementer (alle lande):

(xxi) en 'grundleje', som erlægges, når maskinen stilles til lejerens rådighed. Denne grundleje er ikke nødvendigvis lavere end salgsprisen på de samme maskiner og andrager faktisk næsten hele den øjeblikkelige og fremtidige leje (over 98% i visse tilfælde)

en 'kvartalsleje', som erlægges forud for hvert kalenderkvartal

(xxii) en månedlig 'produktionsleje', som nedsættes i forhold til antallet af kartoner fremstillet i samtlige Tetra Pak-maskiner af samme type. Denne leje erstatter den degressive betaling — af tilsvarende værdi — for en del af vedligeholdelsesomkostningerne i forbindelse med salg (jf. bestemmelse (vii)). I visse lande (Tyskland, Frankrig, Portugal) skal der betales en særlig bøde, hvis produktionslejen ikke betales inden for den fastsatte frist.

2.2.8. *Lejekontraktens varighed*

Lejekontraktens varighed og opsigelsesreglerne varierer fra medlemsstat til medlemsstat:

(xxiii) lejekontrakternes varighed varierer fra tre år (Danmark, Irland, Portugal, Det Forenede Kongerige) til ni år (Italien).

2.2.9. *Bødebestemmelsen*

(xxiv) foruden den sædvanlige skadeserstatning forbeholder Tetra Pak sig ret til at idømme en lejer, der overtræder en

hvilken som helst bestemmelse i kontrakten, en bøde, som inden for en øvre grænse fastsættes diskretionært af Tetra Pak i forhold til sagens alvor (Italien).

for en ny periode på fem år (Italien) eller for hele den periode, hvor køberen er i besiddelse af maskinen (Grækenland, Irland, Spanien, Det Forenede Kongerige).

2.3. Vilka'rene for levering af kartoner (bilag 2.3)

2.3.3. *Prisfastsættelse*

Der findes standardleveringskontrakter i Grækenland, Irland, Italien, Spanien og Det Forenede Kongerige; de er obligatoriske, så snart kunden ikke lejer, men køber en maskine.

(xxvii) kartonerne leveres til den på bestillingstidspunktet gældende pris. Der findes ikke nogen regulerings- eller indekseringsordning (alle lande).

2.3.1. *Eneleveringsret*

(xxv) køberen forpligter sig til udelukkende hos Tetra Pak at indkøbe det emballagemateriale, der anvendes på den eller de pågældende Tetra Pak-maskiner (alle lande) og på enhver anden Tetra Pak-maskine, køberen senere måtte anskaffe sig (Italien).

2.3.4. *Mærkning*

Her genfindes Tetra Pak's ret til indsigt (bestemmelse (xii)) i den tekst eller de varemærker, som kunden ønsker at placere på kartonerne.«

2.3.2. *Kontraktens varighed*

(xxvi) kontrakten indgås indledningsvis for en periode på ni år og kan forlænges

16. Tetra Pak's handelsstrategi blev draget i tvivl af Kommissionen på grundlag af en klage indgivet den 27. september 1983 af Elopak Italia mod Tetra Pak Italiana og de dertil knyttede selskaber i Italien. Den 16. december 1988 besluttede Kommissionen at indlede en procedure mod Tetra Pak, som i et brev til Kommissionen af 1. februar 1991,

bilagt nye standardkontrakter, gav tilsagn om at opgive systemet med koblingssalg og eksklusiv købsforpligtelse samt om at ændre sine standardkontrakter. Kommissionen accepterede tilsagnet.

17. Proceduren afsluttedes med, at Kommissionen vedtog den anfægtede beslutning, i hvis artikel 1 det hed: »Ved at udnytte sin dominerende stilling på de såkaldte 'aseptiske markeder' for maskiner og kartoner til emballering af flydende levnedsmidler har Tetra Pak i hvert fald fra 1976 overtrådt bestemmelserne i EØF-traktatens artikel 86 på både de 'aseptiske' markeder og de tilstødende og forbundne 'ikke-aseptiske' markeder for maskiner og kartoner ved hjælp af en række forskellige praksis, der tog sigte på at udelukke konkurrencen og/eller at drage størst mulig fordel af sin stilling til skade for forbrugerne.«

I beslutningen opregnedes disse overtrædelser i hovedtræk, og der pålagdes Tetra Pak en bøde på 75 mio. ECU, ligesom koncernen fik påbud om straks at bringe overtrædelserne til ophør gennem en række nærmere angivne foranstaltninger.

18. Tetra Pak anlagde annullationssøgsmål mod beslutning 92/163 ved Retten den 18. november 1991, men blev fuldstændig underkendt ved dommen i sagen Tetra Pak mod

Kommissionen. Det er denne dom, nærværende appelsag, der er anlagt den 20. december 1994 af Tetra Pak, angår.

II — Tetra Pak's anbringender til støtte for appellen

19. Under den af Tetra Pak anlagte appelsag er der nedlagt påstand om ophævelse af den af Retten afsagte dom med følgende begrundelse:

— Afgrænsningen af det relevante produktmarked er selvmodsigende og bygger på et urigtigt retligt grundlag.

— Retten antog fejlagtigt, at Tetra Pak's adfærd på et marked, hvor det ikke er dominerende, udgør et misbrug, som er forbudt ved EF-traktatens artikel 86, selv om denne adfærd ikke har indflydelse på det af Tetra Pak dominerede marked.

— Rettens afvisning af Tetra Pak's argument vedrørende koblingssalg af kartonerne og påfyldningsmaskinerne savnede logik og var i strid med artikel 86, litra d).

- Retten antog fejlagtigt, at Tetra Pak har solgt Tetra Rex-kartoner i Italien og ikke-aseptiske emballeringsmaskiner i Det Forenede Kongerige til underbudspriser uden at have bevist, at Tetra Pak havde udsigt til at genindvinde tabene.
- Retten har med urette set bort fra de formildende omstændigheder, der var påberåbt af Tetra Pak i forbindelse med bøden, særlig, at den anfægtede afgørelse var af helt ny karakter på en række vigtige punkter.

A — Det første anbringende vedrørende afgrænsningen af det relevante produktmarked

20. Med dette anbringende anfægter Tetra Pak Rettens afgrænsning af det relevante produktmarked i den anfægtede dom, som i det væsentlige bekræfter Kommissionens argumentation i den anfægtede beslutning. Tetra Pak's anbringende bygger i realiteten på to særskilte argumenter. For det første finder virksomheden Rettens argumentation vedrørende dette spørgsmål selvmodsigende, og for det andet gør virksomheden gældende, at argumentationen bygger på et fejlagtigt retligt grundlag.

1. Rettens selvmodsigende argumentation

21. Tetra Pak finder, at Retten har begået en retlig fejl, idet dens argumentation i præmis 64 og 73 vedrørende afgrænsningen af det

relevante produktmarked er selvmodsigende. Efter Tetra Pak's opfattelse findes der enten et almindeligt marked for emballering af flydende levnedsmidler, og Retten burde i så fald have forkastet Kommissionens sondring mellem aseptiske og ikke-aseptiske markeder, eller de to markeder skulle være anset for to særskilte markeder, og Retten burde ikke have accepteret, at andre produkter end mejeriprodukter blev medregnet til det relevante marked uden at undersøge situationen inden for denne sektor.

22. Efter min opfattelse bør dette anbringende forkastes, idet der ikke er nogen selvmodsigelse i den argumentation, der er anført i præmis 64 og 73 i den anfægtede dom.

23. I den anfægtede beslutning havde Kommissionen påvist fire forskellige markeder, nemlig henholdsvis markedet for aseptiske kartoner, for maskiner til aseptisk emballering, for ikke-aseptiske kartoner og for maskiner til ikke-aseptisk emballering.

24. Til kontrol med denne afgrænsning af de fire relevante markeder benyttede Retten et kriterium, der bygger på, om produkterne er tilstrækkeligt substituerbare i forhold til deres objektive karakteristika, konkurrencevilkårene og efterspørgsels- og udbudsstrukturen på markedet, som fastlagt af Domstolen i dommen i sagen Michelin mod Kommissionen ⁵.

5 — Dom af 9.11.1983, sag 322/81, Sml. s. 3461, præmis 37.

