

12. Opregningen i Traktatens artikel 86 af former for misbrug er ikke udtømmende med hensyn til de i Traktaten forbudte former for misbrug af en dominerende stilling. Artikel 86 tager ikke udelukkende sigte på handlemåder, der kan forvolde umiddelbar skade for forbrugerne, men også på dem, som skader forbrugerne ved at ramme en effektiv konkurrencestruktur, som nævnt i Traktatens artikel 3, litra f. Det, at en virksomhed med en dominerende stilling styrker sin stilling — ligegyldigt ved hvilke midler og metoder — således, at den dominerende indflydelse, der herved opnås, i væsentlig grad hindrer konkurrencen, dvs. kun lader virksomheder, der er afhængige af den dominerende, bestå, kan altså tænkes at udgøre et misbrug. Når det, uden at der behøver at foreligge nogen forseelse, kan betragtes som et misbrug, at en dominerende stilling styrkes i en sådan grad, at Traktatens mål bliver fordrejet ved en så væsentlig ændring i udbudsstrukturen, at forbrugerens valgfrihed på markedet bliver udsat for alvorlig fare, må den faktiske fjernelse af al konkurrence nødvendigvis også falde ind herunder.
13. Spørgsmålet om årsagsforbindelse mellem den dominerende stilling og misbruget heraf er uden interesse, da en virksomheds styrkelse af sin dominerende stilling kan være et misbrug og forbudt i henhold til Traktatens artikel 86, hvilke midler og metoder der end er benyttet her til, så snart den medfører en væsentlig hindring for konkurrencen.
14. Afgrænsningen af det omhandlede marked er meget vigtig, da mulighederne for konkurrence kun kan vurderes i forhold til de omhandlede varers særpræg, som bevirker, at de er særligt egnede til at tilfredsstille en vedvarende efterspørgsel og kun vanskeligt kan ombyttes med andre varer. For at de omhandlede varer kan betragtes som et særligt marked, må de kunne individualiseres ikke alene ved deres anvendelse som emballage for bestemte produkter, men også ved specielle produktionskendetegn, som gør dem særligt egnede til dette formål.
15. Indehavelsen af en dominerende stilling på markedet for let metalemballage til kød- og fiskekonserves er ikke afgørende, sålænge det ikke er påvist, at konkurrenter fra andre sektorer af markedet for let metalemballage ikke ved en enkel tilpasning kan trænge ind på dette marked med tilstrækkelig styrke til at udgøre en alvorlig modvægt.

I sag nr. 6/72

Selskabet EUROPEMBALLAGE CORPORATION, Bruxelles (Belgien), og selskabet CONTINENTAL CAN COMPANY INC., New York (USA), repræsenteret af advokaterne Alfred Gleiss, Helmuth Lutz, Christian Hootz, Martin Hirsch og partnere, der har beskikkelse i Stuttgart, samt advokat Jean Loyrette, advokat ved Cour de Paris, med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Georges Reuter, avenue de l'Arsenal 7,

sagsøgere,

mod

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER, repræsenteret af sine juridiske rådgivere Bastiaan Van der Esch og Jochen Thiesing som befuldmægtigede, med valgt adresse i Luxembourg hos sin juridiske rådgiver Emile Reuter, boulevard Royal 4,

sagsøgt,

som til genstand har: spørgsmålet om annullation af Kommissionens beslutning af 9. december 1971 vedrørende en procedure i henhold til Traktatens artikel 86, »Sag IV/26811 — Europemballage Corporation« (JO 1972, nr. L 7),

afsiger

DOMSTOLEN

sammensat af: R. Lecourt, præsident, R. Monaco (refererende) og P. Pescatore, afdelingsformænd, A. M. Donner, A. Trabucchi, J. Mertens de Wilmars og H. Kutscher, dommere,

generaladvokat: K. Roemer
justitssekretær: A. Van Houtte

følgende

DOM

Faktiske og retlige omstændigheder

I — Faktiske omstændigheder og procedures forløb

De faktiske omstændigheder og procedures forløb kan sammenfattes således:

1. *Continental Can Company Inc.* (Continental) i New York (USA), et selskab, der fremstiller metalemballage, emballagemateriale af papir og plastic og maskiner til fremstilling og anvendelse af denne emballage, har efterhånden ved opkøb i løbet af året 1969 forøget sin

andel i *Schmalbach-Lubeca-Werke AG* (SLW) i Braunschweig (Tyskland) til 85,8 % af den nominelle kapital. Samme år planlagde Continental oprettelsen af et europæisk emballageholdingselskab sammen med *The Metal Box Company Ltd* (MB) i London, i hvilket Continentals licenshavere i Nederlandene og Frankrig, *Thomassen & Drijver-Verblifa N.V.* (TDV) i Deventer og *J. J. Carnaud et Forges de Basse Indre* (Carnaud) i Paris blev opfordret til at deltage. Carnaud tilkendegav dog i slutnin-

gen af august 1969, at det ikke kunne deltage i det planlagte holdingselskab. Den 16. februar 1970 blev der underskrevet en aftale (agreement) mellem Continental og TDV, hvor man enedes om:

- a) at Continental i Delaware (USA) skulle oprette et selskab (herefter kaldt Europemballage Corporation), hvortil det skulle overføre sine nuværende andele i SLW;
- b) at Continental skulle opfordre Europemballage til at tilbyde aktionærerne i TDV, bortset fra MB og Continental, et kontantbeløb på 140 gyl- den pr. TDV aktie med et pålydende af 20 gyl- den. Enhver aktionær i TDV skulle, når han tilbød sine aktier, des- uden modtage et bevis, der gav ham fortrinsret til køb af stamaktier i Europemballage, når disse blev udbudt offentligt. Continental skulle yde Europemballage de nødvendige midler til dette køb ved at købe yder- ligere aktier af Europemballage.

I forlængelse af denne aftale:

- blev der den 20. februar 1970 opret- tet et selskab kaldet Europemballage Corporation (Europemballage) i Wil- mington under staten Delawares lov- givning. Dette selskab har åbnet et kontor i New York og et i Bruxelles;
- den 16. marts 1970 offentliggjorde TDV købstilbudet fra Europembal- lage.

I marts og april gjorde Kommissionen de pågældende virksomheder opmærksom på den planlagte transaktions eventuelle uforenelighed med bestemmelserne i Traktatens artikel 86 og på de juridiske og finansielle følger dette kunne få for dem. MB tilkendegav herefter, at det udsatte den påtænkte sammenslutning med Europemballage.

Den 8. april foretog Europemballage opkøb af de aktier og obligationer i TDV, der blev udbudt denne dag, og forøgede herved Continentals oprindelige andel i TDV til 91,07 %.

2. Den 9. april 1970 besluttede Kom- missionen (i henhold til artikel 3, stk. 1, i

forordning 17/62) ex officio at indlede en procedure mod Continental og dets datterselskab Europemballage angående sidstnævntes erhvervelse af aktiemajori- teten i TDV. Efter afslutningen af denne procedure vedtog Kommissionen den 9. december 1971 i henhold til Traktatens artikel 86 en beslutning, der, efter at have nævnt de hensyn, der lå til grund for den, og omtalt de karakteriske træk ved de omhandlede virksomheder, deres indbyrdes forbindelser med hensyn til personale, økonomi, kontraktsforhold og teknik og, særligt for SLW og TDV, deres produktions særpræg, salget på de- res respektive markeder, eksporten fra hvert af selskaberne til det andets område, deres konkurrenceforhold osv., gik ud på følgende:

»Artikel 1

Det er påvist, at Continental Can Com- pany, Inc., New York, der gennem sit datterselskab Schmalbach-Rubeca-Werke AG i Braunschweig indtager en domine- rende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet inden for området let emballage til kødkonserves, pålægsgvarer, fisk og skaldyr, samt på markedet for metallåg til glas, har misbrugt denne dominerende stilling ved opkøb i april 1970 gennem sit datterselskab Europem- ballage Corporation af ca. 80 % af aktier og indløselige obligationer i den nederlandske virksomhed Thomassen & Drijver-Verblifa N.V. i Deventer. Dette køb har praktisk talt medført, at kon- kurrencen med hensyn til de nævnte emballagevarer i en væsentlig del af fællesmarkedet er blevet fjernet.

Artikel 2

Continental Can Company, Inc. forplig- tes til at ophøre med den overtrædelse af artikel 86 i Traktaten om oprettelse af EØF, som er påvist i beslutningens arti- kel 1. Selskabet skal for Kommissionen fremsætte forslag med henblik herpå in- den 1. juli 1972.

Artikel 3

Denne beslutning er rettet mod Conti- nental Can Company, Inc., New York.«

Denne beslutning, der blev bekendtgjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* (Journal Officiel) den 8. januar 1972, nr. L 7 — og hvori det understreges, at »den franske tekst er den eneste autentiske«, er blevet forkyndt for Europemballage den 14. december 1971 og for Continental Can ved brev i løbet af samme måned. Den tyske tekst er desuden blevet tilsendt sagsøgernes rådgivere den 20. december 1971.

Beslutningen er genstand for den foreliggende klage. Klagen blev indgivet til Domstolens justitskontor den 9. februar 1972.

3. I klagen og senere ved et særskilt dokument, indgivet til justitskontoret den 23. februar 1972, har sagsøgerne i henhold til EØF-traktatens artikel 185 fremsat en begæring om udsættelse af gennemførelsen af artikel 2 i den påklagede beslutning. Domstolens præsident har efter at have hørt parternes mundtlige indlæg forkastet denne begæring ved kendelse af 21. marts 1972.

Domstolen har, på grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten, besluttet at indlede den mundtlige forhandling, idet parterne forinden har været opfordret til inden den 1. september 1972 at besvare en række spørgsmål.

Mundtlige indlæg blev afgivet af parterne i retsmødet den 20. september 1972.

Generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 15. november 1972.

II — Parternes påstande

Sagsøgerne påstår:

- »1. At Domstolen ophæver den af Kommissionen for De europæiske Fællesskaber truffede beslutning af 9. december 1971 »IV/26811 — Europemballage«, som fastslår, at Continental Can Company, Inc., New York, ved gennem sit datterselskab Europemballage Corporation at opkøbe 80 % af aktierne i firmaet Thomassen & Drijver-Verblifa N.V.,

Deventer, har overtrådt EØF-traktatens artikel 86, og som forpligter dette selskab (Continental Can Company) til at ophøre med dette traktatbrud og pålægger det at fremsætte forslag for Kommissionen inden den 1. juli 1972.

2. At Domstolen udtaler, at Kommissionen for De europæiske Fællesskaber i henhold til artikel 73, b, i procesreglementet for De europæiske Fællesskabers Domstol forpligtes til at godtgøre sagsøgerne de udgifter, de har afholdt med henblik på sagens behandling.«

Sagsøgte påstår:

»At Domstolen forkaster klagen og dømmer sagsøgerne til at afholde sagens omkostninger.«

III — Parternes søgsmålsgrunde, indsigelser og andre anbringender

Parternes søgsmålsgrunde, indsigelser og andre anbringender kan sammenfattes således:

A — Almindelige bemærkninger

Sagsøgerne anfører, at den fremgangsmåde, der blev benyttet ved vedtagelsen af den påklagede beslutning frembød mangler, som har fået indflydelse på beslutningen:

- For det første er begrundelsen for de klagepunkter, som Kommissionen har beskrevet for de pågældende i sin meddelelse af 15. marts 1971, utilstrækkelig, idet Kommissionen har indskrænket sig til at udtrykke sin retsopfattelse uden at forsøge at begrunde den.
- Dernæst gentager den påklagede beslutning i det væsentlige de klagepunkter, der er omhandlet i Kommissionens ovennævnte meddelelse uden dog at tage det svar, der den 9. august 1971 blev givet på denne meddelelse, i betragtning og uden at angive de hensyn, hvorpå retsopfattelsen støttes.

- Endelig er denne holdning ikke i overensstemmelse med den virkelige natur af den mundtlige forklaring, der er omhandlet i artikel 7 i forordning nr. 99/63, en forklaring, som i det foreliggende tilfælde var uden betydning, fordi Kommissionen indskrænkede sig til at protestere mod sagsfremstillingen i svaret af 9. august 1971, uden at dens repræsentanter eller repræsentanterne for de andre myndigheder, der deltog, stillede et eneste spørgsmål.

Efter at have understreget, at det påhviler Kommissionen at føre bevis for og nævne de grunde, der retfærdiggør dens klagepunkter, henviser sagsøgerne til ordlyden af det nævnte svar, idet de gør opmærksom på, at henvisningen sker som supplement og i det omfang, svarets indhold ikke er forældet som følge af den argumentation, der er udviklet i klagen.

Sagsøgte svarer i det væsentlige følgende:

- Fremstillingen af klagepunkterne opfylder de betingelser, der stilles i artikel 4 i forordning nr. 99/63, da den klart — omend kortfattet — angiver de vigtigste kendsgerninger, som Kommissionen bygger på. Kommissionen har i sin fremstilling ikke blot beskrevet de faktiske omstændigheder, men også forklaret, i hvilket omfang Continentalgruppen havde en dominerende stilling og har misbrugt denne stilling ved at opkøbe aktiemajoriteten i TDV.
- I henhold til den administrative procedure i forordning nr. 17/62 var Kommissionen ikke forpligtet til at begrunde sin forkastelse af de indsigelser, der var fremført af modparten. I øvrigt fraveg beslutningen på flere punkter fremstillingen af klagepunkterne af 15. marts 1971 til gunst for sagsøgerne.
- I henhold til artikel 7 i forordning nr. 99/63 skal den mundtlige forklaring udelukkende tjene til at udfylde eller forklare de skriftlige bemærkninger, der allerede er afgivet i henhold til artikel 5. Da sagsøgerne havde frem-

lagt meget detaljerede skriftlige bemærkninger, havde Kommissionens og medlemsstaternes tjenestemænd ingen spørgsmål at stille ved den mundtlige forklaring den 21. september 1971. Kommissionen traf i øvrigt først den anfægtede beslutning efter en meget omhyggelig undersøgelse af klagepunkterne og af svaret af 9. august 1971 samt af protokollen fra den mundtlige forklaring.

