

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
ANTONIO TIZZANO
fremsat den 25. maj 2004¹

Indhold

I —	Retsforskrifter	I - 993
II —	Faktiske omstændigheder og den administrative procedure	I - 994
	Den anmeldte fusion og den administrative procedure	I - 994
	Den anfægtede beslutning	I - 996
	Den appellerede dom	I - 1002
	Appellen og retsforhandlingerne ved Domstolen	I - 1009
III —	Juridisk analyse	I - 1009
	Generelle betragtninger om formaliteten vedrørende prøvelse af Rettens domme ...	I - 1010
	Anbringendet om det krævede bevisniveau og omfanget af domstolskontrollen	I - 1011
	a) Kommissionens generelle klagepunkter	I - 1011
	b) Det »konkrete eksempel« på fejl begået af Retten	I - 1017
	c) Konklusioner vedrørende appellens første anbringende	I - 1023
	Anbringendet om kravet om, at der tages hensyn til den ulovlige karakter af visse former for adfærd og til rent adfærdsmæssige tilsagn	I - 1024
	Anbringendet om afgrænsning af særskilte markeder for SBM-maskiner afhængigt af deres slutbrug	I - 1028
	Anbringendet om styrkelsen af Tetras dominerende stilling inden for karton	I - 1031

¹ — Originalsprog: italiensk.

KOMMISSIONEN MOD TETRA LAVAL

Anbringendet om Tetras skabelse af en dominerende stilling på markedet for SBM-maskiner	I - 1038
a) Kommissionens klagepunkter	I - 1039
b) De konstaterede fejls betydning for Rettens konklusion	I - 1044
Afsluttende betragtninger vedrørende udfaldet af appelsagen	I - 1045
Sagens omkostninger	I - 1046
IV — Forslag til afgørelse	I - 1046

1. Nærværende sag angår en appel iværksat af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber til prøvelse af dom afsagt af Retten i Første Instans den 25. oktober 2002, Tetra Laval mod Kommissionen (sag T-5/02, Sml. II, s. 4381), hvorved Retten annullerede »Kommissionens beslutning K(2001) 3345 endelig udg. af 30. oktober 2001, som erklærer en sammenslutning uforenelig med det fælles marked og med EØS-aftalen (sag COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel)«.

traktaten, efter ændring artikel 3, litra g), i EF-traktaten, nu artikel 3, litra g), EF], indført en kontrol med fusioner af fællesskabsdimension³. Med henblik herpå bestemmer forordningen, at sådanne transaktioner forudgående skal anmeldes til Kommissionen, som vurderer deres forenelighed med det fælles marked.

I — Retsforskrifter

2. Som bekendt har Rådets forordning nr. 4064/89 (herefter »fusionsforordningen« eller »forordningen«)² med henblik på gennemførelsen af »en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes« [artikel 3, litra f), i EØF-

3. I henhold til forordningens artikel 2, stk. 1, »[tager Kommissionen] i denne vurdering hensyn til:

- a) nødvendigheden af at bevare og udvikle en faktisk konkurrence inden for fæl-

2 — Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21.12.1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT L 395, s. 1; en berigtiget version er offentliggjort i EFT 1990 L 257, s. 13). Forordning nr. 4064/89 er blevet ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 1310/97 af 30.6.1997 (EFT L 180, s. 1).

3 — I forordningens artikel 3 præciseres, hvad der forstås ved »sammenslutning«, mens det i artikel 1, stk. 2 og 3, præciseres, hvornår en sammenslutning har »fællesskabsdimension«.

lesmarkedet navnlig på baggrund af alle de berørte markeders struktur samt den reelle eller potentielle konkurrence fra virksomheder, der er beliggende i eller uden for Fællesskabet.

måde inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, skal erklæres forenelige med fællesmarkedet« (stk. 2)

- b) de deltagende virksomheders position på markedet, deres økonomiske og finansielle styrke, leverandørernes og brugernes valgmuligheder, deres adgang til forsyninger eller afsætningsmarkeder, retlige eller faktiske hindringer for adgang til markedet, udbuds- og efterspørgselsudviklingen for de enkelte varer og tjenesteydelser, de interesser, som forbrugerne i mellemliddene og de endelige forbrugere har, samt udviklingen i det tekniske eller økonomiske fremskridt, for så vidt som dette er til fordel for forbrugerne, og det ikke udgør en hindring for den faktiske konkurrence«.

- dels, at »[s]ammenslutninger, der skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den faktiske konkurrence hæmmes på afgørende måde inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, skal erklæres uforenelige med fællesmarkedet« (stk. 3).

II — Faktiske omstændigheder og den administrative procedure

Den anmeldte fusion og den administrative procedure

4. I de følgende stykker i artikel 2 bestemmes det:

5. Følgende fremgår af den appellerede doms fremstilling af de faktiske omstændigheder:

- dels, at »[s]ammenslutninger, der ikke skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den faktiske konkurrence hæmmes på afgørende

»9. Den 27. marts 2001 afgav Tetra Laval SA, der er et ikke-børsnoteret aktieselskab undergivet fransk ret og et helejet

datterselskab af Tetra Laval BV, der er et holdingselskab i Tetra Laval-koncernen (herefter »Tetra« eller »sagsøgeren«), på vegne af sidstnævnte et offentligt tilbud om køb af alle udstedte cirkulerende aktier i Sidel SA, der er en fransk børsnoteret virksomhed. Tetra Laval SA erhvervede samme dag omkring 9,75% af kapitalen i Sidel fra Azeo (5,56%) og fra Sidels bestyrelse (4,19%).

gen), navnlig på markedet for plasticflasker fremstillet af polyethylen med høj massefylde (herefter »HDPE«).

[...]

11. Efter afgivelsen af dette tilbud erhvervede Tetra ca. 81,3% af Sidels udstedte cirkulerende aktier. Efter udløbet af tilbudsperioden erhvervede sagsøgeren visse supplerende aktier, således at sagsøgeren nu råder over 95,20% af aktierne og 95,93% af stemmerettighederne i Sidel.
12. Tetra omfatter navnlig virksomheden Tetra Pak, hvis virksomhed hovedsagelig består i fremstilling af kartonemballage til flydende levnedsmidler. Tetra Pak er den førende virksomhed i verden på dette område. Tetras virksomhed omfatter ligeledes, men i mere begrænset omfang, fremstilling af plastemballage i rollen som »omdanner« (dvs. den virksomhed, der består i at fremstille og levere tom emballage til producenter, som herefter selv foretager påfyldning), navnlig på markedet for plasticflasker fremstillet af polyethylen med høj massefylde (herefter »HDPE«).
13. Sidel driver virksomhed med udvikling og fremstilling af udstyr og systemer til kartonemballering, navnlig de såkaldte »Stretch Blow Moulding Machines« (herefter »SBM-maskiner«), som anvendes ved fremstilling af plasticflasker af polyethylenterephthalat (herefter »PET«). Sidel har en førende stilling på verdensplan inden for fremstilling og levering af SBM-maskiner. Sidel er ligeledes aktiv inden for barrierteknologi, der tjener til at gøre PET kompatibel med gas- og lysfølsomme produkter, og producerer påfyldningsmaskiner til PET-flasker samt — i et noget mindre omfang — til HDPE-flasker.
14. Den 18. maj 2001 blev Tetras erhvervelse af aktier i Sidel anmeldt til Kommissionen.
15. Parterne er enige om, at de ovenfor omtalte transaktioner (herefter »fusionen« eller »den anmeldte transaktion«) udgør en erhvervelse i forordningens artikel 3, stk. 1, litra b)'s forstand, og at

denne fusion er af fællesskabsdimension i forordningens artikel 1, stk. 2's forstand. [...]

16. Den 5. juli 2001 besluttede Kommissionen at indlede proceduren i henhold til forordningens artikel 6, stk. 1, litra c), idet den fandt, at fusionen rejste alvorlig tvivl med hensyn til, om den var forenelig med fællesmarkedet og aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (herefter »EØS-aftalen«).

24. Ved beslutning af 30. oktober 2001 [K(2001) 3345 endelig udg. (sag COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel), herefter »den anfægtede beslutning«] erklærede Kommissionen den anmeldte sammenslutning uforenelig med fællesmarkedet og EØS-aftalen i henhold til forordningens artikel 8, stk. 3.

[...]

[...]

19. Den 25. september 2001 foreslog sagsøgeren en række forpligtelser i overensstemmelse med forordningens artikel 8, stk. 2, med henblik på at imødekomme de konkurrencemæssige problemer, der var nævnt i den første meddelelse af klagepunkter.

26. På grundlag af Kommissionens konklusioner i den anfægtede beslutning, og efter gennemførelsen af en særskilt administrativ procedure, som blev indledt den 19. november 2001 ved fremsendelse af en meddelelse af klagepunkter til Tetra, vedtog Kommissionen den 30. januar 2002 en beslutning om de forholdsregler, som var nødvendige med henblik på at genoprette en effektiv konkurrence i overensstemmelse med forordningens artikel 8, stk. 4 (COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel).«

[...]

Den anfægtede beslutning

21. Den 9. oktober 2001 foreslog sagsøgeren en række nye bindende forpligtelser (herefter »forpligtelserne«) til erstatning for dem, der var blevet foreslået den 25. september 2001.

6. Idet jeg begrænser mig til de vigtigste passager og forbeholder mig ret til at vende tilbage til visse særlig vigtige aspekter i

forbindelse med denne sag, kan den anfægtede beslutning kort opsummeres på følgende måde:

7. Efter en generel beskrivelse af sektoren for emballering af flydende levnedsmidler har Kommissionen undersøgt de relevante produktmarkeder begyndende med en analyse af substituerbarheden mellem de forskellige emballeringsmaterialer og følgelig mellem de forskellige emballeringssystemer.

8. Med henblik på denne analyse har Kommissionen vurderet, at det var hensigtsmæssigt at foretage en »slutproduktsegmentering«, og den har derfor vurderet de forskellige emballeringsmaterialers og -systemers substituerbarhed i forhold til den type væske, der skal emballeres⁴. Da Tetra og Sidel hovedsageligt opererer inden for karton- og PET-emballeringssektorerne, har Kommissionen med dette formål for øje i sin analyse navnlig interesseret sig for drikkevarer, der kan emballeres i de to materialer (»fælles« produkter eller »følsomme« produkter), nemlig: »flydende mejeriprodukter« (i den appellerede dom også kaldet »LDP«⁵), »frugtjuice« og »nektar« (i den anfægtede beslutning og den appellerede dom blot »juice«), »ikke-kulsyreholdige læskedrikke med frugtsmag« (i beslutningen blot »læskedrikke med frugtsmag« og i dommen også »FFD«) og »færdige drikke-

varer på basis af te eller kaffe« (i beslutningen og i dommen blot »te/kaffe«)⁶.

9. Kommissionen indledte sin analyse af samspillet mellem de to materialer med at understrege, at de »traditionelt har været anvendt til påfyldning af forskellige drikkevarer«⁷, men »PET er et egnet materiale til emballering af alle de produkter, der traditionelt er blevet emballeret i karton«⁸. I forlængelse af den indgående analyse og navnlig »[p]å baggrund af den [...] kommende teknologiske udvikling samt omkostningsmæssige og markedsføringsmæssige betragtninger« er Kommissionen nået frem til den konklusion, at »anvendelsen af PET vil stige betydeligt i de fælles produktsegmenter i de næste fem år«⁹.

10. Kommissionen har således fastslået, at »selv om substitutionen mellem [emballage]systemer til karton og til PET] ikke [på daværende tidspunkt havde] den effektivitet og umiddelbarhed, der [va]r nødvendig med henblik på markedsafgrænsningen (dvs. der

6 — Jf. bl.a. beslutningens betragtning 12 og 45.

7 — Betragtning 55, hvori det præciseres, at »PET og karton har traditionelt været anvendt til påfyldning af forskellige drikkevarer. Dette skyldes hovedsagelig, at disse emballeringsløsninger har forskellige fysiske karakteristika. Karton er ikke-transparent og egner sig derfor til ilt- og lysfølsomme produkter, men kan ikke modstå karbonisering. PET er transparent og kan modstå karbonisering, men har traditionelt været mindre egnet til ilt- og lysfølsomme produkter. Som følge heraf er karton hovedsagelig blevet anvendt til flydende mejeriprodukter (primært hvid mælk) og frugtsaft, mens PET hovedsagelig er blevet anvendt til vand (ikke-kulsyreholdig og kulsyreholdig) og kulsyreholdige læskedrikke«.

8 — Betragtning 57.

9 — Betragtning 103.

4 — Jf. bl.a. beslutningens betragtning 40 og 44.

5 — Denne fodnote vedrører kun den italienske udgave af dette forslag til afgørelse.

[va]r tale om en svag substitution), [ville] dette [kunne] ændre sig i fremtiden«. Den konkluderede endvidere, at »[i] betragtning af deres tilstedeværelse i den samme sektor for emballering af flydende levnedsmidler; deres fælles produktsegmenter; kundegrundlag og stigende anvendelse af aseptisk teknologi, tilhør[te] de to emballeringssystemer desuden to meget nært forbundne tilgrænsende markeder«¹⁰.

11. Da dette var fastslået, vurderede Kommissionen, at det var nødvendigt »at analysere, om der [va]r særskilte relevante produktmarkeder for specifikt udstyr inden for hvert emballeringssystem«¹¹.

12. På grundlag af denne analyse konkluderede Kommissionen for så vidt angår PET-emballeg¹² følgende: i) at »SBM-maskiner med høj kapacitet udg[jorde] et særskilt

marked i forhold til SBM-maskiner med lav kapacitet«, og at der »[i] betragtning af de »følsomme« produkters specifikke karakteristika og muligheden for prisdiskrimination [...] [var] særskilte relevante markeder for hver enkelt kundegruppe på grundlag af det endelige anvendelsesformål, navnlig i de fire segmenter for »følsomme« drikkevarer¹³; ii) at de forskellige »barriereteknologier til PET [var] omfattet af det samme produktmarked«¹⁴; iii) at der var »to særskilte produktmarkeder for aseptiske PET-fyldemaskiner og ikke-aseptiske PET-fyldemaskiner«¹⁵; iv) at »præforme udg[jorde] et særskilt produktmarked«¹⁶.

13. Hvad angår katonemballeringssystemer konkluderede Kommissionen derimod, »at der er fire særskilte produktmarkeder: aseptiske kartonemballeringsmaskiner; aseptiske

10 — Betragtning 163.

11 — Betragtning 164.

12 — Der skal for så vidt angår de nævnte systemer mindes om, at »[e]mballeg af flydende levnedsmidler i PET-flasker kræver en kombination af særlige maskiner og i givet fald en barriereteknologi [for at gøre PET egnet til ilt- og lystfølsomme produkter]. Emballegprocessen består af tre forskellige trin: a) fremstilling af plastpræforme, dvs. de sprøjtetøbte emner, der anvendes til fremstilling af PET-flasker, b) fremstilling af tomme PET-flasker ved hjælp af plastpræformene i særlige strækblæstøbningsmaskiner [SBM-maskiner] og c) påfyldning af de færdige PET-flasker med det flydende levnedsmiddel ved hjælp af en specialkonstrueret fyldemaskine« (beslutningens betragtning 20). I PET-emballegsystemerne »emballeres [flydende levnedsmidler [...] generelt på to måder: internt hos producenterne af flydende levnedsmidler og af såkaldte omdannere. Emballeg internt i virksomheden kræver, at der købes emballegudstyr og installeres emballeglinjer i drikkevarevirksomhedens produktionshal. I modsætning hertil fremstiller omdannere tom emballage, som derpå enten fyldes af påfyldningsvirksomheder eller sælges til drikkevarevirksomheder med henblik på påfyldning internt« (beslutningens betragtning 15).

13 — Betragtning 188.

14 — Betragtning 199. I denne forbindelse vil jeg bemærke, at »[m]ed hensyn til iltfølsomme produkter (f.eks. frugtsaft eller øl) er det nødvendigt at forbedre en PET-flaskes barriereegenskaber over for gas. [...] For at forbedre PET's barriereegenskaber anvendes barriereteknologi i forbindelse med PET-flasken i standardudførelse. [...] Med hensyn til lystfølsomme produkter, f.eks. hvid UHT-mælk, skal der tilføres en lysbarriere« (beslutningens betragtning 22-24).

15 — Betragtning 204. Jeg skal i denne forbindelse minde om, at »[i]kke-aseptiske PET-fyldemaskiner anvendes normalt til kulsyreholdige drikkevarer, mineralvand, spiseolie og frisk mælk. Aseptiske PET-fyldemaskiner anvendes til langtidsholdbar frugtsaft, ikke-kulsyreholdige læskedrikke med frugtsmag eller anden smag, drikkeklar te og kaffe samt flydende mejeriprodukter« (beslutningens betragtning 21).

16 — Betragtning 206.

kartoner, ikke-aseptiske kartonemballeringsmaskiner og ikke-aseptiske kartoner«¹⁷.

for SBM-maskiner med høj og lav kapacitet med hensyn til alle endelige anvendelsesformål og en stærk stilling inden for andet PET-emballeringsudstyr, navnlig aseptiske fylde-maskiner, sekundært udstyr og tilhørende serviceydelser«²⁰.

14. Efter disse præciseringer med hensyn til de relevante produktmarkeder foretog Kommissionen en hurtig gennemgang af de nævnte markeders geografiske udstrækning og nåede frem til den konklusion, at »det relevante geografiske marked [...] [var] EØS«¹⁸.

16. I denne forbindelse undersøgte Kommissionen, om den planlagte transaktion ville medføre skabelse eller styrkelse af en eller flere dominerende stillinger som omhandlet i fusionsforordningens artikel 2.

15. Kommissionen gik dernæst over til at vurdere den anmeldte transaktions indvirkning på konkurrencen, og den begyndte med at konstatere, at Tetra allerede inden transaktionen havde »en dominerende stilling på markedet for aseptiske emballeringsmaskiner og kartoner og en førende stilling på markedet for ikke-aseptiske emballeringsmaskiner og kartoner«, og selskabet indtog også »en dominerende stilling på markedet for kartonemballering som helhed«¹⁹. Derimod indtog Sidel forud for den indberettede transaktion »en førende stilling på markedet

17. I denne henseende konstaterede den først og fremmest, at »[d]en planlagte transaktion vil[le] få direkte horisontale virkninger, da begge parter operere[de] på tre særskilte produktmarkeder: SBM-maskiner (lav kapacitet), barriereteknologi og aseptiske PET-fyldemaskiner«. Ifølge Kommissionen ville »Sidels i forvejen stærke stilling« umiddelbart »blive styrket yderligere som følge af fusionen«²¹.

