# RETTENS DOM (Første Afdeling)

25. oktober 2002 *

I sag T-5/02,

**Tetra Laval BV**, Amsterdam (Nederlandene), ved advokaterne A. Vandencastele, D. Waelbroeck, A. Weitbrecht og S. Völcker,

sagsøger,

mod

**Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber** ved A. Whelan og P. Hellström, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

* Processprog: engelsk.

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning K(2001) 3345 endelig udg. af 30. oktober 2001, hvorved en fusion erklæres uforenelig med fællesmarkedet og med EØS-aftalen (COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, B. Vesterdorf, og dommerne J. Pirrung og N.J. Forwood,

justitssekretær: fuldmægtig D. Christensen,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter mundtlig forhandling den 3. og 4. juli 2002,

afsagt følgende

## Dom

### Relevante retsregler

1 Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT L 395, s. 1, berigtiget version

offentliggjort i EFT 1990 L 257, s. 13, og ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 1310/97 af 30.6.1997, EFT L 180, s. 1, herefter »forordningen«) fastsætter en kontrolordning, der administreres af Kommissionen, og som omfatter alle fusioner af fællesskabsdimension i forordningens artikel 1, stk. 2's forstand.

2 Det bestemmes i forordningens artikel 2:

»1. Fusioner, der er omfattet af denne forordning, vurderes på grundlag af følgende bestemmelser med henblik på at fastslå, om de er forenelige med det fælles marked.

I denne vurdering tager Kommissionen hensyn til:

a) nødvendigheden at af bevare og udvikle en effektiv konkurrence inden for fællesmarkedet navnlig på baggrund af alle de berørte markeders struktur samt den reelle eller potentielle konkurrence fra virksomheder, der er beliggende i eller uden for Fællesskabet

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

2. Fusioner, der ikke skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, skal erklæres forenelige med fællesmarkedet.

3. Fusioner, der skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, skal erklæres uforenelige med fællesmarkedet.

[...]«

3 Forordningens artikel 4 bestemmer, at den part eller de parter, der opnår kontrol, eller de parter, der opnår fælles kontrol, skal anmelde fusionen til Kommissionen senest en uge efter afslutningen af transaktionen. Kommissionen skal i henhold til forordningens artikel 6, stk. 1, behandle anmeldelsen »straks ved modtagelsen«. Forordningens artikel 6, stk. 1, litra c), bestemmer sammen med forordningens artikel 10, stk. 1, at Kommissionen skal indlede en procedure vedrørende en anmeldt fusion inden for en måned eller senest seks uger efter anmeldelsen, hvis den konstaterer, at fusionen er omfattet af forordningen og »rejser alvorlig tvivl med hensyn til, om den er forenelig med fællesmarkedet«.

4 Kommissionens beføjelser, når en procedure er indledt efter anmeldelse, fremgår af forordningens artikel 8. Artikel 8, stk. 3, lyder: »[f]inder Kommissionen, at en sammenslutning opfylder kriteriet i artikel 2, stk. 3, vedtager den en beslutning,

hvorved den erklærer sammenslutningen for uforenelig med fællesmarkedet«. Forordningens artikel 10, stk. 3, bestemmer, at sådanne beslutninger »træffes senest fire måneder efter datoen for procedurens indledning«.

5 Selv om forordningens artikel 7, stk. 1, bestemmer, at en fusion ikke må gennemføres, hverken før den er blevet anmeldt, eller før den er blevet erklæret forenelig med det fælles marked, kan gennemførelsen af et offentligt tilbud, som er blevet anmeldt til Kommissionen, i henhold til forordningens artikel 7, stk. 3, ske »for så vidt erhververen ikke udøver de stemmerettigheder, der er knyttet til de erhvervede andele, eller kun udøver dem med henblik på at bevare den fulde værdi af sin investering på grundlag af en dispensation givet af Kommissionen i henhold til stk. 4«.

