FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ANTONIO TIZZANO
föredraget den 25 maj 2004 [1]

Innehållsförteckning

I — Tillämpliga bestämmelser ..... I - 993

II — Bakgrund och förfarande ..... I - 994

Den anmälda koncentrationen och förfarandet vid kommissionen ..... I - 994

Det omtvistade beslutet ..... I - 996

Den överklagade domen ..... I - 1002

Överklagandet och förfarandet vid domstolen ..... I - 1009

III — Rättslig bedömning ..... I - 1009

Allmänna överväganden om huruvida talan mot förstainstansrättens domar kan upptas till sakprövning ..... I - 1010

Grunden avseende beviskrav och domstolsprövningens omfattning ..... I - 1011

a) Kommissionens allmänna kritik ..... I - 1011

b) Det "konkreta exemplet" på de fel som förstainstansrätten har begått. ..... I - 1017

c) Slutsatser beträffande den första grunden för talan ..... I - 1023

Grunden avseende kravet att beakta den rättsstridiga karaktären av bestämda beteenden och att ta hänsyn till rent beteendemässiga åtaganden ..... I - 1024

Grunden avseende fastställande av separata marknader för SBM-maskiner i förhållande till deras slutanvändning ..... I - 1028

Grunden avseende förstärkningen av Tetras dominerande ställning på kartongförpackningsmarknaden ..... I - 1031

1 — Originalspråk: italienska.

Grunden avseende det förhållandet att det skapas en dominerande ställning för Tetra på marknaderna för SBM-maskiner ..... I - 1038

a) Kommissionens anmärkningar ..... I - 1039

b) Konsekvensen av de fel som påvisats i förstainstansrättens slutsats. ..... I - 1044

Sammanfattande överväganden avseende utgången av målet ..... I - 1045

Rättegångskostnader ..... I - 1046

IV — Förslag till avgörande ..... I - 1046

1. Förevarande mål avser ett överklagande från Europeiska gemenskapernas kommission av förstainstansrättens dom av den 25 oktober 2002 i mål T-5/02, Tetra Laval mot kommissionen (REG 2002, s. II-4381), genom vilken "[k]ommissionens beslut K (2001) 3345 slutlig av den 30 oktober 2001 att förklara en företagskoncentration oförenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalet (ärende COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel)" ogiltigförklarades.

I — Tillämpliga bestämmelser

2. För att bidra till att skapa "en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids" (artikel 3 f i EEG-fördraget, därefter artikel 3 g i EG-fördraget i ändrad lydelse och nu artikel 3 g EG) har som bekant genom rådets förordning nr 4064/89 (nedan kallad förordningen) [2] inrättats en kontroll av koncentrationer med en gemenskapsdimension [3]. Det har i förordningen i detta syfte särskilt fastställts att sagda koncentrationer skall förhandsanmälas till kommissionen, vilken skall bedöma huruvida de är förenliga med den gemensamma marknaden.

3. Enligt vad som anges i artikel 2.1 i förordningen skall kommissionen "[n]är [den] gör sin bedömning ... ta hänsyn till

a) behovet av att bevara och utveckla en effektiv konkurrens inom den gemen-

2 — Rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 395, svensk specialutgåva, bilaga, s. 16, rättelse i EGT L 257, 1990, s. 13. Förordning nr 4064/89 har ändrats genom rådets förordning (EG) nr 1310/97 av den 30 juni 1997 (EGT L 180, s. 1).

3 — I artikel 3 i förordningen anges vad som avses med "koncentration", medan det i artikel 1.2 och 1.3 anges när en företagskoncentration har en "gemenskapsdimension".

samma marknaden mot bakgrund av bl.a. strukturen på alla de berörda marknaderna och den faktiska eller potentiella konkurrensen från företag som är belägna antingen inom eller utanför gemenskapen,

b) de berörda företagens marknadsställning och deras ekonomiska och finansiella styrka, leverantörernas och konsumenternas valmöjligheter, deras tillgång till leveranser eller marknader, rättsliga eller andra hinder för inträde på marknader, utvecklingen av tillgång och efterfrågan på de aktuella varorna och tjänsterna, avnämarintressen i mellanliggande och slutliga distributionsled samt utvecklingen av tekniskt och ekonomiskt framåtskridande, förutsatt att detta är till gagn för konsumenterna och inte utgör ett hinder för konkurrensen".

4. I de följande punkterna i artikel 2 fastställs vidare följande:

— Dels att "[e]n koncentration som inte skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas skall förklaras förenlig med den gemensamma marknaden" (punkt 2).

— Dels att "[e]n koncentration som skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas skall förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden" (punkt 3).

II — Bakgrund och förfarande

Den anmälda koncentrationen och förfarandet vid kommissionen

5. Av rekonstruktionen av de faktiska omständigheterna i den överklagade domen framgår, såvitt är av intresse här, följande:

"9. Tetra Laval SA, ett privat bolag bildat enligt fransk rätt som helt ägs av Tetra Laval BV, ett finansbolag som tillhör

koncernen Tetra Laval (nedan kallat Tetra eller sökanden) tillkännagav den 27 mars 2001 för koncernens räkning ett offentligt anbud avseende alla utestående aktier i det i Frankrike börsnoterade företaget Sidel SA. Tetra Laval SA förvärvade samma dag omkring 9,75 procent av Sidels aktiekapital från Azeo (5,56 procent) och från Sidels företagsledning (4,19 procent).

...

11. Till följd av detta anbud förvärvade Tetra omkring 81,3 procent av de utestående aktierna i Sidel. Efter det att anbudsförfarandet hade avslutats förvärvade sökanden ytterligare ett antal aktier, vilket innebär att sökanden för närvarande innehar omkring 95,20 procent av aktierna och 95,93 procent av rösträtterna i Sidel.

12. Tetra inbegriper bland annat företaget Tetra Pak, som främst är verksamt inom området förpackningar av kartong för livsmedel i flytande form, ett område på vilket Tetra Pak är världsledande. Tetra bedriver även mer begränsad verksamhet inom sektorn för förpackningar i plastmaterial, framför allt som 'bearbetare' (verksamhet som består i att tillverka och leverera tomma förpackningar till producenter som själva fyller förpackningarna), särskilt inom sektorn för förpackningar av högdensitetpolyetylen (nedan kallat HDPE).

13. Sidel bedriver sin verksamhet inom utformning och tillverkning av förpackningsutrustning och förpackningssystem, bland annat maskiner för sträckformblåsning ('stretch blow moulding') (nedan kallade SBM-maskiner), som används vid tillverkning av plastflaskor av polyetylentereftalat (nedan kallat PET). Sidel innehar en överlägsen ställning i världen som tillverkare och leverantör av SBM-maskiner. Sidel är även aktivt inom barriärteknik, som syftar till att göra PET kompatibelt med produkter som är gas- och ljuskänsliga och inom sektorn för tappningsmaskiner för flaskor av PET samt i viss mån flaskor av HDPE.

14. Kommissionen mottog den 18 maj 2001 en anmälan om de transaktioner varigenom Tetra förvärvade sitt aktieinnehav i Sidel.

15. Det är ostridigt mellan parterna att transaktionen (nedan kallad koncentrationen eller den anmälda koncentrationen) utgör ett förvärv i den mening som avses i artikel 3.1 b i förordning

nr 4064/89 och att denna koncentration har en gemenskapsdimension i den mening som avses i artikel 1.2 i förordning nr 4064/89.

16. Eftersom kommissionen fann att koncentrationen gav anledning till allvarliga tvivel beträffande dess förenlighet med den gemensamma marknaden och avtalet om det Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) fattade den ett beslut den 5 juli 2001 om att inleda det förfarande för fördjupad prövning som föreskrivs i artikel 6.1 c i förordning nr 4064/89.

...

19. Sökanden föreslog den 25 september 2001 att den skulle vidta en rad ändringar i enlighet med artikel 8.2 i förordningen i syfte att åtgärda de konkurrensproblem som hade påpekats i det första meddelandet om anmärkningar.

...

21. Sökanden inkom den 9 oktober 2001 med ytterligare bindande åtaganden om en rad ändringar (nedan kallade åtagandena) som ersatte dem från den 25 september 2001.

...

24. Genom beslut av den 30 oktober 2001, K(2001) 3345 slutlig (ärende COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel) (nedan kallat det omtvistade beslutet) förklarade kommissionen med stöd av artikel 8.3 i förordning nr 4064/89 att den anmälda koncentrationen var oförenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalets funktion.

...

26. Mot bakgrund av de slutsatser som kommissionen drog i det omtvistade beslutet och efter det särskilda administrativa förfarande som inleddes den 19 november 2001 genom att ett meddelande med anmärkningar överlämnades till Tetra fattade kommissionen den 30 januari 2002 ett beslut i vilket det redogjordes för vilka åtgärder som var nödvändiga för att återupprätta förutsättningarna för en effektiv konkurrens i enlighet med artikel 8.4 i förordningen (ärende COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel)."

Det omtvistade beslutet

6. Det omtvistade beslutet skall i det följande i korthet sammanfattas. Jag kommer endast att ta upp de väsentliga avsnitten i det

omtvistade beslutet och förbehåller mig rätten att återkomma till vissa aspekter av särskild betydelse för förevarande mål.

7. Efter en allmän beskrivning av förpackningsindustrin för flytande livsmedel analyserade kommissionen de relevanta produktmarknaderna. Kommissionen bedömde därvid inledningsvis huruvida olika förpackningsmaterial är utbytbara och följaktligen huruvida olika förpackningssystem är utbytbara.

8. Kommissionen konstaterade att det för denna analys var ändamålsenligt att göra en indelning i "slutproduktsegment" och med andra ord bedöma utbytbarheten mellan de olika förpackningsmaterialen och förpackningssystemen med hänsyn till vilken typ av livsmedel i flytande form som skulle förpackas [4]. Från denna utgångspunkt utförde kommissionen, med hänsyn till att Tetra och Sidel i huvudsak var verksamma inom segmenten för förpackning i kartong och i PET, sin analys med särskild hänvisning till drycker som kunde förpackas i dessa två material (de så kallade vanliga produkterna eller känsliga produkterna), det vill säga "mejeriprodukter i flytande form" [5], "fruktjuicer" och "nektar" (till vilka det i det omtvistade beslutet och i den överklagade domen endast hänvisas som "fruktjuicer"), "fruktdrycker utan kolsyra" (till vilka det i beslutet hänvisas som "drycker med fruktsmak") och färdiga te- och kaffedrycker" (till vilka det i beslutet och i domen endast hänvisas som "te- och kaffedrycker") [6].

9. Vid sin undersökning av samspelet mellan de två materialen påpekade kommissionen inledningsvis att trots att de "traditionellt använts för olika flytande livsmedel" [7], var "PET följaktligen ... ett lämpligt material för förpackning av alla produkter som traditionellt ha[de] förpackats i kartong" [8]. Till följd av en ingående analys och särskilt mot "bakgrund av den senaste tidens och framtidens tekniska utveckling samt kostnads- och marknadsföringsaspekter" drog kommissionen därefter slutsatsen att "användningen av PET inom de gemensamma produktsegmenten [skulle] komm[a] att öka avsevärt under de [följande] fem åren" [9].

10. Kommissionen konstaterade således "att även om utbytbarheten mellan [kartong- och PET-förpackningssystemen] [för tillfället] inte [hade] den effektivitet och omedelbarhet som kräv[de]s vid en definition av marknaden (dvs. att de [var] svaga substitut),

4 — Se särskilt skälen 40 och 44 i beslutet.

5 — [Denna fotnot saknar relevans för den svenska översättningen.]

6 — Se särskilt skälen 12 och 45 i beslutet.

7 — Skäl 55, vari det anges att: "PET och kartong traditionellt [har] använts för olika flytande livsmedel. Detta beror främst på olika fysiska egenskaper hos dessa förpackningar. Kartong är ogenomskinligt och lämpar sig därför för syre- och ljuskänsliga produkter men kan inte stå emot trycket hos kolsyrade drycker. PET är genomskinligt och kan stå emot trycket hos kolsyrade drycker, men har traditionellt lämpat sig sämre för syre- och ljuskänsliga produkter. Till följd av detta har kartong främst använts för flytande mejeriprodukter (främst mjölk) och fruktjuicer, medan PET framför allt har använts för vatten (med eller utan kolsyra) och kolsyrade läskedrycker."

8 — Skäl 57.

9 — Punkt 103.

[kunde] detta komma att ändras i framtiden". Kommissionen konstaterade dessutom att "[m]ed tanke på deras användning inom samma sektor för förpackning av flytande livsmedel, deras gemensamma produktsegment och kundbas samt den ökade användningen av aseptisk teknik, tillhör[de] de båda förpackningssystemen dessutom två mycket närliggande marknader" [10].

11. Sedan detta konstaterats ansåg kommissionen att "det [var] nödvändigt att analysera huruvida det [fanns] separata relevanta produktmarknader för specifik utrustning inom varje förpackningssystem" [11].

12. Efter denna analys och med hänvisning till PET-förpackningssystem [12], drog kommissionen slutsatsen: a) att "maskinerna för sträckformblåsning [SBM-maskiner] med hög kapacitet [utgjorde] en separat marknad som är skild från den för [SBM-]maskiner med låg kapacitet" och att det "[m]ed tanke på de känsliga produkternas speciella egenskaper och möjligheten till prisdiskriminering" fanns "separata relevanta marknader för varje enskild kundgrupp beroende på slutanvändning, [vilket] gäll[de] särskilt de fyra segmenten känsliga drycker" [13], b) att olika slags "barriärteknik för PET [utgjorde] en del av samma produktmarknad" [14], c) att det fanns "två separata produktmarknader för aseptiska respektive icke-aseptiska fyllningsmaskiner för PET-flaskor" [15], d) och att "flaskämnen [för PET utgjorde] en separat produktmarknad" [16].

13. Med hänvisning däremot till förpackningssystemen för kartong konstaterade kommissionen "att det [fanns] fyra separata produktmarknader: aseptiska förpackningsmaskiner för kartong, aseptiska kartonger,

10 — Skäl 163.

11 — Skäl 164.

12 — Vad avser dessa system skall det erinras om att "[f]örpackningen av flytande livsmedel i [PET-flaskor] kräver en kombination av speciella maskiner och i erforderliga fall en barriärteknik [för att göra PET kompatibelt med produkter som är gas- och ljuskänsliga]. Förpackningsprocessen består av tre skilda steg: a) tillverkning av plastflaskämnen och formar som används för att tillverka PET-flaskor, b) tillverkning av tomma PET-flaskor där man använder plastflaskämnen i specialiserade sträckformblåsningsmaskiner, och särskilda maskiner för sträckformblåsning [SBM-maskiner] och c) tappning av drycken i de färdiga PET-flaskorna genom en särskild fyllningsmaskin" (skäl 20 i beslutet). I PET-förpackningssystemen "[förpackas] flytande livsmedel huvudsakligen på två sätt: internt av dryckestillverkarna själva eller av oberoende förpackningsföretag [eller bearbetarna]. Intern förpackning kräver att livsmedelstillverkaren köper in förpackningsutrustning och installerar förpackningslinjer i sina lokaler. Förpackningsföretag tillverkar däremot tomma förpackningar som sedan fylls antingen av fyllningsföretag eller säljs till dryckestillverkare som fyller dem internt" (skäl 15 i beslutet).

13 — Skäl 188.

14 — Skäl 199. Jag erinrar i detta avseende om att "det i fråga om syrekänsliga produkter (som fruktjuicer och öl) måste PET-flaskans gasavgränsande egenskaper förstärkas. ... För att förstärka PET-materialets barriäregenskaper tillämpas en barriärteknik på vanliga PET-flaskor ... För ljuskänsliga produkter såsom UHT-mjölk måste man tillsätta en ljusbarriär" (skälen 22–24 i beslutet).

15 — Skäl 204. Jag erinrar i detta avseende om att "[i]cke-aseptiska fyllningsmaskiner ... i regel [används] för kolsyrade drycker, mineralvatten, matoljor och färsk mjölk. Aseptiska fyllningsmaskiner används för fruktjuicer, drycker med fruktsmak och smaksatta drycker utan kolsyra, färdiga te- och kaffedrycker samt flytande mejeriprodukter" (skäl 21 i beslutet).

16 — Skäl 206.

icke-aseptiska förpackningsmaskiner för kartong samt icke-aseptiska kartonger" [17].

14. Sedan detta preciserats beträffande de relevanta produktmarknaderna övergick kommissionen till att skyndsamt undersöka den geografiska dimensionen av dessa marknader och konstaterade därvid att "den relevanta geografiska marknaden [för dem] [utgjordes] av EES" [18].

15. När kommissionen därefter övergick till att bedöma den anmälda koncentrationens effekt på konkurrensen konstaterade den inledningsvis att Tetra redan före koncentrationen hade "en dominerande ställning på marknaden för aseptiska förpackningsmaskiner och kartonger, och en ledande ställning på marknaden för icke-aseptiska förpackningsmaskiner och kartonger". Tetra hade dessutom "en dominerande ställning på den samlade marknaden för kartongförpackning" [19]. Sidel hade före den anmälda koncentrationen däremot "en ledande ställning på marknaden för SBM-maskiner med hög och låg kapacitet inom alla slutproduktsegment samt en stark ställning på marknaden för annan PET-förpackningsutrustning, särskilt aseptiska fyllningsmaskiner, kringutrustning och närliggande tjänster" [20].

16. Under dessa omständigheter bedömde kommissionen huruvida den anmälda koncentrationen innebar att en eller flera dominerande ställningar skapats eller förstärkts i den mening som avses i artikel 2 i förordningen.

17. Kommissionen konstaterade i detta avseende först och främst att "[d]en föreslagna transaktionen [fick] direkta horisontella effekter, eftersom båda parterna [var] verksamma på tre separata produktmarknader: [SBM]-maskiner (låg kapacitet), barriärteknik och aseptiska fyllningsmaskiner för PET-flaskor". Enligt kommissionen skulle "Sidels redan starka ställning" följaktligen genom "sammanslagningen omedelbart ... förstärka[s] ... ytterligare" [21].