B — Vedrørende sagsbehandlingen

Sagsøgerne anfører et antal formelle fejl, som Kommissionen har begået, og som er tilstrækkelige til at medføre den anfægtede beslutnings ugyldighed, især:

- Manglende »forkyndelse« af den beslutning, som Continental har klaget over, i det mindste manglende forkyndelse ad den normale vej, dvs. ad diplomatisk vej, idet Continental i december 1971 kun fik en eller to skrivelser fra Kommissionen, som var sendt pr. post, og som selskabet returnerede til Kommissionen efter sine advokaters råd.
- Ukorrekt betegnelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* af 8. januar 1972 af den sag, der var indledt mod Continental, idet den franske tekst havde overskriften: »Europemballage Corporation«.
- Overtrædelse af bestemmelserne i sprogordningen (artikel 3 i Rådets forordning nr. 1, JO 1958 nr. 17, EFT specialudg. 1952-58, s. 59), idet Kommissionen har betegnet beslutningens franske tekst som den autentiske på trods af, at rådgiveren for Europemballage, der var bemyndiget til at afgive svar på Kommissionens meddelelse om klagepunkterne, i det brev, der ledsagede svarskriftet, angav, at den tyske version af dette aktstykke var den autentiske.
- Krænkelse af retten til forsvar, idet artikel 2 i den påklagede beslutning tager sigte på Continental, mens Kommissionens meddelelse om klagepunkterne (der udelukkende var stilet til Europemballage) ikke blev

forkyndt for dette selskab, som derfor ikke fik lejlighed til at udtale sig i henhold til artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 17/62.

- Kommissionen har i den foreliggende sag overskredet sine beføjelser, idet artiklerne 1-3 i den påklagede beslutning tager sigte på Continental: Da dette ikke har hjemsted og ikke udøver nogen virksomhed inden for medlemsstaternes område, er det efter folkerettens almindelige principper ikke undergivet Kommissionens myndighed eller Domstolens kompetence.

Sagsøgte svarer hertil følgende:

- Fællesskabsretten kræver ikke, at forkyndelse skal ske ad diplomatisk vej. I øvrigt ville en mangel ved beslutningens forkyndelse, såfremt en sådan forselå, ikke gøre en anmodning om annullering fra sagsøgernes side berettiget.
- Sagens betegnelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* er ikke afgørende for den påklagede beslutnings gyldighed. Det var på den anden side ubestrideligt, at Continental måtte betragtes som indirekte og Europemballage som direkte erhverver af aktiemajoriteten i TDV.
- Da Continental har hjemsted i et tredjeland, kunne Kommissionen i henhold til artikel 3 i forordning nr. 1 vælge et af Fællesskabernes fire officielle sprog. Den valgte fransk, fordi Europemballage, som har købt TDV-aktierne for Continentals regning, har et kontor i Bruxelles, og fordi det selv havde skrevet sit svar på Kommissionens klagepunkter på fransk.
- Påstanden om, at Continental ikke har haft lejlighed til at gøre sit syn på Kommissionens klagepunkter gældende, modbevises af en række forhold, der kendetegner den omtvistede procedure, og hvoraf en beskrivelse er vedlagt sagsakterne, samt af de slutninger, man kan drage af en erklæring, som hr. Charles B. Stauffacher, »Vicechairman of the Board of Continental Can Company« og »Chairman of the Board of Europemballage Corporation«, fremsatte ved den mundtlige forklaring den 21. september 1971.
- Selv en snæver anvendelse af det såkaldte »territorialprincip« ville ikke kunne rejse tvivl om, at staterne (såvel som Fællesskabet) er beføjede til at anvende deres lovgivning på handlinger der er foretaget inden for deres juridiktionsområde, uden hensyn til hvilken nationalitet ophavsmændene til disse handlinger har. Continental har netop handlet inden for Fællesskabet gennem et datterselskab, der, selv om det selv er en juridisk person, dog er helt uden økonomisk selvstændighed.

Sagsøgerne fastholder, at Kommissionen er inkompetent med hensyn til Continental, idet de gør gældende, at man ikke kan gøre dette selskab ansvarlig for dets datterselskabs handlinger uden at bryde grundsætningen om juridiske personers autonomi. Desuden var den juridiske person, der havde gjort sig skyldig i det påståede misbrug (Europemballage), ikke identisk med den juridiske person, som indtog den dominerende stilling (SLW).

Sagsøgte anfører heroverfor, at disse anbringender udspringer af en formel betragtning. Når henses til det formål, Continental forfulgte ved oprettelsen af Europemballage, og til den kendsgerning, at dette selskab, selv om det var en juridisk person, ikke var økonomisk uafhængigt, kan man ikke betragte Europemballage som en juridisk person med henblik på anvendelsen af fællesskabsrettens konkurrenceregler. Hertil kommer, at det af et telegram, sendt af Continental til Kommissionen den 14. april 1970, fremgår, at Europemballage ikke var fuldt etableret på det tidspunkt, i marts 1970, da det offentliggjorde sit købstilbud. Der var altså ikke engang i teorien på det tidspunkt nogen repræsentant, der kunne have nægtet at udføre instrukser fra moderselskabet. I øvrigt kan det ikke bestrides, at SLW, der ind-

tager en dominerende stilling på det tyske marked, er undergivet direkte kontrol fra Europemballage og indirekte fra Continental.

Endelig er henvisningerne i advokat Loyrettes indlæg til retstilstanden i medlemsstaterne vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt et moderselskab kan gøres ansvarligt for dets datterselskabs handlinger, ikke korrekte, når man tager de løsninger, dette problem har fået i Tyskland, Holland og Belgien, i betragtning. Det følger af den amerikanske antitrustlovgivning, at selskaber, der udgør en økonomisk helhed, også anses for en juridisk helhed, selv om hver af dem har sin særlige status som juridisk person.

Sagsøgte rejser endelig indvending mod, at sagsøgerne har indgivet et indlæg udfærdiget af Continentals rådgiver i New York, Mr. Helmer Johnson. Der vil ikke kunne tages hensyn til dette indlæg, dels fordi dets ophavsmand ikke kan påberåbe sig bestemmelserne i artikel 17 i protokollen vedrørende statuten for Domstolen, og dels fordi det ikke opfylder betingelserne i artikel 29, stk. 3, i procesreglementet. Med forbehold af disse indvendinger gør sagsøgte gældende, at hr. Johnsons anbringender om »kompetencespørgsmålet« genspejler begreber fra amerikansk ret, der ikke har betydning for anvendelsen af fællesskabsretten, efter hvilken det er tilstrækkeligt, at virkningerne af de omtvistede handlinger indtræder på fællesmarkedets område.

C — Vedrørende realiteten

Den diskussion om sagens realitet, der har været ført mellem parterne, drejer sig om de *juridiske* problemer, der er knyttet til *fortolkningen* af artikel 86 i Traktaten og til dens anvendelse på virksomhedskoncentrationer, og om de *faktiske* spørgsmål, der udspringer af den påklagede retsakt.

1. Fortolkningen af udtrykkene »dominerende stilling« og »misbrug« af en dominerende stilling i artikel 86:

Sagsøgerne påstår, at det misbrugsbegreb, som Kommissionen har formuleret

(anden afdeling, betragtning C, 23) tager sit udgangspunkt i en juridisk betragtning, hvis hensigt er at gøre Traktatens artikel 86 til et middel til kontrol med koncentrationer, hvilket strider mod denne bestemmelses indhold og objektive rækkevidde.

Denne betragtning strider mod de resultater, man ville komme til ved en objektiv analyse af artikel 86 ved hjælp af flere forskellige fortolkningskriterier.

— Faktisk viser allerede ordlyden af denne artikel, at den ikke tager sigte hverken på dannelsen eller styrkelsen af dominerende stillinger eller på de faktiske forhold, der kan være en hindring for disse eller bringe dem til ophør. Forarbejderne til Traktaten indeholder intet, der taler mod dette resultat. Desuden finder man ved en sammenligning mellem EKSF- og EØF-traktaterne, at selv om artikel 65 i EKSF-traktaten i det væsentlige svarer til artikel 86 i EØF-traktaten, er artikel 66 i EKSF-traktaten kun blevet gentaget i Romtraktatens artikel 86 for så vidt angår den del, der omhandler den »dominerende stilling« (stk. 7). Hvis det havde været lovgiverens mening også i EØF-traktaten at indføre en kontrol med koncentrationer og en mulighed for at opløse disse, ville det have været nærliggende for ham at indsætte bestemmelser i EØF-traktaten, som svarede til ovennævnte artikel 66's stk. 1-6 i EKSF-traktaten.

Ved således at bestræbe sig på at nå til et bestemt resultat på konkurrencepolitikens område, har Kommissionen langt overskredet grænserne for en pragmatisk eller dynamisk fortolkning. Den kan ikke til støtte for det tilstræbte resultat henvise til artikel 3, litra f, i EØF-traktaten, da den regel, der opstilles i denne bestemmelse, kun er en rammeregulering, som Traktatens forfattere i artikel 86 kun har konkretiseret ved forbudet mod visse former for misbrug af en dominerende stilling uden at komme ind på det *strukturelle* problem om denne stillings opståen eller udvidelse.

— Denne slutning bekræftes af en analyse af de i artikel 86 indeholdte krite-

rier. Ved i sin beslutning at definere begreberne »dominerende stilling« og »misbrug af en dominerende stilling« har Kommissionen indført en sondring inden for udviklingen af en dominans, som artikel 86 ikke nævner. Den har indført to faser i denne udvikling, den ene åbner »mulighed for uafhængige handlinger«, den anden er »styrkelse af den dominerende stilling med fjernelse af den resterende potentielle eller faktiske konkurrence«, og den har identificeret begrebet »misbrug« med den anden fase.

Den første fase forklarer simpelthen den erhvervsdrivendes evne til at udøve en væsentlig indflydelse på markedsforholdene og modsvarer en naturlig tendens hos den erhvervsdrivende og de typiske træk i markedsøkonomien. Derfor omtaler artikel 86 ikke denne fase. Det er først den anden fase, der karakteriserer den situation, hvor den økonomiske magt har nået den nødvendige og tilstrækkelige styrke, som begrebet »dominerende stilling« forudsætter. Ved således fejlagtigt at identificere denne fase med »misbrug«, har Kommissionen ladet hånt om betydningen og strukturen af Traktatens artikel 86.

Den er på den måde nået frem til en fejlagtig opfattelse af begreberne dominerende stilling og misbrug af denne stilling, og har anvendt disse på fejlagtig måde i den foreliggende sag.

a) Dominerende stilling

Begrebet »dominerende stilling«, således som dette er lagt til grund i den omtvistede beslutning (anden afdeling, betragtning B, 3) har efter sagsøgernes mening udelukkende et teoretisk indhold. For det første er det baseret på et abstrakt kriterium, som vanskeligt kan underkastes domstolskontrol. Tilstedeværelsen i det foreliggende tilfælde af »uafhængige handlinger«, så som overpriser, mindsket udbud af varen, forringelse af kvaliteten, er intetsteds påvist i den omtvistede beslutning. Hvis man i øvrigt antog, at Kommissionens opfattelse var rigtig, måtte gruppen Continental være i stand til at forøge sin fortjeneste eller i det mindste at holde den på samme niveau

uden nødvendigvis at tage hensyn til sine konkurrenter. Det modsatte er imidlertid sket efter købet af TDV-aktierne, idet SLW's netto-overskud i 1971 er faldet sammenlignet med 1969.

Dernæst er det eneste konkrete element, som Kommissionen har fremført til støtte for sin klage, påvisningen af den markedsandel, som selskabet besidder. Men selv om man går ud fra, at denne andel støtter på rigtige beregninger, er dette ikke tilstrækkeligt til at bevise eksistensen af en dominerende stilling, idet det ikke giver nogen vejledning med hensyn til den effektive aktionsmargen, som virksomheden råder over. Tilstedeværelsen eller opretholdelsen af en dominerende stilling er ikke nødvendigvis knyttet til den markedsandel, som virksomheden besidder, men afhænger af flere faktorer, der på ethvert tidspunkt er karakteristiske for det marked, der er tale om. Som følge af den voksende dynamik i udviklingen af teknikken og de nuværende markeder kan en dominerende stilling i dag ændres, ja forsvinde endnu hurtigere end de materielle og geografiske grænser for det marked, den formodes at dominere.

For at dokumentere tilstedeværelsen af en dominerende stilling — hvilket måtte forudsætte, at man foretog en afgrænsning af det pågældende marked, måtte man udelukke enhver anden produktion end produktionen af de omhandlede varer og behandle den inden for rammerne af problemet om konkurrence fra substitutionsprodukter.

Sagsøgte svarer, at anvendelsen af artikel 86 i det foreliggende tilfælde helt og holdent hviler på reelle kendsgerninger, som sagsøgerne ikke kan bestride. Der er ikke korrekt, at tilstedeværelsen i den foreliggende sag af en dominerende stilling skulle bevises ved henvisning til de »adfærdsmåder«, som sagsøgerne har nævnt. Sådanne adfærdsmåder ville faktisk udgøre »misbrug« af en dominerende stilling. Desuden kan det anbringende, der vedrører udviklingen af SLW's udbytte, ikke give anledning til, at tilstedeværelsen af en sådan stilling drages i tvivl. Hvis SLW's udbytte i 1971 virke-

ligt var blevet formindsket, kan man ikke forstå, at Continental for nylig har tilbudt de tilbageværende frie aktionærer i SLW, der endnu besidder 14 % af aktiekapitalen, at købe disse aktier til kurs 375.