6 Forordningens artikel 18 om udtalelser fra de deltagende parter og tredjemand bestemmer:

»1. Forinden der træffes beslutning i henhold til artikel 7, stk. 4, artikel 8, stk. 2, andet afsnit, og stk. 3, 4 og 5, samt i henhold til artikel 14 og 15, skal Kommissionen give de deltagende personer, virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder lejlighed til på alle stadier af proceduren indtil høring af det rådgivende udvalg, at udtale sig om de punkter, der fremføres imod dem.

[...]

3. Kommissionen bygger alene sine beslutninger på punkter, med hensyn til hvilke de deltagende parter har haft lejlighed til at fremsætte deres bemærkninger.

Parternes ret til forsvar skal i fuldt omfang tilgodeses under hele proceduren. Aktindsigt har i det mindste de direkte berørte parter, dog under hensyntagen til virksomhedernes berettigede interesse i beskyttelse af deres forretningshemmeligheder.

[...]«

7 Artikel 13, stk. 3, i Kommissionens forordning (EF) nr. 447/98 af 1. marts 1998 om anmeldelser, frister og udtalelser i henhold til Rådets forordning nr. 4064/89 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT L 61, s. 1) lyder:

»Efter at have givet de anmeldende parter meddelelse om sine indsigelser giver Kommissionen dem på begæring adgang til sagens akter for at give dem mulighed for at udøve deres rettigheder i forbindelse med deres forsvar.

Kommissionen giver også på begæring de andre berørte parter, som den har meddelt sine indsigelser, adgang til sagens akter i det omfang, hvor det er nødvendigt for at give dem mulighed for at forberede deres bemærkninger.«

8 Artikel 17 i forordning nr. 447/98, der har overskriften »Fortrolige oplysninger«, lyder:

»1. Der må ikke videregives eller gives indsigt i oplysninger, herunder dokumenter, angående nogen person eller virksomhed, herunder de anmeldende parter, andre berørte parter eller tredjeparter, for så vidt som de indeholder forretnings-

hemmeligheder eller andre fortrolige oplysninger, som Kommissionen ikke finder det nødvendigt at videregive med henblik på sagsbehandlingen, eller hvor der er tale om myndigheders interne dokumenter.

2. Enhver part, der fremfører sine synspunkter i henhold til bestemmelserne i dette kapitel, skal klart angive materiale, som anses for fortroligt, og begrunde, hvorfor det er fortroligt, samt indsende en særskilt ikke-fortrolig udgave inden for den af Kommissionen fastsatte frist.«

## Faktiske omstændigheder

9 Den 27. marts 2001 afgav Tetra Laval SA, der er et ikke-børsnoteret aktieselskab undergivet fransk ret og et helejet datterselskab af Tetra Laval BV, der er et holdingselskab i Tetra Laval-koncernen (herefter »Tetra« eller »sagsøgeren«), et offentligt tilbud om køb af alle udstedte cirkulerende aktier i Sidel SA (herefter »Sidel«), der er en fransk børsnoteret virksomhed. Tetra Laval SA erhvervede samme dag omkring 9,75% af aktierne i Sidel fra Azeo (5,56%) og Sidel's bestyrelse (4,19%).

10 I købstilbuddet var fastsat en kontantpris på 50 EUR pr. aktie, og tilbuddet var, i overensstemmelse med fransk ret, ubetinget. Accept af tilbuddet blev enstemmigt anbefalet af Sidel's bestyrelse, og tilbuddet blev ligeledes godkendt af Sidel's hovedaktionærer. Den fælles pressemeddelelse (»joint offer document«) fra Tetra Laval SA og Sidel blev godkendt ved påtegning af Fondsbørsbestyrelsen den 11. april 2001 på. Efter offentliggørelse den 14. april 2001 blev tilbuddet officielt åbnet i perioden fra den 17. april til den 22. maj 2001. For det tilfælde, at

tilbuddet blev antaget, var det bestemt, at Tetra SA's aktier skulle værdiansættes på ny i ugen fra den 11. juni 2001, med forbehold for de begrænsninger, der følger af forordningens artikel 7, stk. 3.