18. Kommissionen konstaterade med hänvisning till koncentrationens "horisontella effekter" närmare bestämt: a) "att marknaden

17 — Skäl 209. Det skall med avseende på dessa system erinras om att "[t]ill skillnad från PET med dess olika produktionsled (flaskämnen, tomma flaskor, fyllning), är processen att fylla kartongförpackning med flytande livsmedel integrerad: förpackningen tillverkas, fylls och tillsluts i en process. Alla dessa moment sker i en enda kartongförpackningsmaskin i dryckestillverkarens lokaler. ... Det finns separata aseptiska och icke-aseptiska kartongmaskiner, och separationen av aseptiska och icke-aseptiska kartongförpackningar genomsyrar hela förpackningsprocessen" (skäl 28 i beslutet).

18 — Skäl 212.

19 — Skäl 231.

20 — Skäl 259.

21 — Punkt 263.

för [SBM-]maskiner med låg kapacitet skulle bli mer koncentrerad till följd av transaktionen" och att "Tetra/Sidel skulle bli det överlägset ledande företaget inom hela spektret av [SBM-]maskiner — från de enklaste maskinerna med låg kapacitet till de tekniskt mest avancerade maskinerna och de maskiner som ha[de] högst kapacitet" [22], b) "att sammanslagningen av [parternas tekniker] ... avsevärt skulle stärka enhetens ställning på marknaden för barriärteknik", om än " inte i den omfattning att det skulle skapa en dominerande ställning" [23], och c) "att den sammanslagna enheten skulle få en stark ställning ... på marknaden för aseptiska PET-fyllningsmaskiner" [24].

19. Kommissionen undersökte därefter de "vertikala effekterna" av koncentrationen och konstaterade att denna skulle leda till "att Tetra/Sidel [blev] vertikalt integrerat inom tre förpackningssystem: kartong, HDPE och PET". Detta kunde "skapa en kanalkonflikt med oberoende förpackningsföretag [eller 'bearbetare'] som eventuellt [kunde] få konkurrensbegränsande effekter". Kommissionen drog därför inte slutsatsen att "dessa vertikala problem i sig skulle leda till att det skapa[des] en dominerande ställning på området PET-utrustning eller PET-flaskämnen" [25].

20. Sedan detta sagts med hänvisning till koncentrationens "horisontella" och "vertikala" effekter övergick kommissionen till att bedöma de eventuella konkurrensbegränsande "konglomerateffekterna" som följde av att den genom koncentrationen bildade enheten hade intagit en stark ställning på närliggande marknader, såsom marknaderna för kartong och för kartongförpackningsutrustning och marknaderna för PET-förpackningsutrustning. En sådan bedömning hade enligt kommissionen blivit nödvändig på grund av det nära samband mellan de olika marknaderna som följde av att "PET redan börja[de] bli ett viktigt alternativ — och komplement — till kartong på marknaderna för känsliga produkter och att materialet [skulle] komm[a] att fortsätta att öka i betydelse" [26].

21. Från denna utgångspunkt bedömde kommissionen först och främst huruvida den genom koncentrationen bildade enheten kunde dra nytta av sin dominerande ställning på kartongmarknaden för att skaffa sig en dominerande ställning på marknaderna för PET-förpackningsutrustning (den så kallade hävstångseffekten eller "leveraging"). Efter en ingående analys drog kommissionen i detta avseende slutsatsen "att den föreslagna transaktionen genom att förena det dominerande företaget inom kartongförpackning, Tetra, och det ledande företaget inom PET-förpackningsutrustning, Sidel, skulle skapa en marknadsstruktur som [skulle ge] den sammanslagna enheten incitament och verktyg att förvandla sin ledande ställning inom

22 — Skälen 269 och 270.
23 — Skäl 282.
24 — Skäl 290.
25 — Skäl 324.
26 — Skäl 337.

PET-förpackningsutrustning, särskilt [SBM-] maskiner (låg och hög kapacitet) för känsliga produktsegment, till en dominerande ställning. Detta skulle sannolikt också förstärka den sammanslagna enhetens ställning och få konkurrensbegränsande effekter på den samlade marknaden för [SBM-]maskiner." [27]

22. Kommissionen bedömde därefter vilka effekter som den anmälda koncentrationen skulle kunna få på Tetras dominerande ställning på kartongförpackningsmarknaden. Mot bakgrund av att "kartong- och PET-förpackningssystem [utgjorde] ... närliggande produktmarknader som [utövade] ett visst konkurrenstryck på varandra" drog kommissionen i detta avseende slutsatsen att "[g] enom att eliminera Sidel som en källa till ett ökat konkurrenstryck på en närliggande marknad skulle Tetras ställning på marknaden för kartongförpackningar förstärkas" [28].

23. Kommissionen bedömde slutligen huruvida dominansen för den genom koncentrationen bildade enheten på området för kartong- och PET-förpackningsutrustning kunde leda till att dess ledande ställning ytterligare förstärktes. Kommissionen ansåg i detta avseende att "[d]etta sannolikt [skulle] leda till att den ställning som [denna] enhet [fick] inom de känsliga slutproduktsegmenten marginaliserad[de] konkurrenterna och skapa[de] hinder för marknadsinträde. På så sätt skulle dess dominans förstärkas på de relevanta marknaderna för kartongförpackningsutrustning och PET-förpackningsutrustning, särskilt [SBM-]maskiner för känsliga produkter". [29]

24. Efter att ha slutfört bedömningarna av den anmälda koncentrationens inverkan på konkurrensen övergick kommissionen till att bedöma de åtaganden som Tetra föreslagit och som bestod av: a) "en avyttring av Tetras verksamhet på området [SBM-]maskiner", b) "en avyttring av Tetras verksamhet på området PET-flaskämnen", c) "att låta Sidel vara självständigt från Tetra Paks dotterföretag och vidta korrigerande åtgärder mot sådana uppträdanden som anges i artikel 82 i EG-fördraget", samt d) "att bevilja en licens för tillverkning av Sidels [SBM-]maskiner för försäljning till kunder som tappa[de] känsliga produkter och till förpackningsföretag". [30]

25. Efter en skyndsam undersökning av dessa åtaganden ansåg kommissionen emellertid att de var "otillräckliga för att eliminera de största konkurrensproblem som identifierats i fråga om marknaderna för PET-förpackningsutrustning och kartongförpackningar". Anledningen härtill var att "[d]e båda avyttringarna [skulle komma] att få minimala effekter på den sammanslagna enhetens ställning", att licensen inte bara var "otillräcklig för att undanröja de konkurrensproblem som kommissionen hade

27 — Skäl 389.
28 — Skälen 397 och 399.
29 — Skäl 408.
30 — Skäl 410.

identifierat ... [utan] inte heller [tycktes] utgöra ett fungerande alternativ och faktiskt [kunde] medföra komplicerade mekanismer på marknaden, vilket [skulle leda] till en artificiell reglering", och att "de båda åtagandena enligt artikel 82 [var] otillräckliga för att undanröja de problem som upp[stått] på grund av marknadens struktur efter sammanslagningen" [31].

26. Kommissionen konstaterade således att "med tanke på de föreslagna åtagandenas bristande genomförbarhet och tillräcklighet när det gäll[de] att eliminera de konkurrensproblem som transaktionen aktualisera[t] ... [räckte dessa inte] för att undanröja de konkurrensproblem som identifierats och [kunde] sålunda inte ligga till grund för ett beslut att godkänna transaktionen" [32].

27. Mot bakgrund av samtliga överväganden som sammanfattats ovan drog kommissionen således slutsatsen "att den anmälda transaktionen skulle skapa en dominerande ställning på marknaden för PET-förpackningsutrustning, särskilt [SBM-]maskiner som används för känsliga produktsegment, och förstärka en dominerande ställning på marknaden för aseptisk kartongförpackningsutrustning och aseptiska kartonger inom EES. Detta skulle leda till en betydande begränsning av konkurrensen på den gemensamma marknaden och inom EES". [33] Mot bakgrund av att de av Tetra föreslagna åtagandena inte hade ansetts räcka till för att avhjälpa denna situation förklarade kommissionen följaktligen att koncentrationen var "oförenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalets funktion" [34].

Den överklagade domen

28. Tetra har genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 15 januari 2002 överklagat kommissionens beslut. Förstainstansrätten biföll denna talan och ogiltigförklarade det omtvistade beslutet genom dom av den 25 oktober 2002.

29. Den överklagade domen skall i det följande i korthet sammanfattas. Jag kommer endast att ta upp de väsentliga avsnitten och förbehåller mig rätten att återkomma till vissa aspekter.

30. Efter att ha fastslagit att talan inte kan vinna bifall på den grunden att "rätten att få

31 — Skäl 424.
32 — Skäl 451.
33 — Skäl 452.
34 — Artikel 1 i beslutet.

tillgång till handlingarna i ärendet [har åsidosatts]" [35], uppehöll sig förstainstansrätten — såvitt här är av direkt intresse — vid: a) "grunden om den modifierade koncentrationens konkurrensbegränsande horisontella och vertikala verkningar" [36], b) "grunden om avsaknad av förutsebara konglomeratverkningar".

31. Förstainstansrätten konstaterade med hänvisning till grunden om de "horisontella" och "vertikala" verkningarna av koncentrationen inledningsvis "att även om kommissionen inte [hade] baserat det omtvistade beslutet på dessa ... verkningar, [kvarstod] dock att kommissionen [tagit] hänsyn till dem när den drog slutsatsen att den modifierade koncentrationen skulle förbjudas" [37].

32. Sedan detta preciserats konstaterade förstainstansrätten att om de åtaganden som Tetra föreslagit beaktades var "koncentrationen för konkurrensen skadliga horisontella verkningar, vilka kommissionen hänvisa[de] till i det omtvistade beslutet, endast mycket små, om inte obefintliga, på de olika ifrågavarande marknaderna för PET-förpackningsutrustning". På grundval härav drog förstainstansrätten således slutsatsen "att kommissionen [hade gjort] en uppenbart felaktig bedömning när den basera[t] sig på den modifierade koncentrationens horisontella verkningar för att komma till slutsatsen att den nya enheten skulle få en dominerande ställning på nämnda PET-förpackningsmarknader genom en hävstångseffekt" [38].

33. På motsvarande sätt konstaterade förstainstansrätten att "det ... inte [hade] visats att den modifierade koncentrationen skulle medföra omfattande vertikala verkningar eller åtminstone påtagliga sådana på ifrågavarande marknader för PET-förpackningsutrustning". Under dessa förhållanden "måste" enligt dess bedömning "slutsatsen [således] dras att kommissionen gjor[t] en uppenbart felaktig bedömning när den basera[t] sig på den modifierade koncentrationens vertikala verkningar för att komma till slutsatsen att den nya enheten skulle få en dominerande ställning på nämnda PET-marknader genom att utnyttja en hävstångseffekt" [39].

34. Enligt förstainstansrätten "medförde" dock inte den "uppenbart felaktig[a] bedömning" som kommissionen gjort "när den basera[t] sig på den modifierade koncentrationens horisontella och vertikala verkningar till stöd för sin bedömning att en dominerande ställning skulle skapas på ... PET-marknader[na]" att "det omtvistade beslutet [skulle] ogiltigförklaras eftersom de av kom-

35 — Punkterna 83–118.

36 — Med "den modifierade koncentrationen" avser förstainstansrätten "koncentrationen, såsom den ändrats genom åtagandena" (punkt 81).

37 — Punkt 124.

38 — Punkt 132.

39 — Punkt 140.

missionen anförda konglomeratverkningarna i sig [var] tillräckliga för att motivera detta beslut" [40].

35. Förstainstansrätten övergick, när den kom till "grunden om avsaknad av förutsebara konglomeratverkningar", till att "[i] tur och ordning [pröva] de tre pelarna i kommissionens resonemang, det vill säga hävstångseffekten, elimineringen av den potentiella konkurrensen och en allmän förstärkning av den nya enhetens ställning i konkurrenshänseende" [41].

36. Förstainstansrätten påpekade först och främst, när den inledde med den första pelaren, att — såsom även kommissionen hade erkänt — "Tetras utnyttjande av en hävstångseffekt till följd av beteenden [som angetts i beslutet [42]] ... [hade] kunnat utgöra missbruk av den redan befintliga dominerande ställning som Tetra inneha[de] på marknaderna för aseptisk kartong" [43]. I denna situation skulle kommissionen enligt förstainstansrätten ha "bedöm[t] om det, trots förbudet mot dessa beteenden, ändå inte [var] sannolikt att den genom koncentrationen bildade enheten [skulle komma] att bete sig på ett sådant sätt eller om beteendets rättsstridiga karaktär och/eller risken för att ett sådant beteende [skulle] upptäckas tvärtom [gjorde] en sådan strategi föga trolig. Även om det inom ramen för denna bedömning [var] lämpligt att beakta vilka incitamenten är för konkurrensbegränsande beteenden, så som dem i förevarande mål, som för Tetra är ett resultat av förutsebara kommersiella fördelar på marknaderna för PET-utrustning ..., [var] kommissionen även skyldig att undersöka i vilken mån nämnda incitament skulle [ha] minska [t] eller till och med [ha] undanröj[ts] på grund av att ifrågavarande beteenden [varit] rättsstridiga, sannolikt [blev] upptäckta, [blev] föremål för rättsliga åtgärder av behöriga myndigheter på såväl gemenskapsnivå som nationell nivå och på grund av de ekonomiska sanktioner som skulle [ha] kunna[t] bli följden" [44].

37. Mot bakgrund således av att "kommissionen inte [hade] gjort någon sådan bedömning i det omtvistade beslutet" konstaterade förstainstansrätten att "i den mån kommissionens bedömning [hade] grundats på att det [var] möjligt och till och med troligt att Tetra [skulle komma] att göra sig skyldig till ett sådant beteende på marknaderna för aseptiska kartonger", kunde dess slutsatser i detta hänseende inte godtas [45].

38. På motsvarande sätt ansåg förstainstansrätten att "även den omständigheten att

40 — Punkt 141.

41 — Punkt 145.

42 — Förstainstansrätten har vid sin sammanfattning av beslutets innehåll i detta avseende påpekat att "[u]ppkomsten ... av en hävstångseffekt från marknaderna för aseptisk kartong ... skulle [ha tagit] sig uttryck i möjligheten för den nya enheten att tillämpa diverse praxis som består i att koppla ihop försäljningen av utrustning och förbrukningsvaror för kartongförpackningar med försäljningen av PET-förpackningsutrustning, inklusive tillämpning av köptvång ... , för det första, genom att enheten troligen skulle sätta dumpningspriser ('predatory pricing'), för det andra, genom att bedriva priskrig och, för det tredje, genom att ge lojalitetsrabatter" (punkt 156).

43 — Punkt 158.

44 — Punkt 159.

45 — Punkt 160.

sökanden ... [hade] föreslagit åtaganden avseende sitt framtida beteende [utgjorde] en faktor som kommissionen med nödvändighet borde ha beaktat i syfte att bedöma om det var sannolikt att den nya enheten skulle bete sig på ett sätt som gjorde det möjligt att skapa en dominerande ställning på en eller flera av ifrågavarande marknader för PET-utrustning". "Det [framgick] emellertid inte av det omtvistade beslutet att kommissionen [hade] beakta[t] betydelsen av nämnda åtagande i sin bedömning av om en sådan ställning skulle kunna skapas i framtiden genom det förutsedda utnyttjandet av hävstångseffekten." [46].

39. Förstainstansrätten drog således slutsatsen att det fanns anledning "att pröva om kommissionen [hade gjort] sin framåtblickande analys av en sannolik hävstångseffekt ... och konsekvenserna av en sådan effekt ... på tillräckligt övertygande bevis". Vid denna prövning skulle "hänsyn tas endast till de beteenden som — åtminstone sannolikt — inte [var] rättsstridiga" [47].

40. Sedan detta preciserats konstaterade förstainstansrätten i sin fortsatta analys att "kommissionen inte [hade gjort] någon uppenbart felaktig bedömning när den [ansett] att den nya enheten skulle ha[ft] möjlighet att utnyttja en hävstångseffekt" [48]. I synnerhet hade enligt förstainstansrätten kommissionen "på ett rättsligt övertygande sätt visat att PET-sektorn [skulle komma] att uppvisa en förutsebar tillväxt som [möjliggjorde] den angivna hävstångseffekten" [49].

41. Eftersom det av det omtvistade beslutet emellertid framgick "att incitamentet för den nya enheten att utnyttja en hävstångseffekt i stor utsträckning bero[dde] på PET-marknadernas förutsedda tillväxt" ansåg förstainstansrätten att det var nödvändigt att, som sökanden hade hävdat, undersöka om "den förutsebara volymen på känsliga produkter förpackade i PET under perioden fram till år 2005, i jämförelse med den totala framtida volymen av produkter förpackade i PET, omöjlig[gjorde] eller åtminstone på ett påtagligt sätt minska[de] detta incitament" [50].

42. Efter denna undersökning drog förstainstansrätten slutsatsen att "de av kommissionen i det omtvistade beslutet meddelade tillväxtprognoserna med avseende på mejeriprodukter i flytande form och juice inte ha [de] kunnat bevisas på ett rättsligt övertygande sätt. Visserligen [var] en viss tillväxt trolig i dessa segment, särskilt beträffande de dyrare produkterna, men det sakna[de]s

46 — Punkt 161.
47 — Punkt 162.
48 — Punkt 199.
49 — Punkt 195.
50 — Punkt 201.

övertygande bevis på denna tillväxts storlek" [51]. Enligt förstainstansrätten kunde det med hänsyn till "den omständigheten att användningen av PET sannolikt [skulle komma] att öka under perioden fram till år 2005, om än på ett mindre klart sätt än kommissionen ha[de] förutsett, ... emellertid inte uteslutas att det [skulle komma] att finnas ett incitament att utnyttja en hävstångseffekt" [52].

43. Mot bakgrund av det ovanstående övergick förstainstansrätten till att "undersöka på vilka sätt en sådan hävstångseffekt skulle [ha] kunna[t] åstadkommas av den nya enheten" [53]. Förstainstansrätten ansåg härvidlag att man genom att begränsa analysen "till [de sätt] som åtminstone sannolikt inte [utgjorde] ett missbruk av en dominerande ställning på marknaderna för aseptisk kartong" [54], och med hänsyn till de av Tetra föreslagna åtagandena, med nödvändighet borde dra "slutsatsen ... att de möjligheter som den nya enheten ha[de] att utnyttja en hävstångseffekt [var] ganska begränsade" [55]. Det hade därför varit lämpligt att ta hänsyn till detta vid "undersökningen av de förutsebara konsekvenserna av ett sådant beteende från den nya enhetens sida" [56].