Sagsøgerne har svaret, at købet af resten af aktierne i SLW blev besluttet af Continental for at afklare dets forhold til aktionærminoriteten. Sagsøgte bemærker, at det ikke er tilstrækkeligt at holde sig til tal for at støtte påstanden om »en nedgang i udbyttet«, man må derimod i den henseende tage hensyn til talrige forhold, der skal vedrøre adskillige regnskabsår.

b) Misbrug af en dominerende stilling

Sagsøgerne kritiserer derefter begrebet »misbrug«, som er lagt til grund i den påklagede beslutning (anden afdeling, betragtning C, 23 og 24), idet det hviler på en fejlagtig fortolkning af rækkevidden af artikel 86.

Denne artikel opregner i sit andet afsnit de forskellige handlinger begået af virksomheder, som betragtes som misbrug. Selv om det er rigtigt, at ordet »især« lader forstå, at opregningen ikke er udtømmende, er det dog også rigtigt, at de tilfælde, der opregnes i en lovbestemmelse, selv om det kun er som eksempler, afslører lovgiverens hensigt og stilltende angiver den slags adfærd, som han har forestillet sig.

Det fremgår af denne opregning, at den *art* adfærd, som artikel 86 tager sigte på, er adfærd, som har direkte virkninger på markedet. Denne slutning gælder også det tilfælde, der er anført i afsnit 2, litra b. Den udtrykkelige henvisning til skadelige følger, som den nævnte adfærd har for forbrugerne, viser faktisk, at de ikke simpelthen kan referere sig til virksomhedens interne adfærd eller adfærd af strukturel karakter. Det er ganske vist ikke udelukket, at ordet »især« tager sigte på det tilfælde, hvor en koncentration er foregået under pres fra en virksomhed, som hertil har udnyttet sin dominerende stilling. Men når, som i det foreliggende tilfælde, koncentrationen er muliggjort uden udøvelse af pres, men

tværtimod ved tilbud til aktionærerne om at købe aktier til en fordelagtig pris, kan der ikke tales om misbrug.

I øvrigt kræver Traktatens artikel 86, selv når man ser bort fra de ovennævnte betragtninger, i det mindste, at der er en årsagsforbindelse mellem den dominerende stilling og misbruget af samme. I kraft heraf kunne Continental kun retsforfølges for overtrædelse af artikel 86, hvis det blev fastslået, at det havde udnyttet SLW's angiveligt dominerende stilling i forbundsrepublikken Tyskland til at købe TDV's aktier i Nederlandene. En sådan forbindelse foreligger imidlertid ikke i den foreliggende sag; heraf følger, at der ikke er tale om misbrug af en dominerende stilling i henhold til artikel 86. Continental ville have kunnet købe TDV-aktier på kapitalmarkedet uden at have kontrol over SLW, og selv om dette selskab ikke eksisterede. Ydermere ville det endog have været umuligt i den foreliggende sag at udnytte en sådan stilling på markedet for de omhandlede varer.

Det følger også af den definition af »dominerende stilling«, som den påklagede beslutning selv giver, og af den ovenfor beskrevne årsagsforbindelse, at misbrug må finde sted på *samme marked* som det, der angiveligt er domineret, eller i det mindste på et marked for lignende produkter. Heller ikke denne forudsætning er opfyldt i den foreliggende sag.

Continental havde faktisk ikke købt TDV-aktierne, hverken på markedet for de varer, med hensyn til hvilke det ifølge Kommissionen skulle have en dominerende stilling i Tyskland eller på det tyske marked for andre af emballageindustriens produkter. Købet af TDV-aktierne fik heller ingen virkning på disse varer i Nederlandene, men kun på aktier og obligationer. Den omtvistede erhvervelse af TDV-aktier fandt altså, såvel hvad dens genstand som dens geografiske placering angår, sted på et andet marked end det, som angiveligt var domineret.

Sagsøgte finder heller ikke, at artikel 86 i Traktaten giver grundlag for effektivt og på forhånd at gribe ind i en koncentra-

tionsproces. Dog har den påklagede beslutning intet at gøre med problemet om forudgående kontrol med koncentrationer i den i EKSF-traktatens artikel 66 forudsatte betydning, således at sagsøgernes bemærkninger om dette punkt ikke er relevante i den foreliggende sag.

Det er i øvrigt ikke klart for sagsøgte, hvorpå sagsøgerne støtter deres slutning med hensyn til lovgiverens hensigt ved udarbejdelsen af Traktatens artikel 86, idet forarbejderne for regeringskonferencen i 1956-57, hvor Traktatens tekst blev affattet, ikke er blevet offentliggjort. Indholdet og rækkevidden af artikel 86 kan derfor kun fastlægges på grundlag af ordlyden og med hensyntagen til Fællesskabets fundamentale målsætning. Den fortolkningsmåde, som Kommissionen har anvendt, er i overensstemmelse med Traktatens natur, der som en rammetraktat har overladt Kommissionen den opgave at overvåge dens gennemførelse under Domstolens kontrol med henblik på at sikre dens rigtige funktion og udviklingen af fællesmarkedet.

Da begrebet misbrug ikke er defineret nøjere i artikel 86, må man efter sagsøgtens mening først og fremmest tage de mål i betragtning, som Traktaten har opstillet for Fællesskabet, og dernæst tage hensyn til de eksempler på misbrug, som artikel 86 selv nævner.

Det fremgår af EØF-traktatens artikel 2, at Fællesskabet bl.a. har til opgave gennem oprettelsen af fællesmarkedet at fremme en harmonisk udvikling af den økonomiske aktivitet i Fællesskabet som helhed og en hurtigere højnelse af levestandarden i medlemsstaterne. Med det formål for øje har de traktatafsluttende parter anset det for absolut nødvendigt at sikre opretholdelsen af et effektivt konkurrencesystem (artikel 3, f, i Traktaten). Inden for dette system må begrebet misbrug være knyttet til det forhold, at en virksomhed udviser en adfærd, der er »objektivt« forkert i forhold til Traktatens målsætning. Da den »objektive« eksistens af en sådan forkert adfærd er tilstrækkelig til at udgøre et traktatstridigt misbrug, indebærer begrebet misbrug af en dominerende stilling, som

omhandlet i artikel 86, altså ikke, at der derudover skal foreligge en fejl i betydning af brud på skikke eller moral. Det er f.eks. uden betydning, om sagsøgerne, således som de hævder, har betalt TDV's aktionærer en rimelig pris. Det virkelige problem er, om sagsøgerne ved dette køb praktisk talt har fjernet den konkurrence, som indtil da var til stede eller i det mindste var mulig mellem TDV og SLW med hensyn til disse varer.

Den ovennævnte adfærd kan lige så vel finde sted over for konkurrenter (nuværende eller mulige) som over for leverandører og forbrugere. Påstanden om, at forbudet i artikel 86 kun tager sigte på visse former for misbrug på markedet er uden grundlag, hvilket fremgår af artikel 86, litra b. I de eksempler på misbrug, som denne bestemmelse nævner, drejer det sig ikke om adfærd på markedet, men om interne foranstaltninger inden for en virksomhed. Traktaten lægger imidlertid bånd på virksomheder med en dominerende stilling, også med hensyn til deres interne foranstaltninger, for at beskytte forbrugerne imod eventuelle skader. Det er i den henseende tilstrækkeligt til, at der foreligger misbrug, at handlingen faktisk har skadelige *virksomheder* for forbrugerne.

Sagsøgerne går i øvrigt ud fra en fejlagtig opfattelse af den *årsagsforbindelse*, der kræves i artikel 86, især med hensyn til den anskuelse, at misbrug af en dominerende stilling skulle finde sted på det marked, hvor virksomheden har en sådan stilling.

Spørgsmålet, om der i det enkelte tilfælde foreligger et misbrug af en dominerende stilling, afhænger af den situation, der foreligger på det marked, hvor den dominerende virksomhed udøver sin aktivitet.

Sagsøgte slutter med at præcisere, at da det omhandlede marked mindst strækker sig fra Benelux mod nord til midten af forbundsrepublikken Tyskland, påvirker et misbrug af en dominerende stilling samhandelen mellem medlemsstater som nævnt i Traktatens artikel 86.

Sagsøgerne svarer, at den pågældende virksomheds stilling ved en efterfølgende

kontrol i praksis ville være endnu dårligere end ved en forudgående kontrol, især da artikel 86 i modsætning til artikel 85, stk. 3, i EØF-Traktaten og artikel 66 i EKSF-traktaten indskrænker sig til simpelthen at forbyde misbrug af en dominerende stilling uden at hjemle nogen dispensationsmulighed.

Desuden burde Kommissionen i det foreliggende tilfælde undersøge, om der foreligger misbrug af en dominerende stilling, dvs. en forkert adfærd, som medfører skadevirkninger for konkurrerende leverandører eller kunder. Kommissionen kan ikke komme uden om dette misbrugsbegreb og blot henvise til så vage begreber som »Traktatens formål«.

For øvrigt har sagsøgte selv betragtet det som nødvendigt, at den dominerende virksomheds adfærd faktisk skulle give sig udslag i en skadevirkning for forbrugerne, hvilket netop ikke er tilfældet i den foreliggende sag. Ydermere forudsætter artikel 86, b, at denne skadevirkning foreligger »faktisk« og ikke blot teoretisk. Hvis Kommissionen vil anvende denne bestemmelse indirekte, kan den ikke påberåbe sig, at erhvervelsen af TDV-aktier udgør »en begrænsning af produktion, afsætning . . .«, efter som såvel produktionen af metal-emballage som den tekniske udvikling heraf til stadig lavere priser til fordel for forbrugerne er gået frem i Europa, takket være Continental. Hvis Kommissionen derimod vil anvende artikel 86, b, for at statuere et eksempel, kan den ikke fortsat betragte denne situation som et tilfælde af »interne foranstaltninger inden for en virksomhed«, efter som det klart fremgår af ordene »til skade for forbrugerne« i denne artikel, at den adfærd, som kan kaldes misbrug af en dominerende stilling må have relation netop til det marked, hvor forbrugeren befinder sig.

Sagsøgerne mener endelig at kunne påvise, hvori Kommissionens opfattelse bundes:

— Dels i et fejlagtigt udgangspunkt for fortolkningen, som har fået Kommissionen til at fortolke de omtvistede bestemmelser i Traktaten ud fra de principper, der gælder i den ameri-

kanske antitrustlovgivning, hvis oprindelse samt filosofiske og historiske baggrund imidlertid er forskellig fra principperne for den konkurrenceret, som de seks medlemsstater har ønsket indført.

— Dels i flere teoretiske arbejder om konkurrence, som de gennemgår i korthed.

Efter at sagsøgerne til støtte for deres opfattelse har citeret en del af teorien, slutter de med at fastslå, at der er en klar modsigelse mellem forbud mod koncentration af betydelige virksomheder og den industripolitik, som Kommissionen, Europa-Parlamentet og Det økonomiske og sociale Udvalg har gjort sig til talsmænd for.

Sagsøgte bemærker i sin duplik, at sagsøgerne ikke har ret, når de finder, at virksomhedernes stilling ved efterfølgende kontrol er ugunstigere end ved forudgående kontrol med koncentrationer.

Sagsøgerne har undladt at tage i betragtning, at enhver koncentration ifølge artikel 66 i EKSF-traktaten skal have forhåndstilladelse, og at virksomhedernes handlefrihed er mere begrænset under denne ordning end i tilfælde, hvor myndighederne kan gribe ind senere ved a posteriori at kræve gennemført opløsningsforanstaltninger. I øvrigt gør fællesskabsretten det muligt for virksomhederne at sikre sig ved at lade Kommissionen vurdere en bestemt adfærd, idet de blot behøver gøre brug af den adgang, de har til at anmode om en negativattest i henhold til artikel 2 i forordning nr. 17/62.

Sagsøgte præciserer yderligere sit synspunkt ved i de tilfælde, hvor teksten er tavs, at forsøge at fastlægge »rækkevidden af artikel 86 på basis af de eksempler, som nævnes i stykke 2, og særlig det eksempel, der forekommer under litra b«. Sidstnævnte eksempel viser efter sagsøgtens mening, at også såkaldte »interne« foranstaltninger, dvs. handlinger, der ikke direkte er rettet mod markedet, opfylder betingelserne for misbrug og derfor er forbudt, såfremt de er til skade for forbrugerne. Grunden hertil er

indlysende. Den kendsgerning, at en eller flere virksomheder indtager en dominerende stilling, medfører en begrænsning af konkurrencen og et alvorligt indgreb i forbrugernes frihed til at købe, hvor de vil. Artikel 86 forbyder derfor netop misbrug af den afhængighed, som forbrugerne således befinder sig i over for disse virksomheder. Den skade, forbrugerne lider, bliver endnu alvorligere, når en dominerende virksomhed efter fusion med de tilbageværende konkurrenter yderligere begrænser forbrugernes valgfrihed. Dette gælder især i det foreliggende tilfælde, hvor sagsøgerne ved sammenslutning med den sidste virkelige konkurrent fik fjernet praktisk talt al konkurrence, som endnu måtte bestå på det pågældende marked.

I øvrigt tillader den generelle passus i artikel 86, første afsnit, når den fortolkes i lys af de eksempler, der nævnes i andet afsnit, den slutning, at artikel 86 forbyder virksomheder med en dominerende stilling at foretage handlinger, der er tilladt for en »normal« virksomhed. Sådanne handlinger betragtes dog, selv om de foretages af en normal virksomhed, ikke som stemmende med Traktatens målsætning, de er imidlertid mindre skadelige for handelspartnere, konkurrenter og forbrugere, når den omhandlede virksomhed er udsat for konkurrence og kan risikere med tiden at miste sin kundekreds til andre virksomheder. Denne risiko truer derimod ikke en virksomhed med en dominerende stilling. En »begrænsning af produktion, afsætning...« har, når der foreligger en dominerende stilling, direkte skadevirkninger for forbrugerne derved, at disse ikke har mulighed — eller kun utilstrækkelig mulighed — for at orientere sig mod andre virksomheders tilbud.