17 — Betragtning 209. For så vidt angår de nævnte systemer skal det fastslås, at »[i] modsætning til PET med de særskilte produktionstrin (præforme, tomme flasker, påfyldning) foregår kartonemballeringen af flydende levnedsmidler i en integreret proces, hvor emballagen formes, fyldes og forsegles [...]. Alle disse operationer udføres på en enkelt maskine til kartonemballering i drikkearevirksomhedens fabrik [...] Der findes særskilte aseptiske og ikke-aseptiske kartonmaskiner, og der sondres mellem aseptisk og ikke-aseptisk kartonemballering i hele emballeringsprocessen« (beslutningens betragtning 28).

18 — Betragtning 212.

19 — Betragtning 231.

18. I lyset af de »horisontale virkninger« konkluderede Kommissionen navnlig: i) »at markedet for maskiner med lav kapacitet

20 — Betragtning 259.

21 — Betragtning 263.

vil[le] blive mere koncentreret som følge af transaktionen«, og at »Tetra/Sidel vil[le] være [blevet] langt den største aktør i hele spektret af SBM-maskiner fra de mest enkle maskiner med lav kapacitet til maskiner med den højeste kapacitet og teknologisk mest avancerede maskiner«²²; ii) »at sammenlægningen af parternes [...] teknologier i betydelig grad vil[le] [have] styrke[t] den fusionerede enheds stilling på markedet for barrierteknologi«, men »ikke i et sådant omfang, at der vil[le] blive skabt en dominerende stilling inden for barrierteknologi«²³ og iii) »den fusionerede enhed vil[le] være komme[t] til at stå stærkt inden for aseptiske PET-fyldemaskiner«²⁴.

19. Kommissionen tog dernæst stilling til transaktionens »vertikale virkninger«, og den konstaterede, at denne ville have medført, »at Tetra/Sidel bl[ev] vertikalt integreret inden for tre emballeringssystemer: karton, HDPE og PET«. Dette ville kunne have skabt »en kanalkonflikt over for uafhængige omdannere med mulige konkurrencebegrænsende virkninger«. Kommissionen konkluderede dog ikke, at »at disse betænkeligheder med hensyn til vertikale virkninger i sig selv vil[le] føre til skabelse af en dominerende stilling inden for PET-udstyr eller præforme«²⁵.

20. Efter disse betragtninger med hensyn til fusionens »horisontale« og »vertikale« virkninger gik Kommissionen over til at vurdere de eventuelle konkurrencefordrejende virkninger (såkaldte konklomeratvirkninger) af, at den fusionerede enhed ville komme til at indtage en stærk stilling på tilgrænsende markeder såsom markedet for kartoner og kartonemballeringsudstyr og PET-emballeringsudstyr. En sådan vurdering var efter Kommissionens mening nødvendig navnlig på grund af den tætte forbindelse, der var mellem de forskellige markeder, fordi »PET allerede [var] ved at blive et vigtigt alternativ samt supplerende emballeringsmateriale til karton på markederne for »følsomme« produkter, og at det vil[le] få stadig større betydning«²⁶.

21. Ud fra denne synsvinkel undersøgte Kommissionen først og fremmest, om den fusionerede enhed ville kunne benytte sig af sin dominerende stilling inden for karton til at erhverve en dominerende stilling på markederne for PET-emballage (»løftestangsvirkning« eller »leveraging«). I denne forbindelse nåede den efter en indgående analyse frem til den konklusion, »at den planlagte transaktion gennem sammenlægningen af den dominerende virksomhed inden for kartonemballage, Tetra, og den førende virksomhed inden for PET-emballeringsudstyr, Sidel, vil[le] skabe en markedsstruktur, som vil[le] give den fusionerede enhed incitament og redskaber til, at dens førende stilling inden for PET-emballeringsudstyr, navnlig SBM-maskiner (lav og høj kapacitet), der anvendes i segmenterne for

22 — Betragtning 269 og 270.

23 — Betragtning 282.

24 — Betragtning 290.

25 — Betragtning 324.

26 — Betragtning 337.

»følsomme« produkter, k[unne] blive en dominerende stilling. Dette vil[le] formentlig også styrke den fusionerede enheds stilling og få konkurrencebegrænsende virkninger på det samlede marked for SBM-maskiner«²⁷.

22. Kommissionen vurderede dernæst de eventuelle virkninger, som den planlagte transaktion ville kunne få for Tetras dominerende stilling inden for karton. I denne henseende nåede den ud fra den betragtning, »at karton- og PET-emballeringsystemer udg[jorde] [...] nært forbundne tilgrænsende produktmarkeder, som udøve[de] et vist konkurrencepres på hinanden«, frem til den konklusion, at »ved at fjerne Sidel som en stadig større kilde til konkurrence på et nært forbundet tilgrænsende marked vil[le] Tetras stilling inden for kartonemballage således blive styrket«²⁸.

23. Endelig undersøgte Kommissionen spørgsmålet om, hvorvidt den fusionerede enheds dominans inden for kartonemballage- og PET-emballeringsudstyr senere ville kunne styrke dens dominerende stilling. I denne henseende fandt den, at det var »sandsynligt, at den fusionerede enheds position i slutproduktsektorerne i forbindelse med »følsomme« produkter gennem

fusionen vil[le] marginalisere konkurrenterne og øge adgangsbarriererne og dermed forstærke den dominerende stilling på de relevante markeder for kartonemballeringsudstyr og PET-emballeringsudstyr, navnlig SBM-maskiner, der anvendes til »følsomme« produkter«²⁹.

24. Efter således at have vurderet den anmeldte transaktions virkninger på konkurrencen undersøgte Kommissionen Tetras tilsagn, der bestod af: »i) afhændelse af Tetras SBM-virksomhed«; ii) »afhændelse af Tetras virksomhed inden for PET-præforme«; iii) »adskillelse af Sidel fra Tetra Pak-virksomhederne« og »bibeholdelse af de allerede eksisterende foranstaltninger af adfærdsmæssig karakter i henhold til traktatens artikel 82«; og iv) »udstedelse af en licens på Sidels SBM-virksomhed med henblik på salg til kunder, der påfylder »følsomme« produkter, og med henblik på salg til omdannere«³⁰.

25. Efter en hurtig gennemgang af disse tilsagn skønnede Kommissionen imidlertid, at de var »utilstrækkelige til at løse de væsentlige konkurrenceproblemer, der [var] påvist på markedet for PET-emballeringsudstyr og kartonemballage«, for så vidt som »[d]e to afhændelser vil[le] få en minimal indvirkning på den fusionerede enheds stilling«; »[l]icensen vil[le] ikke blot være utilstrækkelig til at fjerne Kommissionens konkurrencemæssige betænkeligheder, men synes heller ikke at være en gennem-

27 — Betragtning 389.

28 — Betragtning 397 og 399.

29 — Betragtning 408.

30 — Betragtning 410.

førlig mulighed og [kunne] rent faktisk [have] indfør[t] komplekse mekanismer på markedet, hvilket [ville have] medfør[t] en kunstig regulering«, og »de to tilsagn af adfærdsmæssig karakter [blev] som sådanne [anset] for at være utilstrækkelige til at løse problemerne som følge af markedsstrukturen efter fusionen«³¹.

toner i EØS, som [ville have] bevirke[t], at den effektive konkurrence [var blevet] hæmmet betydeligt i fællesmarkedet og EØS«³³. Da de tilsagn, som Tetra havde foreslået, var utilstrækkelige til at afhjælpe disse problemer, erklærede Kommissionen følgelig fusionen »uforenelig med fællesmarkedet og EØS-aftalen«³⁴.

Den appellerede dom

26. Kommissionen nåede således frem til den konklusion, at »de foreslåede tilsagn ikke [var] tilstrækkelige til at løse de påviste konkurrenceproblemer og derfor ikke k[unne] danne grundlag for en godkendelsesbeslutning, da de ikke [var] holdbare og generelt [var] utilstrækkelige til at løse de konkurrenceproblemer, som fusionen vil[le] give anledning til«³².

28. Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 15. januar 2002 anlagde Tetra sag til prøvelse af Kommissionens beslutning. Ved dom af 25. oktober 2002 tog Retten Tetras påstand til følge og annullerede den anfægtede beslutning.

27. På grundlag af alle de ovenstående betragtninger konkluderede Kommissionen, »at den anmeldte fusion vil[le] [have] skab[t] en dominerende stilling på markedet for PET-emballeringsudstyr, navnlig SBM-maskiner, der anvendes i segmenterne for »følsomme« produkter, og styrke[t] en dominerende stilling inden for aseptisk kartonemballeringsudstyr og aseptiske kar-

29. Idet jeg også her begrænser mig til at gøre rede for de vigtigste passager og forbeholder mig retten til at vende tilbage til visse aspekter på et senere tidspunkt, kan den nævnte dom kort opsummeres på følgende måde:

30. Efter at have forkastet anbringendet om »[t]ilsidesættelse af retten til aktind-

31 — Betragtning 424.

32 — Betragtning 451.

33 — Betragtning 452.

34 — Konklusionens artikel 1.

sigt»³⁵ tog Retten — for så vidt angår den foreliggende sag — stilling til: i) »anbringendet om, at den modificerede fusion ikke har væsentlige negative konkurrencemæssige virkninger hverken horisontalt eller vertikalt»³⁶; ii) »anbringendet om, at den modificerede fusion ikke har væsentlige konkurrencebegrænsende konglomeratvirkninger«.

31. For så vidt angår anbringerne om de »horisontale« og »vertikale« virkninger af fusionen startede Retten med at konstatere, at »selv om Kommissionen ikke [havde] basere[t] den anfægtede beslutning på disse horisontale og vertikale virkninger, [havde] den [taget] dem i betragtning til støtte for sin konklusion om, at den modificerede fusion måtte forbydes»³⁷.

32. Efter at have foretaget denne præcisering konstaterede Retten på baggrund af de tilsagn, som Tetra havde foreslået, at »de negative horisontale virkninger af fusionen, som Kommissionen ha[vde] henvist til i den anfægtede beslutning, [ville] være minimale, om ikke næsten ikke-eksisterende, på de forskellige relevante markeder for udstyr til PET-emballering«. Den fandt under disse omstændigheder, at »Kommissionen [havde] anlag[t] et åbenbart urigtigt skøn, idet den

lagde de horisontale virkninger af den modificerede fusion til grund for sin konklusion om, at der ville blive skabt en dominerende stilling for den fusionerede enhed på disse PET-markeder gennem udnyttelse af løftestangsvirkningen»³⁸.

33. Retten fastslog ligeledes, at »det ikke [var] blevet godtgjort, at den modificerede fusion ville føre til væsentlige, eller i det mindste betydelige, vertikale virkninger på det relevante marked for udstyr til PET-emballering«. Den fandt under disse omstændigheder, »at Kommissionen [havde] anlagt et åbenbart urigtigt skøn, idet den lagde de vertikale virkninger af den modificerede fusion til grund for sin konklusion om, at der ville blive skabt en dominerende stilling for den fusionerede enhed på disse PET-markeder gennem udnyttelse af løftestangsvirkningen»³⁹.

34. Retten var dog af den opfattelse, at de »åbenbart urigtige skøn«, som Kommissionen havde anlagt, »idet den lagde de horisontale og vertikale virkninger til grund for sin vurdering af spørgsmålet om skabelsen af en dominerende stilling på de pågældende PET-markeder«, »imidlertid ikke [medførte], at den anfægtede beslutning annuller[ed]es, fordi den konglomeratvirk-

35 — Præmis 83-118.

36 — Ved »modificeret fusion« forstår Retten »fusionen som ændret ved tilsagnene« (punkt 81).

37 — Præmis 124.

38 — Præmis 132.

39 — Præmis 140.

ning, som Kommissionen ha[vde] gjort gældende, i sig selv kunne [have] være[t] tilstrækkelig til at begrunde beslutningen«⁴⁰.

35. Med hensyn til »[a]nbringendet om, at der ikke er forudseelige konglomeratvirkninger«, tog Retten stilling til Kommissionens vurdering, der »er opdelt i tre dele, der for det første vedrører løftestangsvirkningen, for det andet fjernelse af potentiel konkurrence, og for det tredje den generelle virkning af styrkelsen af den fusionerede enheds konkurrencemæssige stilling«⁴¹ hver for sig.

36. Begyndende med den første af disse dele fastslog Retten for det første, som Kommissionen selv havde erkendt, at »hvis Tetra udnyttede løftestangsvirkningen [på den i beslutningen beskrevne måde⁴²], ville det [kunne have] udgjort] misbrug af Tetras eksisterende dominerende stilling på markerne for aseptisk karton«⁴³. I denne henseende burde Kommissionen ifølge Retten have »vurdere[t], om det trods forbuddet mod en sådan adfærd ikke desto mindre [var] sandsynligt, at den enhed, der [va]r resultatet af fusionen, vil[le] handle på en sådan måde, eller omvendt, om adfærdens ulovlige karakter og/eller risikoen for at blive opdaget

vil[le] gøre en sådan strategi usandsynlig. Mens det således [var] korrekt, at Kommissionen i forbindelse med sin vurdering [tog] højde for incitamenterne til at udøve konkurrencebegrænsende adfærd, som f.eks. de incitament, der er tale om i nærværende sag for Tetra i forbindelse med de forretningsmæssige fordele, som kan forudses på markedet for PET-udstyr [...], sk[ulle] Kommissionen imidlertid også vurdere, i hvilket omfang disse incitament vil[le være] bl [evet] reduceret, eller sågar [være] forsv [undet], fordi den pågældende adfærd [ville være] ulovlig, fordi der [ville være] risiko for opdagelse, fordi de kompetente myndigheder, både på fællesskabs- og nationalt niveau [ville kunne] træffe visse foranstaltninger, og fordi adfærden [kunne have] resultere[t] i økonomiske sanktioner«⁴⁴.

37. Da »Kommissionen ikke [havde] foret[aget] en sådan vurdering i den anfægtede beslutning«, fastslog Retten, at eftersom »Kommissionens vurdering [var] baseret på muligheden, eller sågar sandsynligheden for, at Tetra vil[le] udøve en sådan adfærd på markerne for aseptiske kartoner, [kunne] Kommissionens konklusioner i den henseende ikke lægges til grund«⁴⁵.

38. Analogt hermed skønnede Retten, at »det forhold, at sagsøgeren i nærværende

40 — Præmis 141.

41 — Præmis 145.

42 — I den forbindelse opsummerede Retten beslutningens indhold, idet den bemærkede, at »løftestangsvirkningen fra markedet for aseptiske kartoner [vil] [...] hovedsageligt opstå — bortset fra den fusionerede enheds mulighed for at binde salg af udstyr til kartonemballering og øvrigt udstyr til salg af udstyr til PET-emballering, herunder tvunget salg [...] — for det første som følge af sandsynligheden for, at den fusionerede enhed vil gøre brug af underbudspriser [...], for det andet som følge af en prisrig, og for det tredje ved at give loyalitetsrabatter« (præmis 156).

43 — Præmis 158.

44 — Præmis 159.

45 — Præmis 160.

sag [havde] tilb[udt] forpligtelser vedrørende virksomhedens fremtidige adfærd, også [var] en faktor, som Kommissionen burde have taget i betragtning i forbindelse med vurderingen af, om det var sandsynligt, at den fusionerede enhed ville handle på en måde, der ville medføre skabelsen af en dominerende stilling på et eller flere af de pågældende markeder for PET-udstyr«. Der »[var] imidlertid intet i den anfægtede beslutning, der vis[te], at Kommissionen tog højde for virkningerne af disse forpligtelser i sin vurdering af skabelsen af en sådan stilling i fremtiden ved udnyttelse af løftestangsvirkningen«⁴⁶.

39. Retten konkluderede derfor, at det med henblik på »at vurdere, om Kommissionen [havde] basere[t] sin analyse af sandsynligheden for udnyttelse af løftestangsvirkningen [...], og af konsekvenserne [heraf]«, var nødvendigt, at der »alene tages hensyn til former for adfærd, som, i det mindste sandsynligvis, ikke ville være ulovlige«⁴⁷.

40. Da dette var præciseret, fortsatte Retten sin analyse og fastslog, at »Kommissionen ikke [havde] anlag[t] et åbenbart urigtigt skøn, da den fandt, at det ville være muligt

for den fusionerede enhed at udnytte løftestangsvirkningen«⁴⁸. Retten mente navnlig, at Kommissionen »på tilstrækkelig måde ha[vde] godtgjort, at der [kunne] forudses vækst for PET-markedet, hvilket [gjorde] det muligt, at den forudsete løftestangsvirkning [kunne] opstå«⁴⁹.

41. Da det imidlertid fremgik af den anfægtede beslutning, »at den fusionerede enheds incitament til at udnytte løftestangsvirkningen i vidt omfang afh[ang] af den forventede vækst på PET-markederne«, fandt Retten, at det var nødvendigt at undersøge, om »den forventede vækst i omfanget af følsomme produkter emballeret i PET frem til 2005, sammenlignet med den samlede mængde produkter, der fremtidigt vil[le] blive emballeret i PET, [gjorde] dette incitament usandsynligt eller i det mindste mindske[de] sandsynligheden væsentligt«⁵⁰, således som sagsøgeren havde gjort gældende.

42. Efter at Retten havde foretaget denne undersøgelse, fastslog den, at »prognoserne om vækst for LDP og juice, som Kommissionen ha[vde] anført i den anfægtede beslutning, ikke [var] blevet godtgjort i tilstrækkelig grad. Selv om en vis vækst inden for disse segmenter [var] sandsynlig, navnlig for så vidt angik] produkter i den øvre ende, mangle[de] der fyldestgørende

46 — Præmis 161.

47 — Præmis 162.

48 — Præmis 199.

49 — Præmis 195.

50 — Præmis 201.

beviser for denne vækst«⁵¹. Retten mente imidlertid, at »i betragtning af den omstændighed, at anvendelsen af PET sandsynligvis vil[le] stige frem til 2005, selv om det [var] i en mindre grad end anslået af Kommissionen, [kunne] incitamentet til at udnytte løftestangvirkningen ikke udelukkes«⁵².