11 Efter afgivelsen af dette tilbud erhvervede Tetra ca. 81,3% af Sidel's udstedte cirkulerende aktier. Efter udløbet af tilbudsperioden erhvervede sagsøgeren visse supplerende aktier, således at sagsøgeren nu råder over 95,20% af aktierne og 95,93% af stemmerettighederne i Sidel.

12 Tetra omfatter navnlig virksomheden Tetra Pak, hvis virksomhed hovedsagelig består i fremstilling af kartonemballage til flydende levnedsmidler. Tetra Pak er den førende virksomhed i verden på dette område. Tetra's virksomhed omfatter ligeledes, men i mere begrænset omfang, fremstilling af plastemballage i rollen som »converter« (dvs. den virksomhed, der består i at fremstille og levere tom emballage til producenter, som herefter selv foretager påfyldningen), navnlig på markedet for plasticflasker fremstillet af polyethylen med høj massefylde (herefter »HDPE«).

13 Sidel driver virksomhed med udvikling og fremstilling af udstyr og systemer til kartonemballering, navnlig de såkaldte »Stretch Blow Moulding Machines« (herefter »SBM-maskiner«), som anvendes ved fremstilling af plasticflasker af polyethylenterephthalat (herefter »PET«). Sidel har en førende stilling på verdensplan inden for fremstilling og levering af SBM-maskiner. Sidel er ligeledes aktiv inden for barriereteknologien, der tjener til at gøre PET kompatibel med gas- og lysfølsomme produkter, og producerer påfyldningsmaskiner til PET-flasker samt — i et noget mindre omfang — til HDPE-flasker.

14 Den 18. maj 2001 blev Tetra's erhvervelse af aktier i Sidel anmeldt til Kommissionen.

15 Parterne er enige om, at de ovenfor omtalte transaktioner (herefter »fusionen« eller »den anmeldte transaktion«) udgør en erhvervelse i forordningens artikel 3, stk. 1, litra b)'s forstand, og at denne fusion er af fællesskabsdimension i forordningens artikel 1, stk. 2's forstand.

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

17 Den 7. september 2001 tilsendte Kommissionen Tetra og Sidel en meddelelse af klagepunkter i overensstemmelse med forordningens artikel 18, hvori den redegjorde for de grunde, som lå til grund for dens foreløbige konklusion om, at den anmeldte sammenslutning var uforenelig med fællesmarkedet. Sagsøgeren besvarede denne meddelelse den 21. september 2001.

18 En yderligere meddelelse af klagepunkter, der navnlig vedrørte Tetra's aktiviteter inden for HDPE-sektoren, blev tilsendt Tetra og Sidel den 24. september 2001 og blev besvaret af sagsøgeren den 1. oktober 2001.

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

20 Den 26. september 2001 fandt en mundtlig høring sted for høringskonsulenten i overensstemmelse med artikel 14, 15 og 16 i forordning nr. 447/98.

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

22 Kommissionen iværksatte den 11. oktober 2001 en særlig markedsundersøgelse vedrørende forpligtelserne ved at sende 51 spørgeskemaer til forskellige erhvervsdrivende inden for den pågældende sektor (kunder, converters og konkurrenter) med svarfrist den 17. oktober 2001. Kommissionen modtog 34 besvarelser (herefter »besvarelserne til markedsundersøgelsen«), og idet den fandt, at disse besvarelser alle var af fortrolig karakter, udarbejdede den to ikke-fortrolige sammendrag, som den sendte til sagsøgeren, hvoraf det ene vedrørte besvarelserne fra kunder og converters, og det andet besvarelserne fra konkurrenter.

23 Det endelige udkast til Kommissionens beslutning, der ligeledes omfattede forpligtelserne, blev diskuteret og godkendt af Det Rådgivende Udvalg for Kontrol med Fusioner og Virksomhedsovertagelser på udvalgets møde den 19. oktober 2001.