Ligeledes medfører en sammenslutning af to mindre virksomheder, som hidtil har konkurreret, selv om den kan betyde en følelig begrænsning af konkurrencen, dog ikke fjernelse af enhver faktisk konkurrence, idet den lader handelspartnere og forbrugere beholde tilstrækkelige valgmuligheder. Men når sammenslutningen af en virksomhed i en domine-

rende stilling og dens sidste virkelige konkurrent har til følge, at enhver konkurrence fjernes, har handelspartnere og forbrugere ikke længere nogen valgmulighed.

Disse betragtninger giver også mulighed for at forkaste sagsøgernes tese med hensyn til den *årsagsforbindelse*, som i den foreliggende sag måtte findes mellem den dominerende stilling og købet af TDV-aktier, således at den nævnte stilling skulle fremstå som det middel, der er blevet anvendt til at udøve et misbrug. Selv om en sådan udnyttelse af en dominerende stilling er det centrale i de situationer, der omhandles i litra a, c og d i artikel 86, har dette synspunkt ingen betydning i de tilfælde, der er beskrevet i litra b, eller i det foreliggende tilfælde.

2. De faktiske omstændigheder, der ligger til grund for den påklagede retsakt

Sagsøgerne mener, at begrundelsen for den påklagede beslutning er utilstrækkelig, mangelfuld og behæftet med fejl, og det såvel med hensyn til *de faktiske omstændigheder* som med hensyn til *de slutninger*, Kommissionen drager heraf. Redegørelsen for de faktiske omstændigheder indeholder først og fremmest en »baggrundsargumentation«, som er uden relevans, og som kunne give den overfladiske læser indtryk af, at der er en vidt-omspændende sammensværgelse i gang mod konkurrencesystemet. Der er ikke tale om, at Continental har planer om at forene sine europæiske interesser inden for rammerne af Europemballage. For øvrigt er det, som har betydning for afgørelsen af tvisten, ikke, hvad selskaberne Continental og Europemballage kan have haft i sinde, men hvad de faktisk har gjort.

Hertil indvender *sagsøgte*, at beskrivelsen i dens påstand af de faktiske omstændigheder, langt fra er fejlagtig eller utilstrækkelig, men at den i forbindelse med de anførte slutninger giver et nøjagtigt billede af den reelle situation på markedet. Dette billede var blevet helt fortegnet, hvis den påklagede beslutning havde undladt at tage hensyn til

Continental's stilling inden for emballageindustrien, og især på markedet for let metalemballage, samt til selskabets økonomiske, finansielle og tekniske betydning.

Sagsøgte fastholder desuden, at der foreligger planer fra Continental's side om gennem køb af de eksisterende virksomheder at udvide sin dominerende stilling i Europa. Sagsøgte henviser i den anledning til et afsnit (siderne 7 og 8) af replikkens bilag 1.

Sagsøgerne og sagsøgte diskuterer herefter forskellige punkter i begrundelsen, herunder især følgende afsnit:

a) Faktiske omstændigheder (afdeling I i begrundelsen for beslutningen)

Karakteristik af SLW: betragtning B, 2

Sagsøgerne gør nøje rede for, at antallet af beskæftigede i SLW, dets netto-over-skud og dets anlægskapital i 1971 var lavere end det af Kommissionen anførte. Desuden blev fire af de fabrikker, der er nævnt i beslutningen, lukket som følge af svigtende rentabilitet.

Sagsøgte svarer hertil, at de oplysninger, som beslutningen indeholder, svarer til situationen på det tidspunkt, da de omhandlede begivenheder fandt sted. Indskrænkningen i antallet af ansatte i 1971 skyldes sandsynligvis rationaliseringsforanstaltninger efter sammenslutningen med TDV.

*Continental's licenshaveres salgssu-
nomi: betragtning D, 1*

Sagsøgerne hævder, at det i modsætning til, hvad der påstås i beslutningen, »altid« og ikke blot »i princippet« stod en licenshaver i Continental frit at sælge varer, der var fremstillet på licens, uden for sit territorium. De hindringer, som møder salget af varer fremstillet på licens fra konkurrenterne, skyldes ikke licenssystemet, men de forskellige specifikationer, som aftagerne i de forskellige lande ønsker.

Sagsøgte påviste, at licenshaverne var blevet enige om at begrænse konkurren-
cen indbyrdes ved den såkaldte aftale om udveksling af oplysninger, som er beskrevet i betragtning D, 4, b. Hertil

svarede sagsøgerne, at ordningen med udveksling af oplysninger intet havde at gøre med de her drøftede spørgsmål.

*SLW's samlede salg af metaldåser: be-
tragtning E, 4*

Sagsøgerne bestrider, at de tal for den procentvise andel af konserverdåser til kødprodukter i SLW's samlede salg, der er anført i den påklagede beslutning, er rigtige. I virkeligheden var salget af konserverdåser til *dyrefoder*, som udgjorde en særlig og helt forskellig gruppe, medregnet i dette tal. Desuden måtte man ved en vurdering af SLW's helheds-situation foruden let metalemballage medtage denne virksomheds øvrige produktion på emballageområdet (plastic-, pap- og papiremballage, maskiner og udstyr osv. Den mindre plads, som de tal, der opgives i beslutningen, indtager i SLW's samlede salg, viser i virkeligheden, at den produktion, som disse tal vedrører, ikke har den betydning, som Kommissionen tillægger den (jfr. bilag 8 til stævningen).

Sagsøgte gør rede for, at tabellen over SLW's og TDV's samlede salg i 1969 hviler på oplysninger, som disse virksomheder har meddelt Kommissionen. SLW har ikke selv sondret mellem dåser til kødkonserver og dåser til dyrefoder. Sidstnævnte emballage udgør i øvrigt ikke nogen særlig, og i forhold til førstnævnte, forskellig gruppe. Den officielle tyske statistik indeholder ingen særlig kategori med titlen »konserverdåser til dyrefoder«. Da beslutningen på den anden side kun vedrører let metalemballage, på hvilket område sagsøgerne gennem SLW indtog en dominerende stilling, var yderligere angivelser ikke nødvendige. Beslutningen påstår på ingen måde, at Continental (gennem Europemballage og SLW og TDV) indtager en dominerende stilling med hensyn til andre former for emballage. De oplysninger, der findes i bilag 8 til stævningen, bekræfter i øvrigt, at SLW's omsætning hovedsagelig bestod i salg af metal-
emballage.

Sagsøgerne svarer hertil, at konserverdåser til dyrefoder og til kødkonserver

udgør to forskellige varegrupper, der først og fremmest adskiller sig indbyrdes ved deres formål. Når SLW ikke særskilt har givet oplysninger om omsætningen af konserverdåser til dyrefoder, skyldes det, at det tyske statistiske kontor ikke sonderer og ikke kan sondre mellem disse to grupper, hvis forretningshemmeligheden skal opretholdes.

Sagsøgte replicerer, at konserverdåser til dyrefoder ikke har særlige egenskaber: de kunne fyldes med andre produkter, f.eks. kødkonserver bestemt til menneskeføde. Desuden har sagsøgerne selv indrømmet, at SLW er den eneste producent af den slags emballage i Tyskland. Hvis man skal følge sagsøgernes påstand, nemlig at markedet for disse produkter udgjorde et særligt marked, ville konklusionen heraf blive, at sagsøgerne på dette marked har en monopolstilling.

TDV's marksandsdele: betragtning F

Sagsøgerne gør opmærksom på, at TDV's andel af det nederlandske marked for dåser til kødkonserver ikke er som anført af Kommissionen, idet import fra CEBAL (Frankrig) beslægtet lægger en mindre del af markedet. Den procentdel, der nævnes for øldåser, svarer heller ikke længere til de faktiske forhold på grund af import fra Kaiser-Aluminium (Tyskland), som efter koncentrationen er blevet en alvorlig konkurrent på markedet for den slags emballage i Nederlandene. I øvrigt hører disse dåser ikke til på »det omhandlede marked« og har intet til fælles med dåser til kødkonserver, da de maskintyper, der bruges ved fremstillingen, er forskellige i de to tilfælde.

Hvad endelig angår dåser til fiske- og skaldyrkonserver, giver den procentdel, som Kommissionen angiver, et forkert billede, fordi det nederlandske marked er meget ubetydeligt på dette område, hvor også TDV's omsætning i 1970 viste en brat faldende tendens.

Sagsøgte svarer, at på det tidspunkt, da den omtvistede koncentration fandt sted, var TDV praktisk talt den eneste producent i Nederlandene af dåser til kødkonserver og øl. Importen fra CEBAL og

Kaiser-Aluminium havde kun ringe betydning, den var i det store og hele først begyndt efter koncentrationen. Hvad på den anden side angår dåser til fiske- og skaldyrkonserver, er TDV endnu på indværende tidspunkt den eneste nederlandske fabrikant. Selv om dette marked i øvrigt viste en vis faldende tendens, blev denne helt opvejet af den hurtige udvikling af markedet for øldåser.

Substitutionsprodukter: betragtning H

Efter sagsøgernes opfattelse ville betydningen af konkurrencen fra substitutionsprodukter fremtræde klarere, hvis det var nævnt i denne betragtnings punkt 3, at 99 % af det øl, der solgtes i mindre emballage, blev udbudt i glasflasker, og at anvendelsen af glas er stærkt dominerende med hensyn til frugtkonserver, syltetøj, pulverkaffe og børnemad.

Sagsøgte svarer, at det efter som det er almindelig kendt, at konkurrence fra substitutionsprodukter — f.eks. fra glasemballage — eksisterer for adskillige konserverarter, havde været unødvendigt specielt at nævne dette. Beslutningen har ikke desto mindre udtrykkeligt henvist til denne omstændighed.

Ændring af emballeringsmåde: betragtning I

Efter sagsøgernes opfattelse, har Kommissionen undladt at nævne, at aftagernes valg med hensyn til emballeringsmåde ikke bestemmes af de »forskellige kriterier«, som beslutningen angiver, efter som praktisk talt alle store virksomheder, der anvender emballage til enhver tid kan skifte emballagetype — og faktisk gør det.

Sagsøgte svarer herpå, at ændring af emballeringsmåde kræver betydelige investeringer og medfører betydelige vanskeligheder for små og middelstore virksomheder, frembyder problemer ja selv for store virksomheder. Sagsøgerne har hertil fremlagt et overslag over de udgifter, der medgår til installering af et påfyldningsbånd for glaskrucker med en kapacitet af ca. 150 krucker i minuttet.

Sagsøgte svarer, at der ved overgang fra

en til en anden, ikke udelukkende bliver tale om investeringsomkostninger. Egenkøberne ved de produkter, der skal emballeres og forbrugernes vaner begrænser i højere grad mulighederne for en sådan ændring.

3. »Økonomisk bedømmelse« af de omstændigheder, som Kommissionen lægger til grund

a) »Dominerende stilling«

— SLW's markedsandele

Markedet for dåser til kødkonserver og fiskekonserver: betragtning B 5 og 6

Sagsøgerne bestrider, at SLW i Tyskland er i besiddelse af en markedsandel på mellem 70 og 80 % for dåser til *kødkonserver*. Efter at sagsøgte havde fremlagt en oversigt til støtte for sit skøn, svarede de, at denne oversigt var unøjagtig, fordi der hverken var angivet tal for andre konkurrenter end Zückner eller for importen. De fremlagde på deres side en ny beregning, hvoraf fremgik, at SLW's andel af markedet for dåser til kødkonserver var 65 %.

Med hensyn til markedet for dåser til *fiskekonserver* har Kommissionen undladt at tage hensyn til, at når konserverglas og plasticbeholdere behersker omkring 30 % af markedet og viser en stigende tendens, skyldes det, at der er en betydelig konkurrence mellem disse produkter og metaldåserne.

Til sagsøgtes indvending, at konserverglas og plasticbeholdere på den ene side og metaldåser på den anden side ikke konkurrerer ret meget på markedet for fiskekonserver, da de to grupper næsten altid tjener til emballage for forskellige varer, har sagsøgerne svaret, at metal også anvendes til produkter, der ikke er steriliseret, og glas også til »egentlig« konserver.

Sagsøgte svarer, at i betragtning af de andre producenters og importørers svage stilling er en andel på 65 % af markedet for dåser til *kødkonserver* tilstrækkelig til, at man kan slutte, at SLW indtager en dominerende stilling på dette marked. Men i virkeligheden må SLW's andel af

markedet være meget større. Sagsøgernes skøn er urigtigt, da det medtager dåser, der er importeret til Tyskland, men ikke dåser, som er eksporteret derfra. Man må antage, at forholdet mellem import og eksport af konserverdåser til kødprodukter og dyrefoder må være omtrent det samme som det forhold mellem import og eksport (6:5), som den påklagede beslutning angiver (i afdeling I, betragtning J. 1) for åbne konserverdåser af enhver art for året 1969.

Med hensyn til markedet for dåser til *fiskekonserver* henviser sagsøgte til en pasus i SLW's beretning for året 1969, hvoraf fremgår, at SLW har haft en stigning i omsætningen af denne vare (jfr. duplikken, side 16).

Markedet for metallåg: betragtning B, 7

Ifølge sagsøgernes opfattelse er det urigtigt, at den andel, som SLW besidder af det tyske marked for metallåg, ligger mellem 50 og 55 %. I øvrigt er der særlige træk ved markedet for metallåg, som i endnu højere grad, end det var tilfældet med markedet for dåser til fiske- og kødkonserver, udelukker muligheden af en dominerende stilling.

Dels spiller transportspørgsmålet ikke nogen større rolle for disse varer, og dels fremstilles »White Caps« i omtrent 47 lande af licenshavere, som ikke er forpligtet til at respektere landegrænser ved salget af deres produkter, og som faktisk afsætter disse inden for de geografiske grænser af så stort et område, de kan overkomme at dække.