44. Vid den därpå följande undersökningen av dessa konsekvenser ansåg förstainstansrätten att det var lämpligt "att göra en distinktion mellan de olika marknaderna för PET-utrustning och de specifika marknaderna för SBM-maskiner" [57].

45. Till följd av en omsorgsfull analys marknad för marknad drog förstainstansrätten, med hänvisning till marknaderna för PET-utrustning, slutsatsen "att det i det omtvistade beslutet inte tillhandahåll[it]s tillräckligt övertygande bevis för att det [skulle] kunna visas att det, till följd av att en hävstångseffekt från marknaderna för aseptisk kartong utnyttja[de]s under perioden fram till år 2005, skulle skapas en dominerande ställning till förmån för den nya enheten på marknaderna för barriärteknik, maskiner för aseptisk och icke aseptisk tappning, system för tillslutning av plastflaskor samt kringutrustning" [58].

46. Vad avser marknaderna för SBM-maskiner drog förstainstansrätten, likaså till följd av en omsorgsfull analys, slutsatsen:

— Att "[p]å grundval av de bevis som tillhandahåll[it]s i det omtvistade beslutet ha[de] kommissionen således gjort ett fel dels genom att konstatera att SBM-maskinerna 'till största delen [var] generiska', dels genom att göra en

51 — Punkt 214. Enligt förstainstansrätten har kommissionen däremot inte begått något fel med avseende på uppskattning av tillväxten för drycker med fruktsmak och te- och kaffedrycker (punkt 215).

52 — Punkt 216.

53 — Punkt 216.

54 — Punkt 218.

55 — Punkt 224.

56 — Ibidem.

57 — Punkt 225.

58 — Punkt 254.

åtskillnad mellan dem beroende på deras slutliga användning". Dessutom tillhandahölls "i det omtvistade beslutet inte tillräckliga bevis för att motivera särskilda delmarknader bland SBM-maskinerna i förhållande till deras slutliga användning". Detta var skälet till att "[d]e enda delmarknader som [skulle] beaktas följaktligen [var] dem för maskiner med liten och stor kapacitet" [59].

— Att "i fråga om SBM-maskiner med liten kapacitet [kommissionen] i den mån [den] föruts[åg] att det [var] sannolikt att det under perioden fram till år 2005 [skulle komma] att skapas en dominerande ställning på denna marknad, ha[de] ... gjort en uppenbart felaktig bedömning" [60].

— Att "[n]är det handla[de] om marknaden för SBM-maskiner med stor kapacitet motivera[de] följaktligen inte de omständigheter som kommissionen ha [de] baserat sig på dess slutsats enligt vilken såväl den nya enhetens konkurrenter som bearbetarna skulle trängas undan under perioden fram till år 2005 genom att den nya enheten skulle utnyttja en hävstångseffekt i förhållande till Tetras ... kunder på kartongmarknaderna, vilka under denna period ha[de] för avsikt att övergå helt eller delvis till användning av PET för förpackning av känsliga produkter" [61].

47. När förstainstansrätten drog en "[a]llmän slutsats angående utnyttjandet av hävstångseffekten" konstaterade den följaktligen "att kommissionen [hade] gjor[t] en uppenbart felaktig bedömning när den basera[t] sig på konsekvenserna av en hävstångseffekt som utnyttjades av den nya enheten för att underbygga sin slutsats att det under perioden fram till år 2005 skulle skapas en dominerande ställning på marknaderna för PET-förpackningsutrustning, särskilt på marknaderna för SBM-maskiner med stor och liten kapacitet som använd[e]s för känsliga produkter" [62].

48. Förstainstansrätten påpekade således att "[e]ftersom de villkor som krävs enligt artikel 2.3 i förordningen inte [var] uppfyllda vad gäll[de] den av kommissionen förutsedda hävstångseffekten [skulle] ... rätten [komma] att pröva om dessa villkor [var] uppfyllda vad gäll[de] den andra pelaren i kommissionens resonemang angående kartongmarknaderna" [63].

59 — Punkt 269.
60 — Punkt 283.
61 — Punkt 306.
62 — Punkt 308.
63 — Punkt 309.

49. När förstainstansrätten således övergick till denna bedömning påpekade den först och främst i allmänna ordalag att kommissionen inte hade "[begått] något fel när den undersökt(e) betydelsen för kartongmarknaderna av en minskning av den potentiella konkurrens som [kom] från marknaderna för PET-utrustning. Det ankommer emellertid på kommissionen att visa att en sådan minskning, om den existera[de], skulle [ha] kunna[t] förstärka Tetras dominerande ställning i förhållande till konkurrenterna på marknaderna för aseptisk kartong" [64].

50. Efter att ha prövat kommissionens bedömningar drog förstainstansrätten i detta hänseende slutsatsen att "de omständigheter som åberopats i det omtvistade beslutet inte på ett rättsligt övertygande sätt visa[t] att verkningarna av den modifierade koncentrationen på den ställning som inneha[de]s av Tetra, främst på marknaderna för aseptisk kartong genom att Sidel undanröj[de]s som potentiell konkurrent, skulle vara av den art att villkoren i artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 [var] uppfyllda". Enligt förstainstansrättens bedömning "hade det [nämligen] inte visats att den nya enhetens ställning i förhållande till konkurrenterna på kartongmarknaderna skulle [ha] förstärk[ts]" [65].

51. När förstainstansrätten slutligen övergick till den "tredje pelaren" i kommissionens resonemang, avseende en allmän förstärkning av den nya enhetens ställning i konkurrenshänseende inom sektorn för förpackning av känsliga produkter, konstaterade den endast att "[d]essa verkningar av den anmälda koncentrationen ...dock inte [kunde] betraktas åtskilda från analysen i det omtvistade beslutet av de två första pelarna i kommissionens resonemang. Eftersom bedömningen av dessa båda pelare [innehöll] uppenbart oriktiga bedömningar ... [skulle] även den tredje pelaren ogillas utan att det [fanns] anledning till någon detaljerad prövning" [66].

52. Förstainstansrätten drog följaktligen slutsatsen att "det inte visa[ts] på ett rättsligt övertygande sätt i det omtvistade beslutet att den modifierade koncentrationen skulle [ha] medför[t] påtagliga konkurrensbegränsande konglomeratverkningar". Enligt förstainstansrättens bedömning "måste således [slutsatsen] dras att kommissionen [hade] gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att förbjuda den modifierade koncentrationen på grundval av omständigheter som åberopa[t]s i det omtvistade beslutet angående den förutsebara konglomeratverkan" [67].

53. Genom att dra en "[ö]vergripande slutsats" av utgången i målet konstaterade förstainstansrätten följaktligen att "talan [skulle] bifallas på grunderna om avsaknad

64 — Punkt 323.
65 — Punkt 333.
66 — Punkt 335.
67 — Punkt 336.

av konkurrensbegränsande horisontella verkningar, vertikala verkningar och konglomeratverkningar utan att det [fanns] anledning att pröva de övriga grunderna" och att "[d]et omtvistade beslutet ... följaktligen [skulle] ogiltigförklaras" [68].

Överklagandet och förfarandet vid domstolen

54. Kommissionen har genom ansökan som inkom till domstolens kansli den 8 januari 2003 överklagat förstainstansrättens dom och yrkat att den skall upphävas. Tetra har naturligtvis bestridit detta yrkande och inkommit med en svarsskrivelse i enlighet med artikel 115 i domstolens rättegångsregler.

55. Förutom att yrka att talan skall ogillas har Tetra genom denna skrivelse begärt att sagda ansökan skall översättas till franska (originalet är på engelska som var rättegångsspråket i målet vid förstainstansrätten och följaktligen även i förevarande mål), såsom åtgärd för bevisupptagning i enlighet med artikel 45.2 b i rättegångsreglerna. Domstolen avslog dock denna begäran genom beslut av den 24 juli 2003.

68 — Punkterna 337 och 338.

56. Efter tillstånd av domstolens ordförande, i den mening som avses i artikel 117 i rättegångsreglerna, har kommissionen ingett en replik, vilken följts av en duplik från Tetra. Parterna har dessutom skriftligen svarat på en fråga från domstolen och har därefter hörts vid förhandlingen den 27 januari 2004.

III — Rättslig bedömning

57. Kommissionen har till stöd för sitt överklagande anfört fem grunder avseende

i) felaktig rättstillämpning avseende beviskrav och domstolsprövningens omfattning,

ii) felaktig rättstillämpning, och i synnerhet ett åsidosättande av artiklarna 2 och 8.2 i förordningen, genom begäran att kommissionen skulle beakta den rättsstridiga karaktären av bestämda beteenden och ta hänsyn till rent beteendemässiga åtaganden,

iii) felaktig rättstillämpning genom att inte bekräfta kommissionens fastställande av separata marknader för SBM-maskiner i förhållande till deras slutanvändning,

iv) åsidosättande av artikel 2 i förordningen, förvanskning av de faktiska omständigheterna och underlåtenhet att beakta kommissionens argument i de fall där förstainstansrätten inte har bekräftat kommissionens slutsats att Tetras dominerande ställning på kartongmarknaden förstärks,

v) felaktig rättstillämpning genom att inte bekräfta kommissionens slutsats avseende det förhållandet att det skapas en dominerande ställning för Tetra på marknaderna för SBM-maskiner.

58. Efter några kortfattade allmänna överväganden om huruvida talan mot förstainstansrättens domar kan upptas till sakprövning skall dessa grunder analyseras i samma ordning som den i vilken kommissionen har framlagt dem.

Allmänna överväganden om huruvida talan mot förstainstansrättens domar kan upptas till sakprövning

59. Mot bakgrund av att Tetra har ifrågasatt huruvida en stor del av kommissionens grunder kan upptas till sakprövning skall det — före övergången till en analys av dessa grunder — i enlighet med artikel 225 EG och artikel 51 i EG-stadgan för domstolen i korthet erinras om att förstainstansrättens domar kan överklagas "endast i rättsfrågor".

60. Av detta framgår, enligt fast rättspraxis, att förstainstansrätten är "dels ensam behörig att fastställa vilka faktiska omständigheter som är relevanta, utom då de innehållsmässiga felaktigheterna beror på handlingarna i det aktuella målet, dels ensam behörig att bedöma dessa faktiska omständigheter. När förstainstansrätten har fastställt och bedömt de faktiska omständigheterna, är domstolen enligt artikel 168 A i EG-fördraget [nu artikel 225 EG] behörig att göra en kontroll av dessa faktiska omständigheters rättsliga beskaffenhet och de rättsliga slutsatser som förstainstansrätten drog av dessa ... Domstolen är således varken behörig att fastställa vilka faktiska omständigheter som är relevanta eller, i princip, att bedöma den bevisning som förstainstansrätten godtog till stöd för dessa omständigheter. När dessa bevis har förebringats på rätt sätt och när allmänna rättsgrundsatser och processregler avseende bevisbördan och förebringande av

bevisning har följts, är endast förstainstansrätten behörig att avgöra bevisvärdet av de upplysningar som har förelagts den ... När dessa omständigheter inte har missuppfattats utgör denna bedömning således inte en rättsfråga som i sig kan kontrolleras av domstolen" [69].

61. Det är således endast inom de snäva gränser som anges i denna fasta rättspraxis som domstolen kan pröva de olika grunderna för talan.

Grunden avseende beviskrav och domstolsprövningens omfattning

62. Genom den första grunden för talan, som i huvudsak har delats upp i två delar, har kommissionen för det första i allmänna ordalag kritiserat omfattningen av förstainstansrättens domstolsprövning och de bevis som den krävt för att hindra en koncentration och, för det andra, tillhandahållit ett "konkret exempel" på de fel som förstainstansrätten har begått och därvid ifrågasatt den typ av kontroll som förstainstansrätten utfört i fråga om dess bedömningar om den förutsebara tillväxten av PET. Dessa två aspekter kommer för tydlighets skull att i det följande analyseras separat.

a) Kommissionens allmänna kritik

63. Kommissionens kritik av allmän karaktär avser framför allt omfattningen av den domstolsprövning som förstainstansrätten gjort med hänvisning till de komplicerade ekonomiska bedömningarna i det omtvistade beslutet.

64. Kommissionen har särskilt kritiserat förstainstansrätten för att den inte har begränsat sig till att kontrollera huruvida kommissionen hade gjort sig skyldig till en "uppenbart felaktig bedömning", och således att granska huruvida de faktiska uppgifter som låg till grund för dess bedömning var riktiga, huruvida de slutsatser som dragits av dessa uppgifter inte var uppenbart felaktiga eller motsägande och huruvida alla relevanta faktorer hade beaktats.

65. I stället för att begränsa granskningen till dessa aspekter hade förstainstansrätten genom att övergå till att kontrollera huruvida kommissionens slutsatser hade stöd i bevis eller "övertygande" omständigheter, enligt kommissionen, utövat en mycket strängare kontroll [70]. Förstainstansrätten hade således felaktigt utfört en typ av kontroll som bokstavligt taget skulle ha ålagt kommissionen att "övertyga den" om sina slutsatser

69 — Domstolens dom av den 28 maj 1998 i mål C-7/95 P, Deere mot kommissionen (REG 1998, s. I-3111), punkterna 21 och 22. För ett liknande resonemang, se exempelvis dom av den 2 mars 1994 i mål C-53/92 P, Hilti mot kommissionen (REG 1994, s. I-667), punkterna 42 och 43, och av den 28 maj 1998 i mål C-8/95 P, New Holland Ford mot kommissionen (REG 1998, s. I-3175), punkt 26.

70 — [Denna fotnot saknar relevans för den svenska översättningen.]

och, följaktligen, skulle ha gett förstainstansrätten rätt att ta upp dessa frågor i sak och ersätta kommissionens bedömning med sin egen bedömning. Enligt kommissionens uppfattning hade förstainstansrätten i förevarande fall dessutom utövat en betydligt strängare kontroll än den kontroll som domstolen utfört i domen i målet Kali und Salz [71]. Detta mål avsåg likaledes en koncentration, i vilket gemenskapsdomstolen endast kontrollerat huruvida kommissionens slutsatser hade stöd i "tillräckligt betydelsefulla och samstämmiga" uppgifter (i den del i den engelska versionen av domen där det hänvisas till kommissionens talan talar domstolen om "sufficiently cogent and consistent body of evidence") [72].

66. Kommissionen har vidare kritiserat förstainstansrätten för att den ansett att eftersom "den förutsedda dominerande ställningen inte heller skulle konkretiseras förrän efter viss tid ..., måste kommissionens framåtblickande analys, oaktat dess utrymme för skönsmässig bedömning, vara *särskilt rimlig*" [73]. Med ett sådant synsätt skulle kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning vid komplicerade ekonomiska bedömningar nämligen minskas i alltför hög grad och innebära att den ålades att grunda sig enbart på uppgifter och omständigheter som lämpar sig för en enda, entydig tolkning.

67. Kommissionen har slutligen kritiserat förstainstansrätten för att den ansett att kommissionen för att hindra en koncentration av typ konglomerat borde ha grundat sig på uppgifter som visar att koncentrationen *"med största sannolikhet"* kommer att framkalla de förutsebara konkurrensbegränsande verkningarna [74]. På detta sätt skulle förstainstansrätten dock lämna mycket få möjligheter för att hindra denna typ av koncentrationer och skulle införa olika beviskrav beroende på om det är fråga om beslut om förbud eller godkännande. Förstainstansrättens tolkning strider enligt kommissionen följaktligen mot artikel 2.2 och 2.3 i förordning nr 4064/89, i vilken det föreskrivs fullständigt överensstämmande rättsliga förutsättningar för att det skall kunna fastställas att koncentrationen är förenlig, eller inte är förenlig, med den gemensamma marknaden [75].

68. Tetra har svarat på denna kritik och därvid i huvudsak gjort gällande att kommissionens argument saknar stringens, eftersom de koncentreras på en utläggning av semantisk art över den terminologi som förstainstansrätten har använt, i stället för att konkret undersöka vilken typ av domstolsprövning som nämnda domstol har utfört. Enligt Tetra föreligger det inte någon

71 — Domstolens dom av den 31 mars 1998 i de förenade målen C-68/94 och C-30/95, Frankrike m.fl. mot kommissionen, det så kallade Kali und Salz-målet (REG 1998, s. I-1375).

72 — Punkt 228.

73 — Punkt 162 i den överklagade domen; min kursivering.

74 — Punkt 153 i den överklagade domen; min kursivering.

75 — Såsom har framgått föreskrivs i denna bestämmelse dels att "[e]n koncentration som inte skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas skall förklaras förenlig med den gemensamma marknaden" (artikel 2.2), dels att "[e]n koncentration som skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas skall förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden" (artikel 2.3).

grund för kommissionens kritik, eftersom de uttryck som förstainstansrätten — även med hänsyn till de olika språkversionerna — har använt inte skiljer sig väsentligt från dem som domstolen använt i domen i målet Kali und Salz och även kommissionen använt i sina beslut.

69. Enligt Tetra har förstainstansrätten dessutom, oberoende av vilka uttryck som använts, väsentligen tagit hänsyn till kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning vid utförandet av komplicerade ekonomiska bedömningar. Förstainstansrätten har endast, liksom domstolen gjorde i domen i målet Kali und Salz, kontrollerat huruvida kommissionen hade fullgjort sin bevisbörda när det gällde att visa att förutsättningarna i artikel 2.3 i förordningen förelåg.

70. Vad därefter avser kommissionens argument att förutsättningarna i artikel 2.2 och 2.3 är fullständigt överensstämmande, har Tetra hävdat att kommissionen, om den inte lyckats visa att förutsättningarna enligt artikel 2.3 föreligger, måste godkänna koncentrationen utan att det skall vara nödvändigt att ytterligare bevisa att nämnda förutsättningar inte är uppfyllda. Om så inte vore fallet, skulle berörda företag orättmätigt åläggas skyldigheten att visa att den anmälda koncentrationen inte är oförenlig med den gemensamma marknaden.