Retten undersøgelse tager udgangspunkt i det almindelige marked for emballeringssystemer for flydende levnedsmidler. Retten er kommet til det resultat, at det almindelige marked er opdelt i forskellige delmarkeder, afhængigt af emballeringssystemerne, ikke af det emballerede produkt. Retten fandt endvidere, at de aseptiske og ikke-aseptiske maskiner og kartoner karakteriseres af en ensartet udbuds- og efterspørgselsstruktur og af ensartede karakteristika for produktion, ligesom de opfylder de samme økonomiske behov. Retten anvendte herefter kriteriet om tilstrækkelig substituerbarhed og fandt, at Kommissionen — efter en undersøgelse af sektoren for emballering af mælk, hvor størstedelen af såvel de aseptiske som de ikke-aseptiske kartoner finder anvendelse — med rette havde fastslået, at der var tale om fire særskilte markeder, om end de indbyrdes var forbundne.

2. Anvendelsen af et forkert retsgrundlag

25. Tetra Pak har gjort gældende, at Retten har anvendt et forkert retsgrundlag ved afgrænsningen af det relevante produktmarked af de tre nedennævnte grunde:

- Retten har fejlagtigt fortolket kriteriet om tilstrækkelig substituerbarhed, der fremgår af Michelin-sagen, i relation til andre produkter end mælk.

- Retten antog, at der skulle tages hensyn til de forskellige produkters andel i forbrugernes efterspørgsel ved afgørelsen af, om disse produkter indgik i det relevante marked.

- Retten tog alene hensyn til substituerbarheden på kort sigt.

26. Hvad angår anvendelsen af kriteriet om tilstrækkelig substituerbarhed har Tetra Pak gjort gældende, at Retten har fraveget Domstolens praksis, idet den antog, at maskiner og kartoner til emballering af andre produkter end mælk indgik i de relevante markeder. Efter Tetra Pak's opfattelse er de aseptiske og ikke-aseptiske systemer til emballering af andre produkter end mælk ikke tilstrækkeligt substituerbare, og desuden er deres begrænsede betydning i sammenligning med emballering af mælk uden betydning for afgrænsningen af det relevante marked.

27. Domstolen definerede i Michelin-sagen et kriterium for afgrænsning af det relevante produktmarked, baseret på tilstrækkelig substituerbarhed: »... skal man ved bedømmelsen af spørgsmålet, om en virksomhed indtager en dominerende stilling, se på konkurrencemulighederne inden for rammerne af markedet for alle de produkter, som på grund af deres egenskaber er særligt egnede til at opfylde vedvarende behov, og

som kun i ringe omfang kan erstattes af andre produkter. Det må imidlertid bemærkes, at afgrænsningen af det relevante marked tjener til at afgøre, om vedkommende virksomhed har mulighed for at hindre en effektiv konkurrence og for at anlægge en i væsentligt omfang uafhængig adfærd i forholdet til konkurrenter, kunder og forbrugere. Ved undersøgelsen i så henseende kan man derfor ikke begrænse sig alene til de omhandlede varers objektive karakteristika; også konkurrencevilkårene og efterspørgsels- og udbudsstrukturen på det pågældende marked må tillægges betydning«⁶.

28. I den anfægtede doms præmis 65 fastslog Retten, at det var tilstrækkeligt til at godtgøre Tetra Pak's dominerende stilling på markedet for emballering af mejeriprodukter, at størstedelen af kartonemballeringssystemerne anvendtes til disse produkter, og at det var uden betydning, at der fandtes udstyr, der kunne substituere maskiner til emballering af andre produkter end mælk. Tetra Pak har kritiseret denne argumentation under henvisning til, at den kvantitative betydning af sektoren for emballering af andre produkter end mælk i forhold til sektoren for emballering af mejeriprodukter er helt uden betydning for afgrænsningen af det relevante produktmarked, der skal ske ved anvendelse af kriteriet om tilstrækkelig substituerbarhed. Ifølge Tetra Pak har Retten fejlagtigt i dommens præmis 74-77 fundet, at systemerne til aseptisk og ikke-aseptisk emballering af frugtsaft — som er det vigtigste flydende produkt ved siden af mælk —

ikke er substituerbare, alene på grund af forbrugernes procentvise andel i efterspørgslen efter de to produkter, uden at tage hensyn til deres egnethed til at opfylde de samme behov. Tetra Pak finder derfor, at Retten har begået en fejl ved at lade de relevante markeder omfatte markedet for emballering af andre produkter end mælk.

29. Tetra Pak's argument kan ikke godtages, og jeg finder, at Retten har anvendt kriteriet om tilstrækkelig substituerbarhed korrekt i den anfægtede dom. Dette kriterium, som benyttes ved afgrænsningen af det relevante produktmarked, består i en analyse af, om de i sagen omhandlede produkter indbyrdes kan substitueres eller er tilstrækkeligt substituerbare under hensyntagen til deres objektive kriterier og markedsforholdene (konkurrencen og udbuds- og efterspørgselsstrukturen). Hvis der ikke er mulighed for substitution, eller den er meget begrænset, hører produkterne til særskilte markeder.

30. Afgrænsningen af det relevante produktmarked er i øvrigt ikke et abstrakt tankeeksperiment, men et nyttigt instrument ved afgørelsen af, om en virksomhed har en dominerende stilling. Som følge heraf kræver en anvendelse af kriteriet om tilstrækkelig substituerbarhed, at der foretages en vurdering af konkurrenceforholdene og udbuddet og efterspørgslen på det pågældende mar-

6 — Dommen i sagen Michelin mod Kommissionen, jf. ovenfor, præmis 37.

ked⁷. Rettens begrundelse i den anfægtede dom er derfor til fulde gyldig, for så vidt som det antages, at den procentdel af kartoner, der er bestemt til emballering af mejeriprodukter, og den procentdel, der er bestemt til emballering af andre produkter, er af betydning for en afgrænsning af det relevante marked. Dette forhold indgår i efterspørgselsstrukturen for maskinerne og de aseptiske og ikke-aseptiske kartoner og kan som følge heraf tages i betragtning ved anvendelsen af substitutionskriteriet på samme måde som de karakteristiske træk ved selve produkterne.

Når et produkt, som f.eks. aseptiske og ikke-aseptiske maskiner og kartoner, kan anvendes til forskellige formål (emballage af mejeriprodukter og andre produkter), findes der ikke i Fællesskabets retspraksis nogen regel, der påbyder, at en afgrænsning af de enkelte markeder skal ske i forhold til produktets anvendelse. I præmis 29 i dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen⁸ overvejede Domstolen muligheden af, at der fandtes to særskilte markeder, hvoraf det ene omfattede vitaminer bestemt til biologisk-ernæringsmæssig anvendelse, og det andet vitaminer bestemt til teknologiske formål, men kom til sidst frem til, at vitaminerne udgjorde ét, og kun ét marked uanset deres anvendelse og til trods for, at der fandtes konkurrerende vitaminprodukter til teknologiske formål. På den anden side antog Domstolen i dommen i sagen AKZO mod Kommissionen⁹ (herefter »AKZO«-

dommen), at markedet for organiske peroxider måtte anses for et marked, til trods for at de både anvendes til fremstilling af plast og som tilsætningsstoffer til mel. Om markedet for et produkt, der kan anvendes til forskellige formål, udgør ét marked, afhænger, når alt kommer til alt, af sagens konkrete omstændigheder, og Retten har i dommens præmis 64 påvist, at maskiner og kartoner til aseptisk og ikke-aseptisk emballering er relevante markeder, uafhængigt af om de skal anvendes til emballering af mejeriprodukter eller andre flydende levnedsmidler.

31. Tetra Pak finder ligeledes, at Retten har begået en retlig fejl, når den i dommens præmis 71 antager, at den marginale andel, som aseptiske emballager, der anvender andre materialer end karton, havde af markedet, var tilstrækkelig til at udelukke en tilstrækkelig substituerbarhed i forhold til aseptiske kartoner. Denne kritik må afvises, fordi markedsandelen for et produkt i forhold til et andet er et forhold, der kan tages i betragtning ved anvendelsen af kriteriet om tilstrækkelig substituerbarhed. Dersom man nemlig over et rimelig langt tidsrum konstaterer en parallelitet mellem en stigning eller et fald i efterspørgselen efter et produkt i forhold til et andet, kan dette være et indicium for, at de to produkter er tilstrækkeligt substituerbare. Dommen i sagen Istituto Chemioterapico og Commercial Solvents mod Kommissionen (herefter »Commercial Solvents-sagen«)¹⁰ underbygger denne konklusion, idet det heri fastslås, at den omstændighed, at der findes andre mulige fremstillingsmetoder, som er af eksperimentel karakter eller benyttes i lille målestok, er

7 — Se C. Bellamy og G. Child: *Derecho de la competencia en el mercado común*, Civitas, Madrid, 1992, s. 508 ff., og V. Korah: *An introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Sweet & Maxwell, London, 1994, s. 69 ff.