Sagsøgte svarer ved at fremlægge en beregning, der er udarbejdet på grundlag af den officielle tyske statistik for året 1969 og oplysninger meddelt af pågældende: det fremgår heraf, at SLW's andel på det tyske marked for metallåg til glasemballage (af typen »twist-off«) var 52 %.

For så vidt angår markedets særpræg mener sagsøgte, at selv om man teoretisk kunne sende andre metallåg til Tyskland uden vanskelighed og uden større transportudgifter, foretrækker aftagerne dog låg af typen »twist-off«, som er patentbeskyttet for Continental og kun kan fremstilles af dets licenshavere. SLW er

praktisk talt den eneste virksomhed, som i Tyskland tilbyder låg af typen »twist-off« og maskiner til brug herfor, idet licenshaverne i andre lande kun undtagelsesvis eksporterer disse låg til Tyskland.

Sagsøgerne svarer, at i modsætning til det af sagsøgte skønnede er SLW's markedsandel med hensyn til metallåg kun omkring 42 %. Kommissionens skøn skyldes et hul i den officielle tyske statistik på grund af en fejl (der for længst er rettet) i de tal, som en af SLW's fabrikker har oplyst.

De bestrider i øvrigt, at licenshavere i andre lande kun undtagelsesvis eksporterer låg af typen »twist-off« til Tyskland. Således forsyner f.eks. Metal Box et vist antal tyske kunder; det samme gør »Le Bouchage Mécanique« i Saint-Gobain-gruppen. Hvad aftagernes forkærlighed for denne type låg angår, kan denne ikke komme sagsøgerne til skade, da markedet yder tilstrækkeligt mange substitutionsprodukter for metallåg til glasbeholdere.

Sagsøgte kan ikke godkende den forklaring, som sagsøgerne har givet med hensyn til den unøjagtighed, som den officielle statistik udviser på dette punkt. *Sagsøgte* anslår, at sagsøgerne, i tilfælde af, at denne forklaring er rigtig, skulle have undladt at give meddelelse om ikke mindre end 46 % af deres produktion af metallåg, hvilket er lidet sandsynligt. *Sagsøgernes* erklæringer svarer heller ikke til den procentdel af markedet for metallåg, som de oplyser, at SLW besidder (jf. beslutningens afdeling I, betragtning F, d). Hvis den andel, der svarer til produktionen af metallåg, skulle formindskes i henhold til deres forklaring, skulle den andel, der svarer til produktionen af crown-corks, forøges tilsvarende for at opnå den samlede markedsandel, som SLW har oplyst. Den ville således komme til at ligge på et meget højere niveau end det, som SLW havde nået i 1969 efter de oplysninger, sagsøgte har indsamlet.

Endvidere har den påklagede beslutning allerede taget importen til Tyskland af

metallukkeanordninger, herunder metallåg, i betragtning (jf. beslutningens afdeling I, betragtninger G og J, 1c).

Endelig kan der ikke være tale om at tillægge sagsøgerne markedspræferencen for låg af typen »twist-off«. Glasemballage kan lukkes med tre forskellige typer låg (»twist-off«, »Pano« og »Omnia«), men de skal altid være konstrueret til en bestemt type låg. TDV fremstiller de tre ovennævnte typer, således at sagsøgerne gennem dette selskab nu også kan tilbyde substitutionsprodukterne til »twist-off«—låg. På tidspunktet for koncentrationen havde TDV eksporteret ret betydelige mængder af låg til Tyskland. I mellemtiden er to produktionsbånd fra TDV til »twist-off«—låg blevet overført til dette land.

Markedet for metalemballage til drikkevarer: betragtning B, 8 a og b

Sagsøgerne anfører, at den måde, hvorpå Kommissionen under a) beskriver markedet for emballage til drikkevarer, fremkalder det indtryk, at selv om SLW's stilling i Kommissionens øjne ikke er dominerende på dette samlede marked for emballage til drikkevarer, er den dog meget stærk på markedet for konserverdåser. Det forhold, at man har en stærk stilling på markedet for dåser til øl og andre drikke, har dog ingen betydning, da f.eks. 99 % af alt øl emballeres i flasker, og da metaldåser til emballage af frisk mælk praktisk talt ingen andel har af markedet (jf. bilag 9 til stævningen).

På samme måde søger Kommissionen under 8 b) tydeligt at fremkalde det indtryk, at SLW indtager en stærk stilling også på markedet for plasticemballage til fiskekonserver. Den tager ikke hensyn til, at bortset fra konserverede og marinerede fiskeprodukter, afsættes disse varer på markedet hovedsagelig i fersk, frossen eller røget tilstand. Ydermere udbydes de ofte i emballage fremstillet som egenproduktion.

Sagsøgte bemærker, at i henhold til selve beslutningen er det hovedsageligt glasemballage, der anvendes til emballering af flydende levnedsmidler. Beslutningen har imidlertid ret i, at SLW med en mar-

kedsandel som den anførte ville indtage en stærk stilling inden for metalemballage til drikkevarer.

Beslutningen konstaterer desuden under b), at SLW også fremstiller plasticemballage til forskelligt brug, således at det også er i stand til at levere denne emballage til fiskekonserver. Det anbringende, at fisk især sælges i fersk eller frossen tilstand, er uden værdi. Det forholder sig på tilsvarende måde med kød, frugt og grønsager.

Sagsøgerne gør gældende, at spørgsmålet ikke er, om SLW var i stand til også at levere plasticemballage til fiskekonserver, men om det virkelig foretog sådanne leveringer.

Udbudet af maskiner og produktionsprogrammets omfang: betragtning B, 9, 10, 11 og 13

Sagsøgerne gør opmærksom på, at den fordel, som Continental ville have af selv at fremstille visse maskiner, der er nødvendige til produktion og anvendelse af let metalemballage, ikke indebærer, at SLW indtager en dominerende stilling på det tyske marked. Ingen af SLW's kunder anvender Continental maskiner til fremstilling af dåser, af den enkle grund, at sådan emballage blev solgt færdig til brug af SLW. De aftagere af emballage, der selv fremstiller den nødvendige emballage, bruger udelukkende maskiner fra andre fabrikater end Continental. Desuden findes der ingen dåsekapslingsmaskine, fremstillet af Continental, hos nogen af SLW's kunder.

Hvad i øvrigt *forskelligartetheden i SLW's produktion* angår, skyldes denne for en stor del forskelle i typer og dimensioner af de fremstillede varer. Små virksomheder har i forhold til SLW et større aktivitetsfelt, da de disponerer over en relativt stor produktionsskala takket være anvendelsen af halvautomatiske fremstillingsmåder, som let kan tilpasses fremstillingen af flere forskellige artikler. SLW ville være tvunget til, for ikke at miste sin kundedrejs til disse mindre producenter, uden hensyn til produktionsomkostningerne at tilbyde for forskelligartede varer, hvilket natur-

ligvis ikke kunne sikre det en magtstilling på markedet. Endelig er de konklusioner, som Kommissionen når frem til i betragtningerne 10, 13 og 14 med hensyn til den stilling, som Continental hovedsageligt i kraft af sin tekniske erfaring og sin økonomiske og finansielle magt indtager på markedet, dårligt underbyggede og ikke beviste.

Sagsøgte indvender, at det forhold, at en virksomhed ikke blot fremstiller emballage, men også maskiner, som er nødvendige til fremstilling og anvendelse af emballagen, i det lange løb sikrer den en teknologisk fortrinsstilling og følgelig en fordel over for konkurrenterne, som kun fremstiller emballage. Når *sagsøgerne* påstår, at ingen Continental dåsekapslingsmaskine er i brug hos SLW's kunder, har de tilsyneladende undladt at tage i betragtning, at såvel SLW som International Machinery Corporation (Belgien) fremstiller sådanne maskiner på licens fra Continental til salg i Europa. *Sagsøgerne* kan i øvrigt ikke nægte, at de store metal-emballagefabrikater, der er nævnt i betragtning 10, er licenshavere hos Continental og afhængige af dets »know-how«.

Det er desuden ubestrideligt, at omfanget af produktionsprogrammet giver SLW mulighed for at tilbyde aftagerne næsten enhver slags emballage, de måtte ønske. Det har herved en konkurrencemæssig fordel, da aftagerne af bekvemmelighedsgrunde foretrækker at forsyne sig med al den emballage, de har brug for, hos en og samme leverandør. Endelig er påvisningen i betragtning 13 af, at Continental i kraft af sin størrelse har lettere adgang til det internationale kapitalmarked end mindre virksomheder, ubestridelig.

Sagsøgerne svarer med hensyn til udbudet af maskiner, at antallet af uafhængige virksomheder, der leverer maskiner til emballage er tilstrækkeligt stort til at udelukke, at SLW i længden kan nyde godt af et teknologisk forspring og en konkurrencemæssig fordel over for de virksomheder, der kun fremstiller emballage. Med hensyn til kapslingsmaskinerne fremstiller SLW ikke sådanne på licens fra Continental, og der findes

for øvrigt et stort antal konkurrenter, som tilbyder disse maskiner.

Hvad endelig produktionsprogrammet angår, bemærker sagsøgerne, at selv om det kan være fordelagtigt for aftageren at forsyne sig hos samme leverandør med al slags emballage, så er det afgørende dog den valgfrihed, som disse har ved indkøbet. Europemballage disponerer ganske vist gennem Continental over en vigtig finansiell støtte, men dette gør ikke, at firmaet adskiller sig fra andre virksomheder, der driver deres forretning på det europæiske emballagemarked. F.eks. har American Can, Saint-Gobain og Metal Box samme adgang, som altså ikke er et særligt kendetegn ved Continentalgruppen.

Sagsøgte bemærker hertil, at det ikke blot er fordelagtigt, men næsten uundgåeligt for aftagerne at forsyne sig hos en og samme fabrikant. Det er desuden nødvendigt til påfyldning og kapsling af dåserne at anvende de maskiner og andet udstyr, som fabrikanten af dåserne leverer. Mange af de dåser, der fremstilles af virksomheder i Continentalgruppen, er således udformet, at de kun kan fyldes og lukkes af en bestemt type maskiner.

Hvis dette ikke er en teknisk nødvendighed, skaber virksomhederne i Continentalgruppen selv en kunstig nødvendighed ved kun at levere maskiner og andet udstyr på lejebasis og med det vilkår, at de kun anvendes til dåser, der er fremstillet af denne gruppe. Dette følger eksempelvis af artikel 1 b) i den mønsterlejekontrakt, som SLW benytter i Tyskland.

Desuden er påstanden om, at SLW ikke fremstiller nogen kapslings-maskine på licens fra Continental, i modstrid med olysninger i SLW's beretning for året 1969 og med, hvad der er fastslået under sagens forberedelse, nemlig at 7 af 37 licenskontrakter indgået med SLW drejede sig om »Continental«-kapslingsmaskiner.

Konkurrencen fra substitutionsprodukter: betragtning B, 16 a)

Sagsøgerne bestrider, at der ikke eksisterer ombyttelighed mellem let metalem-

ballage og andre former for emballage. Det er ikke korrekt, at indholdet i metalemballage kan steriliseres eller pasteuriseres hurtigere efter dåsens kapsling end indholdet i glaseballage. I forbundsrepublikken Tyskland findes frugt hyppigere i glaseballage end i metalemballage. I Nederlandene sælges usødet kondenseret mælk praktisk talt kun i glasbeholdere. Hvis dette produkt i Forbundsrepublikken sælges i metalemballage, er denne i almindelighed fremstillet af sælgeren selv. I Forbundsrepublikken sælges i øvrigt kun 16,9 % olie og vegetabiliske fedtstoffer i metalemballage, medens teknisk-kemiske produkter hovedsageligt forekommer i plasticemballage.

Sagsøgte bemærker, at sagsøgerne ikke bestrider, at kød- og fiskekonserves som oftest emballeres i metaldåser, og gør opmærksom på, at beslutningen på dette punkt ikke henviser til noget bestemt nationalt marked. Sagsøgernes anbringende om emballage til olie og spiselige fedtstoffer strider i øvrigt ikke mod det argument, at olivenolie hovedsageligt sælges i metalemballage.

Sagsøgerne svarer til dette sidste punkt, at der ikke findes et særligt marked for olivenolie — som kun repræsenterer 5 % af markedet for vegetabilisk olie — og at dette produkt også emballeres såvel i glas som i metalemballage.

Konkurrencen fra de store aftagere: betragtning B, 18

Sagsøgerne udtrykker deres forundring over de slutninger, som Kommissionen når til i denne betragtning. Man kan efter deres mening ikke for alvor påstå, at et teknisk forspring og fordelagtige priser er »uforenelige med fællesmarkedet og derfor forbudt«. På grund af disse faktorer foretrækker de store aftagere at købe konservesdåser hos SLW og TDV, medens de dog i kraft af deres stærke stilling på markedet selv kunne fremstille dem.

Desuden er den i dag så dynamiske og magtfulde konservesdåseindustri i England, hvilked bl.a. kan udledes af en betragtning fra »British Monopolies Com-

mission« fra 1970, opstået af en teknologi, der er hentet i USA. Derfor har tildelingen af licenser haft uvurderlig værdi for licenshaverne.

Sagsøgerne bemærker dernæst, at fem kunder køber 27 % af SLW's produktion af dåser til kødkonserves og fire køber 53 % af dets produktion af dåser til fiskekonserves. To af disse kunder har en stærkere stilling på markedet end SLW og fremstiller selv emballage til andre formål. Der er foregået en udvikling, hvorved antallet af kunder er formindsket og den relative størrelse af deres køb hos SLW er forøget; denne udvikling må formodes at fortsætte så længe, som efterspørgslen fra kundernes side vokser. Sagsøgte svarer til det første punkt, at dette afsnit i beslutningen ikke vil forbyde tekniske forspring og fordelagtige priser som uforenelige med fællesmarkedet, men at den indskrænker sig til objektivt at påvise de enkeltheder, hvoraf en dominerende stilling på markedet opbygges.