43. På grundlag af ovenstående betragtninger besluttede Retten at »vurdere, på hvilken måde den fusionerede enhed ville kunne [have] udnytte[t] løftestangvirkningen«⁵³. I denne henseende fandt den, at det ved at begrænse analysen »til de måder, som i det mindste sandsynligvis ikke vil[le] udgøre misbrug af en dominerende stilling på markederne for aseptisk karton«⁵⁴, og på baggrund af de tilsagn, som Tetra havde foreslået, måtte »fastslås, at den fusionerede enheds muligheder for at udnytte løftestangvirkningen vil[le have] være[t] meget begrænsede«⁵⁵. Der måtte således tages højde herfor i »[e]n vurdering af de forventede konsekvenser af en sådan adfærd fra den fusionerede enheds side«⁵⁶.

44. Med henblik på vurderingen af de nævnte konsekvenser fandt Retten, at det var nødvendigt »at sondre mellem de forskellige markeder for udstyr til PET og markederne, der er særlige for SBM-maskiner«⁵⁷.

45. For så vidt angår førstnævnte fastslog Retten efter at have foretaget en detaljeret analyse af de enkelte markeder, »at den anfægtede beslutning ikke på tilstrækkelig måde godtg[jorde], at udnyttelse af løftestangvirkningen fra markedet for aseptisk karton vil[le] gøre det muligt for den fusionerede enhed at skabe en dominerende stilling i 2005 på markedet for barrierteknologi, for aseptiske og ikke-aseptiske påfyldningsmaskiner, for lukningssystemer til plasticflasker og for øvrigt udstyr«⁵⁸.

46. Med hensyn til markederne for SBM-maskiner fastslog Retten, ligeledes på grundlag af en detaljeret analyse:

— at »[p]å grundlag af de oplysninger, der [var] lagt til grund i den anfægtede beslutning, må[te] det fastslås, at Kommissionen [havde] beg[ået] en fejl, for det første fordi den fandt, at »hoved-

51 — Præmis 214. Derimod fandt Retten, at Kommissionen ikke havde begået fejl med hensyn til vækstprognoseerne for markederne for drikkevarer tilsat frugtaroma uden kulsyre og te- og kaffeholdige drikkevarer (præmis 215).

52 — Præmis 216.

53 — Samme sted.

54 — Præmis 218.

55 — Præmis 224.

56 — Samme sted.

57 — Præmis 225.

58 — Præmis 254.

parten af SBM-maskiner er generiske« [...], og for det andet fordi den sondrede mellem dem i henhold til deres endelige anvendelsesformål«. Endvidere »indeholdt [d]en anfægtede beslutning [...] ikke tilstrækkeligt fyldestgørende oplysninger med henblik på at begrunde definitionen af særskilte undermarkeder for SBM-maskiner med henvisning til deres endelige anvendelsesformål«, følgelig »[var] de eneste undermarkeder, som det [var] nødvendigt at tage i betragtning, markederne for lav- og højkapacitetsmaskiner«⁵⁹

- at »for så vidt angår lavkapacitets-SBM-maskiner [...], da Kommissionen [havde] foruds[et], at der ville blive skabt en dominerende stilling på dette marked i 2005 ved udnyttelse af løftestangsvirkningen, [havde den] anlag[t] et åbenbart urigtigt skøn«⁶⁰

- og at »[f]or så vidt angår markedet for højkapacitets-SBM-maskiner begrundede [de] de oplysninger, som Kommissionen ha[vde] lagt til grund, følgelig ikke konklusionen om, at såvel den fusionerede enheds konkurrenter som converterne ville blive marginaliseret frem til 2005 på grund af den fusionerede enheds udnyttelse af løftestangsvirkningen rettet mod Tetras [...] kunder på kartonmarkedet, som i løbet af den

periode ha[vde] til hensigt at skifte hele eller en del af deres produktion over til PET til emballering af følsomme produkter«⁶¹.

47. Retten drog en »[g]enerel konklusion vedrørende løftestangsvirkningen« og fastslog følgelig, »at idet Kommissionen lagde vægt på virkningerne af den fusionerede enheds udnyttelse af løftestangsvirkningen med henblik på at begrunde sin konklusion om, at der ville blive skabt en dominerende stilling frem til 2005 på markederne for udstyr til PET-emballering, navnlig markederne for lav- og højkapacitets-SBM-maskiner til følsomme produkter, [havde] Kommissionen [anlagt] et åbenbart urigtigt skøn«⁶².

48. Retten gjorde således gældende, at »[e]ftersom betingelserne i forordningens artikel 2, stk. 3, ikke [var] opfyldt for så vidt ang[ik] udnyttelsen af løftestangsvirkningen, som [var] forudsat af Kommissionen, sk[ulle] det undersøges, om disse betingelser [var] opfyldt for så vidt ang[ik] den anden del af Kommissionens vurdering, der vedrør[te] kartonmarkederne«⁶³.

59 — Præmis 269.

60 — Præmis 283.

61 — Præmis 306.

62 — Præmis 308.

63 — Præmis 309.

49. Da Retten gik over til denne analyse, fastslog den først og fremmest i generelle vendinger, at Kommissionen ikke »[havde begået] en fejl, idet den vurderede betydningen for kartonmarkederne af en reduktion af den potentielle konkurrence fra markederne for PET-udstyr. Kommission sk[ulle] imidlertid påvise, at en sådan reduktion, hvis den eksistere[de], ville styrke Tetras dominerende stilling i relation til dens konkurrenter på markederne for aseptisk karton«⁶⁴.

50. I denne forbindelse fastslog Retten således efter at have undersøgt de skøn, som Kommissionen havde lagt til grund, at »de forhold, der [var] fremhævet i den anfægtede beslutning, ikke på tilstrækkeligt fyldestgørende måde godtg[jorde], at virkningerne af den modificerede fusion for Tetras stilling, navnlig på markederne for aseptisk karton, ved at eliminere Sidel som potentiel konkurrent, ville [have] være[t] af en sådan art, at betingelserne i forordningens artikel 2, stk. 3, [var] opfyldt«. Ifølge Retten var det således »ikke [...] blevet godtgjort, at den fusionerede enheds stilling ville blive styrket i forhold til dens konkurrenter på kartonmarkederne«⁶⁵.

51. I forbindelse med behandlingen af »tredje del« af Kommissionens vurdering

om den generelle virkning af styrkelsen af den fusionerede enheds konkurrencemæssige stilling inden for emballering af følsomme produkter begrænsede Retten sig til at konstatere, at »[d]isse virkninger af den anmeldte transaktion [...] ikke [kunne] betragtes isoleret fra analysen i den anfægtede beslutning af de første to dele af Kommissionens vurdering. Eftersom analysen af disse to dele [var] behæftet med åbenbart urigtige skøn [...], må[tt]e den tredje del også forkastes, og det [var] uforholdsmæssigt at vurdere den i detaljer«⁶⁶.

52. Følgelig konstaterede Retten, at »den anfægtede beslutning ikke på tilstrækkeligt fyldestgørende måde godtg[jorde], at den modificerede fusion skulle give anledning til væsentlige konkurrencebegrænsende konglomeratvirkninger«. Retten mente derfor, at det måtte »konkluderes, at Kommissionen [havde] anlag[t] et åbenbart urigtigt skøn, da den forbød den modificerede fusion på grundlag af de omstændigheder, der [var] henvist til i den anfægtede beslutning vedrørende forudseelig konglomeratvirkning«⁶⁷.

53. Retten drog en »[s]amlet konklusion« vedrørende søgsmålet og fastslog følgelig, at »anbringenderne om, at der ikke forel[å] horisontale og vertikale konkurrencebegræn-

64 — Præmis 323.

65 — Præmis 333.

66 — Præmis 335.

67 — Præmis 336.

sende virkninger og konglomeratvirkninger, [skulle] tage[s] til følge, og det [var] ufor-
nødent at vurdere de øvrige anbringender«,
og »[f]ølgelig annuller[ed]es den anfægtede
beslutning«⁶⁸.

56. Efter tilladelse fra Domstolens præsident
i medfør af procesreglementets artikel 117
afgav Kommissionen en replik, der blev fulgt
op af en duplik fra Tetra. Parterne har
endvidere givet en skriftlig besvarelse af et
spørgsmål fremsat af Domstolen og blev
efterfølgende hørt i retsmødet den 27. januar
2004.

Appellen og retsforhandlingerne ved Dom- stolen

54. Ved stævning indleveret til Domstolens
Justitskontor den 8. januar 2003 iværksatte
Kommissionen en appel til prøvelse af
Rettens dom med påstand om ophævelse.
Tetra har naturligvis bestridt denne påstand
og har indgivet svarskrift i overensstemmelse
med artikel 115 i Domstolens procesreg-
lement.

55. I svarskriftet har Tetra Laval nedlagt
påstand om, at appellen forkastes og — som
et bevismiddel i medfør af artikel 45, stk. 2,
litra b) — om, at appelskriftet skal foreligge i
fransk oversættelse (der foreligger i original-
udgave på engelsk, der er Rettens proces-
sprog og følgelig også processproget i denne
procedure). Domstolen efterkom imidlertid
ikke denne anmodning, som den forkastede
ved kendelse af 24. juli 2003.

III — Juridisk analyse

57. Til støtte for sin appel har Kommis-
sionen fremsat fem anbringender:

- i) retlig fejl for så vidt angår det krævede
bevisniveau og omfanget af domstols-
kontrollen
- ii) retlig fejl og navnlig tilsidesættelse af
fusionsforordningens artikel 2 og arti-
kel 8, stk. 2, for så vidt det er blevet
pålagt Kommissionen at tage hensyn til
den ulovlige karakter af visse former for
adfærd og til rent adfærdsmæssige til-
sagn

68 — Præmis 337 og 338.

iii) retlig fejl som følge af den manglende bekræftelse af afgrænsningen af særskilte markeder for SBM-maskiner afhængigt af deres slutbrug

Generelle betragtninger om formaliteten vedrørende prøvelse af Rettens domme

iv) tilsidesættelse af forordningens artikel 2, fordrejning af de faktiske omstændigheder og manglende hensyntagen til Kommissionens argumenter, idet Retten ikke anerkendte Kommissionens konklusioner vedrørende styrkelsen af Tetras dominerende stilling inden for karton

59. Da Tetra har fremsat formalitetsindsigelser vedrørende de fleste anbringender i Kommissionens appel, skal jeg, inden jeg vurderer disse anbringender, kort minde om, at der i henhold til artikel 225 EF og artikel 51 i Domstolens statut er mulighed for appel af Rettens domme »begrænset til retsspørgsmål«.

v) retlig fejl for så vidt som Retten forkastede Kommissionens konklusioner vedrørende Tetras skabelse af en dominerende stilling på markedet for SBM-maskiner.

60. Det følger af fast retspraksis, at det alene er Retten, der er »kompetent til dels at fastlægge de faktiske omstændigheder i sagen, når bortses fra tilfælde, hvor den indholdsmæssige urigtighed af dens konstateringer følger af de akter, den har fået forelagt i sagen, dels at tage stilling til disse faktiske omstændigheder. Når Retten har fastlagt eller vurderet de faktiske omstændigheder, har Domstolen i henhold til traktatens artikel 168 A [nu artikel 225 EF] kompetence til at gennemføre en kontrol med den retlige vurdering af disse faktiske omstændigheder og de retlige konsekvenser; Retten har draget [...]. Domstolen har således ikke kompetence til at fastlægge de faktiske omstændigheder og i princippet heller ikke til at bedømme de beviser, som Retten har lagt til grund ved fastlæggelsen af de faktiske omstændigheder. Når disse bevi-

58. Efter nogle kortfattede generelle betragtninger om antageligheden af appeller til prøvelse af Rettens domme vil jeg undersøge ovenstående anbringender i den rækkefølge, de er blevet fremsat af Kommissionen.

ser er blevet forskriftsmæssigt tilvejebragt, og de almindelige retsgrundsætninger og de processuelle regler om bevisbyrde og bevisførelse er blevet overholdt, er det alene Retten, der har kompetence til at vurdere, hvilken bevisværdi der skal tillægges de oplysninger, den har fået forelagt [...]. Denne vurdering udgør derfor ikke et retsspørgsmål — medmindre beviserne er gengivet forkert — og dermed undergivet Domstolens prøvelsesret⁶⁹.

61. Domstolen vil således kun inden for de strenge begrænsninger, der er angivet i den nævnte faste retspraksis, kunne tage stilling til de anbringender, der er fremsat til støtte for appellen.

Anbringendet om det krævede bevisniveau og omfanget af domstolskontrollen

62. Med appellens første anbringende, der hovedsageligt er opdelt i to dele, har Kommissionen i generelle vendinger indledningsvis kritiseret omfanget af Rettens prøvelse og det bevisniveau, denne kræver for at forbyde en fusion, og dernæst fremkommet med et »konkret eksempel« på de fejl, som Retten har begået, idet den bestrider den form for kontrol, som Retten har udøvet i forbindelse med sin vurdering af den forventede vækst inden for PET-sektoren. Af hensyn til overskueligheden vil disse to aspekter blive behandlet separat nedenfor.

a) Kommissionens generelle klagepunkter

63. De generelle klagepunkter, som Kommissionen har fremsat, vedrører først og fremmest omfanget af Rettens prøvelse, når der henses til de komplekse økonomiske skøn, der er foretaget i den anfægtede beslutning.

64. Kommissionen kritiserer navnlig Retten for ikke at have begrænset sig til at kontrollere, om den havde anlagt et »åbenbart urigtigt skøn«, og dermed til at kontrollere, hvorvidt de faktiske omstændigheder, den havde lagt til grund for sit skøn, var korrekte, hvorvidt de konklusioner, den havde draget, var åbenbart urigtige eller uoverensstemmende, og hvorvidt alle de relevante faktorer var blevet taget i betragtning.

65. I stedet for at begrænse sig til at kontrollere disse aspekter har Retten ifølge Kommissionen udøvet en langt mere vidtrækkende kontrol, der har foranlediget den til at kontrollere, om Kommissionens konklusioner hvilede på fyldestgørende beviser eller vurderinger⁷⁰. Retten påstås således med urette at have foretaget en form for kontrol, der i bogstavelig forstand pålagde Kommissionen at »overbevise« den med sine konklusioner og følgelig skulle sætte Retten i

69 — Domstolens dom af 28.5.1998, sag C-7/95 P, Deere mod Kommissionen, Sml. I, s. 3111, præmis 21 og 22. Jf. i denne retning Domstolens dom af 2.3.1994, sag C-53/92 P, Hilti mod Kommissionen, Sml. I, s. 667, præmis 42 og 43, og af 28.5.1998, sag C-8/95 P, New Holland Ford mod Kommissionen, Sml. I, s. 3175, præmis 26.

70 — I den forbindelse bemærkes, at det engelske udtryk »convincing evidence« afhængigt af omstændighederne oversættes med »fyldestgørende beviser« (jf. f.eks. præmis 214) eller med udtrykket »tilstrækkeligt bevisgrundlag« (jf. f.eks. præmis 227).

stand til at pådømme sagens realitet og sætte sit eget skøn i stedet for Kommissionens. Efter Kommissionens mening har Retten endvidere udøvet en langt strengere kontrol end den, Domstolen udøvede i Kali & Salzdommen⁷¹, der ligeledes vedrørte fusioner, og i hvilken Fællesskabets retsinstans blot undersøgte, om Kommissionens konklusioner var underbygget af »tilstrækkeligt afgørende og sammenhængende oplysninger« (i den engelske udgave af dommen, som er citeret i Kommissionens appel, taler Domstolen om »sufficiently cogent and consistent body of evidence«)⁷².

67. Endelig har Kommissionen kritiseret Retten for at have fastslået, at Kommissionen for at forbyde en fusion af konklomerat-typen skal basere sig på elementer, der viser, at fusionen »med al sandsynlighed« vil medføre de forventede konkurrencebegrænsende virkninger⁷⁴. Dermed giver Retten imidlertid meget få muligheder for at forbyde denne form for fusioner, og den indfører et uensartet bevisniveau afhængigt af, om der er tale om en beslutning om forbud eller tilladelse. Rettens fortolkning er følgelig i modstrid med artikel 2, stk. 2 og 3, i forordning nr. 4064/89, der fastsætter fuldstændigt ensartede juridiske betingelser for at erklære fusioner forenelige eller uforenelige med fællesmarkedet⁷⁵.

66. Kommissionen har dernæst kritiseret Retten for at have fastslået, at »eftersom den forventede dominerende stilling først ville opstå efter udløbet af en vis periode«, »skal [Kommissionens] analyse af den fremtidige stilling, med forbehold for en vis skønsmargin, være særligt plausibel«⁷³. En sådan fremgangsmåde ville i uforholdsmæssig grad begrænse Kommissionens skønsbeføjelser i forbindelse med vurderingen af komplekse økonomiske forhold, idet den ville blive pålagt udelukkende at basere sig på omstændigheder og elementer, der kun kan fortolkes på bestemt og utvetydig måde.

68. Tetra har over for disse kritikpunkter i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionens argumenter ikke er stærke, idet de fokuserer på en semantisk drøftelse af den terminologi, Retten har anvendt, i stedet for rent konkret at undersøge, hvilken form for prøvelse denne har udført. Hvorom alting er, er Kommissionens kritikpunkter ifølge Tetra ikke relevante, da de udtryk, som Retten

71 — Domstolens dom af 31.3.1998, Frankrig m.fl. mod Kommissionen, den såkaldte Kali & Salz-dom (forenede sager C-68/94 og C-30/95, Sml. I, s. 1375).

72 — Præmis 228.

73 — Præmis 162 i den appellerede dom (min fremhævelse).

74 — Præmis 153 i den appellerede dom (min fremhævelse).

75 — Som allerede anført bestemmes det her dels, at »[s]ammenslutninger, der ikke skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den faktiske konkurrence hæmmes på afgørende måde inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, skal erklæres forenelige med fællesmarkedet« (stk. 2), dels at »[s]ammenslutninger, der skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den faktiske konkurrence hæmmes på afgørende måde inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, skal erklæres uforenelige med fællesmarkedet« (stk. 3).

anvender, hvis der ligeledes ses på de forskellige sprogudgaver, ikke er væsentligt anderledes end dem, Domstolen anvendte i Kali & Salz-dommen, og dem, Kommissionen selv anvender i sine beslutninger.