8 — Dom af 13.2.1979, sag 85/76, Sml. s. 461.

9 — Dom af 3.7.1991, sag C-62/86, Sml. I, s. 3359, præmis 45.

10 — Dom af 6.3.1974, forenede sager 6/73 og 7/73, Sml. s. 223, præmis 15.

uden praktisk betydning ved afgørelsen af, hvorvidt det råmateriale (nitropropan eller aminobutanol), der krævedes til fremstilling af ethambutol og særlige lægemidler på basis af dette produkt, udgør det relevante marked.

B — Det andet anbringende vedrørende forholdet mellem det dominerede marked og det påberåbte misbrug

32. Tetra Pak har endelig rejst indsigelse mod, at den anfægtede dom alene har taget hensyn til substitutionsmuligheden på kort sigt ved afgørelsen af, om der var en tilstrækkelig substituerbarhed mellem markedet for aseptisk emballering og markedet for ikke-aseptisk emballering. Dette argument må forkastes, fordi Retten i dommens præmis 66 til 70 i fornødent omfang har fastslået, at de aseptiske og ikke-aseptiske emballeringssystemer ikke er indbyrdes substituerbare, og Tetra Pak har vedgået, at en ændring af denne situation på langt sigt ville kræve en langvarig og kostbar proces med reklamekampagner og annoncer for disse former for emballage for at påvirke forbrugerne, da emballageprisen er af ringe betydning for den endelige pris på levnedsmidlet.

34. Ifølge appellantens har Retten med urette antaget, at Tetra Pak's handelspraksis på de ikke-aseptiske markeder var en overtrædelse af artikel 86 i EF-traktaten, idet virksomheden ikke havde en dominerende stilling på disse markeder. Efter Tetra Pak's opfattelse kræves det ifølge artikel 86, at misbruget finder sted, eller at dets virkninger slår igennem på det dominerede marked, eller med andre ord, at den dominerende stilling og misbruget vedrører samme produktmarked.

35. Dette anbringende er af stor betydning, fordi det kræver, at Domstolen tager stilling til forholdet mellem den dominerende stilling og misbruget i relation til forbuddet i artikel 86. Det er første gang, at dette spørgsmål rejses så klart og med en sådan prægnans for Domstolen, og dets afgørelse vil få afgørende indflydelse på afgrænsningen af anvendelsesområdet for artikel 86.

33. På grundlag af disse betragtninger finder jeg, at Retten har anvendt kriteriet om tilstrækkelig substituerbarhed korrekt, og at dette anbringende i den af Tetra Pak anlagte appelsag bør forkastes.

36. Inden min gennemgang af, om Rettens afgørelse retligt set er korrekt, finder jeg det hensigtsmæssigt at fremsætte en almindelig betragtning vedrørende forholdet mellem den dominerende stilling og misbruget, eller hvilket er det samme, mellem det dominerede marked og det marked, der berøres af misbruget, med henblik på anvendelsen af artikel 86.

37. Artikel 86 forbyder »en eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf ... i den udstrækning, samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes«. Dette forbud kræver derfor, at det godtgøres, at den pågældende virksomhed har en dominerende stilling og misbruger denne, samt at samhandelen mellem medlemsstater påvirkes. For så vidt angår begrebet dominerende stilling nævnes i artikel 86 alene betingelserne vedrørende dens geografiske omfang (indflydelse på fællesmarkedet eller en væsentlig del af dette), og Domstolen har i sin praksis udviklet begrebet det relevante produktmarked med henblik på en afgrænsning af det handelsområde, inden for hvilket konkurrenceforholdene og virksomhedens økonomiske magtposition skal undersøges ¹¹.

38. Artikel 86 giver heller ingen oplysninger om forholdet mellem den dominerende stilling og et misbrug af denne, hvorfor artiklen principielt lader alle muligheder stå åbne for så vidt angår en eventuel stedfæstelse af misbruget på det relevante marked. På grundlag af Fællesskabets retspraksis kan der opstilles følgende eksempler på forbindelsen mellem en dominerende stilling og misbrug:

a) Den dominerende stilling og misbruget findes på samme marked.

b) Misbruget finder sted på det dominerede marked, men dets virkninger gør sig gældende på et andet marked, hvor virksomheden ikke indtager en dominerende stilling.

c) Misbruget begås på et marked, hvor virksomheden ikke har indtaget en dominerende stilling med henblik på at styrke dens stilling på det dominerede marked.

d) Misbruget begås på et andet marked, som er nært forbundet med det marked, virksomheden dominerer.

e) Den dominerende stilling og misbruget finder sted på forskellige markeder, der ikke er indbyrdes forbundne.

Artikel 86 finder anvendelse i de tre første tilfælde, som allerede er genstand for en praksis ved Domstolen, men ikke i det sidste. Det fjerde eksempel er under denne sag for første gang forelagt Fællesskabets retsinstanser, og Retten har løst problemet ved at anvende artikel 86 på nøjagtig samme måde, som Kommissionen havde gjort det i beslutningen.

11 — Begrebet det relevante marked og problemer i tilknytning hertil behandles i C. Bolzè: »Abus de position dominante«, *Répertoire Dalloz de droit communautaire*, 1992.

39. Eksempel a), hvor misbruget finder sted på det dominerede marked, er det typiske tilfælde, hvori artikel 86 er anvendelig. Domstolens praksis er her helt klar, og det antages, som Kommissionen og Tetra Pak erkender, at forbuddet i artikel 86 er anvendeligt i disse tilfælde ¹².

40. Den modsatte situation foreligger, når en virksomhed har en dominerende stilling på et marked og gør sig skyldig i former for handelsmæssig praksis, der bevirker misbrug på et andet marked, som hverken er forbundet med eller tilknyttet det dominerede marked [eksempel e)]. I punkt 18 i duplikken indstiller Kommissionen, at Domstolen ikke tager stilling til, om artikel 86 kan finde anvendelse på disse tilfælde, hvor der ikke er nogen forbindelse mellem den dominerende stilling og det dominerede marked på den ene side og det ikke-dominerede marked og den handelsmæssige adfærd på dette marked på den anden side. Ifølge Kommissionen kan den foreliggende sag ikke henføres under den situation, hvorfor den ikke har givet anledning til en tilstrækkelig udveksling af argumenter mellem parterne.

41. Jeg kan ikke tilslutte mig Kommissionens synspunkt, og jeg finder det hensigtsmæssigt at tage stilling til, om artikel 86 kan

anvendes i tilfælde, hvor der mangler forbindelse mellem den dominerende stilling og misbruget, fordi de giver sig udslag på forskellige, indbyrdes uafhængige markeder. For så vidt angår det her nævnte eksempel findes der i Domstolens praksis kun to udtrykkelige, men i øvrigt indbyrdes modsigende opfattelser, som begge er fremsat af generaladvokater.

I sit forslag til afgørelse i Michelin-sagen har generaladvokat VerLoren van Themaat hævdet, at misbrug af en dominerende stilling ifølge ordlyden af artikel 86 kan finde sted på et relevant marked, hvor den pågældende virksomhed ikke har en dominerende stilling ¹³.

Domstolen har antaget, at misbrugsbegrebet er et objektivt begreb, således at Kommissionen ikke er forpligtet til at godtgøre, at der er årsagsforbindelse mellem den dominerende stilling og forretningsmetoder, der må anses for misbrug ¹⁴. I AKZO-sagen udtalte generaladvokat Lenz, at »dette dog ikke [indebærer], at en dominerende stilling og misbrug heraf kan ligge så vidt fra hinanden, at de to forhold kan findes på forskellige relevante markeder. Helt at give afkald på sammenfald mellem det dominerede og det berørte marked ville imidlertid bryde den i forvejen svage forbindelse, der her består mellem markedsstyrke og misbrug« ¹⁵.