Man må heller ikke undervurdere betydningen af forbindelserne mellem Continental og dets europæiske licenshavere. De kan belyses ved en kommentar, som hr. P. C. Hietrink har udarbejdet på grundlag af TDV's bestyrelsesmøde den 15. oktober 1969.

Med hensyn til det andet punkt gør sagsøgte opmærksom på, at selv om 27 % af SLW's produktion af dåser til kødkonserves fordeler sig mellem fem kunder, bliver 73 % af denne produktion dog leveret til et stort antal kunder, således at man ikke kan tale om, at aftagerne har en magtstilling på dette område. På samme måde kan man heller ikke med hensyn til dåser til fiskekonserves, et område, hvor situationen er betydelig mindre gunstig, sige, at aftageren indtager en særlig stærk stilling, især ikke da 47 % af produktionen leveres til et stort antal mindre købere. Ydermere påberåber sagsøgerne sig hele tiden, at markedet for dåser til fiskekonserves skrumper ind og er af forholdsvis ringe betydning.

Sagsøgerne svarer, at hvad angår SLW's aftageres magtstilling, er f.eks. Unilever,

den vigtigste kunde for dåser til kød- og fiskekonserves, til enhver tid i stand til selv at fremstille sine dåser, og at det i øvrigt gør dette på andre områder. Derfor kan SLW og TDV kun levere deres varer til Unilever, hvis de opfylder de krav, som denne virksomhed stiller og ikke giver den anledning til at gå over til selvproduktion. Det samme gælder også over for de andre kunder. Hvis én, lige meget hvilken af SLW's fem store kunder til dåser til kødkonserves, holdt op med at købe hos SLW, ville denne virksomheds produktion være bragt i fare til skade for de øvrige kunder eller ville i hvert fald blive dyrere. Til støtte for deres opfattelse anfører sagsøgerne procentdelene for SLW's salg af dåser til kødkonserves i 1969. Med hensyn til dåser til fiskekonserves kan det forhold, at markedet skrumper ind, kun forøge kundernes magtstilling.

Sagsøgte svarer hertil, at Continentals tekniske forspring faktisk sikrede dette selskab en dominerende stilling over for aftagerne, som ville udsætte sig for betydelige vanskeligheder, hvis de forsøgte selv at fremstille deres dåser.

De vanskeligheder, som en fabrikant af dåser ifølge sagsøgernes opfattelse ville møde, hvis han ønskede at skifte leverandør af hvidblik (jf. nedenfor under betragtning C), ville så meget mere opstå for en aftager, som ville gå over til egenproduktion, da denne desuden ville mangle den erfaring og viden, som Continentalgruppen råder over i produktionen af teknisk upåklagelige dåser. Selv en virksomhed med Unilevers økonomiske magt ville være magtesløs over for disse vanskeligheder. Denne virksomhed er i øvrigt ikke nogen særlig vigtig aftager af metalemballage, da den til størstedelen af sine produkter anvender andre former for emballage.

b) Misbrug af en dominerende stilling Den mulige konkurrence mellem SLW og TDV: betragtning C, 25

Sagsøgerne gør gældende, at selv om Kommissionen regner markedet for dåser til fiskekonserves for at være blandt de tre markeder, hvor SLW for-

modes at have en dominerende stilling, frembyder denne vareart dog ikke et gyldigt kriterium for sammenligningen med TDV, efter som der for denne slags dåser praktisk talt ikke er noget marked i Nederlandene.

Desuden er påstandene om, at SLW kunne konkurrere med TDV i Benelux-landene gennem Schuybrock (Antwerpen) og TDV med SLW i Tyskland gennem Tedeco (Hamborg), teoretiske og dårligt funderede. For det første var SLW's andel i Schuybrock kun 45 % og TDV's i Tedeco 50 %. Sådanne andele er ikke tilstrækkelige til at få det delvis fælles selskab til at sælge varer fra det konkurrerende selskab, selv om dette selskab har interesser i det førstnævnte. Man må heller ikke glemme, at 50 % af aktierne i firmaet Tedeco, et firma, som desuden opererer på et andet marked (markedet for plasticemballage), ejes af en amerikansk virksomhed med uafhængig beslutningsmyndighed («Illinois Tool Works«).

For det andet kunne der ikke bestå et konkurrenceforhold mellem TDV og SLW på det tyske marked, allerede på grund af mangelen på en standardisering af størrelser og specifikationer. På området for dåser til kødkonserver er den tyske produktion næsten udelukkende beregnet for lokalt forbrug, medens mere end 75 % af de dåser, der fremstilles af TDV, opfylder eksportens krav. På området for dåser til fiskekonserver har de tyske aftagere ikke ønsket og ønsker fremdeles ikke at anvende de typer og specifikationer, som kendetegner TDV's dåser. Desuden ville en konkurrence mellem disse virksomheder på Benelux-markedet altid være vanskeliggjort, fordi hvidblik uafhængigt af andre forhold i lang tid har været dyrere i Forbundsrepublikken end i disse lande. Til *sagsøgt*s bemærkning vedrørende dette sidste punkt om, at en aftager, der er så stærk som SLW også kunne forsyne sig med hvidblik til fordelagtige priser ved henvisning til andre fabrikanter i Fællesskabet, især i Benelux-landene eller endog i tredjelande (for eksempel Japan), svarer *sagsøgerne*, at denne bemærkning ikke er

realistisk. Den moderne teknologi ved fremstilling af emballage i hvidblik forudsætter faktisk meget snævre forbindelser mellem leverandørerne af dette materiale og aftagerne. Et leverandørskifte ville medføre meget betydelige omkostninger for emballageproducenterne og ville nødvendiggøre en lang tilpasning. Bortset fra andre faktorer ville nødvendigheden af denne forbindelse mellem leverandør og aftager blot gøre et tilbud fra andre lande (f.eks. Japan) uacceptabelt, hvortil kommer transportomkostningerne.

For øvrigt er det ikke blot mellem TDV og SLW, at der praktisk talt ikke har bestået nogen konkurrence ud over landegrænserne før sammenslutningen (og den vil på indeværende tidspunkt heller ikke kunne opstå af grunde, som intet har at gøre med sammenslutningen), men fra andre lande, hvis beliggenhed endnu er gunstig med hensyn til fragt, kom og kommer ikke synderligt mange bestillinger, i det mindste for en del af de omhandlede produkter (for eksempel Frankrig, Danmark og Storbritannien). På den anden side burde Kommissionen, siden den tillægger det så stor betydning, også have taget den mulige konkurrence, som opstår ved udvidelsen af Fællesskabet, i betragtning, for eksempel for Metal Box inden for metallåg af typen »White Caps«, for hvilke varer afstanden ikke spiller nogen rolle, og fra Hastrup (Danmark) inden for dåser til kødkonserver, idet Danmark er beliggende så nær det omtalte marked. Kommissionen modsiger sig selv, når den på den ene side hævder, at den ikke i fremtiden venter nogen væsentlig konkurrence fra fremmede producenter over for Continentalgruppen, og på den anden side, at den venter, at der kan opstå en mulig konkurrence efter opløsning af koncentrationen SLW-TDV. I virkeligheden eksporterer det franske selskab Ferembal, der ikke deltager i de konkurrencehindrende aftaler, som Kommissionen har sin opmærksomhed rettet imod, kun meget lidt til Belgien og Tyskland, selv om dets geografiske beliggenhed meget vel tillod det at gøre dette.

Til *sagsøgte*s indvending, at Ferembal, som i øvrigt er sammensluttet med Carnaud, har forsøgt at trænge ind på det tyske marked, men kun har vundet indpas i enkelte egne i Sydtykland, svarer *sagsøgerne*, at de ikke ser nogen grund til, at Ferembal ikke skulle kunne trænge yderligere frem på markedet, efter som afstande indtil 1 000 km. efter Kommissionens eget udsagn ikke kan udgøre en økonomisk hindring for transport af emballage.

Sagsøgte bemærker på sin side, at TDV's omsætning, for så vidt angår dåser til fiskekonserver, i tiden fra 1967 til 1970 ikke berettiger den påstand, at der praktisk talt intet marked er for dåser til fiskekonserver i Nederlandene. Det afgørende er, at TDV fabrikere dåser til fiskekonserver, og at det med hensyn til denne vare ville have kunnet konkurrere med SLW i Tyskland, så meget mere som transporten af denne mindre emballage ville være økonomisk mulig over afstande på indtil 1 000 km.

Sagsøgte fastholder i øvrigt sit syn på muligheden af, at der kunne opstå en konkurrence mellem SLW og TDV. Den finder, at det ved hjælp af SLW's interesser i firmaet Schuybrock og TDV's i Tedeco ville have været særlig let for hver af disse virksomheder at gøre forretninger på den andens »territorium«. Dette synes indlysende, særlig i tilfældet Tedeco, der, idet dette firma netop driver virksomhed på et marked, der er helt forskelligt fra TDV's, ikke står som konkurrent til denne virksomhed. Selv om TDV's interesser i Tedeco desuden kun er 50 %, er det dog rigtigt, at de øvrige 50 % kun repræsenterer finansinteresser og ikke øver nogen indflydelse på ledelsen. Hvad angår firmaet Schuybrock, fremstiller dette kun crown-corks og »general line«-dåser, således at kun 44 % af SLW's produktionsprogram svarer til Schuybrocks. Det ville derfor være tænkeligt, at denne virksomhed ville få indflydelse på markedet i Beneluxlandene med hensyn til i det mindste de sidste 56 % af SLW's produktion.

På den anden side består svagheden ved konkurrencen inden for emballageindu-

strien deri, at alle de store virksomheder er licenshavere under Continental og er indbyrdes knyttet sammen af mangfoldige forbindelser og aftaler. I kraft af de store virksomheders stærke stilling kan de små praktisk talt kun arbejde inden for de markedsgrænser og med de produkter, som overlades til dem. Med hensyn til muligheden af en konkurrence fra P.L.M. Haustrup-gruppen har denne virksomhed (der er Continentals licenshaver i Skandinavien) hidtil — sandsynligvis af de anførte grunde — afholdt sig fra at konkurrere med SLW og TDV på markedet for metalemballage.

Sagsøgerne gør indvendinger mod de betragtninger, som *sagsøgte* har udviklet vedrørende de konsekvenser, som det kritiserede licenssystem har for konkurrenceforholdene i emballageindustrien. Continentals licenshavere har haft mange andre grunde til at slutte sig sammen, i første række på de nationale markeder, og de har aldrig været under påvirkning fra Continental i den henseende, end ikke i kraft af licenserne. Grundene hertil har hovedsageligt været produkternes og emballagens tekniske specifikationer og markedspræferencen. De små virksomheder virker ikke alene på det marked, som *sagsøgerne* »overlader« dem, men konkurrerer selv med disse ved at give prisnedsættelser.

Sagsøgte fastholder sin opfattelse og konkluderer, at med hensyn til den mulige konkurrence mellem SLW og TDV er anbringendet vedrørende prisen på hvidblik i Tyskland tveægget, eftersom TDV, hvis SLW virkelig måtte give mere for hvidblik end denne virksomhed, ville have haft så meget lettere ved at konkurrere med SLW på det tyske marked. *Sagsøgte* påpeger i øvrigt, at tallene vedrørende import og eksport af konserverdåser til Tyskland (den påklagede beslutning, afdeling I, betragtning J, 1 c) viser, at det er stærkt overdrevet, når *sagsøgerne* fremfører, at variationen i produkttyper og aftagernes præferencer gjorde handelsudviklingen af dåser mellem landene og særlig mellem Beneluxlandene og Tyskland praktisk talt umulig. Hvis denne påstand havde været

rigtig, ville Continental ikke have haft brug for aftalen om udveksling af oplysninger eller for den »handelskyndige kommission« af 1968 (den påklagede beslutning, afdeling I, betragtning D, 4 b og c). Hensigten med disse forholdsregler var at begrænse og kontrollere den internationale konkurrence, såvel over for partnere som i relation til tredjemænd.

De store aftageres egen produktion: betragtning C, 30, e)

Efter sagsøgernes opfattelse er det ikke rigtigt, som det anføres i denne betragtning, at kun de store aftagere, over for SLW-TDV-gruppen har mulighed for

selv at fremstille den emballage, de har brug for. Det belgiske firma Talpe — en middelstor virksomhed, der fremstiller grønsagsskiveserver — begyndte i 1971 selv at fremstille sine dåser.

Sagsøgte har hertil bemærket, at dens påvisning ikke svækkes af den omstændighed, at en enkelt virksomhed er begyndt selv at fremstille dåser til grønsagsskiveserver (bortset fra, at dåser til grønsagsskiveserver teknisk set er de letteste at fremstille). Sagsøgerne svarer, at det er tilstrækkeligt til at gøre SLW's anlæg urentable, at enkelte af de største aftagere går over til egenproduktion (vedr. de videre anbringender se ovenfor, betragtning I, B, 18).

Præmisser

- 1 Ved klage indgivet den 9. februar 1972 har sagsøgerne begæret annullation af Kommissionens beslutning af 9. december 1971, hvorved Continental Can Company Inc. (herefter kald »Continental«) findes at have overtrådt EØF-traktatens artikel 86, først og fremmest ved gennem Europemballage Corporation (herefter kaldt »Europemballage«) at opkøbe ca. 80 % af aktierne og de indløselige obligationer i virksomheden Thomassen & Drijfer-Verblifa N.V. (herefter kaldt »TDV«);

A — Om manglerne ved den administrative procedure

- 2 a) Sagsøgerne gør gældende, at den påklagede beslutning er mangelfuld, fordi Continental ikke har haft lejlighed til at udtale sig under den administrative procedure i overensstemmelse med artikel 19 i Rådets forordning nr. 17/62 og artikel 7 i Kommissionens forordning nr. 99/63.