71. Jag instämmer i Tetras uppfattning att domstolen inte kan uppehålla sig vid att göra en rent formell bedömning, av språkligt eller lexikaliskt slag, för att fastställa huruvida förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att tillämpa en överdrivet sträng domstolsprövning eller genom att ställa alltför höga beviskrav för besluten om förbud mot koncentrationen. Jag anser däremot att domstolen bör pröva frågans huvudinnehåll och konkret bedöma huruvida förstainstansrätten, utöver den formella uppgiften, i själva verket har gjort en prövning som strider mot relevanta gemenskapsbestämmelser och är oförenlig med den särskilda dömande funktion som tilldelats den genom fördraget.

72. Det skall vid genomförandet av denna bedömning framför allt uppmärksammas att kommissionen, på grundval av det system som anges i förordning nr 4064/89, skall hindra en koncentration — av vilken typ det än är — när den drar slutsatsen att koncentrationen skulle skapa eller förstärka en sådan dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas (artikel 2.3 i förordningen).

73. Det är dock uppenbart att kommissionens bedömning i frågan huruvida en sådan dominerande ställning skapas eller förstärks

inte innebär ett rent fastställande av faktiska omständigheter, om huruvida det konkret föreligger bestämda förutsättningar eller inte. Förutom detta fastställande innefattar denna nämligen en komplicerad teknisk bedömning som inte grundas på en tillämpning av exakta vetenskapliga regler, utan på en tillämpning av diskutabla kriterier och principer såsom ekonomiska sådana. Kommissionen skall närmare bestämt göra en komplicerad framåtblickande bedömning avseende koncentrationens verkningar på de berörda marknadernas struktur och konkurrensmässiga dynamik och därvid ta hänsyn till många faktorer under ständig utveckling, som kan påverka den framtida utvecklingen av utbud och efterfrågan på dessa marknader.

74. Det kan således inte krävas att kommissionen, för att hindra en koncentration, utan minsta tvivel skall fastställa att denna skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas. Det är enligt min mening därvidlag tillräckligt att kommissionen på grundval av tillräckligt övertygande uppgifter som inhämtats under en grundlig och omsorgsfull undersökning övertygas om att den anmälda koncentrationen *högst sannolikt* kommer att medföra att en sådan dominerande ställning skapas eller förstärks. Om kommissionen inte kommer fram till denna övertygelse skall den däremot tillåta koncentrationen.

75. Jag anser, till skillnad från kommissionen, att tillämpningen av ett sådant test inte strider mot den fullständigt överensstämmande karaktären av de rättsliga förutsättningarna i artikel 2.2 och 2.3 i förordningen för att det skall fastställas att koncentrationen är förenlig eller oförenlig med den gemensamma marknaden.

76. Jag anser nämligen att överensstämmelsen mellan dessa förutsättningar inte kan vara absolut, mot bakgrund av att det, mellan de fall i vilka de anmälda koncentrationerna högst sannolikt skapar eller förstärker en dominerande ställning enligt artikel 2 i förordningen och de fall i vilka sagda koncentrationer högst sannolikt inte skapar eller förstärker en sådan ställning, så att säga föreligger en "gråzon". Det är med andra ord fråga om en zon i vilken det förekommer fall beträffande vilka det är särskilt svårt att förutse verkningarna av de anmälda koncentrationerna, och det således inte är möjligt att komma fram till en tydlig och exakt övertygelse om att sannolikheten för att en dominerande ställning skapas eller förstärks är betydligt högre eller lägre än sannolikheten för att en sådan ställning inte skapas eller förstärks. För tillämpningen av förordning nr 4064/89 bör det således med nödvändighet finnas ett kriterium för att lösa sådana tveksamma eller svårkvalificerade fall.

77. Jag anser att den riktiga lösningen i sådana fall tveklöst är att tillåta den anmälda koncentrationen.

78. Enligt min mening talar artikel 10.6 i förordningen för denna uppfattning. I denna artikel stadgas att om kommissionen inte har fattat något beslut avseende en anmäld koncentration inom föreskrivna tidsfrister skall koncentrationen "anses ha förklarats förenlig med den gemensamma marknaden".

79. Genom att fastställa att koncentrationen skall anses vara tillåten när kommissionen inte har fattat ett beslut i tid visar gemenskapslagstiftaren nämligen att han anser att vid osäkerhet om huruvida koncentrationen är förenlig med den gemensamma marknaden skall intresset hos de företag som avser att genomföra koncentrationen väga tyngst. I liknande fall har det med andra ord ansetts vara bättre att löpa risken att en koncentration tillåts som är oförenlig med den gemensamma marknaden, hellre än risken att hindra en koncentration som är förenlig med denna och att således omotiverat inskränka parternas fria utövande av näringsverksamhet.

80. Detsamma bör enligt min mening gälla i de fall som ingår i den ovannämnda "gråzonen", som även de kännetecknas av att det är osäkert huruvida de anmälda koncentrationerna är förenliga med den gemensamma marknaden.

81. Att de anmälda koncentrationerna i sådana fall tillåts synes mig för övrigt vara motiverat även med hänsyn till att när koncentrationerna skapar eller förstärker en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 2 i förordningen kan kommissionen och de behöriga myndigheterna begränsa snedvridningen av konkurrensen genom att i efterhand använda de befogenheter som de innehar enligt artikel 86 EG.

82. Sedan detta således preciserats avseende de bedömningar som kommissionen skall göra, kan jag övergå till frågan om gränserna för domstolsprövningen.

83. I detta avseende påpekar jag inledningsvis att enligt fast rättspraxis skall "[d]en prövning som gemenskapsdomstolarna företar av kommissionens komplicerade ekonomiska bedömningar ... emellertid endast avse en kontroll av att reglerna för handläggning och motivering har följts, att de faktiska omständigheter som lagts till grund för det omtvistade valet är materiellt riktiga, att bedömningen av dessa omständigheter inte

är uppenbart oriktig och att det inte förekommit maktmissbruk" [76].

84. I den ovannämnda domen i målet Kali und Salz har domstolen med särskild hänvisning till förordning nr 4064/89 dessutom preciserat att "förordningens materiella regler och i synnerhet artikel 2 tillerkänner kommissionen ett visst handlingsutrymme, bland annat vad gäller ekonomiska bedömningar. Följaktligen skall gemenskapsdomstolens prövning av utövandet av denna befogenhet, som är en förutsättning för fastställandet av regler i fråga om koncentrationer, göras med beaktande av det bedömningsutrymme som bildar underlag för de normer av ekonomisk art som ingår i koncentrationsbestämmelserna" [77].

85. Det framgår således av denna rättspraxis att gemenskapsdomstolarna, förutom att de naturligtvis prövar att rättsreglerna — i synnerhet reglerna om handläggning och motiveringsskyldighet — har följts, gör olika prövningar beroende på om det är fråga om att fastställandet av de faktiska omständigheterna är riktigt eller om det rör sig om kommissionens ekonomiska bedömningar.

86. När det gäller fastställandet av de faktiska omständigheterna är prövningen klart mer koncentrerad, eftersom det är fråga om att objektivt granska huruvida bestämda uppgifter är materiellt riktiga och huruvida de slutsatser som dragits för att fastställa huruvida välkända bestämda faktiska omständigheter innebär att det kan visas att det föreligger andra faktiska omständigheter som skall fastställas är riktiga. Vad däremot avser kommissionens komplicerade ekonomiska bedömningar är gemenskapsdomstolarnas prövning med nödvändighet mer inskränkt, eftersom dessa skall ta hänsyn till det omfattande utrymme för skönsmässig bedömning som föreligger beträffande denna typ av bedömningar och inte kan ersätta bedömningen hos det organ, på vilket det institutionellt sett ankommer att göra dessa bedömningar, med sin egen bedömning.

87. Den omständigheten att kommissionen förfogar över ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning när den skall bedöma huruvida en koncentration är förenlig med den gemensamma marknaden betyder naturligtvis inte att den inte skall lägga tillräckligt övertygande uppgifter som inhämtats under en grundlig och noggrann undersökning till grund för sitt beslut, och att den inte skall vara skyldig att till fullo motivera sitt beslut genom att presentera det logiska resonemang som ligger till grund härför. Kommissionen har i sin ansökan för övrigt erkänt att den är skyldig att uppmärksamt undersöka den relevanta marknaden, att grunda sin bedömning på uppgifter som återspeglar de faktiska omständigheternas verklighet, som inte är uppenbart obetydliga och som stöder de slutsatser som dragits, och på ett lämpligt resonemang, samt att beakta alla relevanta faktorer.

76 — Domstolens dom av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen (REG 2004, s. I-123), punkt 279. För ett liknande resonemang, se exempelvis dom av den 11 juli 1985 i mål 42/84, Remia m.fl. mot kommissionen (REG 1985, s. 2545; svensk specialutgåva, volym 8, s. 277), punkt 34, och av den 17 november 1987, i de förenade målen 142/84 och 156/84, BAT och Reynolds mot kommissionen (REG 1987, s. 4487; svensk specialutgåva, volym 9, s. 247), punkt 62.

77 — Domen i det ovannämnda målet, punkterna 223 och 224.

88. Såsom även framgår av domstolens synsätt i domen i målet Kali und Salz innebär dessa skyldigheter för kommissionen således att gemenskapsdomstolarna får göra en lämplig prövning. Gemenskapsdomstolarna kan även, utan att i sak gå in på kommissionens bedömningar, särskilt pröva huruvida de faktiska uppgifter på vilka dessa bedömningar grundas är riktiga och huruvida de slutsatser som dragits av de faktiska omständigheterna är riktiga [78], huruvida kommissionen har vidtagit en grundlig och noggrann undersökning, och i synnerhet huruvida den på ett omsorgsfullt sätt har sökt och i tillräcklig omfattning har beaktat alla relevanta faktorer [79], och huruvida de olika avsnitten i kommissionens resonemang för att komma fram till slutsatserna i frågan huruvida en koncentration är förenlig med den gemensamma marknaden motsvarar kriterierna logik, samstämmighet och kongruens [80].

89. Reglerna avseende kompetensfördelningen mellan kommissionen och gemenskapsdomstolarna, som utgör grunden för det institutionella systemet i gemenskapen, tillåter dock inte dessa domstolar att gå utöver, och i synnerhet — såsom jag just sagt — att i sak gå in på kommissionens komplicerade ekonomiska bedömningar och ersätta kommissionens bedömning med sin egen.

90. Sedan detta preciserats i allmänna ordalag skall det nu konkret bedömas huruvida förstainstansrätten faktiskt har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att tillämpa en alltför sträng domstolsprövning eller genom att ställa alltför höga beviskrav för besluten om förbud mot koncentrationer (se ovan punkt 71).

b) Det "konkreta exemplet" på de fel som förstainstansrätten har begått.

91. Efter att ha avfattat den kritik av allmän karaktär som just har nämnts bestämde sig kommissionen för att i den första grundens andra del tillhandahålla ett "konkret exempel" på de fel som förstainstansrätten har begått. Förutom att ifrågasätta vissa avsnitt i den överklagade domen, i vilka förstainstansrätten har överträtt gränsen för domstolsprövningen, har kommissionen i denna del av grunden vidare sammanfattat andra anmärkningar avseende de fel av olika typ som förstainstansrätten begått när den har gjort sina bedömningar.

78 — Detta är till exempel den typ av prövning som utförts i punkterna 229–231 och 245 i domen i målet Kali und Salz.

79 — Denna typ av prövning ligger till exempel till grund för konstaterandet i den sista meningen i punkt 241 i domen i målet Kali und Salz.

80 — Exempelvis synes domstolens bedömningar i punkterna 228, 239, 241 (med undantag för den sista meningen), 246 och 247 i domen i målet Kali und Salz kunna hänföras till denna typ av prövning.

92. Genom sin första anmärkning har kommissionen kritiserat förstainstansrätten för att ha överskridit gränsen för domstolsprövningen när den förkastat dess slutsats att tillväxten av PET för förpackning av mjölk med lång hållbarhet (UHT) förutsågs komma att uppgå till 1 procent av detta marknadssegment. I synnerhet hade förstainstansrätten enligt kommissionen rättsstridigt och omotiverat kullkastat dess slutsats genom att endast konstatera "att det inte kan fastställas att användningen av PET verkligen [skulle ha] öka[t] i fråga om UHT-mjölk, vilket följaktligen rör omkring halva marknaden för mejeriprodukter i flytande form" (i den engelska versionen av domen, till vilken det hänvisas i kommissionens ansökan, är förstainstansrättens ställningstagande ännu tydligare: "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. Enligt min mening finns det grund för denna anmärkning. Jag delar nämligen kommissionens uppfattning att förstainstansrätten med denna kortfattade fastställelse (särskilt om man beaktar domen på rättegångsspråket) felaktigt har ersatt kommissionens bedömning med sin egen och uttalat en egen oberoende förutsägelse om marknadens framtida utveckling.

94. Till skillnad från vad Tetra har hävdat innehåller förstainstansrättens kortfattade fastställelse ingen kritik avseende logiken, samstämmigheten eller kongruensen i kommissionens resonemang på grundval av tillgängliga uppgifter. Denna fastställelse visar däremot på ett tydligt sätt att förstainstansrätten direkt har beaktat dessa uppgifter för att därav dra sin bestämda slutsats att PET faktiskt inte hade ökat i fråga om förpackning av UHT-mjölk, vilket följaktligen rörde omkring halva marknaden för mejeriprodukter i flytande form. Härigenom har förstainstansrätten således uppenbart överträtt gränsen för sin domstolsprövning (se ovan punkterna 82–89).

95. Likaså är enligt min mening de anmärkningar från kommissionen välgrundade som avser förstainstansrättens bedömning av dess förutsägelser för tillväxten av PET i fråga om förpackning av färsk mjölk (upp till 10–15 procent av marknaden) samt av smaksatt mjölk och mjölkbaserade drycker (upp till 25 procent av marknaden).

96. I detta avseende delar jag först och främst kommissionens uppfattning att slutsatsen att "[d]e uppskattningar av tillväxten som kommissionen ha[de] erhållit ... nämligen inte [var] särskilt övertygande" [82] är avfärdad på grund av att bedömningen av

81 — Punkt 211 i domen.

82 — Punkt 212.

de relevanta uppgifterna är ofullständig eller felaktig och följaktligen inte är tillräckligt motiverad.

97. Såsom kommissionen med rätta har påpekat har förstainstansrätten, när den motiverat sin slutsats,

i) inte ens omnämnt kommissionens omfattande marknadsundersökning, av vilken det framgick att marknadsaktörerna förutsåg ännu högre tillväxtnivåer än dem som kommissionen till slut förutsåg [83]. Det är, till skillnad från vad Tetra har hävdat, i detta avseende uppenbart att endast den omständigheten att kommissionen hade bestämt sig för mer försiktiga prognoser inte på något sätt kan motivera att en av de uppgifter som den beaktade för att komma fram till sin slutsats inte har bedömts,

ii) efter vad som synes förvanskat innehållet i en av de studier som undersökts i beslutet (och som på dess begäran bifogats handlingarna i målet [84]), på det ställe där den, vid undersökningen av den förutsebara tillväxten av PET, har bekräftat att "det i Warrickrapporten [ansågs] att aseptiska förpackningar endast [skulle komma] att öka minimalt vad gäll[de] smaksatt mjölk, det vill säga 1 procent och att det [skulle komma] att ske en lätt tillbakagång i fråga om övriga mjölkbaserade drycker" [85]. Av detta avsnitt synes det nämligen framgå att prognoserna i Warrickrapporten hänförde sig till tillväxten av PET i fråga om förpackning av smaksatt mjölk och andra mjölkbaserade drycker, medan en genomläsning av dokumentet uppenbart visar (vilket Tetra för övrigt inte har ifrågasatt) att dessa prognoser endast hänförde sig till den produktvolym i fråga som hade förpackats, oberoende av vilket material som använts,

iii) inte uttalat allvarlig kritik mot kommissionens resonemang utan endast påpekat att "det i PCI-rapporten, den enda oberoende studien där tyngdpunkten [lades] på marknaderna för mejeriprodukter i flytande form, föruts[å]gs en tillväxt som inneb[a]r att användningen av PET [skulle komma] att uppgå till 9,2 procent av marknaden för ej smaksatt färsk mjölk år 2005" (och följaktligen en procentsats som inte ligger långt från den som kommissionen förutsåg), att "det i Warrickrapporten [ansågs] att

83 — I skäl 142 i beslutet anges härvidlag följande: "Rent allmänt trodde marknadsaktörerna på avsevärt ökad användning av PET för känsliga produkter på kort sikt. De aktörer som ansåg sig kunna ange hur stor del av de känsliga produkterna som kan förpackas i PET år 2005 trodde att PET i genomsnitt skulle kunna stå för 40 procent för mjölk, 30 procent för juice, 40 procent för drycker med fruktsmak och över 50 procent för istedrycker."

84 — I detta avseende se punkterna 75 och 76 i den överklagade domen.

85 — Punkt 212.

aseptiska förpackningar endast [skulle komma] att öka minimalt vad gäll[de] smaksatt mjölk, det vill säga i 1 procent och att det [skulle komma] att ske en lätt tillbakagång i fråga om övriga mjölkbaserade drycker" (vilket såsom framgått är vilseledande, eftersom dessa prognoser inte hänförde sig till tillväxten av PET), "medan det i Picterapporten inte [lades] fram några specifika prognoser avseende mejeriprodukter i flytande form", och att "PCI-rapporten [var] den enda omständighet som eventuellt [kunde] anföras som stöd för prognosen om en marknadsandel för PET på 25 procent avseende övriga mjölkbaserade drycker" (en procentsats som exakt motsvarar den som kommissionen förutsåg) [86]. Såsom lätt kan konstateras är dessa sammanfattande anmärkningar avseende "oberoende" [87] studier inte en tillräcklig förklaring till varför kommissionens prognoser enligt förstainstansrättens bedömning inte var "särskilt övertygande", särskilt om det uppmärksammas att dessa prognoser — som grundats på en rad omständigheter — redan var mer försiktiga än de prognoser som följde av den marknadsundersökning som kommissionen själv genomfört.