12 — Dom af 21.2.1973, sag 6/72, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, Sml. s. 215, herefter »Continental Can«, af 14.2.1978, sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, Sml. s. 207, og af 2.3.1994, sag C-53/92 P, Hilti mod Kommissionen, Sml. I, s. 667.

13 — Generaladvokat VerLoren van Themaat's forslag til afgørelse i Michelin-sagen, se fodnote 5, s. 3529 ff.

14 — Dommen i Hofmann-La Roche-sagen, præmis 91, fodnote 8 ovenfor.

15 — Generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse i AKZO-sagen, punkt 42, se fodnote 9.

42. For mit vedkommende finder jeg ikke, at den dominerende stilling kan adskilles fra misbruget i et sådant omfang, at de kan findes på helt forskellige og adskilte markeder. Denne løsning ville nemlig indebære, at en virksomhed, der har en dominerende stilling på et marked, ikke kunne konkurrere på lige vilkår med andre virksomheder på andre markeder, fordi de former for handelspraksis, der kræves for at få adgang til andre markeder, i de fleste tilfælde ville indebære et misbrug af virksomhedens dominerende stilling. Yderligere bevirker en dominerende stilling på et marked ikke nødvendigvis, at virksomheden opnår en gunstigere konkurrenceposition, når den handler på andre, særskilte markeder, end andre virksomheder. En stor virksomhed, der har betydelige andele af forskellige markeder uden dog at være dominerende på nogle af disse, har lettere ved at få adgang til et nyt marked gennem en aggressiv handelspolitik end en virksomhed med et mindre økonomisk potentiale, som har en dominerende stilling på et marked. Det er derfor ikke logisk, at sidstnævnte skulle være undergivet det særlige ansvar ifølge artikel 86, når virksomheden handler på markeder, der er fuldstændig uafhængige af det dominerede marked. Det modsatte resultat ville ikke bidrage til, at konkurrencen på det indre marked ikke fordrejes, i overensstemmelse med målsætningen i artikel 3, litra g), i EF-traktaten, ud fra hvilken artikel 86 bør fortolkes.

43. Det er mellem disse modsætninger, de øvrige tre situationer skal placeres. Eksempel b) og c) har allerede været behandlet i en række domme, hvori det er fastslået, at artikel 86 finder anvendelse.

44. I eksempel b) finder misbruget sted på det dominerede marked, men får virkning på et andet marked, hvor virksomheden ikke indtager en dominerende stilling. Ved dommen i Commercial Solvents-sagen fandtes den adfærd, der udvistes af virksomheden Commercial Solvents, der havde nægtet at levere Zoja den råvare (aminobutanol), som var nødvendig til fremstillingen af lægemidlet ethambutol, der blev anvendt i behandlingen af tuberkulose, at være i strid med artikel 86. Commercial Solvents havde en dominerende stilling på markedet for de råvarer, der var nødvendige til fremstilling af det pågældende lægemiddel, og virksomhedens leveringsnægtelse var udtryk for misbrug af en dominerende stilling på det dominerede marked, men fik virkning på markedet for lægemidler mod tuberkulose, som det søgte at trænge ind på.

I sagen CBEM/CLT og IPB¹⁶ (herefter »CBEM«) fandtes der at foreligge misbrug af en dominerende stilling som følge af, at virksomheden CLT, der var ejer af tv-kanalen RTL, havde givet sit datterselskab IPB eneret til reklameudsendelserne og nægtede at levere de tjenesteydelser, som var nødvendige for, at telemarketingvirksomheder kunne udvide deres aktiviteter gennem tv-kanalen RTL. CLT og IPB dominerede markedet for fransksprogede tv-reklamer i Belgien og ønskede at trænge ind på det marked, der var forbundet med telemarketing, hvorfor de udviste en konkurrencestridig adfærd på det dominerede marked — nemlig ved at nægte at udsende salgsreklamer i fjernsynet, der ikke benyttede IPB's telefonnummer — hvilket øvede indflydelse på de forberedende arbejdsopgaver i tilknytning til telemarke-

16 — Dom af 3.10.1985, sag 311/84, Sml. s. 3261.

ting, hvor de ikke indtog en dominerende stilling.

I disse to sager anvendte de virksomheder, der havde en dominerende stilling på et bestemt marked, former for handelspraksis, der måtte anses for misbrug på det dominerede marked for, uden at dette var objektivt nødvendigt, at forbeholde sig selv forberedende eller afledte arbejdsopgaver på et tilstødende, men særskilt marked, hvor de ikke indtog en dominerende stilling. Virkningerne af misbruget på det ikke-dominerede marked blev tillagt betydning ved afgørelsen af, om artikel 86 muligt kunne finde anvendelse ¹⁷.

45. I eksempel c) begås misbruget, i modsætning til eksempel b), på et marked, hvor virksomheden ikke indtager en dominerende stilling, for at styrke dens stilling på det dominerede marked.

Omstændighederne i AKZO-sagen kan, med visse forbehold, henføres til dette eksempel. Sagen drejede sig i det væsentlige om, at AKZO havde anvendt underpriser ved salg af organiske peroxider, der benyttedes som tilsætningsstoffer til mel, med henblik på at svække virksomheden ECS's position i denne sektor for at hindre den i at få adgang

til markedet for organiske peroxider beregnet til fremstilling af plast, hvilket marked var domineret af AKZO. Domstolen fandt, at det relevante marked var det samlede marked for organiske peroxider, selv om den lidt uklart ¹⁸ sondrede mellem to sektorer, nemlig sektoren for peroxider til fremstilling af plast og sektoren for peroxider, der benyttedes som tilsætningsstoffer til mel. AKZO's misbrug — der bestod i unormalt lave priser — fandt sted inden for den sidstnævnte sektor af det relevante marked, men havde til formål at fremkalde virkninger inden for sektoren for peroxider, til fremstilling af plast, som var AKZO's hovedmarked ¹⁹.

I dommen i sagen BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen ²⁰, der senere blev stadfæstet af Domstolen (herefter »British Gypsum«) ²¹, antog Retten, at artikel 86 fandt anvendelse på en fordel, som den pågældende virksomhed, der havde en dominerende stilling på markedet for gipsplader, ydede på et særskilt marked, nemlig gipsmarkedet, men alene til »trofaste« kunder, der udelukkende købte gipsplader hos denne virksomhed. Virksomheden gav fortrinsret med hensyn til levering af gips til kunder, som købte deres gipsplader hos virksomheden, for at hindre eller at vanskeliggøre indførslen af gipsplader fra andre medlemsstater. Som følge heraf havde den handelspraksis, som fulgtes på gipsmarkedet, til formål at styrke virksomhedens dominerende stilling på markedet for gipsplader.

18 — Ovennævnte dom i AKZO-sagen, præmis 40-45, fodnote 9.

19 — Se R. Subiotto's kommentarer: »The Special Responsibility of Dominant Undertakings Not to Impair Genuine Undistorted Competition«, *World Competition*, 1995, s. 11 og 12.

20 — Rettens dom af 1.4.1993, sag T-65/89, Sml. II, s. 389.

21 — Dom af 6.4.1995, sag C-310/93 P, Sml. I, s. 865.

17 — Se dommen i sagen Commercial Solvents mod Kommissionen, præmis 22, jf. fodnote 10.

Denne retspraksis udvider anvendelsesområdet for artikel 86, således at det omfatter enhver form handelsmæssig adfærd, der er udtryk for misbrug, og som indvirker på det dominerede marked, selv om det finder sted på særskilte markeder²². I disse tilfælde svækkes forbindelsen mellem den dominerende stilling og misbruget, selv om den fortsat består, idet virkningerne af misbruget viser sig på det dominerede marked.

46. Eksempel d) — misbrug begået på et særskilt marked, der er tilgrænsende og forbundet med det dominerede marked — er udtryk for en yderligere smidiggørelse af forholdet mellem misbruget og den dominerende stilling. Fællesskabets hidtidige retspraksis omfatter ikke sager af denne kategori, og den anfægtede dom er derfor en betydelig nyskabelse i retspraksis vedrørende anvendelsen af artikel 86. Derfor vil jeg gennemgå Rettens begrundelse i den anfægtede dom, hvorefter jeg vil se på, om afgørelsen er rigtig, henset til de argumenter, appellanten har gjort gældende.