69. Endvidere har Retten ifølge Tetra, uanset hvilke udtryk der er anvendt, i det store hele respekteret de skønsbeføjelser, som Kommissionen er tillagt i forbindelse med vurderingen af komplekse økonomiske forhold. Som Domstolen gjorde det i Kali & Salz-dommen, har Retten blot undersøgt, om Kommissionen havde løftet den bevisbyrde, der påhviler den med hensyn til de betingelser, der er opstillet i fusionsforordningens artikel 2, stk. 3.

70. Hvad dernæst angår Kommissionens argument om de fuldstændigt ensartede betingelser i stk. 2 og 3 i samme artikel har Tetra gjort gældende, at Kommissionen, hvis den ikke kan påvise, at betingelserne i artikel 2, stk. 3, er opfyldt, skal tillade fusionen, uden at det er nødvendigt også at bevise, at de nævnte betingelser ikke er opfyldt. I modsat fald ville det således uberettiget blive pålagt de berørte virksomheder at bevise, at den anmeldte transaktion ikke er uforenelig med fællesmarkedet.

71. Jeg er enig med Tetra i, at Domstolen ikke kan begrænse sig til at anlægge en rent formel vurdering af sproglig eller leksikografisk art med henblik på vurderingen af, om Retten har begået en retlig fejl ved at foretage en overdrevent streng prøvelse eller ved at kræve et alt for højt bevisniveau i forbindelse med beslutninger om forbud mod fusioner. Jeg mener derimod, at Domstolen bør beskæftige sig med problemets realitet og undersøge, om Retten rent konkret, og hvis der ses bort fra det formelle aspekt, har udøvet en kontrol, der er i modstrid med de relevante fællesskabsbestemmelser, og som er uforenelig med den særlige domstolsfunktion, den er tillagt i medfør af traktaten.

72. Ved gennemførelsen af denne undersøgelse skal der først og fremmest tages hensyn til en omstændighed, at Kommissionen, i henhold til det system, der blev indført med forordning nr. 4064/89, skal forbyde en fusion — uanset hvilken form for fusion der er tale om — når den når frem til den konklusion, at denne fusion ville skabe eller styrke en dominerende stilling, som bevirker, at den faktiske konkurrence hæmmes på afgørende måde inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf (forordningens artikel 2, stk. 3).

73. Det er imidlertid klart, at Kommissionens vurdering af, om en fusion vil skabe eller styrke en sådan dominerende stilling,

ikke begrænser sig til en simpel faktuel kontrol af, om visse materielle betingelser er opfyldt eller ej. Ud over den nævnte kontrol indebærer vurderingen en kompleks teknisk undersøgelse, der ikke er baseret på præcise videnskabelige regler, men på anvendelsen af kriterier og principper, der ligesom de økonomiske kriterier og principper kan diskuteres. Kommissionen skal navnlig udarbejde en kompleks prognose for fusionens virkninger på de pågældende markeders struktur og konkurrencemæssige dynamik under hensyntagen til en lang række faktorer, der hele tiden udvikler sig, og som kan påvirke den fremtidige udvikling af udbud og efterspørgsel på disse markeder.

74. Det kan altså ikke kræves af Kommissionen, at den for at kunne forbyde en fusion konstaterer med absolut sikkerhed, at denne ville give anledning til skabelse eller styrkelse af en dominerende stilling, som bevirker, at den faktiske konkurrence hæmmes på afgørende måde inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf. Jeg mener, at det er tilstrækkeligt, at Kommissionen i denne henseende på grundlag af velunderbyggede oplysninger indsamlet i løbet af en dybtgående og omhyggelig undersøgelse og på baggrund af sin tekniske kompetence er overbevist om, at den indberettede transaktion *efter al sandsynlighed* vil bevirke, at en sådan dominerende stilling skabes eller styrkes. Hvis den ikke er af denne overbevisning, bør den derimod tillade transaktionen.

75. I modsætning til Kommissionen mener jeg ikke, at anvendelsen af en sådan *test* er i modstrid med de fuldstændigt symmetriske juridiske krav i forordningens artikel 2, stk. 2 og 3, med henblik på at erklære fusioner forenelige eller uforenelige med fællesmarkedet.

76. Jeg mener således ikke, at symmetrien mellem de nævnte betingelser kan være absolut, da der så at sige findes en »gråzone« mellem de situationer, hvor de anmeldte transaktioner efter al sandsynlighed vil skabe eller styrke en dominerende stilling i henhold til artikel 2, og de situationer, hvor de pågældende transaktioner efter al sandsynlighed ikke vil skabe eller styrke en sådan dominerende stilling; der er tale om en zone, i hvilken befinder sig de tilfælde, hvor det er særlig vanskeligt at forudse virkningerne af de anmeldte transaktioner, og hvor det således er umuligt at nå frem til en klar og tydelig overbevisning om, hvorvidt sandsynligheden for, at en dominerende stilling vil blive skabt eller styrket, er væsentlig større eller mindre end sandsynligheden for, at en sådan stilling ikke vil blive skabt eller styrket. Ordningen i forordning nr. 4064/89 bør altså nødvendigvis omfatte et kriterium for løsning af disse tvivlsomme eller vanskelige tilfælde.

77. Jeg mener imidlertid, at den mest korrekte løsning i sådanne tilfælde er uden videre at tillade de anmeldte transaktioner.

»gråzone«, der også hovedsageligt karakteriseres af uvished med hensyn til de anmeldte transaktioners forenelighed med fællesmarkedet.

78. Jeg mener, at forordningens artikel 10, stk. 6, taler herfor, da den bestemmer, at hvis Kommissionen ikke har truffet beslutning om en fusion, der er blevet anmeldt til den, inden for de fastsatte frister, »anses sammenslutningen for at være forenelig med fællesmarkedet«.

81. Den omstændighed, at de anmeldte transaktioner i sådanne tilfælde tillades, forekommer mig i øvrigt også berettiget, når man tager i betragtning, at Kommissionen og de kompetente nationale myndigheder, såfremt disse transaktioner skulle føre til, at en dominerende stilling skabes eller styrkes i forordningens artikel 2's forstand, under alle omstændigheder vil kunne begrænse konkurrenceforvridningen ved *efterfølgende* at benytte sig af de beføjelser, de har i henhold til artikel 86 EF.

79. Ved at fastslå, at transaktionen skal anses for at være tilladt, hvis Kommissionen ikke har truffet beslutning inden for disse frister, har fællesskabslovgiveren vist, at den mener, at usikkerhed med hensyn til en sådan transaktions forenelighed med fællesmarkedet bør komme de virksomheder, der ønsker at gennemføre transaktionen, til gode. Med andre ord har man ment, at risikoen i sådanne tilfælde for, at en transaktion, der er uforenelig med fællesmarkedet, betragtes som tilladt, er at foretrække frem for at forbyde en transaktion, der er forenelig, og dermed uberettiget indskrænke parternes frie økonomiske initiativ.

82. Når dette er sagt om den vurdering, som Kommissionen skal foretage, kan jeg vende tilbage til problemet med grænserne for domstolsprøvelsen.

80. Det samme bør efter min mening gælde i de tilfælde, der befinder sig i ovennævnte

83. I denne henseende vil jeg først og fremmest fastslå, at det fremgår af fast retspraksis, at »den kontrol, som [Domstolen] udøver vedrørende komplicerede økonomiske vurderinger, der er foretaget af Kommissionen, nødvendigvis [må] begrænses til en efterprøvelse af, om formforskrifter er overholdt, om begrundelsen er tilstrækkelig, om de faktiske omstændigheder er

materielt rigtige, og om der foreligger en åbenbar vildfarelse eller magtfordrejning»⁷⁶.

84. Hvad navnlig angår forordning nr. 4064/89 har Domstolen endvidere i Kali & Salz-dommen præciseret, at »de materielle bestemmelser i forordningen, navnlig dens artikel 2, tillægger Kommissionen et vist skøn, herunder for så vidt angår økonomiske vurderinger. [...] Følgelig skal Fællesskabets retsinstansters kontrol af udøvelsen af dette skøn, som er væsentligt som led i reglerne om fusioner, foretages under hensyntagen til den skønsmargen, som er knyttet til de bestemmelser med økonomiske aspekter, der indgår i regelsættet om fusioner»⁷⁷.

85. Det fremgår således af denne retspraksis, at Fællesskabets retsinstanser ud over naturligvis at kontrollere, om retsreglerne er overholdt, bl.a. formforskrifterne og kravet om en tilstrækkelig begrundelse, foretager en prøvelse, der er forskellig, alt afhængigt af, om der er tale om en vurdering af, hvorvidt de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, eller af Kommissionens økonomiske vurderinger.

76 — Domstolens dom af 7.1.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 123, præmis 279. Jf. i samme retning bl.a. dom af 11.7.1985, sag 42/84, Remia m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2545, præmis 34, og af 17.11.1987, forenede sager 142/84 og 156/84, BAT og Reynolds mod Kommissionen, Sml. s. 4487, præmis 62.

77 — Kali & Salz-dommen, præmis 223 og 224.

86. Med hensyn til vurderingen af de faktiske omstændigheder er prøvelsen naturligvis mere omfattende, da det drejer sig om på en objektiv måde at vurdere visse elementers materielle nøjagtighed og korrektheden af de slutninger, der har ført til en konstatering af, om visse kendte omstændigheder gør det muligt at påvise eksistensen af andre omstændigheder, der skal undersøges. For så vidt angår de komplicerede økonomiske vurderinger, som Kommissionen har foretaget, er Fællesskabets retsinstansters prøvelse derimod nødvendigvis mere begrænset, da de skal respektere de vide skønsebeføjelser, der er kendetegnende for denne form for vurdering, og ikke kan sætte deres egen vurdering i stedet for den vurdering, der er foretaget af det organ, der har den institutionelle kompetence.

87. Den omstændighed, at Kommissionen råder over vide skønsebeføjelser med henblik på vurderingen af en sammenslutningsfor- enelighed med fællesmarkedet, betyder imidlertid helt sikkert ikke, at den ikke er forpligtet til at basere sin vurdering på velunderbyggede oplysninger indsamlet i løbet af en dybtgående og omhyggelig undersøgelse, og at den ikke er forpligtet til at give en udtømmende begrundelse for sin beslutning, hvoraf fremgår de forskellige logiske slutninger, den baserer sig på. Kommissionen har selv i sin appel erkendt sin forpligtelse til at foretage en omhyggelig undersøgelse af det relevante marked, til at basere sin vurdering på forhold, der afspejler den materielle rigtighed af faktiske omstændigheder, der ikke er klart ubetydelige, og som støtter de konklusioner, der drages, ligesom den er forpligtet til at tage hensyn til alle relevante faktorer.

88. Som det ligeledes fremgår af Domstolens bemærkninger i Kali & Salz-dommen, gør de forpligtelser, der påhviler Kommissionen, det muligt for Fællesskabets retsinstanser at foretage en passende kontrol. Selv uden at beskæftige sig med realiteten i Kommissionens vurderinger kan de navnlig prøve, om de faktiske omstændigheder, hvorpå de er baseret, er korrekte, og om de slutninger, der er draget, er korrekte⁷⁸, om Kommissionen har foretaget en dybtgående og omhyggelig undersøgelse, og navnlig om den omhyggeligt har søgt efter og taget tilstrækkeligt hensyn til alle de relevante faktorer⁷⁹, og om de forskellige ræsonnementer, der ligger til grund for Kommissionens konklusioner om en sammenslutnings forenelighed med fællesmarkedet, opfylder logiske, sammenhængende og relevante kriterier⁸⁰.

taget, eller til at sætte deres holdning i stedet for Kommissionens.

90. Efter disse generelle præciseringer vil jeg nu gå over til at foretage en konkret undersøgelse af, om Retten rent faktisk har begået en retlig fejl ved at gennemføre en uforholdsmæssig streng domstolsprøvelse eller ved at kræve et alt for højt bevisniveau i forbindelse med beslutninger om forbud mod fusioner (jf. punkt 71 ovenfor).

b) Det »konkrete eksempel« på fejl begået af Retten

89. Reglerne om kompetencefordelingen mellem Kommissionen og Fællesskabets retsinstanser, der ligger til grund for Fællesskabets institutionelle ordning, giver imidlertid ikke disse retsinstanser mulighed for at overskride disse grænser og navnlig, som jeg netop har understreget, til at undersøge realiteten i de komplicerede økonomiske vurderinger, som Kommissionen har fore-

91. Efter at have fremsat de generelle kritikpunkter, som jeg netop har gjort rede for, har Kommissionen i anden del af det første anbringende givet et »konkret eksempel« på de fejl, som Retten skulle have begået. I denne del af anbringendet bestrider Kommissionen de forskellige passager i den appellerede dom, hvori Retten angiveligt har overskredet grænserne for den domstolsprøvelse, ligesom den har fremført andre kortfattede kritikpunkter vedrørende de forskellige fejl, som Retten skulle have begået i forbindelse med sin vurdering.

78 — Det er f.eks. denne form for prøvelse, der er foretaget i præmis 229-231 og 245 i Kali & Salz-dommen.

79 — Denne form for prøvelse ligger f.eks. til grund for konklusionen i sidste punktum i præmis 241 i Kali & Salz-dommen.

80 — Jeg mener, at de betragtninger, som Domstolen har fremsat i præmis 228, 239, 241 (med undtagelse af sidste sætning), 246 og 247 i Kali & Salz-dommen, kan henføre under denne form for prøvelse.

92. Med sit første klagepunkt har Kommissionen kritiseret Retten for at have overskredet grænserne for domstolsprøvelsen ved at forkaste Kommissionens konklusion vedrørende den forventede vækst i anvendelsen af PET til emballering af langtidsholdbar mælk (UHT), så den når op på 1% af dette markedssegment. Ifølge Kommissionen har Retten nærmere bestemt på ulovlig måde og uden begrundelse vendt den konklusion om, som Kommissionen var nået frem til, ved blot at konstatere, »at anvendelsen af PET faktisk ikke vil[le] stige for UHT-mælk og følgelig for omkring halvdelen af markedet for LDP« (i den engelske udgave af dommen, som Kommissionen henviser til i appelskriftet, forekommer Rettens holdning at være endnu mere klar: »The Court finds that the use of PET will not actually increase for UHT milk and, consequently, for approximately half of the LDP market«)⁸¹.

93. Dette klagepunkt forekommer mig at være begrundet. Jeg er således enig med Kommissionen i, at Retten med denne kortfattede konstatering (navnlig hvis man ser på dommen som affattet på processproget) fejlagtigt har sat sin egen vurdering i stedet for Kommissionens ved at formulere sin egen selvstændige prognose for den fremtidige markedsudvikling.

94. I modsætning til hvad Tetra har gjort gældende, indeholder Rettens kortfattede

konstatering ikke nogen kritik af logikken bag, sammenhængen i eller relevansen af det ræsonnement, som Kommissionen har fulgt på grundlag af de oplysninger, der stod til dens rådighed. Denne konstatering viser tværtimod klart, at Retten direkte har benyttet de pågældende oplysninger til at drage sin egen konklusion, nemlig at der faktisk ikke ville ske en stigning i anvendelsen af PET til UHT-mælk og følgelig for omkring halvdelen af markedet for LDP. Hermed har Retten altså klart overskredet grænserne for domstolsprøvelsen (jf. punkt 82-89 ovenfor).

95. Det samme gælder de klagepunkter, som Kommissionen har fremsat vedrørende Rettens vurdering af vækstprognoserne for anvendelse af PET til frisk mælk (op til 10-15%), aromatiseret mælk og mælkebaserede drikkevarer (op til 25%), og disse klagepunkter forekommer mig ligeledes at være begrundede.

96. I denne henseende er jeg enig med Kommissionen, navnlig når den gør gældende, at konklusionen om, at de »forudsigelser om vækst, som Kommissionen ha[vde] lagt til grund [...], [var] virkelig ikke særligt overbevisende«⁸², svækkes af, at der

81 — Dommens præmis 211.

82 — Præmis 212.

foruds[å] Warrick-undersøgelsen alene en minimal vækst på 1% for aromatiseret mælk og et lille fald for andre mælkebaserede produkter« (hvilket som vi har set var forkert, da disse prognoser ikke vedrørte væksten i PET), »mens Pictet-undersøgelsen ikke g[av] nogen specifik prognose for LDP«, »PCI-undersøgelsen derimod indehold[t] de eneste oplysninger, der k[unne] støtte en prognose om en markedsandel på 25% for PET for andre mælkebaserede drikkevarer [...]« (en procentdel, der svarer nøjagtigt til den, Kommissionen havde fastsat)⁸⁶. Det kan let konstateres, at disse kortfattede bemærkninger om de »uafhængige« undersøgelser⁸⁷ ikke i tilstrækkelig grad forklarer, hvorfor Kommissionens prognoser ifølge Retten ikke var »særligt overbevisende«, navnlig når det tages i betragtning, at disse prognoser, der var baseret på en række oplysninger, allerede var mere forsigtige end dem, der fremgik af den markedsundersøgelse, som Kommissionen selv havde gennemført.

98. Ligeledes forekommer Rettens konklusion om, at »[m]ere generelt forklarer den anfægtede beslutning ikke på tilstrækkelig måde, hvordan PET kunne erstatte HDPE som det væsentligste materiale, der kan konkurrere med karton i 2005, navnlig inden

for det vigtige marked for emballering af frisk mælk«⁸⁸, mig heller ikke at være tilstrækkeligt begrundet.

99. Som Kommissionen med rette har understreget, er Retten således nået frem til denne konklusion uden at fremsætte den ringeste kritik af og uden overhovedet at henvise til dennes vurderinger — der er foretaget på grundlag af resultaterne af dens markedsundersøgelse og oplysningerne fra uafhængige undersøgelser — vedrørende PET's konkurrencefordele i forhold til HDPE⁸⁹.

100. Endelig giver den omstændighed, at Retten navnlig henviser til emballering af frisk mælk, anledning til at tro, at den overhovedet ikke har taget ovennævnte vurderinger i betragtning, da det fremgår af den anfægtede beslutning, at der her var tale om et af de produkter, for hvilke PET frembød de største konkurrencemæssige fordele i forhold til HDPE. Det fremgik klart af beslutningen, at »Kommissionens markedsundersøgelse [havde] bekræftet PCI's bemærkninger om, at PET ha[vde] markedsføringsfordele i forhold til HDPE, navnlig i tilfælde, hvor der k[unne] anvendes gennem-sigtigt materiale«⁹⁰, dvs. især til produkter,

86 — Disse citater stammer ligeledes fra præmis 212.