98. Enligt min mening är även den fastställelse av förstainstansrätten otillräckligt motiverad enligt vilken det "[p]å ett allmänt plan ... i det omtvistade beslutet [inte] på ett alldeles korrekt sätt [förklarats] hur PET under perioden fram till år 2005 skulle kunna gå om HDPE som det material som utgör den främsta konkurrenten till kartong, särskilt i den stora sektorn för förpackning av färsk mjölk" [88].

99. Såsom kommissionen med rätta har påpekat har förstainstansrätten kommit fram till denna slutsats utan att på något sätt kritisera, och faktiskt utan att ens åberopa, kommissionens bedömningar — på grundval av dess marknadsundersökning och uppgifter från oberoende studier — avseende konkurrensfördelarna av PET jämfört med HDPE [89].

100. Att förstainstansrätten på särskilt sätt har hänvisat till förpackning av färsk mjölk gör vidare att det kan betvivlas huruvida den faktiskt har beaktat sagda bedömningar, eftersom det av det omtvistade beslutet framgick att denna produkt var en av de produkter beträffande vilken PET medförde större konkurrensfördelar jämfört med HDPE. Det hade i beslutet nämligen klart angetts att "kommissionens marknadsundersökning [hade] bekräfta[t] PCI:s antagande att PET ha[de] marknadsmässiga fördelar gentemot HDPE, särskilt då man kunde använda genomskinliga flaskor" [90], nämligen i synnerhet i fråga om produkter såsom färsk

86 — Citaten är fortfarande hämtade från punkt 212 i domen.

87 — Med oberoende studier avses de studier som inte beställts av Tetra.

88 — Punkt 212.

89 — Se särskilt skälen 80, 95–97 och 101–102 i beslutet.

90 — Skäl 97 i beslutet.

mjölk beträffande vilka det inte krävdes någon ljusbarriär [91]. Såsom kommissionen har påpekat förefaller det förhållandet att dessa bedömningar inte har beaktats för övrigt bekräftas i den del i domen som avser eventuella konsekvenser av hävstångseffekter, där förstainstansrätten felaktigt har ersatt kommissionens bedömning med sin egen och kortfattat fastställt att "[f]ärsk mjölk ... inte [var] en produkt för vilken fördelarna med PET vad avser saluförandet [var] särskilt betydelsefulla" [92].

101. Jag tillägger dessutom att förstainstansrättens slutsats om beslutets motivering inte på ett giltigt sätt kan motiveras i den följande fastställelsen enligt vilken "kommissionen varken ha[de] bestridit den sammanlagda siffran 17,3 procent för år 2000 avseende användningen av HDPE för mejeriprodukter i flytande form som Canadean ha [de] tillhandahållit . . . eller den prognos enligt vilken denna siffra skulle [ha] kunna[t] nå upp till 19,5 procent under perioden fram till år 2005" [93].

102. Jag delar nämligen kommissionens uppfattning att förstainstansrätten har hänvisat till Canadeanstudien (som beställts av Tetra) utan att beakta att kommissionen hade klargjort att den i allmänhet inte ansåg att prognoserna i denna studie var tillförlitliga. Förstainstansrätten borde däremot ha tagit hänsyn till kommissionens kritik, enligt vilken det i denna studie felaktigt "använ[ts] ... en modell där man beakta[de] tidigare tillväxt som en indikation på den framtida tillväxten och förbis[åg] den framtida tekniska utvecklingen på området barriärteknik", och med tanke på "att beslutet att förpacka produkter i PET [drevs] på av kunderna [ansågs] en studie där man inte [tog] del av kundernas synpunkter inte särskilt solid" [94].

103. Mot bakgrund av det ovanstående anser jag därför att kommissionens olika anmärkningar med hänvisning till bedömningen av en förutsebar tillväxt av PET i fråga om förpackning av mejeriprodukter i flytande form skall godtas.

104. Jag anser däremot inte att anmärkningen avseende bedömningen av den förutsebara tillväxten av PET i fråga om förpackning av fruktjuicer kan godtas.

91 — Av beslutet framgår tydligt att medan "UHT-mjölk kräv[de] en ljusbarriär" kunde "[f]ärsk mjölk ... med framgång [förpackas] i standard-PET utan några barriäregenskaper" (skälen 76 och 77). De begränsningar för användningen av PET som följer av behovet av en ljusbarriär gällde enligt Tetra "bara UHT-mjölk". Tetra ansåg härvidlag att de "tekniska lösningar för att skapa en ljusbarriär för PET" "medför[de] höga kostnader och en komplicerad tillverkningsteknik. De aktualisera[de] också återvinningsfrågor och minska[de] flaskans genomskinlighet, vilken [var] en av PET-flaskans främsta fördelar" (skäl 74 i beslutet).

92 — Punkt 289.

93 — Punkt 212, in fine.

94 — Skäl 123 i beslutet.

105. Genom denna anmärkning har kommissionen särskilt kritiserat förstainstansrätten för att ha fastställt att även om den "själv ha[de] medgett att ifrågavarande tillväxt främst skulle röra övergången från glas till PET [hade] kommissionen [inte företagit] någon som helst analys av glasmarknaden" [95]. Härigenom hade förstainstansrätten förbigått relevanta omständigheter avseende nedgången för glas i fråga om förpackning av produkter av låg kvalitet ("non-premium products"), som kommissionen baserat sig på i det omtvistade beslutet och som den i sin duplik därefter undersökt mer ingående. Enligt kommissionen bekräftar detta tillvägagångssätt förstainstansrättens felaktiga tendens att inte beakta viktiga omständigheter som inte omnämnts i det omtvistade beslutet, men som i dupliken angetts till stöd för de överväganden i beslutet som med nödvändighet är mer generella.

106. I detta avseende företräder jag dock samma uppfattning som Tetra att förstainstansrätten inte har begått något fel när den fastställt att kommissionen inte hade utfört någon analys av marknaden för glas, eftersom det, bortsett från någon flyktig eller vag hänvisning, i beslutet över huvud taget inte finns någon sådan analys. Vidare till skillnad från vad kommissionen har hävdat kunde den bristande undersökning som förstainstansrätten påvisat självfallet inte avhjälpas genom ytterligare upplysningar som tillhandahölls i dupliken, eftersom de omständigheter och de bedömningar som låg till grund för beslutet klart skulle anges i detta och inte kunde belysas först senare i samband med förfarandet vid förstainstansrätten [96].

107. Slutligen är kommissionens sista anmärkning, genom vilken förstainstansrätten har kritiserats för att ha "beaktat den jämfört med kartong högre kostnaden [för PET]" när den bedömt sannolikheten för att Tetras kunder inom mjölksektorn på grund av hävstångseffekten skulle överge kartong till förmån för PET, enligt min mening välgrundad [97].

108. Jag delar nämligen kommissionens uppfattning att någon klar slutsats beträffande den omdiskuterade frågan om kostnadsskillnaden mellan PET och kartong inte har nåtts i det omtvistade beslutet och att förstainstansrätten följaktligen inte kunde gå in på denna komplicerade ekonomiska bedömning i sak och själv fastställa att kostnaden för PET var högre än kostnaden för kartong.

95 — Punkt 213.

96 — Av domstolens rättspraxis framgår nämligen att "det förhållandet att det saknas motivering inte kan avhjälpas genom att den berörda får kännedom om skälen till beslutet under förfarandet inför [gemenskapsdomstolarna]" (dom av den 26 november 1981 i mål 195/80, Michel mot Europaparlamentet, REG 1981, s. 2861, punkt 22). Se även, för ett i huvudsak liknande resonemang, exempelvis domstolens dom av den 7 februari 1990 i mål C-343/87, Culin mot kommissionen (REG 1990, s. I-225), punkt 15, och av den 19 oktober 2000 i de förenade målen C-15/98 och C-105/99, Italia och Sardegna Lines mot kommissionen (REG 2000, s. I-8855), punkt 70.

97 — Punkt 288 i den överklagade domen. Denna fastställelse avseende kostnadsskillnaden mellan PET och kartong upprepade förstainstansrätten därefter i punkt 326, i samband med bedömningen av en potentiell avmattning av konkurrensen på marknaderna för kartong.

109. Till skillnad från vad Tetra har hävdat, och som bekräftats i ett följande avsnitt i den överklagade domen [98], anser jag härvidlag inte att kommissionen implicit hade godtagit resultatet av Warrickstudien, enligt vilken PET i fråga om aseptisk kartong var 30–40 procent dyrare än kartong. Efter att ha erinrat om de slutsatser som nåtts i denna studie bekräftade kommissionen nämligen att dess "marknadsundersökning ... inte [hade gett] [någon] entydig bild av PET- respektive kartongsystemens relativa kostnader", eftersom de rådfrågade personerna hade gett motstridiga svar [99]. Enligt min mening är det således uppenbart att även om resultaten av Warrickstudien inte på något sätt ifrågasätts i det sistnämnda konstaterandet, innebär detta självfallet inte att kommissionen implicit skall anses ha bekräftat dem.

110. Jag anser för övrigt inte att, såsom Tetra har hävdat, en bekräftelse på den högre kostnaden för PET står att finna i kommissionens konstaterande enligt vilket vissa kunder hade "uppg[ett] ... att de bara skulle överväga en övergång från kartong till PET om kartongpriserna steg i storleksordningen 20 procent eller mer" [100]. I detta konstaterande rapporteras nämligen endast synpunkter från vissa kunder som kommissionen tillfrågat i samband med dess marknadsundersökning. Såsom har framgått var detta en undersökning som "inte [hade] givit någon entydig bild av PET- respektive kartongsystemens relativa kostnader".

111. Mot bakgrund härav anser jag det stå klart att även om förstainstansrätten eventuellt hade kunnat påvisa att kommissionen gjort en bristande undersökning eller hade kunnat kritisera logiken, samstämmigheten och kongruensen i dess resonemang, kunde den dock inte göra en självständig bedömning av de uppgifter som kommissionen innehade för att dra slutsatsen att "kostnaden för PET var högre än kostnaden för kartong".

c) Slutsatser beträffande den första grunden för talan

112. Mot bakgrund av samtliga ovanstående överväganden anser jag därför att den första grunden delvis är välgrundad och att talan särskilt kan bifallas beträffande de anmärkningar från kommissionen som avser den förutsebara tillväxten av PET i fråga om förpackning av mejeriprodukter i flytande form och kostnadsskillnaden mellan PET och kartong.

98 — Punkt 326.

99 — Skäl 92. Med hänvisning till resultaten av sin marknadsundersökning påpekade kommissionen särskilt följande: "Vissa marknadsaktörer uppgav att PET är dyrare för de flesta användningsområden, särskilt för produkter som kräver en barriär. Flertalet kunde dock inte fastställa den exakta kostnadsskillnaden, i många fall därför att de inte hade erfarenheter av båda materialen. Vissa tredje parter (framför allt de med större erfarenheter av PET) informerade emellertid kommissionen om att PET för deras del faktiskt var billigare än kartong" (skäl 92).

100 — Skäl 397 i beslutet.

Grunden avseende kravet att beakta den rättsstridiga karaktären av bestämda beteenden och att ta hänsyn till rent beteendemässiga åtaganden

113. Genom sin andra grund för talan har kommissionen kritiserat vissa allmänna bedömningar som förstainstansrätten gjort med hänsyn till hävstångseffekter (se ovan punkterna 36–39) och kritiserat nämnda domstol för att den begärt att kommissionen skulle beakta, såsom eventuell hämmande faktor för denna effekt: a) den rättsstridiga karaktären av sådana bestämda beteenden som hör samman med denna effekt som hade inneburit missbruk av en dominerande ställning [101], b) de rent beteendemässiga åtaganden som Tetra föreslagit och som endast består i ett löfte att inte göra sig skyldigt till missbruk.

114. Med hänvisning till den första aspekten har kommissionen erinrat om att det i förordning nr 4064/89 har föreskrivits en förhandskontroll av koncentrationer, för att hindra sådana strukturförändringar av marknaden som skulle kunna innebära missbruk. Om ett företag som är dominerande på en given marknad förvärvar ett företag som är verksamt på en andra, närliggande, marknad skall koncentrationen förbjudas, om den enhet som följer av koncentrationen har medel och incitament för att göra sig skyldig till sådant missbruk som tillåter den att jaga bort sina konkurrenter på den andra marknaden [102]. Genom att begära att kommissionen också skulle bedöma huruvida de ekonomiska incitamenten för att missbruka den dominerande ställning som innehades av den genom koncentrationen bildade enheten skulle kunna motverkas av sådana inskränkande åtgärder som följde av ett rättsstridigt missbruk, har förstainstansrätten följaktligen godkänt en felaktig tolkning av artikel 2 i förordningen.

115. Ytterligare en felaktig tolkning av denna bestämmelse har enligt kommissionen dessutom medfört att förstainstansrätten har fastställt att "en distinktion [bör] göras mellan, å ena sidan, en situation där en koncentration som har en konglomeratverkan omedelbart ändrar konkurrensvillkoren på den andra marknaden, vilket medför att en dominerande ställning skapas eller förstärks på denna genom den dominerande ställning som redan innehas på den första marknaden, och, å andra sidan, en situation där skapandet eller förstärkandet av en dominerande ställning på den andra marknaden inte är en omedelbar följd av koncentrationen utan sker först efter en viss tid och är ett resultat av den nya enhetens beteende på den första marknaden där den

101 — Jag erinrar i detta avseende om att "en hävstångseffekt från marknaderna för aseptisk kartong ... skulle [ha] ta[git] sig uttryck i möjligheten för den nya enheten att tillämpa diverse praxis som består i att koppla ihop försäljningen av utrustning och förbrukningsvaror för kartongförpackningar med försäljningen av PET-förpackningsutrustning, inklusive tillämpning av köptvång ..., för det första, genom att enheten troligen skulle sätta dumpningspriser ('predatory pricing'), för det andra genom att bedriva priskrig och, för det tredje, genom att ge lojalitetsrabatter" (punkt 156 i den överklagade domen).

102 — Kommissionen har i repliken och under förhandlingen härvidlag preciserat att en strukturförändring av marknadsvillkoren som innebär att den genom koncentrationen bildade enheten förvärvar sådana medel och incitament skulle medföra att det omedelbart skapades en dominerande ställning på den andra marknaden.

redan har en dominerande ställning. I det senare fallet är det inte den struktur som följer av koncentrationen i sig som skulle skapa eller förstärka en dominerande ställning, i den mening som avses i artikel 2.3 i förordningen, utan det är de ifrågavarande framtida beteendena" [103]. Enligt kommissionens uppfattning är det i det sistnämnda fallet, till skillnad mot vad förstainstansrätten har fastställt, koncentrationen som är orsaken till att en dominerande ställning skapas eller förstärks, eftersom den direkta och omedelbara verkan av denna är att det skapas villkor där missbruk inte endast är tänkbart, utan även är ekonomiskt rationellt.

116. Kommissionen har slutligen hävdat att de rättsliga och praktiska hindren för att utföra en analys av de eventuella hämmande faktorer som följer av bestämda beteendens rättsstridiga karaktär är oöverstigliga. Det är, enligt kommissionen, nämligen inte möjligt att med en tillräcklig grad av säkerhet bedöma bestämda företags benägenhet att bete sig på ett rättsstridigt sätt och den inverkan som risken för att bli upptäckt och få påföljd har på deras beteenden.

117. Med hänvisning därefter till den andra aspekten som anförts avseende de av Tetra föreslagna beteendemässiga åtagandena (se ovan punkt 113) har kommissionen påpekat att med tanke på syftet med förhandskontrollen enligt förordning nr 4064/89 är åtaganden att inte missbruka en dominerande ställning som skapats eller förstärkts av en koncentration oacceptabla, eftersom de inte tillåter att de strukturella problem som förordningen syftar till att undvika avhjälps. Genom att ålägga kommissionen att beakta dessa åtaganden har förstainstansrätten således åsidosatt bestämmelserna i förordningen, särskilt artiklarna 2 och 8.2. Under alla förhållanden har förstainstansrätten, enligt kommissionen, felaktigt fastställt att denna inte hade tagit hänsyn till de av Tetra föreslagna beteendemässiga åtagandena, eftersom det av beslutet framgår att dessa åtaganden hade analyserats och avförts, inte endast av principiella skäl utan även på grund av att de var "extremt svåra, om inte omöjliga, att övervaka" [104].

118. Dessa argument från kommissionen är enligt min mening inte övertygande.

119. Kritiken mot förstainstansrätten skulle nämligen ha varit motiverad enbart om det av beslutet hade framgått att koncentrationen, såsom kommissionen har hävdat i repliken och under förhandlingen, hade inneburit sådana strukturförändringar på marknaden som i sig hade medfört att en andra dominerande ställning omedelbart och automatiskt skapats, som den nya enheten

103 — Punkt 154 i den överklagade domen.

104 — Skäl 431 i beslutet.

skulle ha kunnat missbruka genom sina egna förutsebara beteenden.

120. Såsom Tetra med rätta har påpekat, var det i beslutet dock inte fastställt att den genom koncentrationen bildade enheten omedelbart och automatiskt skulle ha skaffat sig en dominerande ställning på marknaderna för PET-förpackningsutrustning, utan det hade förutsetts att detta skulle ske först senare, genom att den dominerande ställning som Tetra redan innehade på kartongmarknaden skulle utnyttjas.

121. Detta framgår till exempel tydligt av det avsnitt i beslutet i vilket det står att "[g]enom att förena Tetras dominerande ställning på marknaden för kartongförpackning och Sidels ledande ställning på området PET-förpackningsutrustning ... skulle man [ha] få [tt] en marknadsstruktur där den sammanslagna enheten [kunde] utnyttja sin dominerande ställning på marknaden för aseptiska kartongförpackningar för att skaffa sig en dominerande ställning på marknaden för PET-förpackningsutrustning" [105]. Av detta avsnitt kan nämligen slutsatsen dras att koncentrationen *omedelbart* skulle ha skapat en marknadsstruktur som skulle ha gett den nya enheten medel och incitament för att skapa hävstångseffekter och härigenom *i det följande* skaffa sig en dominerande ställning på marknaderna för PET-förpackningsutrustning.