47. I præmis 122 i den appellerede dom anfører Retten, at:

»... Tetra Pak's adfærd på de ikke-aseptiske markeder må antages at være omfattet af traktatens artikel 86, uden at det er nødven-

digt at føre bevis for en dominerende stilling på disse markeder isoleret set, for så vidt som virksomhedens ledende position på de ikke-aseptiske markeder, sammenholdt med den nære forbindelse, der består mellem disse to markeder og de aseptiske markeder, sikrede Tetra Pak en uafhængig adfærd i forhold til andre erhvervsdrivende på de ikke-aseptiske markeder, hvilket i henhold til artikel 86 kan begrunde, at virksomheden har en særlig forpligtelse til at opretholde en effektiv, ufordrejet konkurrence på disse markeder«.

48. Retten begrundede denne konklusion med, at Tetra Pak indtager en dominerende stilling på markederne for maskiner og aseptiske kartoner, idet koncernen har en markedsandel på ca. 90%, at PKL, der har de resterende 10% af markederne, er eneste konkurrent, og at tilgangen af nye konkurrenter er begrænset som følge af talrige patenter og store teknologiske barrierer.

49. Herefter undersøger Retten, om Tetra Pak's adfærd på de ikke-aseptiske markeder opfylder kravene for anvendelse af artikel 86. I denne forbindelse tiltrådte Retten Kommissionens begrundelse i beslutningen, hvorefter det ikke findes fornødent at tage stilling til, om Tetra Pak havde en dominerende stilling på de ikke-aseptiske markeder med henblik på anvendelsen af artikel 86. På baggrund af

22 — Se i denne retning, L. Sanfilippo: »Abuse of Freedom of Conduct: Neighbouring Markets and Application of Article 86«, *European Business Law Review*, marts 1995, s. 73.

Domstolens praksis²³ var det forholdsvis let at påvise eksistensen af denne dominerende stilling, som fastslået af Retten²⁴ og Kommissionen²⁵. I 1985 havde Tetra Pak således ca. 48% af markedet for kartoner og 52% af markedet for ikke-aseptiske maskiner. I 1987 androg denne andel ca. 55%, hvorved den oversteg de to hovedkonkurrenters samlede markedsandele med 10-15%.

50. Retten har i den anfægtede doms præmis 13 fastslået, at artikel 86 ikke udtrykkeligt kræver, at misbruget skal kunne henføres til det relevante produktmarked. På grundlag af en fortolkning af Domstolens tidligere praksis når Retten til følgende resultat:

»... Det materielle anvendelsesområde for de særlige forpligtelser, der påhviler en virksomhed i en dominerende stilling, [skal] følgelig vurderes under hensyn til de særlige omstændigheder af enhver art, der følger af, at konkurrenceforholdene er svækkede« (præmis 115).

»Det fremgår således heraf, at sagsøgerens anbringender om, at Fællesskabets retsinstanser skulle have udelukket enhver mulig-

hed for at anvende artikel 86 på en handling, der er begået af en virksomhed, der indtager en dominerende stilling på et særskilt marked i forhold til det, virksomheden dominerer, således må forkastes« (præmis 116).

51. I den foreliggende sag fandt Retten, at den handelsmæssige adfærd, Tetra Pak udviser på de ikke-aseptiske markeder, stred mod det særlige ansvar, der påhvilede denne virksomhed i medfør af forbuddet i artikel 86, på grund af den fremherskende stilling, virksomheden havde på de ikke-aseptiske markeder, og som følge af den snævre forbindelse mellem disse og de aseptiske markeder, på hvilke Tetra Pak indtog en dominerende stilling.

52. I dommens præmis 115 henviste Retten til Domstolens praksis i Commercial Solvents-, CBEM-, AKZO- og British Gypsum-sagerne som begrundelse for at fastslå, at artikel 86 finder anvendelse på en handling, der begås af en virksomhed, der indtager en dominerende stilling på et andet marked end det, virksomheden dominerer. Disse domme vedrører eksempel b) og c), som jeg har nævnt ovenfor, og de kan kun i begrænset omfang påberåbes som præcedens for en sag som den foreliggende²⁶. I alle

26 — I sit forslag til afgørelse i sagen British Gypsum rejser generaladvokat Léger spørgsmålet om, hvorvidt man kan tage hensyn til et misbrug, der begås på et andet marked end det, hvor den dominerende stilling er blevet påvist. Med udgangspunkt i dommene i sagerne Commercial Solvents mod Kommissionen, AKZO og CBEM finder han, at Domstolen har besvaret dette spørgsmål bekræftende, når der er forbindelse mellem de to markeder. Han finder dommen i Tetra Pak-sagen, som nærværende appelsag vedrører, endnu et eksempel, der peger i denne retning. Se særlig punkt 82-85 i hans forslag til afgørelse i sagen British Gypsum, jf. fodnote 21.

23 — Domstolen fastslog i AKZO-sagen, at en markedsandel på 50% i sig selv er bevis for en dominerende stilling, medmindre der foreligger ekstraordinære omstændigheder, jf. præmis 13 i den ovenfor i fodnote 9 nævnte dom.

24 — Præmis 119 i den anfægtede dom.

25 — Beslutningens punkt 99.

disse domme fandtes der nemlig en forbindelse mellem den dominerende stilling og misbruget i relation til det relevante marked, eftersom misbruget fandt sted på det dominerede marked og havde virkninger på et andet marked, eller misbruget fandt sted på et andet marked, men med henblik på at styrke virksomhedens stilling på det dominerede marked. I den foreliggende sag dominerer Tetra Pak markederne for aseptisk emballering og begår misbrug på markederne for ikke-aseptisk emballering, således at virksomhedens dominerende stilling og misbruget findes på forskellige markeder. Der er således tale om en sag, som til forskel fra de sager, der hidtil er blevet behandlet i Fællesskabets retspraksis, hører under eksempel d) på grund af forbindelserne mellem de aseptiske og de ikke-aseptiske markeder, og ikke under tilfælde e) — dominerende stilling og misbrug på forskellige, uafhængige markeder — således at en anvendelse af artikel 86 ikke kan udelukkes.

De af Retten anførte domme tjener ganske enkelt til støtte for den løsning, der er valgt i den anfægtede dom, for så vidt som de afspejler en tendens i Domstolens praksis til gradvis at gøre forholdet mellem den dominerende stilling og misbruget mere fleksibelt, dog uden helt at se bort herfra, eftersom der stadig er en vis forbindelse mellem det dominerede marked og det marked, hvor misbruget finder sted, for så vidt som misbruget og dets virkninger har betydning for begge markeder.

53. På dette punkt af gennemgangen opstår der spørgsmål om, hvorvidt forbuddet i artikel 86 kan finde anvendelse på de former for

misbrug, som begås af Tetra Pak på de ikke-aseptiske markeder, som det f.eks. antages i den anfægtede dom, når henses til Domstolens praksis vedrørende artikel 86.

54. Personlig finder jeg, at den løsning, som er valgt af Retten i den anfægtede dom, er en kohærent og acceptabel udvikling af retspraksis, som er logisk på baggrund af det objektive misbrugsbegreb, der er fastlagt af Domstolen²⁷. Jeg finder, at den snævre forbindelse mellem to relevante markeder er tilstrækkeligt til at opfylde det krav om sammenhæng mellem den dominerende stilling og misbruget, som efter Domstolens praksis kræves ifølge artikel 86.

Denne forbindelse findes ikke, dersom de to relevante markeder ikke er forbundne. I så tilfælde vil artikel 86, som jeg allerede har nævnt, ikke være anvendelig, fordi dette ville skade den frie konkurrence på det indre marked. Men når der er tale om to snævert forbundne eller nært sammenhængende markeder, kan forbuddet i artikel 86 dog finde anvendelse på misbrug, der begås på det ikke-dominerede marked af den virksomhed, som har en dominerende stilling på det andet marked. Denne mulighed ville stemme overens med Domstolens praksis, der har gjort reglen om, at det dominerede marked skal være det samme som det, der rammes af

27 — Se bl. a. præmis 27 i dommen i Continental Can-sagen, der er nævnt i fodnote 12, og præmis 91 i dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, der er nævnt i fodnote 8.

misbruget, mere fleksibel, således at artikel 86 kan finde anvendelse på tilfælde, hvor følgerne af det misbrug, der begås på det dominerede marked, udstrækkes til et andet marked, og tilfælde, hvor misbruget begås på et ikke-domineret marked med henblik på at styrke den dominerende virksomheds stilling på et andet marked.