Der er således ikke givet tilstrækkelig adgang til forsvar.

- 3 Det er ubestridt, at sagsøgerne gennem deres repræsentant ved brev af 14. maj 1970 har anmodet Kommissionen, der tidligere havde stilet sine spørgsmål vedrørende erhvervelsen af aktier og indløselige obligationer i TDV til Continental, om for fremtiden at henvende sig til Europemballage.

Det fremgår desuden af det af sagsøgerne godkendte protokollat over parts-afhøringen den 21. september 1971, at der blandt de tilstedeværende ved denne afhøring var hr. Charles B. Stauffacher i sin egenskab af medlem af bestyrelsen for begge de sagsøgende selskaber.

Under disse omstændigheder er det åbenbart, at Continental har haft lejlighed til at gøre sit synspunkt gældende under den administrative procedure.

- 4 b) Sagsøgerne gør gældende, at fremstillingen af klagepunkterne af 15. marts 1971 var utilstrækkeligt begrundet, idet Kommissionen havde indskrænket sig til at angive selve klagepunkterne uden at anføre grundlaget for dem.

Endvidere var den påklagede beslutning utilstrækkeligt begrundet, idet den indskrænkede sig til at gengive fremstillingen af klagepunkterne af 15. marts 1971 uden at tage hensyn til det svar, som sagsøgerne gav den 9. august 1971, og uden at angive de hensyn, der berettigede klagepunkterne.

- 5 Med hensyn til den første indvending bestemmer artikel 4 i forordning nr. 99/63, at Kommissionen i sine beslutninger kan skal tage de klagepunkter i betragtning, som retsaktens adressat har haft lejlighed til at udtale sig om.

Fremstillingen af klagepunkterne opfylder dette krav, da den klart — omend kortfattet — angiver de vigtigste kendsgerninger, som Kommissionen støtter sig på.

I sin meddelelse af 15. marts 1971 har Kommissionen klart fremstillet de vigtigste faktiske omstændigheder, som den støttede sine klagepunkter på, og har angivet i hvilket omfang, Continental havde en dominerende stilling og havde misbrugt denne.

Indsigelserne imod fremstillingen af klagepunkterne er derfor uberettigede.

- 6 Med hensyn til den anden indvending er Kommissionen nok forpligtet til at begrunde sin beslutning, men den er ikke forpligtet til at imødegå alle de indsigelser, der fremkommer under den administrative procedure.
- 7 c) Sagsøgerne anser det for en mangel ved den påklagede beslutning, at den omtvistede procedure i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* (Journal Officiel

des Communautés Européennes) fra 8. januar 1972 blev betegnet med overskriften »Continental Can Company«, medens den franske tekst, der er den eneste autentiske, har overskriften »Europemballage«.

- 8 Dette forhold kan i betragtning af den økonomiske og retlige forbindelse mellem Continental og Europemballage ikke anfægte den påklagede retsakts gyldighed.

- 9 d) Sagsøgerne hævder også, at den påklagede beslutning er mangelfuld, fordi den ikke er blevet lovligt meddelt Continental.

Dette selskab modtog i december 1971 en eller to skrivelser, som var sendt pr. post, fra Kommissionen, medens den omtvistede beslutning burde have været forkyndt ad diplomatisk vej.

- 10 En beslutning er i henhold til Traktaten behørigt forkyndt, når den er fremsendt til adressaten, og det har været muligt for denne at gøre sig bekendt med den.

Dette er tilfældet i den foreliggende sag, da Continental faktisk har modtaget meddelelsen om den omtvistede beslutning og ikke kan benytte sin egen vægring ved at skaffe sig kendskab til den til at gøre meddelelsen virkningsløs.

- 11 e) Sagsøgerne hævder endelig, at Kommissionen har overtrådt artikel 3 i Rådets forordning nr. 1/58 om den ordning, der skal gælde for Det europæiske økonomiske Fællesskab på det sproglige område, ved at betegne den franske og ikke den tyske tekst til den påklagede beslutning som autentisk.

- 12 I henhold til denne forordnings artikel 3 skal dokumenter, som fællesskabsinstitution retter til en person, der er undergivet en medlemsstats jurisdiktion, affattes på denne stats sprog.

Da sagsøgerne har deres hovedsæde i et tredjeland, måtte man ved valget af beslutningens officielle sprog i dette tilfælde tage hensyn til hver sagsøgers forbindelse inden for fællesskabet med en stat, der er medlem af Fællesskabet.

Europemballage havde åbnet et kontor i Bruxelles og havde affattet sine skriftlige bemærkninger under den administrative procedure på fransk.

Under hensyn hertil forekommer valget af fransk som beslutningens officielle sprog ikke at være i modstrid med artikel 3 i Rådets forordning nr. 1/58.

- 13 Søgsmålsgrundene om mangler ved den administrative procedure må derfor forkastes.

B — Om Kommissionens kompetence

- 14 Sagsøgerne påstår, at Continental, der har hovedsæde uden for Fællesskabet, ifølge almindelige folkeretlige grundsætninger hverken er omfattet af Kommissionens administrative myndighed eller af Domstolens kompetence.

Kommissionen har derfor ikke haft kompetence til at vedtage den omtvistede beslutning mod Continental eller til at rette det påbud, der findes i beslutningens artikel 2, til dette selskab.

Hertil kommer, at Continental ikke er direkte ansvarlig for den ulovlighed, som Kommissionen har forfulgt, da det må tilskrives Europemballage.

- 15 Sagsøgerne kan ikke bestride, at Europemballage, der blev oprettet af Continental den 20. februar 1970, er et datterselskab af dette.

Den omstændighed, at datterselskabet er en selvstændig juridisk person, udelukker ikke, at ansvaret for dets adfærd eventuelt pålægges moderselskabet.

Dette kan især være tilfældet, hvor datterselskabet ikke selv bestemmer sin adfærd på markedet, men i det væsentlige følger instrukser fra moderselskabet.

- 16 Det står fast, at Continental har fået Europemballage til i Nederlandene at fremsætte købstilbud til aktionærerne i TDV og har ydet de nødvendige midler hertil.

Den 8. april 1970 opkøbte Europemballage de TDV-aktier og -obligationer, der blev udbudt den dag.

Følgelig må den transaktion, med henblik på hvilken Kommissionen har truffet den omtvistede beslutning, tilskrives ikke alene Europemballage, men også og først og fremmest Continental.

Et sådant køb, der påvirker markedsforholdene i Fællesskabet, hører under Fællesskabsretten.

Det forhold, at Continental ikke er etableret inden for en stat, der er medlem af Fællesskabet, er ikke tilstrækkeligt til at udelukke anvendelsen af Fællesskabsretten på denne virksomhed.

- 17 Søgsmålsgrunden om inkompetence må følgelig forkastes.

C — Om Traktatens artikel 86 og misbrug af en dominerende stilling

- 18 Artiklerne 1 og 2 i Kommissionens beslutning af 9. december 1971 beskylder Continental for at have overtrådt EØF-traktatens artikel 86 derved, at virksomheden har misbrugt den dominerende stilling, som den gennem Schmalbach-Lubeca-Werke AG, i Braunschweig (herefter kaldt »SLW«) besad på en væsentlig del af fællesmarkedet inden for området let metalemballage til kødkonserver, pålægsgvarer, fiske- og skaldyrkonserver, samt på området metallåg til glasemballage.

Ifølge artikel 1 består misbruget i, at Continental i april 1970 gennem sit datterselskab Europemballage opkøbte ca. 80 % af aktier og indløselige obligationer i TDV.

Dette køb medførte, at praktisk talt al konkurrence med hensyn til de nævnte emballagevarer blev fjernet på en væsentlig del af fællesmarkedet.

- 19 Sagsøgerne påstår, at Kommissionen ved en fejlagtig fortolkning af Traktatens artikel 86 og ved overskridelse af grænserne for sin bemyndigelse har forsøgt ved hjælp af denne bestemmelse at indføre en kontrol med virksomheds-sammenlutninger.

Dette forsøg er i modstrid med Traktatens forfatteres vilje, som kan udledes ikke blot ved en bogstavfortolkning af artikel 86, men også ved en sammenligning af EØF-traktaten med EKSF-traktaten og medlemsstaternes nationale lovgivninger.

De eksempler på misbrug af en dominerende stilling, der nævnes i artikel 86, bekræfter denne slutning, idet de viser, at Traktaten kun tager sigte på handlinger, der griber ind i markedet og medfører skade for forbrugere eller handelspartnere.

Det fremgår i øvrigt af artikel 86, at udnyttelsen af den økonomiske magt, som en dominerende stilling giver, kun kan anses for misbrug af denne stilling, hvis den er selve det middel, hvorved misbruget foretages.

Virksomheders strukturelle foranstaltninger, så som styrkelse af en dominerende stilling ved sammenslutning, falder derimod ikke ind under misbrug af en sådan stilling i Traktatens artikel 86's forstand.

Den påklagede beslutning er derfor ugyldig, fordi den ikke har tilstrækkeligt retsgrundlag.

- ²⁰ Artikel 86, første afsnit, i Traktaten bestemmer, at »en eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf er uforenelig med fællesmarkedet og forbudt i den udstrækning, samhandelen mellem Medlemsstater herved kan påvirkes.

Spørgsmålet er, om artikel 86 ved udtrykket »misbrug« kun forstår en virksomheds adfærd, der er af en sådan art, at den direkte påvirker markedet til skade for produktion og forhandling, aftagere og forbrugere, eller om den også refererer til strukturelle ændringer i virksomheden, når de fører til en alvorlig fordrejning af konkurrencen på en væsentlig del af fællesmarkedet.

- ²¹ Sondringen mellem foranstaltninger, der påvirker virksomhedens struktur, og adfærd, der har indvirkning på markedet, er ikke afgørende, idet enhver foranstaltning af strukturel art, når den forøger virksomhedens omfang og økonomiske magt, kan have indvirkning på markedsforholdene.
- ²² For at løse dette problem må man på en gang betragte artikel 86's ånd, opbygning og ordlyd under hensyntagen til Traktatens systematik og dens særlige målsætning.

En sammenligning mellem denne artikel og visse bestemmelser i EKSF-traktaten er derfor ikke af betydning for de foreliggende problemer.

- ²³ Artikel 86 står i kapitlet om fællesskabsregler, der fastlægger Fællesskabets konkurrencepolitik.

Denne politik har sit grundlag i artikel 3, litra f, i Traktaten, som bestemmer, at Fællesskabets aktivitet indebærer gennemførelse af en ordning, som sikrer, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke fordrejes.

Sagsøgernes anbringende om, at denne bestemmelse blot indeholder en almindelig programmerklæring uden retsvirkning, overser, at artikel 3 anser virkeliggørelsen af de mål, som den formulerer, for nødvendig for udførelsen af Fællesskabets opgaver.

Hvad særligt litra f angår, drejer det sig om et mål, som går igen i flere af Traktatens bestemmelser, for hvis fortolkning litra f er afgørende.

- 24 Når artikel 3, litra f, foreskriver gennemførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke fordrejes, må den så meget mere kræve, at konkurrencen ikke fjernes.

Dette krav er så vigtigt, at mange af Traktatens bestemmelser ville være uden indhold, hvis det ikke gjaldt.

Det svarer desuden til de bindende bestemmelser i Traktatens artikel 2, som siger, at Fællesskabet har til opgave at »fremme en harmonisk udvikling af den økonomiske virksomhed i Fællesskabet som helhed«.

De begrænsninger af konkurrencen, som Traktaten under visse betingelser tillader på grund af nødvendigheden af at samordne de forskellige mål, der skal nås, har i de krav, der opstilles i artiklerne 2 og 3, en grænse, som ikke kan overskrides, uden at svækkelsen af konkurrencen ville kunne skade fællesmarkedets målsætning.

- 25 Med henblik på overholdelse af de principper og til fremme af de mål, der fastsættes i Traktatens artikler 2 og 3, er der i artiklerne 85-90 udformet almindelige regler, der finder anvendelse på virksomheder.

Artikel 85 omhandler aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og samordnet praksis, medens artikel 86 handler om en eller flere virksomheders ensidige handlinger.

Artiklerne 85 og 86 behandler på forskellige planer samme genstand, nemlig opretholdelsen af en effektiv konkurrence inden for fællesmarkedet.

En fordrejning af konkurrencen, der er forbudt, hvis den udspringer af de adfærd, som er beskrevet i artikel 85, kan ikke blive lovlig, når denne adfærd fuldføres under indflydelse af en dominerende virksomhed og fører til sammenslutning af virksomheder.

I mangel af udtrykkelige bestemmelser kan man ikke gå ud fra, at Traktaten, der i artikel 85 inden for almindelige sammenslutninger af virksomheder har forbudt visse vedtagelser, der fordrejer konkurrencen, men ikke helt fjerner den, i artikel 86 skulle tillade, at virksomheder, der har dannet en organisk helhed, opnår en så dominerende stilling, at enhver mulighed for virkelig konkurrence i det væsentlige fjernes. En sådan forskel i den retlige behandling ville åbne en breche i konkurrencereglerne, som kunne bringe fællesmarkedets rigtige funktion i fare.

Hvis det til at omgå forbudene i artikel 85 var tilstrækkeligt at skabe så snævre forbindelser mellem virksomhederne, at de ikke gribes af forbudet i denne artikel, uden at komme ind under anvendelsesområdet for artikel 86, ville man derved have tilladt en afskærmning af en væsentlig del af fællesmarkedet i modstrid med dets grundlæggende principper.

Traktatens forfatteres bestræbelser på i tilfælde, hvor begrænsninger i konkurrencen tillades, at bevare muligheden for en faktisk eller mulig konkurrence på markedet er udtrykkeligt fremhævet i Traktatens artikel 85, stk. 3, b).