122. Mot denna bakgrund har förstainstansrätten således med rätta fastställt att kommissionen borde ha beaktat de olika omständigheter som hade kunnat inverka på det förhållandet att den genom koncentrationen bildade enheten sannolikt skulle bete sig på ett sätt som skulle ha tillåtit den att skaffa sig den förutsedda dominerande ställningen på marknaderna för PET-förpackningsutrustning.

123. Såsom Tetra har påpekat har förstainstansrätten med andra ord med rätta ansett att på samma sätt som kommissionen hade bedömt de ekonomiska incitamenten för att bete sig på detta sätt, borde den ha beaktat den eventuella hämmande faktor som i detta hänseende var en följd av de ifrågavarande beteendenas rättsstridiga karaktär (vilka hade kunnat innebära ett missbruk av Tetras tidigare dominerande ställning på kartongförpackningsmarknaden) eller av de åtaganden för vilka detta företag hade föreslagit att det skulle ansvara.

124. Till skillnad från vad kommissionen har hävdat har förstainstansrätten, genom att begära att kommissionen skulle beakta den rättsstridiga karaktären av bestämda beteenden genom vilka hävstångseffekter och de åtaganden som Tetra härvidlag föreslagit hade konkretiserats, faktiskt inte krävt att

105 — Skäl 342. Se, för ett liknande resonemang, även skäl 330, där följande anges: "Genom att köpa Sidel skulle Tetra se till att företagets dominerande ställning inom aseptisk kartongförpackning bevaras och förstärks genom att Sidel elimineras som en källa till konkurrenstryck. Genom att utnyttja sin dominerande ställning inom kartong skulle Tetra/Sidel dessutom kunna få en dominerande ställning inom PET-utrustning, särskilt [SBM-]maskiner med hög och låg kapacitet inom relevanta slutproduktsegment" (min kursivering). Motsvarande konstateranden återfinns i flera avsnitt i beslutet, som till exempel i skälen 331, 359 och 389.

kommissionen skulle bedöma huruvida det var sannolikt att den nya enheten missbrukade den dominerande ställning som skapats genom koncentrationen. Förstainstansrätten begärde däremot endast att kommissionen skulle bedöma huruvida det var sannolikt att den nya enheten, genom att utnyttja Tetras tidigare dominerande ställning på kartongförpackningsmarknaden, skulle kunna skaffa sig en dominerande ställning på marknaderna för PET-förpackningsutrustning, det vill säga att bedöma huruvida koncentrationen innebar att en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 2 i förordning nr 4064/89 hade skapats.

125. Jag anser dessutom inte att det skulle ha förelegat oöverstigliga rättsliga eller praktiska hinder för att utföra den bedömning som förstainstansrätten begärt. Förstainstansrätten har nämligen inte krävt att kommissionen med säkerhet skulle fastställa huruvida de ifrågavarande beteendenas rättsstridiga karaktär eller de av Tetra föreslagna åtagandena hade avskräckt detta företag från att bete sig på detta sätt, på samma sätt som den å andra sidan inte har krävt att kommissionen skulle visa att de ekonomiska incitament som fastställts i beslutet med säkerhet skulle ha drivit Tetra till att bete sig på sagda sätt. Förstainstansrätten har endast begärt att kommissionen skulle ta hänsyn till dessa omständigheter i samband med sin prognos och exempelvis bedöma huruvida — med tanke på handelsbruket på området — kommissionen, de behöriga nationella myndigheterna eller de konkurrenter som lidit skada på ett enkelt sätt skulle ha kunnat få kännedom om eventuella rättsstridiga beteenden.

126. Slutligen är kommissionens argument att förstainstansrätten felaktigt har förbigått kommissionens analys avseende de av Tetra föreslagna beteendemässiga åtagandena enligt min mening inte övertygande. Såsom Tetra med rätta har påpekat har kommissionen nämligen endast på ett summariskt sätt och utan motivering hävdat att de ifrågavarande åtagandena var "extremt svåra, om inte omöjliga, att övervaka", utan att i tillräcklig omfattning bedöma deras eventuella inverkan på det framtida beteendet av den nya enheten och särskilt huruvida dessa skulle kunna utgöra en betydande hämmande faktor i fråga om vidtagandet av åtgärder för att uppnå hävstångseffekterna.

127. Mot bakgrund av ovanstående skall således slutsatsen dras att kommissionens kritik inte är motiverad. Det skulle, vilket jag upprepar, ha varit annorlunda om beslutet hade utvisat att koncentrationen hade inneburit sådana strukturförändringar av marknaden att de i sig skulle medfört att en dominerande ställning omedelbart och automatiskt hade skapats på PET-marknaderna. Detta är vad kommissionen därefter hävdade i repliken och under förhandlingen, men såsom har framgått, är det inte detta som framgår av det omtvistade beslutet.

128. Mot bakgrund av ovanstående överväganden anser jag därför att talan inte kan bifallas på den andra grunden.

Grunden avseende fastställande av separata marknader för SBM-maskiner i förhållande till deras slutanvändning

129. Kommissionen har genom sin tredje grund för talan kritiserat förstainstansrätten för att inte ha bekräftat dess bedömning avseende fastställandet av specifika marknader för SBM-maskiner (med låg och hög kapacitet) för förpackning av "känsliga" produkter. Kommissionen har i detta avseende framfört olika anmärkningar och därvid särskilt skilt mellan dem som avser kännetecknen för utbud och dem som avser kännetecknen för efterfrågan på dessa maskiner.

130. Vad först beträffar de förstnämnda har kommissionen bestridit slutsatsen enligt vilken "det omtvistade beslutet ... inte [tillhandahöll] några tillräckligt övertygande bevis för de kännetecken som påstås vara säregna för de SBM-maskiner som används för förpackning av känsliga produkter" [106]. Enligt kommissionens bedömning — ytterst kortfattat — kom förstainstansrätten fram till denna slutsats utan att beakta de uppgifter som tillhandahölls i beslutet och i dupliken avseende anpassningen av SBM-maskinerna till specifika krav från kunderna och hade felaktigt grundat sin övertygelse på de motsatta påståenden som Tetra framfört under förhandlingen.

131. Jag anser dock att detta företag har ett argument för att invända att det i beslutet tydligt konstaterats att "de flesta [SBM-] maskiner [var] 'generiska'", men att "[e]n PET-förpackningslinje, där [SBM-]maskinen bara [var] en av komponenterna, ... dock vanligen [skräddarsyddes] för [kundens] specifika produkter" [107]. Till skillnad således från vad kommissionen har hävdat framgår det av beslutet att SBM-maskinerna till större delen var generiska, och därmed anpassade till att förpacka olika typer av produkter, medan det i allmänhet var produktionslinjerna för PET, varav dessa maskiner endast utgjorde en komponent, som var "skräddarsydda" i förhållande till de specifika produkter som skulle förpackas.

132. Mot bakgrund av denna motivering av beslutet har förstainstansrätten således med rätta kunnat fastställa att "[e]nbart den omständigheten att varje SBM-maskin måste installeras i en produktionslinje för PET-förpackningar för att bli användbar för köparen, motiver[ade] inte att specifika egenskaper hos annan PET-utrustning i den produktionslinjen, särskilt dem avseende aseptisk tappning av PET-förpackningar, överför[de]s på SBM-maskinerna i sig" [108].

133. Vad därefter beträffar de ytterligare upplysningar som tillhandahölls i dupliken avseende de tekniska anpassningar som även

106 — Punkt 261.

107 — Skäl 177.

108 — Punkt 265.

SBM-maskiner skulle ha genomgått för att kunna integreras i särskilda produktionslinjer för PET-förpackning, har förstainstansrätten med rätta svarat att "det inte ha[de] gjorts några hänvisningar till dessa upplysningar i det omtvistade beslutet" [109]. Såsom har sagts skulle nämligen de omständigheter och bedömningar som låg till grund för beslutet tydligt anges i detta och kunde inte belysas först senare i samband med förfarandet vid förstainstansrätten (se ovan punkt 106).

134. Förstainstansrättens därefter följande bedömningar för att, mot bakgrund av de omständigheter som Tetra har angett, vederlägga de ytterligare argument av teknisk karaktär som framlagts i dupliken skall mot bakgrund av ovanstående anses vara irrelevanta. Även om det hade varit bättre om förstainstansrätten inte dristat sig till denna typ av bedömningar, hindrar detta inte att kommissionen i vart fall i förfarandet vid nämnda domstol inte kunde åberopa omständigheter som den över huvud taget inte hänvisat till i det omtvistade beslutet.

135. Sedan detta sagts med hänvisning till anmärkningarna avseende kännetecknen för utbudet av SBM-maskiner kan jag nu övergå till anmärkningarna avseende kännetecknen för efterfrågan.

136. Det skall i detta avseende klargöras att dessa anmärkningar hänför sig till kommissionens resonemang för att fastställa specifika marknader för SBM-maskiner i fråga om förpackning av "känsliga" produkter med hänsyn till den prisdiskriminering som Sidel tidigare praktiserade gentemot kunder som avsåg att förpacka sagda produkter, och med avseende på möjligheten att denna prispolitik skulle fullföljas av den nya enheten.

137. Detta resonemang grundades särskilt på de båda teoretiska förutsättningarna att "en viss kundgrupp för den relevanta produkten [kan] utgöra en snävare, separat produktmarknad om en sådan grupp kan vara föremål för prisdiskriminering" och att "[d]etta vanligtvis [är] fallet när följande två villkor är uppfyllda: a) det är möjligt att entydigt fastställa vilken grupp en enskild kund tillhör vid det tillfälle då den relevanta produkten säljs till honom, och b) det inte [skulle] kunna förekomma handel mellan kunder och tredje man [inte] skulle kunna göra arbitragevinster" [110]. Med utgångspunkt från denna förutsättning, och då den ansåg att de däri angivna villkoren var uppfyllda i förevarande fall, drog kommissionen just den slutsatsen att det fanns specifika marknader för SBM-maskiner i fråga om förpackning av "känsliga" produkter.

138. Genom de ifrågavarande anmärkningarna har kommissionen kritiserat bedömningarna i den överklagade domen avseende dessa resonemang och särskilt kritiserat

109 — Ibidem.

110 — Skäl 178 i beslutet.

förstainstansrätten för att: a) felaktigt ha underlåtit att beakta den prisdiskriminering som Sidel tidigare praktiserat, under antagandet att "den inte [kunde] utgöra ett tillräckligt starkt bevis för att den nya enheten skulle fortsätta att bete sig på ett liknande sätt" eftersom "[d]en nya enheten ..., till skillnad från vad som gäll[t] Sidel före koncentrationen, [skulle ha varit] bunden inte endast av åtagandena utan även av de olika skyldigheter som begränsa[de] Tetras beteende" [111], b) felaktigt ha underlåtit att beakta en stor del av dess kommentarer avseende möjligheten att identifiera de kunder som avsåg att använda SBM-maskiner för att förpacka "känsliga" produkter, och under alla omständigheter inte ha förstått vikten därav, och c) ha missförstått och felaktigt underlåtit att beakta kommentarerna om att en viss producents maskiner inte kunde förvärvas hos andra personer (i huvudsak andra kunder som ville sälja dem begagnade).

139. Enligt min mening är inte heller dessa anmärkningar välgrundade.

140. Med hänvisning till den första anmärkningen delar jag Tetras uppfattning att det kritiserade påståendet inte har något samband med fastställandet av särskilda marknader för SBM-maskiner i fråga om förpackning av "känsliga" produkter. Detta påstående som långt ifrån avser definitionen av relevanta marknader återfinns nämligen i den del av domen som avser undersökningen av "på vilka sätt en sådan hävstångseffekt skulle kunna åstadkommas av den nya enheten" och hänför sig särskilt till kravet att begränsa denna undersökning "till [de sätt] som åtminstone sannolikt inte [utgjorde] ett missbruk av en dominerande ställning på marknaderna för aseptisk kartong" och att ta hänsyn till de av Tetra föreslagna åtagandena (se ovan punkt 43).

141. Till skillnad från vad som hävdats i ansökan anser jag vidare att förstainstansrätten har undersökt och väl förstått de olika avsnitt i vilka kommissionens resonemang förts. Förstainstansrätten fann dock att detta resonemang i huvudsak skulle avfärdas på grund av bristande logik, eftersom möjligheten för den nya enheten att identifiera de kunder som avsåg att förpacka "känsliga" produkter (och således tillämpa en prisdiskriminering gentemot dem) "inte [uteslöt] ... att dessa kunder [kunde] vända sig till andra leverantörer av SBM-maskiner om de inte längre [var] nöjda med de villkor som erbj[ö]ds av nämnda enhet" [112].

142. Även om den är mycket kortfattad kan jag i huvudsak instämma i förstainstansrättens bedömning. Jag anser nämligen att även om den nya enheten skulle ha kunnat

111 — Punkt 223 i den överklagade domen.

112 — Punkt 268.

identifiera de kunder som avsåg att förpacka "känsliga" produkter och, med hänsyn till att dessa kunder inte kunde förvärva sina maskiner av andra personer, hade beslutat att av dem begära ett högre pris än det pris som praktiserades gentemot andra kunder, skulle detta i sig inte ha tillåtit att specifika marknader för SBM-maskiner i fråga om förpackning av "känsliga" produkter fastställdes. Detta gäller i den mån som — såsom förstainstansrätten bekräftat — de "diskriminerade" kunderna hade kunnat vända sig till andra leverantörer som inte praktiserade samma prispolitik.

143. Enligt min mening tillåter, med andra ord, det förhållandet att en enda aktör (som inte följs av sina konkurrenter) antar en politik för prisdiskriminering gentemot en särskild kundgrupp inte i sig att en specifik marknad avseende denna kundgrupp kan identifieras, eftersom närvaron av andra aktörer som inte praktiserar samma politik kan hindra att andra marknadsvillkor införs för ifrågavarande kundgrupp.

144. Jag anser således inte att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den kritiserat kommissionens resonemang som grundats på den prisdiskriminering som Sidel tidigare praktiserat och på möjligheten att den nya enheten skulle fullfölja denna politik.

145. Mot bakgrund av ovanstående överväganden anser jag därför att talan inte kan bifallas på den tredje grunden.

Grunden avseende förstärkningen av Tetras dominerande ställning på kartongförpackningsmarknaden

146. Genom sin fjärde grund för talan har kommissionen kritiserat förstainstansrättens slutsats att "de omständigheter som åberopats i det omtvistade beslutet inte på ett rättsligt övertygande sätt visa[de] att verkningarna av den modifierade koncentrationen på den ställning som inneha[de]s av Tetra, främst på marknaderna för aseptisk kartong genom att Sidel undanröj[de]s som potentiell konkurrent, skulle vara av den art att villkoren i artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 [var] uppfyllda" [113].

147. Kommissionen har härvidlag först och främst kritiserat förstainstansrätten för att inte ha erkänt att en minskning av en "potentiell" konkurrens från PET-marknaderna i sig skulle innebära att Tetras dominerande ställning på kartongförpackningsmarknaden stärktes. Förstainstansrätten ålade därefter felaktigt kommissionen att visa att denna minskning av den "potentiella"

113 — Punkt 333.

konkurrensen skulle ha kunnat "förstärka Tetras dominerande ställning *i förhållande till konkurrenterna* på marknaderna för aseptisk kartong" [114], eftersom denna förstärkning inte borde bedömas i förhållande till Tetras konkurrenter, utan till de oundvikliga återverkningar som den minskning av den "potentiella" konkurrensen från PET skulle ha fått för kunderna och konsumenterna i form av en höjning (eller utebliven sänkning) av priserna på kartong och av en mindre innovation av produkterna.

148. Enligt kommissionen hade förstainstansrätten, mot bakgrund av vad kommissionen hade framfört i samband med den första grunden för talan, dessutom misstagit sig när den ansett att dess bedömning av minskningen av den "potentiella" konkurrensen avfärdats på grund av att tillväxten för PET i fråga om förpackning av "känsliga" produkter "sannolikt skulle komma att bli mycket mindre tydlig än vad kommissionen ha[de] räknat med" [115].

149. Kommissionen har även bestridit förstainstansrättens slutsats enligt vilken det i vart fall inte hade "visats, för den händelse det konkurrenstryck som [kom] från PET-marknaderna skulle [komma att] undanröjas eller minska, att Tetra skulle vara föranlett att inte sänka priserna på sina kartongförpackningar och inte längre företa några innovationer" [116].

150. Kommissionen har i detta avseende inledningsvis påpekat att förstainstansrättens bedömning avseende verkningarna av en minskning av den "potentiella" konkurrensen på priserna för kartong var avfärdad på grund av den felaktiga övertygelsen att kostnaderna för PET var högre än kostnaderna för kartong (även härvidlag har kommissionen hänvisat till vad som angetts i den första grunden för talan). Kommissionen har därefter, fortfarande med hänvisning till denna bedömning, kritiserat den kritik som förstainstansrätten framfört mot kommissionen på grund av att den inte hade förklarat varför Tetras konkurrenter inte hade kunnat dra fördel av en höjning av priserna på kartong. Härigenom ansåg förstainstansrätten, enligt kommissionen, inte att dessa konkurrenter per definition marginaliserats genom Tetras starka dominerande ställning. Kommissionen har vidare kritiserat förstainstansrätten för att den inte har tagit hänsyn till de verkningar på priset på kartong som följer av att Tetra, till följd av förvärvet av den främsta aktören på PET-marknaderna, lugnt skulle ha kunnat anse att en stor del av dess kunder som gått över från kartong till PET i vart fall skulle ha "återinfångats" med hjälp av Sidel.

151. Kommissionen har även med hänvisning till verkningarna av minskningen av den "potentiella" konkurrensen i fråga om inno-

114 — Punkt 323. Kommissionens kursivering.

115 — Punkt 324.

116 — Punkt 325.

vationer kritiserat förstainstansrätten för att ha övervärderat den eventuella reaktionen från de konkurrenter som marginaliserats genom Tetras dominerande ställning. Slutligen hade förstainstansrätten enligt kommissionen gjort sig skyldig till felet att dels förbigå skillnaden mellan det innovationstryck som orsakats av tillväxten av PET och det innovationstryck som följer av Tetras konkurrenter på kartongmarknaderna, dels att bekräfta att de innovationer som detta bolag hade infört på senare tid inte berott på trycket från PET.