55. Godtagelsen af kriteriet om nær sammenhæng mellem de to markeder udgør den yderste grænse for opblødning af reglen om, at det dominerede marked skal være det samme som det, der berøres af misbruget. Dette kriterium fjerner sig ikke i alt for høj grad fra kriteriet vedrørende misbrugets virkninger, som Domstolen har fastslået i de domme, der kan henføres til eksempel b) og c), som jeg har omtalt ovenfor, da virkningerne af et misbrug, der begås på et marked, vil indvirke så meget desto stærkere på det andet, desto nærmere de er forbundet.

56. Der skal ske en nøje afgrænsning af anvendelsen af artikel 86 på disse tilfælde af misbrug på et forbundet marked, som begås af en virksomhed, der har en dominerende stilling på et andet marked, for at undgå, at Kommissionen benytter denne mulighed for uberettiget at udvide anvendelsesområdet for forbuddet mod misbrug af dominerende stilling. Dette resultat kan nemlig opnås, såfremt der foretages en meget snæver afgrænsning af det relevante marked, således at det er nemt at tage stilling til virksomhedens dominerende stilling, og herefter at vurdere om andre tilgrænsende markeder er nært forbundne med det relevante marked, således at den pågældende virksomhed må bære det særlige ansvar i medfør af artikel 86, for så

vidt angår virksomhedens aktiviteter på disse andre markeder.

57. Det er som udgangspunkt ikke muligt at fastlægge begrebet snævert forbundne eller sammenhængende markeder helt præcist. Det er et spørgsmål, som må afgøres sag for sag af de kompetente myndigheder med henblik på anvendelsen af Fællesskabets konkurrenceregler. I denne vurdering må man bl. a. tage følgende forhold i betragtning: efterspørgsels- og udbudsstrukturen på markederne, de karakteristiske egenskaber ved produkterne, den omstændighed, at den dominerende virksomhed anvender sin styrke på det dominerede marked til at trænge ind på et hermed forbundet marked, den dominerende virksomheds markedsandel af det ikke-dominerede marked og omfanget af den pågældende virksomheds kontrol over det dominerede marked. En sådan vurdering er ikke, som hævdet af Tetra Pak i appelskriftet, i strid med retssikkerhedsprincippet. Desuden kræves der en nær forbindelse mellem det dominerede marked og det marked, der rammes af misbruget, hvorfor denne nye anvendelse af artikel 86 forudsætter en streng fortolkning, således at der næppe bliver tale om, at den vil kunne finde anvendelse på et større antal sager ²⁸.

58. Jeg vil nu undersøge, om Retten i den anfægtede dom har fulgt de principper, jeg netop har gjort rede for, da den lod artikel 86 finde anvendelse på tilfælde, hvor en dominerende stilling og misbrug var påvist på forskellige, men dog snævert forbundne markeder.

28 — Se i denne retning N. Levy: »Tetra Pak II: Stretching the Limits of Article 86?«, *European Competition Law Review*, 1995, nr. 2, s. 109.

59. I dommens præmis 120 og 121 påviser Retten en snæver forbindelse mellem de aseptiske og de ikke-aseptiske markeder, som den begrundet med henvisning til en række faktiske omstændigheder, som ikke på ny kan påkendes under en appelsag. Der er tale om følgende forhold:

— Såvel de aseptiske som de ikke-aseptiske maskiner og kartoner anvendes til emballering af samme former for flydende levnedsmidler, først og fremmest mejeriprodukter og frugtsaft.

— En stor del af Tetra Pak's kunder opererer såvel inden for den aseptiske som den ikke-aseptiske sektor. Tetra Pak har bekræftet, at omkring 35% af dets kunder i 1987 var aftagere af såvel aseptiske som ikke-aseptiske systemer.

— For så vidt angår producenterne var to af disse, Tetra Pak og PKL, allerede aktive på de fire markeder, og den tredje producent, Elopak, der er godt indarbejdet inden for den ikke-aseptiske sektor, havde længe forsøgt at komme ind på de aseptiske markeder.

— Tetra Pak dominerede næsten fuldstændigt det aseptiske marked, idet virksomheden havde en markedsandel på nær ved

90%. Tetra Pak's solide stilling inden for den aseptiske sektor gjorde virksomheden til en nærmest uomgængelig leverandør af aseptiske systemer til virksomheder, der både producerer friske og langtidsholdbare flydende levnedsmidler, og sikrede virksomheden en privilegeret stilling som leverandør af ikke-aseptiske systemer.

— Som følge af Tetra Pak's teknologiske forspring og virksomhedens monopolliggende stilling inden for den aseptiske sektor, var den i stand til at koncentrere sin konkurrencemæssige indsats på de tilgrænsende ikke-aseptiske markeder, hvor den allerede var godt indarbejdet, uden at frygte reaktioner inden for den aseptiske sektor.

60. På grundlag af samtlige disse faktiske omstændigheder finder jeg, at Retten til overmål har påvist, at der er en nær sammenhæng mellem de aseptiske og de ikke-aseptiske markeder. Retten har taget hensyn til de karakteristiske træk ved udbuds- og efterspørgselsstrukturen, Tetra Pak's stilling på det dominerede marked og det forbundne marked samt den strategi, den dominerende virksomhed anvender, for at trænge ind på det ikke dominerede marked. Denne vurdering godtgjorde på alle punkter, at der var sammenhæng mellem de aseptiske og de ikke-aseptiske markeder, og gav grundlag for at antage, at Tetra Pak også på de ikke-aseptiske markeder kunne udvise en uafhængig adfærd i forhold til de øvrige erhvervsdrivende.

61. Appellanten finder ikke, at denne løsning kan forsvares, idet Domstolen i tilsvarende sager, den har fået forelagt til påkendelse, har afvist den, hvilket konkret var tilfældet i Hoffmann-La Roche-sagen og i Michelin-sagen. Appellantens gennemgang af disse to domme kan ikke tiltrædes.

I Hoffmann-La Roche-sagen antog Domstolen, at der fandtes otte relevante markeder, der bestod af otte forskellige vitamigrupper. Hoffmann-La Roche havde en dominerende stilling på samtlige disse markeder med undtagelse af markedet for B₃-vitamin, hvor dets markedsandel var mindre. Virksomheden blev dømt for at have anvendt en handelspraksis, der var udtryk for misbrug, på de syv dominerede markeder, men ikke for sin praksis på markedet for B₃-vitamin. I dette tilfælde havde Kommissionen ikke gjort gældende, at der var nær sammenhæng mellem dette marked og de andre syv vitaminmarkeder, og desuden fastslog Domstolen, at Hoffmann-La Roche ikke havde nogen fordele på markedet for B₃-vitamin ved at levere de øvrige syv vitaminer, idet virksomhedens konkurrenter kunne levere en lang række andre produkter til køberne af dette produkt²⁹. Som Kommissionen har anført i svarskriftet, er forholdet i den foreliggende sag, at Tetra Pak's fordele på de ikke-aseptiske markeder som følge af dets monopollignende stilling på de aseptiske markeder ikke opvejes af muligheden for, at virksomhedens konkurrenter kan tilbyde kunderne andre former for produkter på de ikke-aseptiske markeder.

For så vidt angår Michelin-sagen har Retten med rette i den anfægtede doms præmis 116 afvist, at denne dom skulle være af betydning for den foreliggende sag. I Michelin-sagen fandtes en tillægsbonus, der ydedes på grundlag af salgsmål på markedet for dæk til personbiler af Michelin i Nederlandene, ikke i strid med artikel 86, fordi den ikke udgjorde en ydelse i tilslutning til det bonus-system, som Michelin anvendte på markedet for lastbildæk, hvor virksomheden havde en dominerende stilling, og som blev anset for uforenelig med forbuddet i artikel 86. Mellem markedet for dæk til personbiler og markedet for dæk til lastbiler fandtes der ikke nogen snæver forbindelse på grund af de betydelige forskelle mellem udbuds- og efterspørgselsstrukturen på begge markeder, som Domstolen fremhævede ved sin afgrænsning af det relevante marked³⁰. Omstændighederne i Michelin-sagen svarer således ikke til omstændighederne i den anfægtede dom.

62. På grundlag af det således anførte finder jeg, at dette anbringende bør forkastes.

C — Det tredje anbringende vedrørende koblingssalg af kartoner og emballeringsmaskiner

63. Med dette anbringende anfægtes Rettens anvendelse af artikel 86, litra d), i den anfæg-

29 — Dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 46, jf. fodnote 8.