87 — Ved uafhængige undersøgelser forstås undersøgelser, der ikke er bestilt af Tetra.

88 — Præmis 212.

89 — Jf. bl.a. beslutningens betragtning 80, 95-97, 101 og 102.

90 — Beslutningens betragtning 97.

såsom frisk mælk, der ikke krævede nogen lysbarriere⁹¹. Som Kommissionen har gjort gældende, synes den manglende hensyntagen til disse vurderinger endvidere at blive bekræftet i den del af dommen, der omhandler de mulige følger af »løftestangsvirkningen«, hvor Retten, der fejlagtigt sætter sin egen vurdering i stedet for Kommissionens, kortfattet konstaterer, at »[f]risk mælk er ikke et produkt, for hvilket de markedsføringsfordele, som PET tilbyder, har nogen særlig betydning«⁹².

101. Jeg vil endvidere tilføje, at Rettens konklusion med hensyn til begrundelsen for beslutningen ikke finder nogen berettigelse i den senere konstatering, i henhold til hvilken »Kommissionen hverken har bestridt det overordnede tal på 17,3% for anvendelsen af HDPE til LDP, som er præsenteret af Canadean for 2000 [...], eller forventningen om, at dette tal kunne stige til 19,5% i 2005«⁹³.

91 — Det fremgår klart af beslutningen, at mens »hvid UHT-mælk kræver en lysbarriere«, kan »[f]risk mælk emballeres [...] i standard-PET uden nogen barriereegenskaber« (betragtning 76 og 77). Ifølge Tetra selv gælder begrænsningerne i anvendelsen af PET som følge af behovet for en lysbarriere i øvrigt »kun for hvid UHT-mælk«. I denne forbindelse erkender Tetra, »at der findes tekniske løsninger med henblik på en lysbarriere til PET«, som »imidlertid [er] forbundet med store omkostninger og en kompleks fremstillingsteknologi, rejser spørgsmål med hensyn til genanvendelse og gør, at flasken ikke længere er transparent, hvilket ellers er en af de store fordele ved en PET-flaske« (beslutningens betragtning 74).

92 — Præmis 289.

93 — Præmis 212 in fine.

102. Jeg er således enig med Kommissionen i, at Retten henviste til Canadean-undersøgelsen (bestilt af Tetra) uden at tage i betragtning, at Kommissionen havde præciseret, at den mente, at fremskrivningerne i denne undersøgelse generelt var upålidelige. Retten burde derimod have taget hensyn til Kommissionens kritik af følgende punkter: Dels havde det nævnte undersøgelsesbureau anvendt »en model [...], som betragter tidligere vækst som en indikator for fremtidig vækst og ser bort fra den fremtidige teknologiske udvikling, som kendetegner barriereteknologien«, dels i betragtning af, at da »beslutningen om at emballere produkter i PET siges at være kundestyret, er en undersøgelse [som Canadeans undersøgelse], som ikke tager højde for kundernes synspunkter, ikke specielt velfunderet«⁹⁴.

103. I lyset af ovenstående betragtninger mener jeg, at Kommissionens forskellige klagepunkter vedrørende vurderingen af den forventede vækst i brugen af PET til emballering af flydende mejeriprodukter bør tages til følge.

104. Jeg mener derimod ikke, at Kommissionens klagepunkt om vurderingen af den forventede vækst i brugen af PET til emballering af frugtsaft kan tages til følge.

94 — Beslutningens betragtning 123.

105. Med dette klagepunkt har Kommissionen navnlig kritiseret Retten for at have fastslået, at selv om »Kommissionen selv erkendte, at den pågældende vækst navnlig ville skyldes et skift fra glas til PET, foretog den ingen analyse af glas-markedet«⁹⁵. Dermed skulle Retten have set bort fra vigtige elementer vedrørende faldet i anvendelsen af glas til emballering af andre produkter end kvalitetsprodukter (»non-premium products«), som Kommissionen havde baseret sig på i den anfægtede beslutning, og som den efterfølgende havde behandlet mere detaljeret i sit svarskrift. Denne fremgangsmåde bekræfter ifølge Kommissionen Rettens fejlagtige tendens til ikke at anse elementer, der ikke er nævnt i beslutningen, men derimod i svarskriftet til støtte for de nødvendigvis mere generelle betragtninger i beslutningen, for at være vigtige.

106. Med dette klagepunkt har Kommissionen navnlig kritiseret Retten for at have fastslået, at selv om »Kommissionen selv erkendte, at den pågældende vækst navnlig ville skyldes et skift fra glas til PET, foretog den ingen analyse af glas-markedet«⁹⁵. Dermed skulle Retten have set bort fra vigtige elementer vedrørende faldet i anvendelsen af glas til emballering af andre produkter end kvalitetsprodukter (»non-premium products«), som Kommissionen havde baseret sig på i den anfægtede beslutning, og som den efterfølgende havde behandlet mere detaljeret i sit svarskrift. Denne fremgangsmåde bekræfter ifølge Kommissionen Rettens fejlagtige tendens til ikke at anse elementer, der ikke er nævnt i beslutningen, men derimod i svarskriftet til støtte for de nødvendigvis mere generelle betragtninger i beslutningen, for at være vigtige.

107. Endelig mener jeg, at det sidste klagepunkt, som Kommissionen har fremført, er begrundet, idet den kritiserer Retten for at have »[taget hensyn til, at] [...] omkostningerne ved PET er højere end for karton«, da den undersøgte sandsynligheden for, at Tetras kunder inden for mejerisektoren på grund af løftestangsvirkningen ville skifte fra karton til PET⁹⁷.

108. I denne henseende er jeg dog enig med Tetra i, at Retten ikke begik nogen fejl, da den fastslog, at Kommissionen ikke havde foretaget nogen undersøgelse af glasmarkedet, idet der bortset fra en enkelt henvisning, der er lige så kortfattet, som den er vag, ikke findes nogen spor heraf i beslutningen. Endvidere ville denne mangel i undersøgelsen i modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende, helt sikkert ikke kunne afhjælpes ved hjælp af supplerende oplysninger i svarskriftet, da de elementer og

108. Jeg er således enig med Kommissionen i, at den anfægtede beslutning ikke indeholdt nogen klar konklusion med hensyn til det kontroversielle spørgsmål om forskellen i omkostninger mellem PET og karton, og at Retten følgelig ikke kunne udtale sig om realiteten i denne komplicerede, økonomiske vurdering og selv fastslå, at omkostningerne for PET var højere end for karton.

96 — Det fremgår således af Rettens praksis, at »mangelen på begrundelse ikke kan afhjælpes gennem den omstændighed, at den pågældende erfarer grundene til afgørelsen under en sag for [Fællesskabets retsinstans]« (Domstolens dom af 26.11.1981, sag 195/80, Michel mod Parlamentet, Sml. s. 2861, præmis 22). Jf. ligeledes i det væsentlige i samme retning f.eks. Domstolens dom af 7.2.1990, sag C-343/87, Culin mod Kommissionen, Sml. I, s. 225, præmis 15, og af 19.10.2000, forenede sager C-15/98 og C-105/99, Italien og Sardegna Lines mod Kommissionen, Sml. I, s. 8855, præmis 70.

97 — Den appellerede doms præmis 288. Retten gentager herefter denne vurdering af forskellen i omkostninger mellem PET og karton i præmis 326 i forbindelse med vurderingen af den potentielle reduktion af konkurrencen på kartonmarkederne.

109. I modsætning til det, Tetra har gjort gældende, og som Retten bekræftede i en anden passage i den appellerede dom⁹⁸, mener jeg i denne forbindelse ikke, at Kommissionen implicit havde accepteret resultatet af Warrick-undersøgelsen, hvoraf det fremgår, at PET for så vidt angår aseptisk emballage var 30-40% dyrere end karton. Efter at have gjort rede for konklusionerne i denne undersøgelse fastslog Kommissionen nemlig, at dens egen »markedsundersøgelse [...] ikke [havde givet] et klart billede af omkostningerne ved PET-emballeringsystemer i forhold til kartonemballeringsystemer«, da de adspurgte personer havde givet modstridende svar⁹⁹. Det forekommer mig derfor indlysende, at selv om denne konstatering ikke nødvendigvis sætter spørgsmålstegn ved resultaterne af Warrick-undersøgelsen, kan det helt sikkert ikke på grundlag af denne siges, at Kommissionen implicit har bekræftet dem.

110. Jeg mener i øvrigt ikke, at Kommissionen, sådan som Tetra har gjort gældende, har bekræftet, at omkostningerne til PET er højere, ved at anføre, at nogle kunder havde »oplyst, at de kun vil[le] overveje et skift fra karton til PET, hvis kartonpriserne steg betydeligt med 20% eller mere«¹⁰⁰. Med denne udtalelse begrænsede Kommissionen

sig nemlig til at redegøre for de synspunkter, der var blevet udtrykt af nogle af de kunder, den havde udspurgt i forbindelse med sin markedsundersøgelse, der som allerede anført »ikke [har givet] et klart billede af omkostningerne ved PET-emballeringsystemer i forhold til kartonemballeringsystemer«.

111. Under disse omstændigheder mener jeg, at det er åbenbart, at Retten, selv om den havde kunnet konstatere en mangel i Kommissionens undersøgelse eller kritisere dens ræsonnements logik, sammenhæng eller relevans, helt sikkert ikke kunne foretage en selvstændig vurdering af de oplysninger, den rådede over, og på grundlag heraf konkludere, at »omkostningerne ved PET [va]r højere end for karton«.

c) Konklusioner vedrørende appellens første anbringende

112. I lyset af alle ovenstående betragtninger mener jeg således, at appellens første anbringende er delvist begrundet, og at Kommissionens klagepunkter vedrørende den forventede vækst i brugen af PET til emballering af flydende mejeriprodukter og vedrørende forskellen i omkostningerne til PET og karton må tages til følge.

98 — Præmis 326.

99 — Betragtning 92. Kommissionen konstaterede med hensyn til dens markedsundersøgelse navnlig følgende: »Nogle markedsaktører har oplyst, at med hensyn til de fleste anvendelsesområder og navnlig med hensyn til produkter, der kræver en barriere, er PET dyrere. Hovedparten af de adspurgte virksomheder var imidlertid ikke i stand til at fastslå de nøjagtige omkostningsforskelle; for manges vedkommende skyldtes dette, at de ikke havde erfaring med begge materialer. Nogle tredjeparter (især de, der havde større erfaring med PET) oplyste Kommissionen om, at for dem var PET rent faktisk billigere end karton« (betragtning 92).

100 — Beslutningens betragtning 397.

Anbringendet om kravet om, at der tages hensyn til den ulovlige karakter af visse former for adfærd og til rent adfærdsmæssige tilsagn

113. Med appellens andet anbringende har Kommissionen kritiseret nogle af Rettens generelle vurderinger vedrørende »løftestangsvirkninger« (jf. punkt 36-39 ovenfor), og navnlig for at have pålagt Kommissionen at tage følgende faktorer i betragtning, som skulle kunne afværge udnyttelsen af denne virkning: i) den ulovlige karakter af de former for adfærd udnyttelsen af denne virkning indebærer, der kunne anses for at udgøre misbrug af dominerende stilling¹⁰¹; ii) de rent adfærdsmæssige tilsagn, som Tetra har foreslået, og som består i et simpelt løfte om ikke at udvise ulovlig adfærd.

114. For så vidt angår det første aspekt har Kommissionen anført, at der med forordning nr. 4064/89 blev indført *forudgående* kontrol af fusionerne for at forhindre strukturelle ændringer af markedet, der kunne give anledning til en ulovlig adfærd. Når en virksomhed, der er dominerende på et bestemt marked, overtager en virksomhed, der opererer på et andet marked tæt på det første, skal transaktionen forbydes, hvis den fusionerede enhed har midlerne og incitamentet til at udvise misbrugsadfærd, der vil

sætte den i stand til at udelukke sine konkurrenter fra det andet marked¹⁰². Derfor fortolkede Retten forordningens artikel 2 fejlagtigt, da den pålagde Kommissionen at vurdere, om de økonomiske incitamentter til at misbruge den dominerende stilling, som den fusionerede enhed ville indtage, kunne opvejes af den afskrækkende virkning, som misbrugets ulovlige karakter ville have.

115. Ifølge Kommissionen har denne fejlagtige fortolkning af den pågældende bestemmelse ligeledes foranlediget Retten til at fastslå, at »[i] denne forbindelse skal der [...] sondres mellem på den ene side en situation, hvor en fusion, der har konglomeratvirkninger, umiddelbart ændrer konkurrencebetingelserne på det andet marked og fører til skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling på dette marked på grund af den dominerende stilling, der allerede indtages på det første marked, og på den anden side en situation, hvor skabelse eller styrkelse af en dominerende stilling på det andet marked ikke umiddelbart følger af fusionen, men i denne situation kun vil opstå efter en vis periode og vil være et resultat af

101 — I den forbindelse bemærkes, at »løftestangsvirkningen fra markedet for aseptiske kartoner [vil] [...] hovedsageligt opstå — bortset fra den fusionerede enheds mulighed for at binde salg af udstyr til kartonemballage og øvrigt udstyr til salg af udstyr til PET-emballeging, herunder tvunget salg [...] — for det første som følge af sandsynligheden for, at den fusionerede enhed vil gøre brug af underbudspriser [...], for det andet som følge af en prisrig, og for det tredje ved at give loyalitetsrabatter« (den appellerede doms præmis 156).

102 — I den forbindelse præciserede Kommissionen i sit svarskrift og under retsmødet, at en strukturel ændring af markedsforholdene, der ville give den fusionerede enhed mulighed for at erhverve sådanne midler og opleve en sådan tilskyndelse, ville medføre en umiddelbar skabelse af en dominerende stilling på det andet marked.

den fusionerede enheds adfærd på det første marked, hvor den allerede indtager en dominerende stilling. I sidstnævnte tilfælde er det ikke den struktur, der følger af fusionen i sig selv, som skaber eller styrker en dominerende stilling i forordningens artikel 2, stk. 3's forstand, men snarere den pågældende fremtidige adfærd¹⁰³. Ifølge Kommissionen er det således i modsætning til det Retten fastslog også i dette tilfælde fusionen, der medfører skabelse eller styrkelse af den dominerende stilling i det omfang, den direkte og umiddelbart skaber betingelser, der ikke blot gør ulovlig adfærd mulig, men også økonomisk rationel.

tilsagn om ikke at misbruge en dominerende stilling, der skabes eller styrkes med en fusion, er uacceptable i lyset af målene med den *forudgående* kontrol, der blev indført med forordning nr. 4064/89, da sådanne tilsagn ikke gør det muligt at afhjælpe de strukturelle problemer, som forordningen har til formål at forhindre. Ved at kræve af Kommissionen, at den tager hensyn til sådanne tilsagn, har Retten således tilsidesat forordningens bestemmelser, navnlig artikel 2 og artikel 8, stk. 2. Under alle omstændigheder fastslog Retten ifølge Kommissionen med urette, at Kommissionen ikke havde taget hensyn til de adfærdsmæssige tilsagn, som Tetra havde foreslået, idet det fremgår af beslutningen, at disse var blevet undersøgt og afvist både af principielle grunde, og fordi de var »særdeles vanskelige, hvis ikke umulige, at kontrollere«¹⁰⁴.

116. Endelig har Kommissionen gjort gældende, at der er uovervindelige juridiske og praktiske problemer til hinder for en analyse af den eventuelle afskrækkende virkning, som den ulovlige karakter af visse former for adfærd måtte have. Det er således ikke muligt med tilstrækkelig sikkerhed at vurdere visse virksomheders tilbøjelighed til at udvise ulovlig adfærd og den indflydelse, som risikoen for at blive opdaget og straffet vil have på deres adfærd.

118. Kommissionens argumenter forekommer mig ikke overbevisende.

117. For så vidt angår spørgsmålets andet aspekt, nemlig de adfærdsmæssige tilsagn, som Tetra har foreslået (jf. punkt 113 ovenfor), har Kommissionen gjort gældende, at

119. Kritikken af Retten ville kun have været berettiget, hvis det, som Kommissionen hævdede i sin replik og under retsmødet, fremgik af beslutningen, at fusionen ville have medført strukturelle ændringer af markedet, der straks og umiddelbart ville have medført skabelsen af en anden dominerende stilling, som den nye enhed ville

103 — Den appellerede doms præmis 154.

104 — Beslutningens betragtning 431.

have kunnet misbruge gennem sin forventede adfærd.

skabt en markedsstruktur, der ville have givet den nye enhed midlerne og incitamenterne til at anvende visse former for »leveraging« og til *på et senere tidspunkt* via denne »leveraging« at opnå en dominerende stilling på markederne for PET-emballeringsudstyr.

120. Som Tetra med rette har anført, fremgik det imidlertid ikke af beslutningen, at den fusionerede enhed straks og umiddelbart ville have opnået en dominerende stilling på markedet for udstyr til PET-emballering, men at dette først ville ske på et senere tidspunkt gennem udnyttelse af den dominerende stilling, som Tetra allerede havde inden for karton.

122. Under disse omstændigheder fastslog Retten altså med rette, at Kommissionen burde have taget hensyn til de forskellige elementer, der ville kunne have haft indflydelse på sandsynligheden for, at den fusionerede enhed ville udvise en adfærd, der ville have gjort det muligt for den at opnå den forventede dominerende stilling på markederne for PET-emballeringsudstyr.

121. Dette fremgår klart af eksempelvis den passage i beslutningen, hvori det bestemmes, at »[f]oreningen af Tetras dominerende stilling inden for kartonemballering og Sidel førende stilling inden for PET-emballeringsudstyr [...] vil skabe en markedsstruktur, som vil gøre det muligt for den fusionerede enhed at udnytte sin dominerende stilling inden for aseptisk kartonemballering til at opnå en dominerende stilling på markedet for PET-emballeringsudstyr«¹⁰⁵. Det fremgår således af denne passage, at fusionen *straks* ville have

123. Med andre ord vurderede Retten, således som Tetra har anført, med rette, at Kommissionen på samme måde, som den vurderede de økonomiske incitamenters til at udvise denne adfærd, burde have taget hensyn til den eventuelle afskrækkende virkning, som den pågældende adfærds ulovlige karakter måtte have (en adfærd, der ville have omfattet Tetras misbrug af dominerende stilling inden for karton), eller til de tilsagn, som Tetra havde foreslået.