152. Innan denna kritik skall bedömas skall det, såsom Tetra har påpekat, preciseras att den *potentiella* konkurrens som det hänvisas till i samband med denna grund inte bestod i den konkurrens som utövades av företag som skulle ha kunnat inträda på marknaderna för kartongförpackningar och som således skulle ha utgjort Tetras potentiella konkurrenter på dessa marknader. Det var i stället uppenbarligen fråga om den *indirekta* konkurrens från företag som var verksamma på andra marknader än marknaderna för kartongförpackningar (även om de var närliggande), vilka tillverkade maskinutrustning för förpackning i ett material, PET, som från ekonomisk synpunkt av kommissionen endast ansågs vara ett "svagt substitut" för kartong [117]. Här i det följande kommer jag således att snarare hänvisa till den *indirekta* konkurrensen, än till den *potentiella* konkurrensen, från PET.

153. Efter det ovanstående delar jag Tetras uppfattning att det inte kan anses att den minskning av den indirekta konkurrensen som följer av förvärvet av det främsta företaget som är verksamt på en närliggande marknad *i sig* innebär att en dominerande ställning förstärks i den mening som avses i artikel 2 i förordning nr 4064/89. Med tanke på det välkända begreppet "dominerande ställning" som godtagits i domstolens rättspraxis skall det i stället bedömas huruvida denna minskning av den indirekta konkurrensen kan öka det dominerande företagets "ekonomiska maktställning", med den konsekvensen att företaget i än högre grad (eller lättare) kan hindra "upprätthållandet av en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden" och har möjlighet att bete sig än mer "oberoende *i förhållande till konkurrenter, kunder och i sista hand konsumenter*" [118].

154. Av detta följer att det är detta begrepp som förstainstansrätten således mer korrekt borde ha hänvisat till i sin analys, i stället för att framhålla att det var kommissionen som skulle visa att en minskning av den indirekta

117 — Se särskilt skäl 332 i det omtvistade beslutet, där det anges att kartong och PET var "tekniska substitut eftersom båda förpackningsmaterialen [kunde] användas för att förpacka relevanta slutprodukter" och kunde "betraktas som 'svaga substitut' i ekonomisk mening". För ett liknande resonemang, se även skäl 163 i beslutet (som åberopats ovan, i punkt 10), där det för övrigt underrättas om att definitionen av marknader för systemen för PET- och kartongförpackning kan komma att ändras i framtiden.

118 — Se domstolens dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen (REG 1979, s. 461; svensk specialutgåva, volym 4, s. 315), punkt 38; min kursivering.

konkurrensen från PET skulle ha kunnat "stärka Tetras dominerande ställning *i förhållande till desskonkurrenter* på marknaderna för aseptisk kartong". Jag anser dock inte att det är fråga om en bristande noggrannhet som är särskilt allvarlig eller är sådan att förstainstansrättens slutsats skall avfärdas, mot bakgrund av att nämnda domstol i vart fall har bedömt kommissionens resonemang — och ansett att det är behäftat med vissa fel — beträffande de verkningar som den förutsedda minskningen av den indirekta konkurrensen från PET skulle ha haft för kunder och konsumenter i form av en höjning (eller av en bristande sänkning) av priserna på kartong och av en mindre innovation av produkterna.

155. I likhet härmed anser jag att förstainstansrättens slutsats inte skall påverkas på grund av samma fel som nämnda domstol i alla fall har begått i förhållande till bedömningen av den förutsebara tillväxten av PET för förpackningar av mjölk- och mejeriprodukter i flytande form (se ovan punkterna 103 och 112) [119].

156. Det är sant att konstaterandet att tillväxten av PET för förpackning av "känsliga" produkter, "med undantag av fruktdrycker utan kolsyra och te- och kaffedrycker, sannolikt [skulle komma] att bli mycket mindre tydlig än vad kommissionen ha[de] räknat med", hade föranlett förstainstansrätten att anse att "det ... inte [var] möjligt, på grundval av de bevis som åberopa [t]s i det omtvistade beslutet, att avgöra med den säkerhet som krävs för att motivera ett förbud av en koncentration, huruvida genomförandet av den modifierade koncentrationen skulle placera Tetra i en situation där företaget skulle kunna[t] vara mer oberoende än tidigare i förhållande till sina konkurrenter på marknaderna för aseptisk kartong" [120]. Förstainstansrätten stannade dock inte vid detta konstaterande utan fortsatte sin analys och kom till slutsatsen "att de faktiska omständigheter avseende Tetras framtida beteende på vilka kommissionen basera[t] sin utsago, i syfte att visa den anmälda koncentrationens påstådda negativa verkningar på marknaderna för aseptisk kartong *under alla omständigheter* ha[de] visats på ett rättsligt övertygande sätt" (min kursivering). Såsom har framgått hade det enligt förstainstansrätten i synnerhet inte "visats, för den händelse det konkurrenstryck som [kommit] från PET-marknaderna skulle undanröjas eller minska, att Tetra skulle [ha] var[it] föranlett att inte sänka priserna på sina kartongförpackningar och inte längre företa några innovationer" [121].

157. När jag således övergår till att bedöma kommissionens kritik avseende denna slutsats, skall jag inledningsvis påpeka att till skillnad från vad kommissionen har hävdat skall förstainstansrättens bedömning avse-

119 — Det skall i detta avseende erinras om att det har ansetts att den anmärkning från kommissionen saknar grund som avser de fel som förstainstansrättens påstås ha begått när den bedömt den förutsebara tillväxten av PET i fråga om förpackning av fruktjuicer (se ovan punkt 104).

120 — Punkt 324.

121 — Punkt 325.

ende de verkningar av minskningen av den indirekta konkurrensen som kommer från PET på priserna på kartong enligt min mening avfärdas på grund av den felaktiga övertygelsen att kostnaderna för PET är högre än kostnaderna för kartong (i fråga om det fel som förstainstansrätten härvidlag faktiskt har begått, se ovan punkterna 111 och 112).

158. Jag erinrar nämligen om att förstainstansrätten, med hänvisning till kommissionens uppfattning att koncentrationen skulle ha medgett Tetra att hindra den minskning av priserna på kartong som annars skulle ha införts, har konstaterat att

a) "[v]ad gäller de 'mer priskänsliga' kunderna på kartongmarknaderna som ... i samband med marknadsundersökningen [hade uppgett till kommissionen] att 'de endast skulle gå över från kartong till PET om kartongpriserna steg avsevärt, med 20 procent eller mer' ... [framgick] det tydligt att en sänkning av kartongpriset inte [var] nödvändig för att hålla kvar dem på kartongmarknaderna. Genom att det i beslutet enbart konstatera[t]s att '[s]amma kunder ... troligen [skulle] bli avskräckta från att gå över från kartong till PET om en sänkning av kartongpriset skulle öka prisskillnaden mellan en kartongförpackningslinje och en PET-förpackningslinje' ... [gavs] ingen förklaring till varför Tetra skulle [ha] var[it] tvunget att i avsaknad av en koncentration företa sådana prissänkningar i syfte att behålla nämnda kunder. Dessa kunder skulle inte [ha] gå[tt] över till PET såvida inte kartongpriset [stigit] med åtminstone 20 procent, eller motsvarande sänkning av PET-priset äg[t] rum" [122],

b) "[i] den mån kommissionen vid förstainstansrätten ha[de] åberopat möjligheten att Tetra, efter det att koncentrationen ha[de] genomförts, enklare [kunde komma] att höja sina priser på marknaderna för aseptisk kartong i förhållande till vissa kunder, ha[de] kommissionen inte särskilt förklarat varför detta inte skulle tillåta Tetras konkurrenter på kartongmarknaderna som även [var] verksamma på PET-marknaderna, som SIG och Elopak, att dra nytta härav" [123],

c) "[v]ad gäll[de] de producenter av drycker som trots att PET [var] betydligt dyrare än kartong [kom] att gå över från kartong till PET av kommersiella skäl, skulle dessa 'icke priskänsliga' kunder inte nödvändigtvis låta sig övertygas om

122 — Punkt 327.
123 — Ibidem.

att behålla kartongförpackningar därför att priset sänktes på detta material" [124],

d) "[d]et ... inte [visades] i det omtvistade beslutet varför de bolag som [var] verksamma på PET-utrustningsmarknaderna, vilka bolag i avsaknad av den modifierade koncentrationen 'skulle bedriva livlig konkurrens för att ta marknadsandelar från kartong' ... skulle ändra sitt beteende till följd av ifrågavarande koncentration. I en situation då det konkurrenstryck som utöva[de]s av Sidel [försvann] förklara[de]s det på intet sätt i det omtvistade beslutet varför de övriga bolag som [var] verksamma på PET-utrustningsmarknaderna — när Sidels konkurrenter inte marginalisera [de]s till följd av en framgångsrik hävstångseffekt — inte längre skulle vara i stånd att framhäva fördelarna med PET för Tetras kunder på kartongmarknaderna" [125].

159. Såsom lätt kan konstateras har förstainstansrätten genom sådana fastställanden framhävt de logiska felen i kommissionens resonemang, utan att grunda sin bedömning på den felaktiga övertygelsen att kostnaderna för PET var högre än kostnaderna för kartong, inte ens under punkt c) där den enda hänvisningen till denna aspekt finns. Av en noggrann läsning av denna punkt framgår nämligen att förstainstansrätten endast har hänfört sig till kommissionens konstaterande att vissa kunder under alla omständigheter skulle ha övergått till PET "trots att [detta material] är dyrare eller trots att priset på kartong står stilla" [126], och därav dragit den logiska slutsatsen att "'icke priskänsliga' kunder inte nödvändigtvis [skulle] låta sig övertygas om att behålla kartongförpackningar därför att priset sänktes på detta material".

160. Sedan det således klargjorts att förstainstansrättens bedömning inte skall avfärdas på grund av den felaktiga övertygelsen att kostnaderna för PET är högre än kostnaderna för kartong, skall jag påpeka att kommissionens anmärkning avseende punkt b), genom vilken kommissionen kritiserat förstainstansrätten för att felaktigt ha förbigått att Tetras konkurrenter på marknaderna för kartong per definition marginaliserats genom detta bolags starka dominerande ställning, enligt min mening inte heller är välgrundad.

161. Härvidlag delar jag först och främst Tetras uppfattning att denna anmärkning

124 — Punkt 328.

125 — Ibidem.

126 — Citatet kommer från skäl 397 i beslutet, där det preciseras att många av de företag som konsulterats i samband med kommissionens marknadsundersökning hade "[uppgett] att de redan ha[de] gått över eller skulle gå över från kartong till PET trots att PET [var] dyrare eller trots att priset på kartong [stod] stilla".

kan anföras till stöd för motsatt uppfattning. Om det nämligen teoretiskt här skulle anses att Tetra med stöd av sin dominerande ställning per definition skulle ha kunnat "agera oberoende i förhållande till konkurrenter" på marknaderna för kartong [127], och således även höja priserna utan att frukta någon reaktion från deras sida, är det svårt att förklara varför detta bolag, i avsaknad av en koncentration — mot bakgrund av att det under alla omständigheter innehade en dominerande ställning på kartongförpackningsmarknaden — inte skulle ha kunnat göra detsamma och i stället borde ha fruktat den indirekta konkurrensen från aktörer (som Sidel) som uteslutande var verksamma på närliggande marknader, vilka tillverkade maskinutrustning för förpackning i ett material som endast ansågs vara "ett svagt substitut" för kartong.

162. Jag skall dessutom påpeka att till skillnad från vad som synes framgå av kommissionens ansökan har förstainstansrätten inte enbart beaktat Tetras konkurrenter på marknaderna för kartong, utan även de konkurrenter som "redan är verksamma på marknaderna för PET". Förstainstansrätten har således hänvisat till aktörer som skulle ha kunnat dra fördel av en höjning av priserna på kartong även på marknaderna för PET och följaktligen skulle ha kunnat utöva ett större konkurrenstryck på grund av att det på marknaderna samtidigt förelåg två förpackningsmaterial och mot bakgrund även av att "till skillnad från den nya enheten [dessa] inte skulle [ha] drabba[t]s av någon begränsning i samband med erbjudanden som samtidigt [avsåg] kartong och SBM-maskiner" [128].

163. Fortfarande med hänvisning till verkningarna på priserna på kartong av minskningen av den indirekta konkurrensen från PET, anser jag slutligen inte att den anmärkningen är välgrundad genom vilken kommissionen har kritiserat förstainstansrätten för att den inte har ansett att Tetra, till följd av förvärvet av den främsta aktören på marknaderna för PET, fritt skulle ha kunnat höja priserna på kartong, eftersom bolaget visste att det med hjälp av Sidel åter hade kunnat fånga in en stor del av de kunder som av denna anledning övergått till PET.

164. Såsom Tetra med rätta har påpekat kan förstainstansrätten nämligen inte kritiseras för att inte ha beaktat denna aspekt, eftersom den inte hade framlagts i det omtvistade beslutet. Jag skall påpeka att övergången hos Tetras kunder från kartong till PET, även till följd av förvärvet av Sidel, i vart fall säkert inte skulle ha varit ekonomiskt likgiltigt för den nya enheten. Det är nämligen uppenbart att den säkra förlusten av kunder för Tetra på marknader där företaget har en dominerande ställning, och på vilka bolaget kunde åstadkomma bety-

127 — Se domen i det ovannämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 38.

128 — Punkt 330.

dande vinstmarginaler, endast delvis skulle ha kompenserats av hoppet om att återerövra dessa kunder på marknader, såsom marknaderna för PET, som befinner sig i en tillväxtfas och som kännetecknas av en livlig konkurrens. [129]

165. Beträffande de verkningar som den minskning av den indirekta konkurrensen från PET har på innovationen, skall jag påpeka att anmärkningen avseende övervärderingen av den eventuella reaktionen från Tetras konkurrenter i tillämpliga delar inte kan godtas, och detta av samma skäl som angetts beträffande motsvarande anmärkning avseende verkningarna på priserna för kartong (se ovan punkterna 161 och 162).

166. Vad slutligen avser den anmärkning genom vilken kommissionen har kritiserat förstainstansrätten för att inte tillräckligt ha beaktat det tryck avseende innovationer som följer av tillväxten av PET och att felaktigt ha ansett att de innovationer som Tetra infört på senare tid inte berodde på det tryck som kan hänföras till detta material anser även jag att kommissionen i själva verket har väckt sådana frågor om faktiska omständigheter som domstolen inte är behörig att avgöra (se ovan punkterna 59–61).

167. Mot bakgrund av samtliga ovanstående överväganden anser jag därför att talan inte kan bifallas på den fjärde grunden.

Grunden avseende det förhållandet att det skapas en dominerande ställning för Tetra på marknaderna för SBM-maskiner

168. Genom sin sista grund för talan har kommissionen kritiserat förstainstansrättens slutsats att "det inte i det omtvistade beslutet på ett rättsligt övertygande sätt visa[t]s att den nya enheten under perioden fram till år 2005 skulle kunna skaffa sig en dominerande ställning på marknaderna för [SBM-] maskiner med liten och stor kapacitet och att de villkor som kräv[de]s enligt artikel 2.3 i förordningen således [var] uppfyllda beträffande dessa marknader" [130].

169. I det följande skall jag i korthet undersöka de av kommissionens sammanfattade anmärkningar som avser de fel som

129 — Det är tydligt att det skulle (åtminstone delvis) ha förhållit sig annorlunda, om den nya enheten hade lyckats dra nytta av Tetras ställning på kartongförpackningsmarknaden för att hänvisa de kunder till Sidel som avsåg att övergå till PET och på så sätt skaffa sig en dominerande ställning på alla eller vissa marknader för PET. Eftersom förstainstansrätten har underkänt kommissionens bedömningar i detta avseende kan detta scenario inte beaktas.

130 — Punkt 307.

förstainstansrätten påstås ha begått med hänvisning till de båda marknaderna för SBM-maskiner (med låg och hög kapacitet), för att därefter bedöma huruvida de fel som faktiskt påvisats är sådana att förstainstansrättens slutsats därmed skall avfärdas.

a) Kommissionens anmärkningar

170. När det inledningsvis gäller anmärkningarna avseende marknaden för SBM-maskiner med låg kapacitet har kommissionen först och främst kritiserat förstainstansrätten för att ha hänvisat till Sidels marknadsandel under perioden 1998–2000 (mindre än 40 procent), utan att uppmärksamma att det av beslutet framgick att denna andel år 2001 hade stigit till en nivå på mellan 40 och 50 procent [131].

171. Jag anser dock att förstainstansrätten, såsom Tetra har påpekat, lagenligt har kunnat beakta perioden 1998–2000, eftersom det var till denna tidsperiod som kommissionen i huvudsak hade hänvisat. I det skäl i beslutet som kommissionen åberopat (såsom för övrigt i ett tidigare skäl som förstainstansrätten citerat [132]) hade nämligen de marknadsandelar som innehades av Sidel, av Tetra och av deras främsta konkurrenter "under perioden 1998–2000" framhävts, medan Sidels och Tetras andelar år 2001 (vilka för övrigt inte hade jämförts med de marknadsandelar som deras främsta konkurrenter innehade under samma period) endast hade angetts i en fotnot.

172. På samma sätt saknar enligt min mening den följande anmärkningen grund. Genom denna har kommissionen kritiserat förstainstansrätten för att ha konstaterat "att i och med att Tetra lämna[de] marknaden [för SBM-maskiner med låg kapacitet] [skulle] den nya enhetens ställning [komma] att väsentligen vara oförändrad i förhållande till Sidels ... ställning [vid den tidpunkten]" [133], utan att ta hänsyn till den omedelbara förstärkningen av Sidels ställning som följer av en rad faktorer som angetts i beslutet (Tetras finansiella och kommersiella styrka, bolagets anseende på marknaden för förpackning av aseptisk kartong, den fördel av att vara "den som kommer först" som bolaget hade i förhållande till de kunder som avsåg att övergå från kartong till PET och dess dominerande ställning på kartongförpackningsmarknaden) [134].