30 — Dommen i sagen Michelin mod Kommissionen, præmis 39 til 44, jf. fodnote 5.

tede dom, under henvisning til, at Retten ikke tillagde det betydning, at Tetra Pak's koblingssalg var begrundet i den naturlige forbindelse mellem kartoner og emballeringsmaskiner, og at det var i overensstemmelse med handelssædvaner inden for denne sektor.

64. Retten har i den anfægtede doms præmis 131 til 141 udtalt, at Tetra Pak i sine kontrakter indsatte standardbestemmelser, der forpligtede medkontrahtenten til alene at benytte Tetra Pak-kartoner i de maskiner, virksomheden havde solgt (bestemmelse (xi)) og til alene at købe kartoner hos Tetra Pak eller hos en af Tetra Pak udpeget forhandler (bestemmelse (x) og (xxv)) med det formål at gøre markedet for kartoner og emballeringsmaskiner til fuldstændigt uadskillelige markeder.

De øvrige 24 kontraktbestemmelser — (bestemmelse (i)-(viii), (xi)-(xxiv), (xxvi) og (xxvii)) var et led i en samlet strategi, der havde til formål at gøre kunden fuldstændig afhængig af Tetra Pak i hele maskinens levetid — når først salget eller udlejningen var sket — og dermed udelukke enhver form for konkurrence, såvel med hensyn til kartoner som tilknyttede produkter.

65. Retten har fundet, at disse bestemmelser om koblingssalg var udtryk for misbrug, fordi de styrkede Tetra Pak's dominerende stilling ved at øge kundernes økonomiske afhængighed.

66. Under appelsagen har Tetra Pak gjort gældende, at kontraktbestemmelserne om koblingssalg mellem kartoner og emballeringsmaskiner, er lovlige ifølge ordlyden af artikel 86, litra d), fordi der findes en naturlig forbindelse mellem de to produkter, og fordi et sådant koblingssalg er i overensstemmelse med handelssædvaner inden for denne sektor.

67. Disse argumenter må forkastes.

68. I artikel 86, litra d), bestemmes det, at misbrug, som er forbudt ifølge denne bestemmelse, kan bestå i, »at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahtenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand«.

69. Som følge heraf må koblingssalg af produkter, der efter deres natur kan adskilles, og som kan forhandles særskilt, såvel som koblingssalg, der finder sted inden for en sektor, hvori det ikke er sædvane, anses for misbrug i strid med artikel 86. Det er med rette, at den anfægtede dom lægger til grund, at kartoner og emballeringsmaskiner ikke ifølge deres natur er uadskillelige produkter, og at handelssædvanerne inden for sektoren ikke nødvendiggjorde koblingssalg. På de ikke-aseptiske markeder fandtes der nemlig virksomheder, som f.eks. Elopak, som i lang tid alene havde fremstillet kartoner, der anvendtes i emballeringsmaskiner, som var fremstil-

let af andre virksomheder. Andre mindre producenter af ikke-aseptiske kartoner anvendte emballeringsmaskiner, der stammede fra amerikanske eller japanske virksomheder. Under alle omstændigheder er den påståede naturlige forbindelse mellem emballager og emballeringsmaskiner blevet uigenkendeligt tilbagevist, efter at Tetra Pak på baggrund af den anfægtede beslutning indvilligede i at opgive sit system med koblingssalg og at lempe de tekniske krav, som emballagerne skal opfylde, for at de kan anvendes i virksomhedens emballeringsmaskiner.

70. Endelig finder jeg den fortolkning af artikel 86, litra d), Tetra Pak har forfægtet i appelskriftet, uantagelig. Ud fra en modsætningslutning fra denne bestemmelse kommer virksomheden til det resultat, at en dominerende virksomhed på et marked ikke gør sig skyldig i misbrug, dersom den indfører et system med koblingssalg af produkter, der efter deres natur er uadskillelige, eller dersom der findes en sådan handelssædvane inden for denne sektor. I denne forbindelse udtaler Retten, således som Kommissionen har anført i svarskriftet, følgende i dommens præmis 37:

»... Hvis det alligevel antages, at der alt andet lige findes en sådan sædvane, er denne ikke tilstrækkelig til at begrunde, at en virksomhed, der indtager en dominerende stilling, benytter sig af koblingssalg. En sædvane, der kan godtages under normale forhold på et konkurrencepræget marked, er ikke tilladt i tilfælde af, at konkurrencen på markedet allerede er begrænset ...«

Et system med koblingssalg af produkter, der efter deres natur er uadskillelige, eller som er i overensstemmelse med handelssædvanerne i sektoren, er udtryk for misbrug, medmindre det er objektivt begrundet. Domstolen har således udtalt, at en virksomhed, som indtager en dominerende stilling på et marked, og som direkte eller indirekte binder kunderne til sig ved hjælp af en eksklusiv købsforpligtelse, misbruger sin stilling, for så vidt som virksomheden gør det umuligt for køberen frit at vælge sine forsyningskilder og spærrer adgangen til markedet for andre producenter³¹. Alt taget i betragtning kan produktens natur og handelssædvaner kun rent undertagelsesvist retfærdiggøre koblingssalg, der foretages af en virksomhed i en dominerende stilling.

71. De anførte betragtninger taler for, at dette anbringende forkastes.

D — Det fjerde anbringende vedrørende underbudspriser i Italien på Tetra Rex-kartoner og på ikke-aseptiske emballeringsmaskiner i Det Forenede Kongerige

72. Med dette anbringende har Tetra Pak nedlagt påstand om ophævelse af den del af den anfægtede dom, hvori det fastslås, at salg til underbudspriser af Tetra Rex-kartoner i

31 — Dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 89, jf. fodnote 8, og dommen i AKZO-sagen, præmis 149, jf. fodnote 9.

Italien og af ikke-aseptiske emballeringsmaskiner i Det Forenede Kongerige er udtryk for misbrug af en dominerende stilling. Appellanten finder ikke, at priserne kan betragtes som eliminerende, når henses til Domstolens praksis, idet Tetra Pak ikke havde nogen rimelig mulighed for at genindvinde de tab, der herved opstod, idet disse priser blev anvendt i den ikke-aseptiske sektor, hvor virksomheden ikke havde en dominerende stilling.

73. Anvendelsen af artikel 86 på en adfærd, der omfatter eliminerende priser eller underbudspriser, blev fastlagt af Domstolen i AKZO-sagen. På grundlag af det objektive misbrugsbegreb fastslog Domstolen i AKZO-sagen, at artikel 86 »forbyder en dominerende virksomhed at eliminere en konkurrent for herigennem at styrke sin stilling ved hjælp af andre midler end en konkurrence på ydelser«³². På denne baggrund antog Domstolen, at en priskonkurrence ikke altid er lovlig, og anførte i tilslutning hertil to tilfælde af eliminerende priser, der strider mod artikel 86.

74. For det første antog Domstolen, at »... priser, der er lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger (dvs. omkostninger, der ændres i forhold til den producerede mængde), og som en dominerende virksomhed bruger i et forsøg på at eliminere en konkurrent ...«³³, måtte betragtes som misbrug. Når en dominerende virksomhed

sælger sine produkter til priser, der er lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger, er der en formodning for, at det sker i elimineringshensigt, fordi virksomheden »... ingen anden interesse [har] i at anvende sådanne priser end den at eliminere sine konkurrenter for efterfølgende at drage fordel af sin monopolstilling til at forhøje sine priser, eftersom den ved ethvert salg påføres et tab, nemlig samtlige faste omkostninger (dvs. omkostninger, der er konstante, uanset den producerede mængde) og i det mindste en del af de variable omkostninger pr. produceret enhed«³⁴.

75. For det andet har Domstolen ligeledes fastslået, at »priser, der er lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger, dvs. de faste plus de variable omkostninger, men højere end de gennemsnitlige variable omkostninger, må anses for misbrug, når de fastsættes som led i en plan om at eliminere en konkurrent«³⁵. Et sådant misbrug kræver derfor, at der er tale om salg til priser, der ligger under de gennemsnitlige samlede omkostninger, samt at der findes en plan for eliminering af den konkurrerende virksomhed.