105 — Betragtning 342. Jf. ligeledes i samme retning betragtning 330, hvori det præciseres: »Gennem erhvervelsen af Sidel vil Tetra sikre, at dens dominerende stilling inden for aseptisk kartonemballering fastholdes og styrkes, ved at Sidel fjernes som en kilde til konkurrence. Ved at udnytte sin dominerende stilling inden for karton vil Tetra/Sidel desuden kunne opnå en dominerende stilling inden for PET-udstyr, og navnlig SBM-maskiner med høj og lav kapacitet, i de relevante slutproduktsegmenter« (min fremhævelse). Talrige passager i beslutningen indeholder tilsvarende vurderinger, f.eks. betragtning 331, 359 og 389.

124. I modsætning til det, Kommissionen har gjort gældende, har Retten på ingen

måde krævet, at Kommissionen skulle vurdere sandsynligheden for, at den nye enhed ville misbruge den dominerende stilling, den fik som følge af fusionen, ved at pålægge den at tage hensyn til den ulovlige karakter af visse former for adfærd, der karakteriserer »leveraging«, og til Tetras tilsagn i denne forbindelse. Den har blot bedt Kommissionen vurdere sandsynligheden for, at den nye enhed ved at udnytte Tetras eksisterende dominerende stilling inden for karton kunne opnå en dominerende stilling på markederne for PET-emballeringsudstyr, dvs. vurdere, om fusionen ville have medført skabelse af en dominerende stilling i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 2 i forordning nr. 4064/89.

125. Jeg mener i øvrigt ikke, at der var uovertvindelige juridiske og praktiske hindringer for den vurdering, som Retten krævede. Retten har således ikke krævet, at Kommissionen med sikkerhed skulle fastslå, om den pågældende adfærds ulovlige karakter eller de tilsagn, som Tetra havde foreslået, ville have afskrækket Tetra fra at udvise en sådan adfærd, ligesom den ikke krævede, at Kommissionen påviste, at de økonomiske incitamenter, der er nævnt i beslutningen, med sikkerhed ville have foranlediget Tetra til at udvise denne adfærd. Retten bad blot Kommissionen tage hensyn til disse elementer i forbindelse med sine prognoser og f.eks. vurdere, om Kommissionen, de kompetente nationale myndigheder eller de krænkede konkurrenter — på grundlag af den normale handelspraksis inden for sektoren — uden problemer ville have kunnet skaffe sig adgang til oplysninger om en eventuel ulovlig adfærd.

126. Afslutningsvis forekommer Kommissionens argument om, at Retten med urette skulle have undladt at tage Kommissionens analyse af de adfærdsmæssige tilsagn, som Tetra havde foreslået, i betragtning, mig heller ikke at være overbevisende. Som sidstnævnte med rette har gjort gældende, har Kommissionen begrænset sig til kortfattet og uden begrundelse at fastslå, at de pågældende tilsagn var »særdeles vanskelige, hvis ikke umulige, at kontrollere« uden at beskæftige sig i tilstrækkeligt omfang med deres eventuelle indvirkning på den fusionerede enheds fremtidige adfærd og med, om de pågældende tilsagn i væsentlig grad ville kunne afskrække den fusionerede enhed fra at udnytte de forventede former for »leveraging«.

127. I lyset af ovenstående betragtninger må jeg følgelig konkludere, at Kommissionens klagepunkter er ubegrundede. Endnu en gang ville situationen have været en anden, hvis det havde fremgået af beslutningen, at fusionen ville have medført strukturelle ændringer på markedet, der var af en sådan art, at de straks og automatisk ville føre til skabelsen af en dominerende stilling på markederne for PET. Dette er i øvrigt også, hvad Kommissionen selv efterfølgende konstaterede i sit svarskrift og under retsmødet, men som anført ovenfor fremgår det ikke af den anfægtede beslutning.

128. På baggrund af det ovenstående mener jeg, at appellens andet anbringende bør forkastes.

Anbringendet om afgrænsning af særskilte markeder for SBM-maskiner afhængigt af deres slutbrug

129. Med sit tredje anbringende har Kommissionen kritiseret Retten for ikke at have bekræftet Kommissionens afgrænsning af de specifikke markeder for SBM-maskiner (med lav og høj kapacitet) til emballering af »følsomme« produkter. I denne forbindelse har Kommissionen fremsat forskellige klagepunkter, idet den sondrer mellem klagepunkter vedrørende udbuddets karakteristika og klagepunkter vedrørende karakteristika ved efterspørgslen efter disse maskiner.

130. For så vidt angår førstnævnte gruppe af klagepunkter har Kommissionen bestridt konklusionen om, at »den anfægtede beslutning ikke [fremkommer] med tilstrækkeligt fyldestgørende beviser med henblik på godtgørelsen af de påståede særlige egenskaber ved SBM-maskiner, der anvendes til emballering af følsomme produkter«¹⁰⁶. Kort sagt mener Kommissionen, at Retten er nået til denne konklusion uden at tage hensyn til oplysningerne i beslutningen og i svarskriftet vedrørende tilpasningen af SBM-maskinerne til kundernes specifikke krav, og den har fejlagtigt baseret sin holdning på de modsatte erklæringer, som Tetra fremsatte under retsmødet.

131. Jeg mener imidlertid, at sidstnævnte heroverfor sagtens kan henvise til, at det klart fremgår af beslutningen, »at hovedparten af SBM-maskiner er »generiske«, men »ikke desto mindre bliver en PET-emballeringslinje, hvori SBM-maskinen kun udgør en enkelt komponent, normalt specialkonstrueret til de specifikke produkter, som kunden påfylder«¹⁰⁷. I modsætning til det, Kommissionen har gjort gældende, fremgår det således af beslutningen, at hovedparten af SBM-maskinerne er generiske, dvs. at de kan emballere forskellige typer produkter, mens det var PET-emballeringsudstyret, hvori de pågældende maskiner kun udgjorde enkelte komponenter, der var »specialkonstrueret« til de specifikke produkter, der skulle påfyldes.

132. Stillet over for en sådan begrundelse i beslutningen kunne Retten altså med rette konstatere, at »[d]en omstændighed alene, at hver SBM-maskine skal installeres i en PET-linje for at kunne anvendes af køberen, kan ikke begrunde, at særlige karakteristika ved andet udstyr til PET i denne PET-produktionslinje [navnlig aseptisk PET-påfyldning] tilskrives SBM-maskinerne selv«¹⁰⁸.

133. Hvad angår de oplysninger, der efterfølgende er fremført i svarskriftet vedrørende de tekniske tilpasninger, som SBM-maski-

106 — Den appellerede doms præmis 261.

107 — Beslutningens betragtning 177.

108 — Den appellerede doms præmis 265.

nerne ligeledes skulle have gennemgået for at kunne integreres i PET-emballeringslinjerne, har Retten med rette svaret, »at den anfægtede beslutning ikke nævner disse oplysninger«¹⁰⁹. Som allerede anført, skulle de elementer og vurderinger, som beslutningen var baseret på, fremgå klart af denne og kunne ikke først fremsættes efterfølgende i forbindelse med sagen for Retten (jf. punkt 106 ovenfor).

134. I lyset af ovenstående bør de efterfølgende analyser, som Retten har foretaget for — på grundlag af de oplysninger, som Tetra fremlagde — at imødegå de argumenter af teknisk art, der senere blev fremsat i svarskriftet, betragtes som værende irrelevante. Selv om Retten ikke burde have kastet sig ud i denne form for vurderinger, står det dog klart, at Kommissionen under alle omstændigheder ikke under retsforhandlingerne ved denne retsinstans kunne gøre forhold gældende, som den ikke havde nævnt i den anfægtede beslutning.

135. Når dette er sagt om klagepunkterne vedrørende karakteristika ved udbuddet af SBM-maskiner, kan jeg gå over til at undersøge klagepunkterne vedrørende efterspørgsleens karakteristika.

136. I denne forbindelse bør det præciseres, at de pågældende klagepunkter henviser til det ræsonnement, der lå til grund for Kommissionens afgrænsning af specifikke markeder for SBM-maskiner til emballering af »følsomme« produkter under hensyn til den prisdiskrimination, som Sidel tidligere havde udøvet over for kunder, der ønskede at emballere de nævnte produkter, og til den nye enheds eventuelle videreførelse af en sådan politik.

137. Dette ræsonnement var bl.a. baseret på den dobbelte teoretiske betingelse, at »en særskilt kundekategori for det relevante produkt [kan] udgøre et snævrere, specifikt produktmarked, når der anvendes andre priser over for disse kunder«, og at »[d]ette vil normalt være tilfældet, når følgende to betingelser er opfyldt: a) Det skal klart kunne afgøres, hvilken gruppe en enkelt kunde tilhører på det tidspunkt, hvor han køber de pågældende produkter; og b) handel mellem kunderne eller arbitrage gennem tredjeparter må ikke være mulig«¹¹⁰. Med udgangspunkt i denne forudsætning og under hensyn til den omstændighed, at de anførte betingelser var opfyldt i denne sag, drog Kommissionen den konklusion, at der fandtes specifikke markeder for SBM-maskiner til emballering af »følsomme« produkter.

138. Med de pågældende klagepunkter bestrider Kommissionen vurderingen af dette ræsonnement i den appellerede dom, idet den navnlig har kritiseret Retten: i) for

109 — Den appellerede doms præmis 265.

110 — Beslutningens betragtning 178.

med urette at have undladt at tage hensyn til Sidels tidligere prisdiskrimination på grundlag af det princip, at »denne konklusion ikke [kunne] udgøre et tilstrækkeligt fyldestgørende bevis for, at den fusionerede enhed vil[le] forsætte med at opføre sig på samme måde«, for »[i] modsætning til Sidel før fusionen, vil[le] den fusionerede enhed [have] være bundet ikke blot af forpligtelserne, men også af de forskellige bånd, der begrænser Tetras adfærd«¹¹¹, ii) for med urette at have undladt at tage hensyn til en stor del af dens bemærkninger vedrørende muligheden for at identificere de kunder, der agtede at anvende SBM-maskinerne til emballering af »følsomme« produkter, og under alle omstændigheder for ikke at have forstået betydningen heraf samt iii) for at have misforstået og for med urette at have undladt at tage hensyn til Kommissionens bemærkninger om det umulige i at anskaffe en bestemt producents maskiner fra andre personer (hovedsageligt andre, der ønsker at sælge dem brugt).

139. Disse klagepunkter forekommer mig heller ikke begrundede.

140. For så vidt angår det første klagepunkt er jeg enig med Tetra i, at den anfægtede konklusion ikke har noget at gøre med definitionen af specifikke markeder for SBM-maskiner til emballering af »følsomme« produkter. Denne konklusion, der slet ikke vedrører afgrænsningen af de relevante markeder, befinder sig således i

den del af dommen, der vedrører undersøgelsen af, »på hvilken måde den fusionerede enhed ville kunne udnytte løftestangvirkningen«, og henviser bl.a. til kravet om at begrænse denne undersøgelse til »de måder, som i det mindste sandsynligvis ikke vil udgøre misbrug af en dominerende stilling på markederne for aseptisk karton«, og om at tage hensyn til de tilsagn, som Tetra har foreslået (jf. punkt 43 ovenfor).

141. I modsætning til det, der er gjort gældende i appelskriftet, mener jeg, at Retten har undersøgt og forstået de forskellige passager, hvoraf Kommissionens ræsonnement fremgår. Retten fandt imidlertid, at denne begrundelse hovedsageligt kunne kritiseres for manglende logik, da den nye enheds muligheder for at identificere de kunder, der agtede at emballere »følsomme« produkter (og dermed udøve prisdiskrimination over for dem), »ikke udelukke[de] [...] disse kunder fra at vende sig til andre leverandører af SBM-maskiner, hvis de [var] utilfredse med de betingelser, som den fusionerede enhed tilb[ød]«¹¹².

142. Selv om Rettens analyse er meget kortfattet, forekommer den mig i det væsentlige at være acceptabel. Jeg mener således, at selv om den nye enhed havde været i stand til

¹¹¹ — Den appellerede doms præmis 223.

¹¹² — Præmis 268.

at identificere de kunder, der agtede at emballere »følsomme« produkter, og under hensyntagen til sidstnævntes manglende muligheder for at anskaffe disse maskiner fra andre personer havde besluttet at kræve en højere pris end den, andre kunder skulle betale, ville dette ikke i sig selv have gjort det muligt at afgrænse specifikke markeder for SBM-maskiner til emballering af »følsomme« produkter, for så vidt som de kunder, der blev »diskrimineret« — som Retten fastslog — kunne have henvendt sig til andre leverandører, der ikke havde samme prispolitik.

143. Med andre ord muliggør den omstændighed, at en enkelt aktør (uden at denne følges af sine konkurrenter) indfører en prisdiskriminationspolitik over for en gruppe kunder, efter min mening ikke i sig selv, at der afgrænses et specifikt marked for en sådan gruppe af kunder, da tilstedeværelsen af andre aktører, der ikke praktiserer den samme politik, kan forhindre, at der indføres markedsvilkår, der er væsentligt forskellige for den pågældende gruppe kunder.

144. Jeg mener således ikke, at Retten har begået retlige fejl ved at kritisere Kommissionens ræsonnement baseret på den prisdiskrimination, som Sidel tidligere har udøvet, og på den nye enheds mulige videreførelse af denne politik.

145. På baggrund af ovenstående betragtninger mener jeg, at appellens tredje anbringende bør forkastes.

Anbringendet om styrkelsen af Tetras dominerende stilling inden for karton

146. Med appellens fjerde anbringende har Kommissionen anfægtet Rettens konklusion, hvorefter »de forhold, der [var] fremhævet i den anfægtede beslutning, ikke på tilstrækkeligt fyldestgørende måde godtgjorde], at virkningerne af den modificerede fusion for Tetras stilling, navnlig på markederne for aseptisk karton, ved at eliminere Sidel som potentiel konkurrent, ville [have] være[t] af en sådan art, at betingelserne i forordningens artikel 2, stk. 3, [var] opfyldt«¹¹³.

147. I denne forbindelse har Kommissionen først og fremmest kritiseret Retten for ikke at have erkendt, at en reduktion af den »potentielle« konkurrence fra PET-marke-derne i sig selv ville have medført en styrkelse af Tetras dominerende stilling

113 — Præmis 333.

inden for karton. Det var med urette, at Retten dernæst pålagde den at påvise, at den nævnte reduktion af den »potentielle« konkurrence ville kunne have »styrke[t] Tetras dominerende stilling i relation til dens konkurrenter på markederne for aseptisk karton«¹¹⁴, da denne styrkelse ikke skulle vurderes i forhold til Tetras konkurrenter, men i forhold til de uundgåelige afsmittende virkninger, som reduktionen af den »potentielle« konkurrence fra PET-markederne ville have haft for kunderne og forbrugerne i form af prisstigninger (eller manglende prisnedsættelse) på karton og en ringere produktudvikling.

148. Ifølge Kommissionen har Retten endvidere, som det fremgår af Kommissionens redegørelse i appellens tredje anbringende, med urette fastslået, at Kommissionens vurdering af reduktionen af den »potentielle« konkurrence blev tilbagevist af den omstændighed, at væksten i PET til emballering af »følsomme« produkter »sandsynligvis vil[le] [have] være[t] væsentligt mindre markant end det, [den pågældende institution] ha[vde] antaget«¹¹⁵.

149. Kommissionen har ligeledes bestridt Rettens konklusion, hvorefter det under alle omstændigheder ikke var »blevet godtgjort, at Tetra for det tilfælde, at den konkurren-

cemæssige pression fra PET-markederne skulle forsvinde eller blive reduceret væsentligt, ville have [haft] et incitament til ikke at sænke priserne for kartonemballage og at standse produktudvikling«¹¹⁶.

150. I denne forbindelse har Kommissionen indledningsvis anført, at Rettens bedømmelse af virkningerne af reduktionen af den »potentielle« konkurrence på priserne på karton var baseret på den fejlagtige forudsætning, at omkostningerne til PET var højere end til karton (i denne forbindelse har den ligeledes henvist til sine argumenter vedrørende det første anbringende til støtte for appellen). Stadig med hensyn til den nævnte vurdering har Kommissionen dernæst bestridt Rettens kritik af den for ikke at have forklaret, hvorfor Tetras konkurrenter ikke ville kunne have nydt godt af en stigning i priserne på karton; ved at fremføre dette kritikpunkt har Retten ifølge Kommissionen undladt at tage i betragtning, at disse konkurrenter pr. definition var marginaliserede på grund af Tetras kraftige dominerende stilling. Kommissionen har endvidere kritiseret Retten for ikke at have taget hensyn til de virkninger, det ville kunne få på priserne på karton, at Tetra efter erhvervelsen af den største operatør på markedet for PET roligt kunne forvente at kunne »tilbageerobre« størstedelen af de af virksomhedens kunder, der var gået over til PET, gennem Sidel.

151. På samme måde har Kommissionen hvad angår virkningerne af den reducerede »potentielle« konkurrence på produktudvik-

114 — Præmis 323 (Kommissionens fremhævelse).

115 — Præmis 324.

116 — Præmis 325.

lingen gjort gældende, at Retten har overvurderet den eventuelle reaktion fra de konkurrenter, der marginaliseres på grund af Tetras dominerende stilling. Endelig har Retten ifølge Kommissionen begået en fejl, dels ved at se bort fra forskellen mellem det pres på produktudvikling, som skyldes væksten i PET, og det pres, der skyldes Tetras konkurrenter på markederne for karton, dels ved at fastslå, at Tetras seneste produktudvikling ikke var et resultat af det pres, som PET indebærer.