Når artikel 86 ikke indeholder samme udtrykkelige angivelse, skyldes det, at den ordning, den indfører med hensyn til dominerende stillinger, i modsætning til artikel 85, stk. 3, ikke tillader undtagelser fra forbudet.

Ved en sådan ordning følger bundetheden af Traktatens grundlæggende mål, især dem der opstilles i artikel 3, litra f, af den tvingende gyldighed, man tillægger disse mål.

I hvert fald kan artiklerne 85 og 86 ikke fortolkes på modstridende vis, når de tilsigter gennemførelsen af samme mål.

- 26 Det er på baggrund af disse overvejelser, at man må fortolke den betingelse, som artikel 86 fastsætter, og hvorefter udnyttelse af en dominerende stilling må have form af et misbrug for at være forbudt.

Denne bestemmelse opregner visse former for misbrug, som den forbyder.

Det drejer sig om en eksemplifikation, som ikke udtømmende angiver de former for udnyttelse af en dominerende stilling, der er forbudt i henhold til Traktaten.

I øvrigt omhandler denne bestemmelse, hvilket fremgår af litra c og d i stk. 2, ikke blot adfærd, der kan medføre umiddelbar skade for forbrugerne, men også adfærd, som medfører skade for dem ved at ramme en effektiv konkurrencestruktur, som nævnt i Traktatens artikel 3, litra f.

Det forhold, at en virksomhed med en dominerende stilling styrker sin stilling således, at den dominerende indflydelse, der herved opnås, i væsentlig grad hindrer konkurrencen, dvs. kun lader virksomheder, der er afhængige af den dominerende, bestå, kan altså tænkes at udgøre et misbrug.

- 27 Når betydningen og rækkevidden af Traktatens artikel 86 er som anført, bliver det af sagsøgerne rejste spørgsmål om den årsagsforbindelse, der efter deres mening skulle bestå mellem den dominerende stilling og misbruget af den, uden interesse, da styrkelse af den stilling, som en virksomhed har, kan være et misbrug og forbudt i henhold til Traktatens artikel 86 uden hensyn til, hvilke midler eller metoder der benyttes, når blot de ovenfor beskrevne virkninger fremkommer.

D — Om det materielle grundlag for beslutningens motivering

- 28 Kommissionen har til støtte for sin beslutning fastholdt, at en virksomheds eller en gruppe af virksomheders køb af størstedelen af en konkurrerende virksomhed, under visse omstændigheder, når køberne allerede har en dominerende stilling, kan være et misbrug af denne stilling.

Dette vil være tilfældet, når en virksomhed med en dominerende stilling styrker denne ved sammenslutninger, såfremt den faktiske eller mulige konkurrence med hensyn til de pågældende varer praktisk talt fjernes på en væsentlig del af fællesmarkedet.

- 29 Når det, uden at der behøver at foreligge nogen forseelse, kan betragtes som et misbrug, at en dominerende stilling styrkes i en sådan grad, at Traktatens mål bliver fordrejet ved en så væsentlig ændring i udbudsstrukturen, at forbrugerens valgfrihed på markedet bliver udsat for alvorlig fare, må den faktiske fjernelse af al konkurrence nødvendigvis også falde ind herunder.

Selv om en så stærk begrænsning som fjernelse af al konkurrence ikke kræves i alle tilfælde, må Kommissionen, efter som den har baseret sin beslutning på en sådan fjernelse, fremkomme med et tilstrækkeligt bevis for den eller i det mindste godtgøre, at konkurrencen var så stærkt påvirket, at de resterende konkurrenter ikke kunne udgøre en tilstrækkelig modvægt.

- 30 Kommissionen har for at bevise sin påstand undersøgt konsekvenserne af den omtvistede sammenslutning udfra forskellige synsvinkler.

I denne henseende må man sondre mellem fire vigtige momenter i motiveringen for dens beslutning: a) den andel af markedet for de omhandlede varer, som de sammensluttede virksomheder nu besidder, b) forholdet mellem den nye enhed, der er opstået ved sammenslutningen, og eventuelle konkurrenter på dette marked, c) kundekredsens økonomiske styrke over for den nye enhed og d) den mulige konkurrence dels fra producenter af samme varer på geografisk adskilte markeder, dels fra producenter af andre varer i fællesmarkedet.

Efter undersøgelse af disse forskellige momenter har beslutningen lagt vægt på den meget store andel af markedet for metaldåser, som SLW allerede besad, på den svage konkurrenceposition, som de tilbageværende konkurrenter på markedet havde, på flertallet af aftagernes svage økonomiske stilling i forhold til den nye enhed, samt dels på de mange retlige og faktiske bånd mellem Continental og de eventuelle konkurrenter, dels på de økonomiske og tekniske vanskeligheder, der opstår, når man vil trænge ind på et marked, der er karakteriseret af en stærk koncentration.

- 31 Sagsøgeren bestrider nøjagtigheden af de kendsgerninger, som Kommissionen har lagt til grund for sin beslutning.

Man kan ikke af den omstændighed, at den markedsandel, som SLW besad, var på mellem 70 og 80 % for emballage til kødkonserves, mellem 80 og 90 % for emballage til fiskekonserves og mellem 50 og 55 % for metallåg bortset fra crown-corks, hvilke procentdele i øvrigt var for højt sat, og som sagsøgte ikke har kunnet bevise, slutte, at denne virksomhed dominerede markedet for let metalemballage.

Desuden har beslutningen set bort fra mulighederne for en konkurrence fra substitutionsprodukter (glas- og plasticemballage) ved at støtte sig på betragtninger, der ikke kan stå for en nærmere undersøgelse.

Derfor er anbringenderne vedrørende mulighederne for en faktisk eller mulig konkurrence og aftagernes angiveligt svage stilling ikke afgørende.

- 32 Såvel ved vurderingen af SLW's dominerende stilling som med hensyn til konsekvenserne af den omtvistede sammenslutning er afgrænsningen af det

omhandlede marked af væsentlig betydning, da mulighederne for konkurrence kun kan vurderes i forhold til de omhandlede varers særpræg, som bevirker, at de er særligt egnede til at tilfredsstille en vedvarende efterspørgsel og kun vanskeligt kan ombyttes med andre varer.

- 33 Med henblik herpå omtaler beslutningen i betragtningerne 5-7 i anden afdeling efter hinanden et »marked for let metalemballage til kødkonserver«, et »marked for let metalemballage til fiskekonserver« og et »marked for metallåg bortset fra crown-corks til brug for konserverindustrien«, som alle tre skulle være domineret af SLW, og hvor den omtvistede sammenslutning gik ud på at fjerne konkurrencen.

Imidlertid undlader den at præcisere, ved hvilke kendetegn disse tre markeder adskiller sig fra hinanden og derfor må betragtes hvert for sig.

Det er i øvrigt heller ikke angivet, ved hvilke kendetegn disse tre markeder adskiller sig fra det almindelige marked for letmetalemballage, herunder især metalemballage til frugt- og grønsagskonserver, kondenseret mælk, olivenolie, frugtsaft og teknisk-kemiske produkter.

For at de omhandlede varer kan betragtes som et særligt marked må de kunne individualiseres ikke alene ved deres anvendelse som emballage for bestemte produkter, men også ved specielle produktionskendetegn, som gør dem særligt egnede til dette formål.

Følgelig kan indehavelsen af en dominerende stilling på markedet for let metalemballage til kød- og fiskekonserver ikke være afgørende, så længe det ikke er påvist, at konkurrenter fra andre sektorer af markedet for letmetalemballage ikke ved en enkel tilpasning kan trænge ind på dette marked med tilstrækkelig styrke til at udgøre en alvorlig modvægt.

- 34 I øvrigt er der i selve beslutningens indhold enkeltheder, som gør det tvivlsomt, at de tre markeder er særligt adskilt fra andre markeder for letmetalemballage, og som taler for, at de er dele af et større marked.

I første afdeling af begrundelsen under betragtning J har beslutningen til SLW's vigtigste konkurrenter i Tyskland og TDV's i Benelux medregnet en tysk virksomhed, som tegnede sig for en større andel af produktionen af letmetalemballage til frugt- og grønsagskonserver end SLW, og en anden virksomhed, der tilfredsstillede 38-40 % af den tyske efterspørgsel efter crown-corks, hvilket tilsyneladende bekræfter, at produktionen af metaldåser

til kød- og fiskekonserves ikke skal betragtes isoleret fra produktionen af metaldåser til andre formål, og at produktionen af metallåg må ses i sammenhæng med produktionen af crown-corks.

Endvidere har beslutningen, når den i anden afdeling under pkt. 16 betragter mulighederne for konkurrence fra substitutionsprodukter, i stedet for alene at begrænse sig til de tre »markeder«, også taget hensyn til markedet for let metalemballage til andre formål til støtte for sit anbringende om, at anden emballage kun i begrænset omfang kan træde i stedet for metalemballage.

Den omstændighed, at Kommissionen ikke har kunnet opretholde dette anbringende under proceduren efter gennemgang af de faktiske omstændigheder, som sagsøgeren har påberåbt sig, viser i sig selv nødvendigheden af en tilstrækkelig nøjagtig afgrænsning af det marked, man skal betragte ved vurderingen af virksomhedernes relative magt på markedet.

- 35 Beslutningen er, idet den har undladt nøjere at angive kendetegnene for metalemballage til kød- og fiskekonserves og for metallåg bortset fra crown-corks til brug for konservesindustrien, hvilke kendetegn skulle bevirke, at disse varer har hver deres særlige marked, som kan beherskes af den producent, der besidder den største andel af hvert marked, belastet med en væsentlig usikkerhed, som forplanter sig til de øvrige momenter, som den har benyttet til støtte for sin konklusion om fravær af faktisk eller mulig konkurrence på det omhandlede marked.

Hvad særligt angår konkurrence fra andre producenter af metalemballage har Kommissionen under proceduren gjort gældende, at Continentals licenshavere »indbyrdes har aftalt begrænsninger af konkurrencen ved den såkaldte aftale om udveksling af oplysninger«, der er beskrevet i betragtning D 4, litra b, men Kommissionen påstår på den anden side, at TDV og SLW havde haft »mulighed for at konkurrere indbyrdes«.

Det anbringende, der fremføres i betragtning nr. 19, og hvorefter visse producenters fabrikker beliggende i Tysklands nabostater var for langt fjernet fra størstedelen af de tyske aftagere til, at disse varigt ville overlade dem forsyningen, er ikke bevist og er i øvrigt vanskeligt at forene med erklæringen i betragtning nr. 25, a), om, at grænsen for det økonomisk rentable ved transport af tom emballage ligger mellem 150 og 300 km for temmelig omfangsrig emballage og mellem 500 og 1000 km for mindre emballage.

Hertil kommer, at det med hensyn til metallåg er ubestridt, at transportomkostningerne ikke spiller nogen større rolle.

- ³⁶ Hvad i øvrigt angår den mulige konkurrence fra store aftagere, der kan gå over til selv at blive producenter, påstår den påklagede beslutning i betragtning nr. 18, at en sådan konkurrence hindredes af størrelsen af de investeringer, der krævedes til egen fabrikation, og af Continentalgruppens overlegne teknologi på dette område, medens betragtning J, nr. 3, sidste afsnit, præciserer, at konservesfabrikken Marie-Thumas på det belgiske marked gennem sit datterselskab Eurocan producerer metalemballage til eget brug og til salg til andre aftagere.

Denne modsigelse bekræfter Kommissionens usikkerhed med hensyn til afgrænsningen af det eller de omhandlede markeder.

Beslutningen anfører desuden i betragtning nr. 30, litra e, at »bortset fra Marie-Thumas-Eurocan fremstiller selvproducenterne ikke mere, end de selv forbruger, og udbyder ikke tom emballage på markedet«, medens betragtning K, nr. 2, andet afsnit, nævner, at nogle tyske selvproducenter alligevel er begyndt at sælge deres overskudsproduktion af metalemballage.

Det fremgår heraf, at visse virksomheder, der allerede er gået over til selv at fremstille emballage, har kunnet overvinde de teknologiske vanskeligheder, men det er ikke muligt af beslutningen at udlede momenter til vurdering af disse virksomheders konkurrenceevne.

Af disse betragtninger fremkommer altså nye modsigelser, som ligeledes belaster gyldigheden af den påklagede beslutning.

- ³⁷ Det fremgår af disse betragtninger i deres helhed, at beslutningen ikke med tilstrækkelig sikkerhed har bevist de faktiske omstændigheder og vurderinger, den bygger på.

Den må derfor ophæves.

Om sagsomkostningerne

- ³⁸ I henhold til procesreglementets artikel 69, § 2, bliver den part, der taber sagen, dømt til at afholde sagsomkostningerne.

Sagsøgte har ikke fået medhold i sine indsigelser.

Under henvisning til processkrifterne;

efter at den refererende dommers rapport er hørt;

efter at parternes mundtlige indlæg er hørt;

efter at generaladvokatens forslag til afgørelse er hørt;

under henvisning til Traktaten om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab og især dens artikler 2, 3, 85 og 86;

under henvisning til protokollen vedrørende statuten for Det europæiske økonomiske Fællesskabs Domstol;

under henvisning til procesreglementet for De europæiske Fællesskabers Domstol;

erklærer og bestemmer;

DOMSTOLEN,

idet den forkaster enhver anden videregående eller hermed uforenelig påstand, følgende:

1. Kommissionens beslutning af 9. december 1971 vedrørende en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 86 (IV/26811 Europemballage Corporation) ophæves.
2. Sagsøgte dømmes til at afholde sagens omkostninger.

Lecourt

Monaco

Pescatore

Donner

Kutscher

Afsagt således i et offentligt retsmøde i Luxembourg, den 21. februar 1973.

Justitssekretæren

A. Van Houtte

Præsidenten

R. Lecourt