131 — Kommissionen förefaller avse punkt 272 i den överklagade domen, där det anges "att kommissionen [hade] medg[ett] att Sidel ha[de] en 'marknadsandel på [30–40 procent] uttryckt i kapacitet och sålda enheter inom EES år 2000' av marknaden för SBM-maskiner med liten kapacitet" (skäl 233). För att visa det fel som förstainstansrätten har begått har kommissionen i stället åberopat skäl 266 i beslutet. Eftersom det i den version av beslutet som har offentliggjorts i Europeiska gemenskapernas officiella tidning av konfidentiella skäl inte har angetts den exakta andelen, utan endast en vägledande variationsbredd är det enligt min mening lämpligt att göra detsamma i detta förslag till avgörande.

132 — Se föregående fotnot.

133 — Punkt 280 i den överklagade domen.

134 — I detta avseende har kommissionen åberopat skälen 376–387 i beslutet.

173. Jag delar nämligen Tetras uppfattning att dessa faktorer på ett generellt sätt hade angetts i beslutet (utan att det dock togs hänsyn till de åtaganden som nämnda företag föreslagit) för att framhäva den nya enhetens *leadership* och globala styrka, som även följde av att det var närvarande på alla berörda marknader, och inte för att framhäva ett specifikt och omedelbart förstärkande av Sidels ställning på marknaden för SBM-maskiner med låg kapacitet. Mot denna bakgrund anser jag således att förstainstansrätten lagenligt kunde fastställa att den nya enhetens ställning, till följd av att Tetra lämnat denna marknad, i huvudsak varit fortsatt oförändrad jämfört med Sidels ställning.

174. Jag anser slutligen inte heller att anmärkningen avseende förstainstansrättens konstaterande att "det .. inte [hade] utförts någon tillräcklig analys i det omtvistade beslutet av den nuvarande och framtida användningen av SBM-maskiner med liten kapacitet" [135] kan godtas.

175. Genom denna anmärkning har kommissionen särskilt kritiserat förstainstansrätten för att ha grundat sin bedömning på två irrelevanta aspekter, nämligen dels på betydelsen av SBM-maskiner med låg kapacitet för förpackning av icke "känsliga" produkter, vilket är irrelevant om den marknadssegmentering av SBM-maskiner som kommissionen föreslagit skulle godtas, dels på andelen kunder som hade valt SBM-maskiner med hög och låg kapacitet för förpackning av "känsliga" produkter [136], en andel som också var irrelevant för att bedöma Tetras möjlighet att dra nytta av sin dominerande ställning på kartongförpackningsmarknaden för att skaffa sig en sådan ställning även på marknaden för SBM-maskiner med låg kapacitet.

176. Vad beträffar den första aspekten kan dock lätt konstateras att kommissionens bedömning avseende fastställandet av specifika marknader för SBM-maskiner för förpackning av "känsliga" produkter inte har godtagits (se ovan punkt 145). Jag noterar beträffande den andra aspekten att det inte alls förefaller vara uppenbart att valet hos de kunder som avsåg att förpacka "känsliga" produkter i PET skulle ha varit irrelevant för att bedöma marknadsutvecklingen för SBM-maskiner med låg kapacitet och den nya enhetens möjlighet att skaffa sig en dominerande ställning på denna marknad. Mer allmänt ser jag vidare inte hur förstainstansrätten kan kritiseras för att ha prövat huruvida kommissionens bedömning avse-

135 — Punkt 280.

136 — I detta avseende har kommissionen särskilt åberopat förstainstansrättens konstaterande att "en stor del av de SBM-maskiner som används till förpackning av känsliga produkter med största sannolikhet [skulle] komm[a] att vara maskiner med liten kapacitet" (punkt 279 i domen).

ende förvärvet av en sådan dominerande ställning hade grundats på en omsorgsfull och ingående analys av den berörda marknadens dynamik.

177. Jag skall genast, när jag nu övergår till anmärkningarna avseende marknaden för SBM-maskiner med hög kapacitet, påpeka att av samma skäl som angetts i punkt 173 skall den anmärkning, enligt vilken kommissionen har kritiserat förstainstansrätten för att denna inte har tagit hänsyn till det omedelbara förstärkande av Sidels ställning som följer av de faktorer som angetts i punkt 172, enligt min mening, i tillämpliga delar inte godtas [137].

178. Däremot anser jag att anmärkningen avseende förstainstansrättens konstaterande att "fördelen med att vara 'den som kommer först' [som Tetra hade haft i förhållande till de kunder som avsåg att övergå till PET] hade övervärderats" delvis skall godtas. [138]

179. Jag anser nämligen att kommissionen, vad avser förpackning av mejeriprodukter i flytande form, med rätta har gjort gällande att förstainstansrättens bedömning skall avfärdas på grund av de felaktigheter som den gjort sig skyldig till med hänvisning till dess förutsägelser om tillväxten av PET (se ovan punkt 103) och särskilt till förhållandet mellan detta material och HDPE (se ovan punkt 98). Av den överklagade domen framgår nämligen att förstainstansrätten beträffande förpackningen av ifrågavarande produkter har ansett att fördelen av att vara "den som kommer först" i huvudsak har "övervärderats", eftersom a) "den förutsebara ökade användningen av PET bland Tetras ... kunder på marknaderna för aseptisk kartong ... inte [var] stor" [139], och eftersom b) "[v]ad närmare beträffa[de] färsk mjölk, förhållandet mellan HDPE och PET [inte] i tillräcklig mån [förklarades] i det omtvistade beslutet" [140].

180. Jag anser däremot inte att kommissionens anmärkning kan godtas i den del kommissionen har kritiserat bedömningen av fördelen av att vara den som kommer först med hänvisning till de kunder som avser att övergå från glas till PET, varvid den särskilt kritiserat förstainstansrätten för att a) inte ha beaktat att det var sällsynt att de kunder som förpackade sina drycker i glas uteslutande använde detta material, och för att b) ha förvanskat de faktiska omständigheterna i den del där den med avseende på dessa

137 — I detta avseende har kommissionen särskilt hänvisat till konstaterandet att "Tetra inte [skulle ha] tillför[t] den nya enheten något vad ... marknad[en] för SBM-maskiner med stor kapacitet] beträffar" (punkt 284 i domen).

138 — Punkt 288.

139 — Punkt 288.

140 — Punkt 289. Beträffande förhållandet mellan HDPE och PET ansåg förstainstansrätten särskilt att det var "minst lika troligt att Tetras befintliga kunder som önska[de] överföra en del av sin produktion av färsk mjölk till plast [skulle välja] HDPE i stället för PET" (ibidem).

kunder har fastställt att Tetras konkurrenter "som alla tre är verksamma på förpackningsmarknaderna inom glas och PET", såsom SIG, Krones och KHS, skulle ha kunnat "åtnjuta ... fördelen av att vara 'den som kommer först'" [141].

181. Jag företräder härvid samma uppfattning som Tetra att dessa argument från kommissionen inte kan godtas, eftersom de grundas på uppgifter som inte återfinns i det omtvistade beslutet [142] (se ovan punkt 106) och under alla omständigheter, särskilt vad avser punkten b), innebär att sådana frågor väcks om faktiska omständigheter som domstolen inte är behörig att avgöra (se ovan punkterna 59–61).

182. Enligt min mening saknar vidare den anmärkning grund genom vilken kommissionen har kritiserat förstainstansrätten för att ha fastställt dels att "det i det omtvistade beslutet på ett mer detaljerat sätt [borde] ha undersökts om konkurrensen ha[de] kapacitet att motstå tillämpandet av en eventuell hävstång från den nya enhetens sida" [143], dels att "kommissionen [hade begått] ett fel när den underskattade betydelsen av SIG.s [då] varande ställning på marknaderna för maskiner med stor kapacitet och förringade den ställning som de främsta övriga konkurrenterna till den nya enheten, i synnerhet SIPA och Krones, ha[de] på denna marknad" [144].

183. Jag anser nämligen inte att förstainstansrätten, såsom kommissionen har hävdat, har förvanskat innehållet i beslutet (särskilt genom att förneka att detta innehöll en analys av Sidels ställning på marknaderna för SBM-maskiner jämfört med dess konkurrenter [145]) eller har ersatt kommissionens bedömning med sin egen.

184. Förstainstansrätten har endast ansett att med hänsyn till den betydande och obestridda ökning av marknadsandelarna för dessa tre konkurrenter till Sidel (SIG, SIPA och Kronos) under de senaste åren, och med hänsyn till Tetras noggrant formulerade kommentarer under det administrativa förfarandet borde kommissionen inte ha begränsat sig till de allmänna påpekandena i beslutet, utan borde mer specifikt ha undersökt dessa tre bolags konkurrenskraft och reaktionsförmåga. Förstainstansrätten har nämligen noterat att det endast var i

141 — Punkt 290.

142 — Det är endast beträffande punkten a) som kommissionen har sökt finna ett stöd i beslutet för sina konstateranden (skälen 14 och 335). Långt ifrån att visa att det i beslutet angetts att det var sällsynt att de kunder som förpackade sina drycker i glas uteslutande använde detta material, citerade kommissionen dock avsnitt i vilka det allmänt fastställts att "[b]ryggerierna [i ökad omfattning] [använde] sig av olika material för att förpacka sina produkter". Det enda exemplet som angavs var Coca-Cola, som "säljs ... i glasflaskor, PET-flaskor och aluminiumburkar" (skäl 14).

143 — Punkt 294.

144 — Punkt 297.

145 — I detta avseende har kommissionen särskilt åberopat skälen 232–248, 293–300, 303–310 och 369–387 i beslutet.

förhållande till SIG som beslutet innehöll någon specifik bedömning (vilken enligt min mening på det hela taget inte kan bestridas) och har under alla omständigheter funnit att dessa bedömningar inte i tillräcklig omfattning motsvarat de exakta och relevanta anmärkningar som Tetra har framfört [146]. Det är således från denna utgångspunkt som det konstaterande skall tolkas enligt vilket dessa tre bolags ställning hade "undervärderats" eller "förringats" i beslutet, nämligen så att kommissionen inte hade gett undersökningen av deras ställning den uppmärksamhet som, med hänsyn till omständigheterna i fallet, hade krävts.

185. Jag tillägger dessutom att i den del i vilken kommissionen har övergått till att kritisera förstainstansrätten för att den, vid fastställandet av vissa fördelar som Sidels konkurrenter skulle ha åtnjutit, har förvanskat de faktiska omständigheterna, har det genom denna anmärkning framlagts faktiska omständigheter som domstolen inte är behörig att avgöra (se ovan punkterna 59–61).

186. Enligt min mening är däremot den sista anmärkningen avseende "bearbetarnas" möjlighet att motstå hävstångseffekter välgrundad. Genom denna anmärkning har kommissionen kritiserat förstainstansrätten för att inte i tillräcklig omfattning ha motiverat sina fastställanden, för att inte ha besvarat de argument som kommissionen framfört i beslutet och för att rättsstridigt ha ersatt kommissionens bedömning med sin egen bedömning.

187. Jag delar nämligen kommissionens uppfattning att förstainstansrätten inte i tillräcklig omfattning har förklarat vilka de fel, de brister i undersökningen eller de logiska brister som enligt dess bedömning innebar ett avfärdande av kommissionens slutsats enligt vilken "bearbetarna" "i viss mån [var] beroende av Sidel" och "skulle fortsätta att vara beroende av den genom koncentrationen bildade enheten" [147]. Utan att bedöma kommissionens omfattande analys för att komma fram till denna slutsats [148], har förstainstansrätten nämligen endast fastställt att a) "[m]ed beaktande av den befintliga konkurrensens ... nivå, inklusive konkurrensen på marknaden för SBM-maskiner med stor kapacitet, [var] dock slutsatsen angående bearbetarnas beroendeställning i förhållande till Sidel inte övertygande", och att b) "[o]m den nya enhetens försäljningsvillkor [skulle ha blivit] mindre attraktiva skulle bearbetarna alltid ha [haft] möjlighet att kunna köpa sådana maskiner hos Sidels ... konkurrenter" [149].

146 — Se särskilt kommentarerna i punkt 295 i den överklagade domen.

147 — Punkt 310.

148 — Se skälen 303–310 i beslutet.

149 — Punkt 305 i domen. Den sista preciseringen att "SIG och Elopak även skulle [ha] kunna[t] erbjuda [bearbetarna] kartongutrustning för det fall [deras] kunder skulle [ha velat] ha samtidig leverans av PET- och kartongförpackningutrustning", har enligt min mening ingen särskild betydelse här, eftersom kommissionen på intet sätt hade kopplat ihop "bearbetarnas" beroende av Sidel eller av den nya enheten med behovet av samtidig leverans av PET- och kartongförpackningsutrustning.

188. Förstainstansrätten har således, efter vad jag förstår, funnit att kommissionens slutsats om "bearbetarnas" oberoende av Sidel "inte är övertygande", av den enda anledningen att dessa skulle ha kunnat köpa SBM-maskiner hos företagets konkurrenter. Härigenom har förstainstansrätten dock inte ansett att kommissionen, även om den hade medgett att "bearbetarna" kunde "vända sig till andra leverantörer av [SBM-]maskiner för inköp av nya maskiner samt för att formge och testa flaskämnen" trots detta — mot bakgrund av sin marknadsundersökning — ansett att "[o]mställningskostnader och det fortsatta behovet att använda de många Sidel-maskiner som de redan ha[de] dock [skulle komma] att förlänga deras beroende av Sidel" [150].

189. Enligt min mening är det följaktligen uppenbart att även om förstainstansrätten eventuellt kunde påvisa fel, brister i undersökningen eller logiska brister i kommissionens resonemang kunde den inte förkasta den slutsats som kommissionen kommit fram till utan att ge en tillräckligt omfattande motivering. Jag påpekar dessutom att Tetras argument för att motivera förstainstansrättens bedömning avseende en eventuell reaktion från "bearbetarna", bortsett från grunden för dessa, inte kan avhjälpa den bristande motiveringen i den överklagade domen.

b) Konsekvensen av de fel som påvisats i förstainstansrättens slutsats.

190. Av ovanstående överväganden framgår enligt min mening att följande anmärkningar skall anses vara välgrundade: a) anmärkningen avseende fördelen av att vara "den som kommer först" vad avser förpackning av mejeriprodukter i flytande form (se ovan punkterna 178 och 179), och b) anmärkningen avseende möjligheten för "bearbetarna" att motstå hävstångseffekter (se ovan punkt 186).

191. Jag anser dock att de fel av förstainstansrätten som framhävts genom dessa anmärkningar inte är sådana att de påverkar nämnda domstols slutsats att "det inte i det omtvistade beslutet på ett rättsligt övertygande sätt visa[t]s att den nya enheten under perioden fram till år 2005 skulle [ha] kunna[t] skaffa sig en dominerande ställning på marknaderna för [SBM-]maskiner med liten och stor kapacitet och att de villkor som krävs enligt artikel 2.3 i förordningen således [var] uppfyllda beträffande dessa marknader" [151].

150 — Skäl 310 i beslutet.

151 — Punkt 307.

192. Enligt min mening motiveras denna slutsats utan tvekan av de många brister i beslutet som förstainstansrätten i detta avseende har påvisat genom bedömningar som inte ifrågasatts i samband med förevarande mål eller som ifrågasatts genom anmärkningar som här bedömts sakna grund. Utan att det är nödvändigt att jag går närmare in på denna punkt och avfattar en lång förteckning över bristerna i fråga skall jag endast påpeka att, förutom de brister som påvisats genom bedömningar som kritiserats utan framgång i samband med förevarande grund för talan skall följande brister uppmärksammas avseende: a) att, såsom eventuell hämmande faktor för hävstångseffekter, den rättsstridiga karaktären av vissa beteenden och de beteendemässiga åtaganden som Tetra föreslagit inte beaktats (en brist som påvisats genom de bedömningar som utan framgång kritiserats i samband med den andra grunden för talan), och b) fastställandet av specifika marknader för SBM-maskiner för förpackning av "känsliga" produkter (en brist som påvisats genom de bedömningar som utan framgång kritiserats i samband med den tredje grunden för talan).

193. Av det sagda framgår således att det förhållandet att de två anmärkningarna som angetts i punkt 190 kan godtas, inte i sig kan påverka förstainstansrättens slutsats beträffande skapandet av en dominerande ställning på marknaderna för SBM-maskiner med låg och hög kapacitet.

Sammanfattande överväganden avseende utgången av målet

194. Mot bakgrund av samtliga ovanstående överväganden skall det därför anses att kommissionens anmärkningar, även om vissa av dem har visat sig vara välgrundade, inte räcker för att påverka förstainstansrättens slutsatser beträffande förstärkandet av Tetras dominerande ställning på kartongförpackningsmarknaderna och skapandet av en dominerande ställning på marknaderna för SBM-maskiner med låg och hög kapacitet.

195. Under dessa omständigheter skall jag erinra om att det enligt fast rättspraxis gäller att "om en dom från förstainstansrätten innehåller domskäl som strider mot gemenskapsrätten, men domslutet visar sig vara riktigt enligt andra rättsliga grunder skall överklagandet ogillas" [152].

152 — Domstolens dom av den 10 december 2002 i mål C-312/00 P, kommissionen mot Camar och Tico (REG 2002, s. I-11355), punkt 57. Se, för ett liknande resonemang, även domstolens dom av den 9 juni 1992 i mål C-30/91 P, Lestelle mot kommissionen (REG 1992, s. I-3755), punkt 28, av den 15 december 1994 i mål C-320/92 P, Finsider mot kommissionen (REG 1994, s. I-5697), punkt 37, och av den 13 juli 2002 i mål C-210/98 P, Salzgitter mot kommissionen (REG 2002, s. I-5843), punkt 58.

196. Mot bakgrund således av att domslutet i den överklagade domen, avseende ogiltigförklaring av beslutet — på grund av de talrika rättsliga grunder som utgör stöd för förstainstansrättens slutsatser beträffande förstärkandet av Tetras dominerande ställning och skapandet av en dominerande ställning på marknaderna för SBM-maskiner — utan tvekan är välgrundat, anser jag att kommissionens överklagande skall ogillas.

Rättegångskostnader

197. Mot bakgrund av artikel 69.2 i rättegångsreglerna, och med hänsyn till mina slutsatser avseende överklagandets ogillande, anser jag att kommissionen skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

IV — Förslag till avgörande

198. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen skall

— ogilla överklagandet,

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.