152. Inden jeg går over til at undersøge disse klagepunkter, skal jeg, således som Tetra har gjort gældende, præcisere, at den *potentielle* konkurrence, som dette klagepunkt vedrører, ikke var en konkurrence fra virksomheder, der kunne være trængt ind på markederne for kartonemballage, og som følgelig kunne blive potentielle konkurrenter til Tetra på disse markeder. Der var helt klart snarere tale om *indirekte* konkurrence fra virksomheder, der var aktører på andre markeder end markederne for kartonemballage (selv om der var tale om tilgrænsende markeder), som producerede udstyr til emballage i et materiale, PET, som Kommissionen ud fra et økonomisk synspunkt kun betragtede som et »svagt substitutionsprodukt« for karton¹¹⁷.

117 — Jf. bl.a. den anførte beslutnings betragtning 332, hvori det præciseres, at karton og PET er »tekniske substitutionsprodukter, idet begge emballeringsmaterialer kan anvendes til at emballere de relevante slutproduktsegmenter« og kan »betragtes som »svage substitutionsprodukter« i økonomisk henseende«. Jf. i denne henseende også beslutningens betragtning 163 (allerede nævnt i punkt 10 i dette forslag til afgørelse), hvori det i øvrigt gøres gældende, at markedsafgrænsningen for emballagesystemer for PET og karton ville kunne have ændret sig i fremtiden.

Følgelig er der herefter snarere tale om *indirekte* konkurrence end om *potentiel* konkurrence fra PET.

153. Når dette er sagt, er jeg enig med Tetra i, at en reduktion af den indirekte konkurrence som følge af erhvervelsen af den største virksomhed på et nærtliggende marked ikke *i sig selv* kan betragtes som en styrkelse af en dominerende stilling i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 2 i forordning nr. 4064/89. Under hensyntagen til det velkendte begreb »dominerende stilling«, sådan som det fortolkes i Domstolens praksis, må det vurderes, om nævnte reduktion af den indirekte konkurrence kan tænkes at øge den dominerende virksomheds »økonomiske magtposition« med det resultat, at denne vil være i stand til at yderligere (eller lettere) at hindre, »at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked«, og at den kan udvise »en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne«¹¹⁸.

154. Det fremgår endvidere af ovenstående, at det ville have været mere korrekt, hvis Retten havde henvist til dette begreb i sin vurdering i stedet for at fastslå, at Kommissionen burde have påvist, at en reduktion af

118 — Jf. Domstolens dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, præmis 38; min fremhævelse.

den indirekte konkurrence fra PET ville kunne »styrke Tetras dominerende stilling i forhold til dets konkurrenter på markedet for maskiner til aseptisk kartonemballage«. Jeg mener dog ikke, at der her er tale om en særlig alvorlig unøjagtighed, der kan medføre, at den konklusion, som Retten nåede frem til, må anses for ugyldig, eftersom Kommissionens ræsonnement, hvorved den søgte at påvise, at de virkninger, som den forventede reduktion af den indirekte konkurrence fra PET ville have haft for kunderne og forbrugerne i form af prisstigninger (eller manglende prisnedsættelser) på karton og en ringe produktudvikling, faktisk blev vurderet af Retten, som fandt, at det var behæftet med adskillige fejl.

155. På tilsvarende måde mener jeg ikke, at den konklusion, som Retten nåede frem til, svækkes af de fejl, som denne trods alt begik, da den vurderede den forventede vækst i PET til emballering af flydende mejeriprodukter (jf. punkt 103 og 112 ovenfor)¹¹⁹.

156. Ganske vist ledte den konklusion, at væksten i PET til emballering af »følsomme« produkter »med undtagelse af stigningen for FFD og te- og kaffeholdige drikkevarer, sandsynligvis vil[le] [have] være[t] væsentligt mindre markant end det, Kommissionen

ha[vde] antaget«, Retten til at fastslå, at »[d] et derfor ikke [va]r muligt på grundlag af de oplysninger, der [va]r lagt til grund i den anfægtede beslutning, med den sikkerhed, der er nødvendig med henblik på at begrunde et forbud mod en fusion, at afgøre, om gennemførelsen af den modificerede fusion vil[le have sat] Tetra i en situation, hvor virksomheden vil[le] være [blevet] mere uafhængig end tidligere i forhold til sine konkurrenter på markederne for aseptisk karton«¹²⁰. Retten begrænsede sig imidlertid ikke til denne konstatering, men fortsatte sin vurdering og konkluderede, »at de to faktiske omstændigheder vedrørende Tetras fremtidige adfærd, som Kommissionen ha[vde] lagt til grund med henblik på at godtgøre de negative virkninger, som den modificerede fusion ant[ø]jges at ville have på markederne for aseptisk karton, ikke på nogen måde [va]r blevet godtgjort på tilstrækkeligt fyldestgørende måde« (min fremhævelse). Som det fremgår, var det efter Rettens opfattelse navnlig ikke blevet »godtgjort, at Tetra for det tilfælde, at den konkurrencemæssige pression fra PET-markederne skulle forsvinde eller blive reduceret væsentligt, ville have [haft] et incitament til ikke at sænke priserne for kartonemballage og at standse produktudvikling«¹²¹.

157. Jeg vil nu vurdere de klagepunkter, som Kommissionen har formuleret vedrørende denne konklusion, og jeg skal indledningsvis bemærke, at i modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende, påvirkes Rettens vurdering af virkningerne af reduk-

119 — Jeg skal i denne forbindelse minde om, at jeg fandt Kommissionens klagepunkt om de påståede fejl, som Retten skulle have begået ved vurderingen af den forventede vækst i brugen af PET til emballering af frugtsaft, ubegrundet (jf. punkt 104 ovenfor).

120 — Den appellerede doms præmis 324.

121 — Præmis 325.

tionen af den indirekte konkurrence fra PET på priserne på karton efter min mening ikke af den fejlagtige antagelse, at omkostningerne til PET var højere end omkostningerne til karton (for så vidt angår den fejl, som Retten rent faktisk begik i denne henseende, jf. punkt 111 og 112 ovenfor).

pligtet til at foretage sådanne prissænkninger med henblik på at bevare disse kunder for det tilfælde, at fusionen ikke blev gennemført. Disse kunder ville ikke [være] skifte[t] til PET, medmindre kartonpriserne [var] steg[et] med 20%, eller der [var] sket [...] en tilsvarende reduktion af prisen for PET«¹²²

158. Jeg vil minde om, at Retten for så vidt angår Kommissionens konklusion, hvorefter fusionen ville have gjort det muligt for Tetra at undgå en reduktion af priserne på karton, der ellers var uundgåelig, fastslog:

- i) at »[f]or så vidt angår »mere prisfølsomme« kartonkunder, som under markedsundersøgelsen nævnte for Kommissionen, »at de kun ville overveje at skifte fra karton til PET, hvis kartonpriserne steg mærkbart, med et beløb på 20% eller mere« [...], [va]r det klart, at en sænkning af kartonpriserne ikke [va]r nødvendig med henblik på at beholde dem på kartonmarkederne. Idet beslutningen blot konstaterede, at »de selv samme prisfølsomme kunder formentlig ville [være] bl[evet] afholdt fra at foretage et skift fra karton til PET, hvis en sænkning af kartonpriserne ville øge prisforskellen mellem en karton- og en PET-emballeringslinje« [...], forklare[de] den anfægtede beslutning ikke, hvorfor Tetra ville [have] være[t] for-
- ii) at »Kommissionen ha[vde] gjort gældende for Retten, at når fusionen [va]r gennemført, vil[le] det være muligt, at Tetra vil[le] finde det nemmere at hæve priserne på markederne for aseptisk karton for disse kunder, men den forklare[de] ikke, hvorfor det ikke ville gøre det muligt for Tetras konkurrenter på kartonmarkederne, som også [va]r aktive på PET-markedet, såsom SIG og Elopak, at drage fordel heraf«¹²³
- iii) at »[f]or så vidt angår de drikkevareproducenter, som vil[le] [have] skifte[t] fra karton til PET af forretningsmæssige grunde til trods for, at PET [va]r betydeligt dyrere end karton, vil[le] en

122 — Præmis 327.

123 — Samme sted.

sænkning af kartonpriserne ikke nødvendigvis overtale disse »ikke-prisfølsomme kunder« til at fastholde kartonemballering«¹²⁴

- iv) at den »anfægtede beslutning [ikke] forklare[de], hvorfor virksomheder, der [va]r aktive på markedet for PET-udstyr, som uden den modificerede fusion »forventes at [have] konkurrere[t] energisk for at vinde markedsandele fra karton« [...], skulle [have] modificere[t] deres adfærd som følge af den pågældende fusion. Hvis pressionen fra Sidel [var] forsv[undet], forklare[de] den anfægtede beslutning ikke — hvis det ant[og]es, at Sidels konkurrenter ikke [var] bl[evet] marginaliseret gennem en succesfuld udnyttelse af løftestangsvirkningen — hvorfor de øvrige virksomheder, der [va]r aktive på markederne for PET-udstyr, ikke længere skulle [have] være[t] i stand til at markedsføre fordelene ved PET over for Tetras kunder på kartonmarkederne«¹²⁵.

159. Som det tydeligt fremgår, har Retten med disse konstateringer påvist de iboende fejlagtige slutninger i Kommissionen ræsonnement uden på noget tidspunkt at basere

sig på den fejlagtige opfattelse, at omkostningerne ved PET var højere end omkostningerne ved karton, end ikke i punkt iii), hvor den eneste henvisning til dette aspekt findes. En nærlæsning af dette punkt viser således klart, at Retten blot har henvist til Kommissionens påstand om, at nogle kunder under alle omstændigheder ville være gået over til PET »selv om [sidstnævnte] er dyrere, eller selv om kartonpriserne ikke ændres overhovedet«¹²⁶, og den udledte heraf, at »en sænkning af kartonpriserne ikke nødvendigvis [ville] overtale disse »ikke-prisfølsomme kunder« til at fastholde kartonemballering«.

160. Efter således at have påvist, at Rettens vurdering ikke var påvirket af den fejlagtige opfattelse, at omkostningerne til PET skulle være højere end omkostningerne til karton, mener jeg, at Kommissionen heller ikke forekommer at kunne gives medhold i sit klagepunkt i underpunkt ii), hvorefter Retten med urette undlod at tage i betragtning, at Tetras konkurrenter på kartonmarkederne pr. definition var marginaliserede på grund af Tetras kraftige dominerende stilling.

161. I den forbindelse er jeg enig med Tetra i, at dette klagepunkt risikerer at bringe

124 — Præmis 328.

125 — Samme sted.

126 — Citatet stammer fra beslutningens betragtning 397, hvori det præciseres, at mange af de virksomheder, der blev adspurgt i forbindelse med Kommissionens undersøgelse, »klart [havde] tilkendegivet, at de allerede [havde] skiftet eller vil[le] skifte fra karton til PET, selv om PET [va]r dyrere, eller selv om kartonpriserne ikke ændre[de]s overhovedet«.

Kommissionen ud over det, den ønsker at bevise. Hvis man rent hypotetisk begrænsede sig til at fastslå, at Tetra på grund af sin dominerende stilling pr. definition ville kunne udvise »en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne« på kartonmarkederne¹²⁷ og følgelig også ville kunne øge priserne uden nogen frygt for reaktioner fra deres side, er det vanskeligt at forklare, hvorfor denne virksomhed — i betragtning af den dominerende stilling, den under alle omstændigheder indtager på kartonmarkedet — ikke ville kunne gøre det samme, hvis fusionen ikke blev gennemført, og tværtimod måtte frygte den indirekte konkurrence fra aktører, der udelukkende er aktive på tilgrænsende markeder (som Sidel), og som producerer udstyr til emballering i et materiale, der betragtes som et »svagt substitutionsprodukt« for karton.

162. Jeg skal endvidere bemærke, at Retten i modsætning til det, der synes at fremgå af Kommissionens appelskrift, ikke har taget hensyn til de af Tetras konkurrenter, der udelukkende er aktive på kartonmarkederne, men til de konkurrenter, der »også er aktive på PET-markedet«. Retten har således henvist til aktører på PET-markedet, der også ville kunne have draget fordel af en stigning i prisen på karton, og som under alle omstændigheder ville have kunnet udøve en større konkurrencemæssig pression på grund af den samtidige tilstedeværelse på markedet af

to forskellige emballagematerialer, hvis man ligeledes tager i betragtning, at de »i modsætning til den fusionerede enhed ikke vil[le] være undergivet nogen begrænsninger for så vidt angår kombinerede tilbud af karton og SBM-maskiner«¹²⁸.

163. Stadig med hensyn til virkningerne af reduktionen af den indirekte konkurrence fra PET på kartonpriserne mener jeg endelig, at Kommissionen med urette har kritiseret Retten for ikke at have taget i betragtning, at Tetra efter erhvervelsen af den største aktør på PET-markedet ville kunne have hævet priserne på karton mere frit vel vidende, at virksomheden via Sidel ville kunne have generobret størstedelen af de kunder, der med denne begrundelse ville være gået over til PET.

164. Som Tetra med rette har understreget, kan Retten ikke bebrejdes for ikke at have taget hensyn til dette aspekt, da det ikke var omhandlet i den anfægtede beslutning. Under alle omstændigheder mener jeg, at Tetras kunders overgang fra karton til PET selv efter erhvervelsen af Sidel helt sikkert ikke ville have været uden økonomisk betydning for den nye enhed. Det er således indlysende, at Tetras sikre tab af kunder på de markeder, som virksomheden domine-

127 — Jf. dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 38.

128 — Præmis 330.

rede, og på hvilke den var i stand til at opnå en stor fortjeneste, kun delvist ville blive kompenseret af håbet om at generobre disse kunder på andre markeder, som f.eks. PET-markedet, der var under fuld udvikling og var karakteriseret af en stærk konkurrence¹²⁹.

fra dette materiale, mener jeg også, at Kommissionen i realiteten rejser spørgsmål, der ligger uden for Domstolens kompetenceområde (jf. punkt 59-61 ovenfor).

167. I lyset af ovenstående betragtninger mener jeg således, at appellens fjerde anbringende bør forkastes.

165. Hvad angår virkningerne af reduktionen af den indirekte konkurrence fra PET på produktudviklingen mener jeg, at klagepunktet om overvurdering af Tetras konkurrenters eventuelle reaktion bør forkastes *mutatis mutandis* af de samme årsager, som gjorde sig gældende for det tilsvarende klagepunkt om virkningerne på priserne på karton (jf. punkt 161 og 162 ovenfor).

Anbringendet om Tetras skabelse af en dominerende stilling på markedet for SBM-maskiner

166. Hvad angår endelig Kommissionens klagepunkt, hvormed den kritiserer Retten for ikke at have taget tilstrækkeligt hensyn til den form for pression på nyskabelser, der skyldes væksten i PET, og for med urette at have fastslået, at den seneste produktudvikling fra Tetras side ikke skyldtes pressionen

168. Med sit sidste anbringende har Kommissionen anfægtet Rettens konklusion, hvorefter »den anfægtede beslutning ikke på tilstrækkelig fyldestgørende måde sandsynliggør, at den fusionerede enhed i 2005 ville opnå en dominerende stilling på markedet for lav- og højkapacitets-SBM-maskiner, og dermed at betingelserne i forordningens artikel 2, stk. 3, vedrørende disse markeder er opfyldt«¹³⁰.

169. Jeg skal i det følgende kort undersøge de klagepunkter, som Kommissionen sammenfattende har fremsat, og som vedrører

129 — Det er indlysende, at det ville forholde sig anderledes (i det mindste delvist), hvis den nye enhed havde held til at benytte sig af Tetras stilling inden for karton til at dirigere de kunder, der ønskede at gå over til PET, til Sidel og således opnå en dominerende stilling på alle eller på visse PET-markeder. Da Retten imidlertid har pillet Kommissionens vurderinger i denne henseende fra hinanden, kan dette scenario ikke tages i betragtning.

130 — Den appellerede doms præmis 307.

fejl, som Retten angiveligt begik med hensyn til de to markeder for SBM-maskiner (lav og høj kapacitet), for dernæst at tage stilling til, om de fejl, der rent faktisk er blevet konstateret, er af en sådan art, at de afkræfter den konklusion, som Retten er nået frem til.

tale om den periode, som Kommissionen hovedsageligt havde henvist til. Det var nemlig i den betragtning i beslutningen, som Kommissionen har citeret (som i øvrigt i et tidligere punkt, som Retten citerer¹³²), præciseret, hvilke markedsandele Sidel, Tetra og deres vigtigste konkurrenter havde »i perioden 1998-2000«, mens Sidels og Tetras markedsandele i 2001 kun var angivet i en fodnote (uden at det i øvrigt til sammenligning var angivet, hvor store markedsandele deres vigtigste konkurrenter havde i samme periode).

a) Kommissionens klagepunkter

170. Begyndende med klagepunkterne vedrørende markedet for lavkapacitets-SBM-maskiner har Kommissionen først og fremmest kritiseret Retten for at have henvist til den markedsandel (under 40%), som Sidel havde i perioden 1998-2000, uden at tage hensyn til den omstændighed, at denne andel i henhold til beslutningen var steget i 2001 og lå på mellem 40 og 50%¹³¹.

171. Jeg mener imidlertid, at Retten, således som Tetra har påpeget, med rette kunne tage hensyn til perioden 1998-2000, da der var

172. På samme måde finder jeg også det klagepunkt ubegrundet, hvori Kommissionen kritiserer Retten for at have konstateret, »at med Tetras udtræden fra [markedet for SBM-maskiner med lav kapacitet] ville den fusionerede enheds stilling grundlæggende forblive uændret sammenlignet med Sidels [daværende] stilling«¹³³ uden at tage hensyn til den umiddelbare styrkelse af Sidels stilling som følge af en række faktorer, der er angivet i beslutningen (Tetras økonomiske styrke og markedsstyrke, denne virksomheds ry inden for aseptisk emballering, de »first mover advantages«, som denne nød i forhold til de kunder, der overvejede at gå fra karton til PET, og dens dominerende stilling inden for karton)¹³⁴.

131 — Kommissionen synes at henvise til den appellerede doms præmis 272, hvori det præciseres, »at Kommissionen indrømmede, at på markedet for lavkapacitets-SBM-maskiner havde Sidel »en markedsandel på [30-40%] både for så vidt angår kapacitet og salg af enheder i EØS i 2000 (betragtning 233)«. For at påvise den fejl, som Retten har begået, henviser Kommissionen derimod til beslutningens betragtning 266. Da den udgave af beslutningen, der er offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende*, af fortrolighedshensyn ikke angiver den nøjagtige andel, men kun et vejledende interval, mener jeg, at det vil være hensigtsmæssigt at holde sig til dette kriterium i dette forslag til afgørelse.