76. I ingen af de to tilfælde af eliminerende priser eller underbudspriser, som AKZO-sagen angår, har Domstolen krævet bevis for, at den dominerende virksomhed har rimelig mulighed for senere at genindvinde de tab, den forsætligt har påført sig selv. Appellants argument om, at muligheden for at gen-

32 — Dommen i AKZO-sagen, præmis 70, jf. fodnote 9.

33 — Dommen i AKZO-sagen, præmis 71, jf. fodnote 9.

34 — Dommen i AKZO-sagen, præmis 71, jf. fodnote 9.

35 — Dommen i AKZO-sagen, præmis 72, jf. fodnote 9.

indvinde tab ifølge AKZO-dommens præmis 71 er en betingelse for, at der foreligger eliminerende priser, må forkastes. Domstolen har i denne præmis alene redegjort for, hvorfor der formodes at ligge en elimineringshensigt til grund for salg til priser, der ligger under de gennemsnitlige omkostninger.

77. Til støtte for sine argumenter har appellanten henvist til retspraksis ved USA's Supreme Court, navnlig dommen i sagen Brooke Group mod Brown & Williamson Tobacco³⁶, hvori det fastslås, at salg til priser der er lavere end omkostningerne, alene kan have eliminerende karakter, når den dominerende virksomhed med rimelighed kan påregne senere at genindvinde de tab, den forsætligt har påført sig selv. Supreme Court antog, at der er tale om underbudspriser, dersom salget finder sted til priser, der er lavere end omkostningerne, og den pågældende virksomhed har udsigt til at genindvinde de tab, den har lidt. Denne anden betingelse kræver et særligt bevis, fordi muligheden for at genindvinde tabene er det endelige mål for en strategi, der omfatter underbudspriser, og såfremt et sådant bevis ikke kan føres, formodes der at være tale om en politik til gunst for forbrugerne.

78. Af flere grunde forekommer det mig ikke hensigtsmæssigt, såfremt Domstolen måtte fastslå, at forventningen om, at tabene

kan genindvindes, er endnu en betingelse, der skal være opfyldt for, at der foreligger eliminerende priser i strid med artikel 86. Jeg finder, at dette må afvises af følgende grunde:

— Salg til tabsgivende priser for at eliminere en konkurrent ville være en selvmorderisk form for praksis, dersom den benyttes af en dominerende virksomhed uden mulighed for genindvinding af de lidte tab.

— Den dominerende virksomheds økonomiske potentiale og svækkelsen af konkurrencen på det dominerede eller forbundne marked sikrer principielt, at tabene genindvindes.

— Det er vanskeligt at føre bevis for muligheden for genindvinding af tab, og et sådant bevis kræver komplicerede markedsanalyser, således som retspraksis ved Supreme Court klart viser.

— Den dominerende virksomhed tilstræber en genindvinding af tabene, men underbudspriserne udgør i sig selv en konkur-

36 — Dom af 21.6.1993, Brooke Group mod Brown & Williamson Tobacco (nr. 92-466).

rencebegrænsende adfærd, uanset om formålet hermed nås.

81. Af disse grunde finder jeg, at anbringendet bør forkastes.

79. I den anfægtede dom har Retten anvendt de kriterier, der er fastlagt i AKZO-sagen, korrekt, idet den lagde til grund, at salget af Tetra Rex-kartoner til priser, der fra 1976-1981 lå under de variable omkostninger, stred mod artikel 86, idet de ifølge deres karakter havde til formål at eliminere Elopak og styrke Tetra Pak's fremherskende stilling på de ikke-aseptiske markeder. Desuden solgtes Tetra Rex-kartoner i 1982 til priser, der var lavere end de samlede omkostninger, og disse talrige indicier, der fremgår af præmis 151, bekræfter, at Tetra Pak havde en plan om at eliminere Elopak fra det italienske marked, hvorfor denne praksis med rette blev anset for et udslag af misbrug og i strid med artikel 86. Samme betragtning bør anlægges for så vidt angår Rettens begrundelse for at fastslå, at priserne på ikke-aseptiske emballeringsmaskiner i Det Forenede Kongerige fra 1981 til 1984 havde eliminerende karakter, der i det væsentlige er parallel hermed.

80. Appellanten har gjort gældende, at sådanne eliminerende priser ikke stred mod artikel 86, fordi de anvendtes på de ikke-aseptiske markeder, hvor Tetra Pak ikke indtog en dominerende stilling. Dette argument må forkastes, fordi den monopollignende stilling på de aseptiske markeder og den snævre forbindelse mellem disse og de ikke-aseptiske markeder som allerede nævnt medførte, at Tetra Pak's misbrug på de ikke-aseptiske markeder var i strid med artikel 86.

E — Det femte anbringende vedrørende bødens størrelse

82. Med dette anbringende har appellanten påstået, at bøden annulleres eller i hvert fald nedsættes betydeligt, fordi Retten efter appellants opfattelse med urette har set bort fra de formildende omstændigheder, som Tetra Pak havde påberåbt sig, navnlig at den anfægtede beslutning var af ny karakter på visse vigtige punkter. Appellanten finder således, at Retten i lighed med Kommissionen ved udmålingen af bødens størrelse har undladt at tage hensyn til, at der ikke findes fortilfælde om koblingssalg, grove underbudspriser og muligheden for, at en virksomhed, der er dominerende på et marked, kan begå misbrug på et forbundet marked, som den ikke dominerer.

83. Dette argument kan ikke godtages. Retten har nemlig i den anfægtede dom taget hensyn til, at beslutningen som hævdet af Tetra Pak var uden fortilfælde, idet den i dommens præmis 228 henviste til følgende argument fra Tetra Pak's side:

»For det femte har Kommissionen ikke taget i betragtning, at den anvendte en ny metode, såvel ved afgrænsningen af produktmarke-

derne som med hensyn til teorien om tilgrænsende markeder, hvormed den begrundede, at traktatens artikel 86 skulle finde anvendelse på den ikke-aseptiske sektor.«

der har lempet reglen om, at det dominerede marked og det marked, der påvirkes af misbruget, skal være det samme. Under alle omstændigheder kunne Kommissionen have straffet Tetra Pak's misbrug på de ikke-aseptiske markeder ved at påvise, at det havde en dominerende stilling på disse.

84. Dette argument blev forkastet i den anfægtede doms præmis 239, hvori Retten fastslog, at »... selv om afgrænsningen af de relevante produktmarkeder og af anvendelsesområdet for artikel 86 ikke er helt ligetil, kan denne omstændighed ikke i den foreliggende sag begrunde, at bøden nedsættes, når henses til, at konkurrencebegrænsende virkninger af misbruget har været så åbenbare og usædvanligt grove. Sagsøgerens argumenter, der er gengivet i præmis 228, og hvorefter visse retlige vurderinger i beslutningen angiveligt er nye, kan følgelig ikke tillægges betydning«.

86. I øvrigt er de af Domstolen fastlagte kriterier for bødeudmåling blevet anvendt korrekt i den anfægtede dom, hvori det fastslås, at den bøde på 75 mio. ECU, som Kommissionen havde pålagt Tetra Pak, og som er den største, der nogen sinde er blevet pålagt en enkelt virksomhed, var begrundet, når hensås til grovheden, varigheden og virkningerne af Tetra Pak's konkurrencestridige adfærd.

87. Af de ovenfor anførte grunde foreslår jeg ligeledes, at dette anbringende i appelsagen forkastes.

85. Efter min opfattelse er Rettens betragtninger vedrørende bødens udmåling gyldige, og det var med rette, at Retten afviste at tillægge beslutningens nye karakter betydning som formildende omstændighed. For så vidt angår koblingssalg og grove underbudspriser fandtes der allerede kommissionsbeslutninger og retspraksis ved Domstolen. Anvendelsen af artikel 86 på misbrug, der begås af en dominerende virksomhed på et forbundet marked, hvor virksomheden har en fremherskende, men ikke dominerende stilling, er utvivlsomt en betydelig nyhed. Men denne udvikling i anvendelsen af artikel 86 falder dog i tråd med Domstolens tidligere praksis,

Sagens omkostninger

88. Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, der i medfør af artikel 118 finder tilsvarende anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger. Såfremt de anbringer, appellanten har gjort gældende, forkastes, således som jeg foreslår, bør appellanten dømmes til at betale sagens omkostninger.

Forslag til afgørelse

89. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

- 1) Appellen forkastes.

- 2) Appellanten betaler sagens omkostninger.