132 — Se den foregående fodnote.

133 — Den appellerede doms præmis 280.

134 — Kommissionen henviser i denne forbindelse til beslutningens betragtning 376-387.

173. Jeg er enig med Tetra i den omstændighed, at disse faktorer blev opremset på en generel måde i beslutningen (uden i øvrigt at tage hensyn til de tilsagn, som sidstnævnte havde foreslået) for at understrege den nye enheds *leadership* og globale styrke, der ligeledes skyldes dens tilstedeværelse på alle de pågældende markeder, og ikke for at fremhæve en nøjagtig og umiddelbar styrkelse af Sidels stilling på markedet for SBM-maskiner med lav kapacitet. Under disse omstændigheder er jeg af den opfattelse, at Retten med føje kunne fastslå, at den nye enheds stilling i det væsentlige ville være forblevet uændret i forhold til Sidels stilling med Tetras udtræden fra dette marked.

174. Endelig mener jeg heller ikke, at Kommissionens klagepunkt vedrørende Rettens konstatering af, at »[d]en anfægtede beslutning [ikke] indeholder [...] en tilstrækkelig analyse af nuværende og fremtidig anvendelse af lavkapacitets-SBM-maskiner«¹³⁵, kan tages til følge.

175. Med dette klagepunkt har Kommissionen navnlig foreholdt Retten at have baseret sin vurdering på to irrelevante aspekter: for det første den betydning, som SBM-maskiner med lav kapacitet har for emballering af ikke »følsomme« produkter, hvilket ikke ville være relevant, hvis den segmentering af markederne for SBM-maskiner, som Kom-

missionen har foreslået, blev accepteret, for det andet den andel af kunderne, der ville have valgt SBM-maskiner med høj eller lav kapacitet til emballering af »følsomme« produkter¹³⁶, en andel, der heller ikke er relevant med henblik på vurderingen af Tetras kapacitet til at benytte sig af sin dominerende stilling inden for karton til ligeledes at opnå en sådan stilling på markedet for SBM-maskiner med lav kapacitet.

176. Med hensyn til det første aspekt kan man imidlertid uden videre konstatere, at Kommissionens analyse for så vidt angår afgrænsningen af specifikke markeder for SBM-maskiner til emballering af »følsomme« produkter blev forkastet (jf. punkt 145 ovenfor). Med hensyn til det andet aspekt bemærkes det, at det overhovedet ikke forekommer indlysende, at de valg, som kunder, der overvejer at emballere »følsomme« produkter i PET, foretager, skulle have været irrelevante, da man vurderede markedsudviklingen for SBM-maskiner med lav kapacitet og muligheden for, at den nye enhed ville opnå en dominerende stilling på dette marked. Mere generelt kan jeg ikke se, hvordan Retten kan kritiseres for at have

135 — Den appellerede doms præmis 280.

136 — Kommissionen henviser i denne forbindelse til Rettens konklusion, hvorefter »en væsentlig del af SBM-maskinerne, der [blev] anvendt til emballering af følsomme produkter, med al sandsynlighed vil[le] [have] være[t] lavkapacitets-maskiner« (dommens præmis 279).

kontrolleret, om Kommissionens vurdering af, om en sådan dominerende stilling ville blive skabt, hvilede på en omhyggelig og indgående analyse af det relevante markeds dynamik.

177. Hvad angår dernæst klagepunkterne vedrørende markedet for SBM-maskiner med høj kapacitet skal jeg med det samme bemærke, at Kommissionen af de samme grunde som dem, der er nævnt i punkt 173, *mutatis mutandis* ikke bør gives medhold i sin kritik af Retten for ikke at have taget hensyn til den umiddelbare styrkelse af Sidels stilling som følge af de faktorer, der er nævnt i punkt 172¹³⁷.

178. Derimod forekommer klagepunktet vedrørende Rettens vurdering, hvorefter »den såkaldte »first-mover advantage« [som Tetra ville have nydt godt af i forhold til de kunder, der overvejede at gå over til PET, var] blevet overvurderet«¹³⁸ mig at være delvist begrundet.

179. Jeg mener således, at Kommissionen for så vidt angår emballering af flydende meje-

riprodukter med rette har gjort gældende, at Rettens vurdering er behæftet med de fejl, som den begik i forbindelse med sin prognose for væksten i PET (jf. punkt 103 ovenfor), og navnlig med hensyn til forholdet mellem dette materiale og HDPE (jf. punkt 98 ovenfor). Det fremgår således af den appellerede dom, at Retten for så vidt angår emballering af de pågældende produkter fastslog, at den pågældende »first-mover advantage« var »overvurderet«, i det væsentlige af følgende årsager: i) »Den vækst, der k[unne] forudses i anvendelsen af PET blandt Tetras [...] kunder på markedet for aseptisk karton, [va]r ikke af væsentlig størrelse«¹³⁹ og ii) »[h]vad særligt ang[ik] frisk mælk g[av] den anfægtede beslutning ikke nogen tilstrækkelig forklaring med hensyn til forholdet mellem HDPE og PET«¹⁴⁰.

180. Jeg mener derimod ikke, at Kommissionens klagepunkt bør tages til følge for så vidt angår den del, hvori den anfægter vurderingen af denne »first-mover advantage« i forhold til kunder, der overvejer at gå fra glas til PET, og hvorved den navnlig kritiserer Retten for: i) ikke at have taget hensyn til den omstændighed, at de kunder, der emballerer deres drikkevarer i glas, sjældent udelukkende anvender dette materiale; ii) at have fordrejet de faktiske omstændigheder ved at fastslå, at Tetras

137 — Kommissionen har i denne forbindelse bl.a. henvist til vurderingen, hvorefter »Tetra ville ikke [have] tilføje[t] den fusionerede enhed noget på [...] markedet for SBM-maskiner med høj kapacitet« (den appellerede doms præmis 284).

138 — Præmis 288.

139 — Præmis 288.

140 — Præmis 289. Med hensyn til forholdet mellem HDPE og PET fandt Retten bl.a., at det var »mindst lige så sandsynligt, at Tetras [...] kunder, som ønske[de] at skille en del af deres produktion af frisk mælk til plastic, vil[le] vælge HDPE snarere end PET«.

konkurrenter, som »er aktive på markederne for både glas og PET-emballerings«, navnlig SIG, Kronos og KHS (Klöckner), for så vidt angår disse kunder ville kunne have »dra-ge[t] fordel af »first-mover fordel«¹⁴¹.

modvirke den fusionerede enheds udnyttelse af løftestangsvirkningen«¹⁴³, dels at »Kommissionen [havde] begl[ået] en fejl, idet den undervurderede betydningen af SIG's nuværende stilling på markedet for højkapacitets-SBM-maskiner, og idet den bagatelliserede de øvrige konkurrenters stilling på dette marked, navnlig SIPA og Kronos«¹⁴⁴.

181. Jeg er således enig med Tetra i, at Kommissionens argumenter desangående bør forkastes, i det omfang de er baseret på elementer, der ikke optræder i den anfægtede beslutning¹⁴² (jf. punkt 106 ovenfor), og under alle omstændigheder og navnlig for så vidt angår underpunkt ii) rejser spørgsmål, der ligger uden for Domstolens kompetenceområde (jf. punkt 59-61 ovenfor).

183. Jeg mener ikke, at Retten, således som Kommissionen har gjort gældende, har fordrejet beslutningens indhold (bl.a. ved at nægte, at denne indeholdt en analyse af Sidels stilling på markederne for SBM-maskiner i forhold til dens konkurrenter¹⁴⁵) eller har sat sin egen vurdering i stedet for Kommissionens.

182. Jeg mener herefter, at det er ubegrundet, at Kommissionen kritiserer Retten for at have konstateret dels, at »den anfægtede beslutning mere detaljeret [skulle] have vurderet denne konkurrences evne til at

184. Tværtimod har Retten blot vurderet, at Kommissionen i lyset af den betydelige og ubestridte stigning i markedsandelene, der er konstateret i de senere år for Sidels tre konkurrenter (SIG, SIPA og Kronos), og på baggrund af de punktlige bemærkninger, som Tetra havde fremsat under den administrative procedure, ikke burde have begrænset sig til at fremsætte generelle bemærkninger i beslutningen, men burde have foretaget en mere indgående undersøgelse af disse tre selskabers konkurrencemæssige styrke og kapacitet til at reagere. Den fastslog

141 — Præmis 290.

142 — Kommissionen har til støtte for sine vurderinger kun henvist til beslutningen for så vidt angår underpunkt i) (betragtning 14 og 335). Kommissionen har imidlertid ikke godtgjort, at det heri præciseres, at de kunder, der emballerer deres drikkevarer i glas, kun sjældent udelukkende anvender dette materiale, men har i stedet henvist til passager, hvoraf det generelt fremgår, at »[d]rikkevarer virksomhederne anvend[te] i stigende grad en række forskellige materialer til emballering af deres produkter«, og som eksempel nævnes kun Coca-Cola, der findes »i glas, PET og aluminiumsdåser« (betragtning 14).

143 — Præmis 294.

144 — Præmis 297.

145 — Kommissionen har i den forbindelse bl.a. henvist til beslutningens betragtning 232-248, 293-300, 303-310 og 369-387.

således, at beslutningen kun indeholdt enkelte specifikke analyser vedrørende SIG (hvilket i det væsentlige forekommer mig ubestrideligt), og fastslået, at disse analyser under alle omstændigheder ikke i tilstrækkelig grad besvarede de præcise og relevante spørgsmål, som Tetra havde rejst¹⁴⁶. Det er altså ud fra dette perspektiv, at konstateringen af, at disse tre selskabers stilling var blevet »undervurderet« eller »banaliseret« i beslutningen, skal læses: dvs. således at Kommissionen ikke havde givet en undersøgelse af deres stilling den opmærksomhed, som den burde omstændighederne taget i betragtning.

185. Jeg vil endvidere tilføje, at dette klagepunkt for så vidt angår den del, hvori Retten foreholdes at have fordrejet de faktiske omstændigheder i vurderingen af visse fordele, som Sidels konkurrenter havde haft, rejser spørgsmål, der ligger uden for Domstolens kompetence (jf. punkt 59-61 ovenfor).

186. Derimod forekommer det sidste klagepunkt vedrørende »omdannelsens« mulighed for at modstå »løftestangvirkninger«, hvorved Kommissionen har kritiseret Retten for

ikke i tilstrækkelig grad at have begrundet sine konstateringer, for ikke at have besvaret de argumenter, som Kommissionen havde fremført i beslutningen, og for ulovligt at have sat sin egen vurdering i stedet for institutionens, mig at være begrundet.

187. Jeg er således enig med Kommissionen i, at Retten ikke i tilstrækkelig grad har forklaret, hvilke fejl, mangler i sagsbehandlingen eller forkerte logiske slutninger Kommissionens konklusion, hvorefter »omdannerne« »til en vis grad [va]r afhængige af Sidel« og forsat ville have været »afhængige af den fusionerede enhed«¹⁴⁷, ifølge Retten var behæftet med. Uden at komme nærmere ind på den omfattende analyse, som Kommissionen havde lagt til grund for denne konklusion¹⁴⁸, begrænsede Retten sig blot til at fastslå, i) at »[i] betragtning af det [eksisterende] konkurrenceniveau, herunder på markedet for højkapacitets-SBM-maskiner, [va]r betragtningen om converternes afhængighed af Sidel imidlertid ikke overbevisende«; og ii) at »[h]vis den fusionerede enheds salgsbetingelser ville blive mindre attraktive, kunne converterne altid købe sådanne maskiner fra en af Sidel's konkurrenter«¹⁴⁹.

147 — Beslutningens betragtning 310.

148 — Betragtning 303-310.

149 — Dommens præmis 305. I den forbindelse forekommer det ikke særlig hensigtsmæssigt yderligere at præcisere, at »SIG og Elopak også [ville] kunne [have] til[udt] [converterne] karton-udstyr, hvis [deres] kunder ønske[de] en kombineret levering af udstyr til PET- og kartonemballage«, da Kommissionen ikke på nogen måde havde knyttet »converternes« afhængighed af Sidel eller den nye enhed sammen med behovet for en kombineret levering af udstyr til PET- og kartonemballage.

146 — Jf. bl.a. bemærkningerne i den appellerede doms præmis 295.

188. Så vidt jeg kan forstå, anså Retten altså Kommissionens konklusion om »omdannerne« afhængighed af Sidel for at være »ikke overbevisende« alene ud fra den begrundelse, at disse ville kunne have købt SBM-maskiner hos dette selskabs konkurrenter. Derved har Retten imidlertid overset, at selv om Kommissionen ganske vist havde erkendt, at »omdannerne« kunne »gøre brug af andre leverandører af SBM-maskiner hvad angår køb af nye maskiner samt design og testning af præforme«, men alligevel vurderede — på baggrund af sin markedsanalyse — at »[o]mstillingsomkostninger og det fortsatte behov for at anvende de mange Sidel-maskiner, de allerede har købt, vil[le have] forlænge[t] omdannerne nuværende afhængighed af Sidel«¹⁵⁰.

189. Det forekommer mig således indlysende, at selv om Retten eventuelt kunne have konstateret fejl eller mangler i sagsbehandlingen eller fejlagtige logiske slutninger i Kommissionens ræsonnement, kunne den ikke forkaste den konklusion, som Kommissionen var nået frem til, uden en passende begrundelse. Det bemærkes videre, at Tetras argumenter til støtte for Rettens bedømmelse af »omdannerne« muligheder for at reagere ikke, uanset om de er begrundede eller ej, kan anses for at

rette op på den fejl, som den appellerede dom er behæftet med.

b) De konstaterede fejls betydning for Rettens konklusion

190. Det fremgår efter min mening af ovenstående betragtninger, at følgende bør anses for at være begrundet: i) klagepunktet vedrørende »first-mover advantage« for så vidt angår emballering af flydende mejeriprodukter (jf. punkt 178 og 179 ovenfor); ii) klagepunktet om »omdannerne« mulighed for at modstå »leveraging« (jf. punkt 186 ovenfor).

191. Jeg mener dog, at de fejl, som Retten har begået, og som fremhæves i disse klagepunkter, ikke er af en sådan art, at de anfægter den konklusion, som Retten nåede frem til, nemlig, at »den anfægtede beslutning ikke på tilstrækkelig fyldestgørende måde sandsynliggjorde, at den fusionerede enhed i 2005 ville [kunne have] opnå[et] en dominerende stilling på markedet for lav- og højkapacitets-SBM-maskiner, og dermed, at betingelserne i forordningens artikel 2, stk. 3, vedrørende disse markeder [va]r opfyldt«¹⁵¹.

150 — Beslutningens betragtning 310.

151 — Præmis 307.

192. Denne konklusion forekommer mig helt klart begrundet i lyset af de talrige fejl, som beslutningen er behæftet med, og som Retten konstaterede på grundlag af vurderinger, der ikke er blevet bestridt under denne sag eller i de klagepunkter, som jeg her har anset for at være ubegrundede. Uden at det er nødvendigt at opholde sig i længere tid ved dette punkt og opstille en lang liste over de pågældende fejl, skal jeg blot bemærke, at der ud over de fejl, der blev konstateret i de vurderinger, som Kommissionen uden held har søgt at anfægte med dette anbringende, skal tages hensyn til fejl vedrørende: i) den omstændighed, at der ikke er blevet taget hensyn til, at den ulovlige karakter af visse former for adfærd og de adfærdsmæssige tilsagn, som Tetra havde foreslået, kunne hæmme »løftestangvirkningen« (fejl konstateret på grundlag af de vurderinger, som Kommissionen uden held har søgt at anfægte i appellens andet anbringende); ii) afgrænsningen af specifikke markeder for SBM-maskiner til emballering af »følsomme« produkter (fejl konstateret på grundlag af de vurderinger, som Kommissionen har uden held har søgt at anfægte i appellens tredje anbringende).

193. Det følger heraf, at den omstændighed, at to af de klagepunkter, der er nævnt i punkt 190, kan tiltrædes, ikke i sig selv anfægter den konklusion, som Retten er nået frem til med hensyn til skabelsen af en

dominerende stilling på markederne for lav- og højkapacitets-SBM-maskiner.

Afsluttende betragtninger vedrørende udfaldet af appelsagen

194. I lyset af ovenstående betragtninger mener jeg, at selv om flere af de klagepunkter, som Kommissionen har fremsat, har vist sig at være begrundede, er dette ikke tilstrækkeligt til at påvirke de konklusioner, som Retten er nået frem til med hensyn til styrkelsen af Tetras dominerende stilling på markederne for karton og skabelsen af en dominerende stilling på markederne for lav- og højkapacitets-SBM-maskiner.

195. Under disse omstændigheder bemærkes det, at det fremgår af fast retspraksis, »at hvis præmisserne i en dom afsagt af Retten indeholder en tilsidesættelse af fællesskabsretten, men konklusionen er berettiget af andre retlige grunde, må appellen forkastes«¹⁵².

152 — Domstolens dom af 10.12.2002, sag C-312/00 P, Kommissionen mod Camar og Tico, Sml. I, s. 11355, præmis 57. Jf. i samme retning ligeledes Domstolens dom af 9.6.1992, sag C-30/91 P, Lestelle mod Kommissionen, Sml. I, s. 3755, præmis 28, af 15.12.1994, sag C-320/92 P, Finsider mod Kommissionen, Sml. I, s. 5697, præmis 37, og af 13.7.2000, sag C-210/98 P, Salzgitter mod Kommissionen, Sml. I, s. 5843, præmis 58.

196. Følgelig mener jeg, at Kommissionens appel må forkastes, da konklusionen i den appellerede dom om annullation af beslutningen helt klart er berettiget af de talrige retlige grunde, der ligger til grund for Rettens konklusioner vedrørende en styrkelse af Tetras dominerende stilling på markederne for karton og skabelsen af en dominerende stilling på markederne for SBM-maskiner.

Sagens omkostninger

197. I medfør af procesreglementets artikel 69, stk. 2, og henset til, at jeg i lyset af ovenstående betragtninger mener, at appellen bør forkastes, finder jeg, at Kommissionen bør tilpligtes at betale sagens omkostninger.

IV — Forslag til afgørelse

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

- Appellen forkastes.

- Kommissionen betaler sagens omkostninger.