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

25 Den anfægtede beslutning blev meddelt Tetra den 6. november 2001.

26 På grundlag af Kommissionens konklusioner i den anfægtede beslutning, og efter gennemførelsen af en særskilt administrativ procedure, som blev indledt den 19. november 2001 ved fremsendelse af en meddelelse af klagepunkter til Tetra,

vedtog Kommissionen den 30. januar 2002 en beslutning om de forholdsregler, som var nødvendige med henblik på at genoprette en effektiv konkurrence i overensstemmelse med forordningens artikel 8, stk. 4 (COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel).

## Den anfægtede beslutning

27 Med henblik på vurderingen af fusionens forenelighed med det fælles marked redegjorde Kommissionen i den anfægtede beslutning først for markedet for emballering af flydende levnedsmidler, og den vurderede de relevante produktmarkeder og det relevante geografiske marked. Herefter foretog Kommissionen en konkurrencemæssig bedømmelse af den anmeldte transaktion. Endelig vurderede Kommissionen de tilbudte forpligtelser i lyset af denne forudgående konkurrencemæssige bedømmelse.

### *Markedet for emballering af flydende levnedsmidler*

28 Kommissionen fandt, at »den anmeldte fusion navnlig vil have en konkurrencemæssig indvirkning på markedet for emballering af flydende levneds midler« (flydende levnedsmidler omfatter navnlig flydende mejeriprodukter (herefter »LDP«), frugtjuice og nektar (herefter »juice«), drikkevarer tilsat frugtaroma uden kulsyre (herefter »FFD«), såvel som te- og kaffeholdige drikkevarer (disse fire produkter betegnes herefter tilsammen »de følsomme produkter«), og navnlig en indvirkning inden for de dele af dette marked, hvor parterne hovedsageligt udøver virksomhed, nemlig »plast, navnlig PET-emballage, og kartonemballage« (betragtning 12). Kommissionen beskrev PET som egnet til fremstilling af transparente flasker. For gas- og lysfølsomme produkter skal PET modificeres ved hjælp af en særlig teknik kaldet »barriereteknologi«. PET-emballering omfatter tre etaper, nemlig 1) fremstilling af præforme af plast, som er de plasttuber, der

anvendes ved fremstilling af flasker, 2) produktion af flaskerne selv ved hjælp af SBM-maskiner (jf. præmis 13 ovenfor), og endelig 3) påfyldning af flaskerne (betragtning 20). Kommissionen beskrev herefter HDPE som havende et »mat« udseende. HDPE fremstilles efter en metode, der svarer til den, der anvendes til PET, men nødvendiggør anvendelse af de såkaldte »Extrusion Blow Moulding Machines« (herefter »EBM-maskiner«) (betragtning 26). I modsætning til plastemballage er produktion af kartonemballage karakteriseret ved, at produktion af emballage, påfyldning og lukning af emballagen er integreret (betragtning 28).

29 Kommissionen opstillede i overensstemmelse med sin tidligere praksis på dette område en række sondringer, navnlig mellem produkter i aseptisk og ikke-aseptisk emballage, mellem emballagen i sig selv og maskinerne til emballering, og mellem emballage fremstillet af producenter af flydende levnedsmidler på deres eget produktionssted og emballage fremstillet af converters (jf. præmis 12 ovenfor). Sidstnævnte sondring udviskes imidlertid ifølge Kommissionen ved de såkaldte »hole-through-the-wall«-aftaler (herefter »HTW-aftaler«), hvorefter en converter fremstiller flasker på et produktionssted, der er forbundet med drikkevareproducentens produktionssted, og leverer disse flasker til sidstnævnte produktionssted med henblik på påfyldningen foretaget af producenten.

*De relevante produktmarkeder*

30 Eftersom »den anmeldte fusion i det væsentligste har konkurrencemæssige virkninger på markedet for emballering af flydende levnedsmidler«, begrænsede Kommissionen sin analyse til de dele af dette marked, hvor parterne hovedsageligt udøver virksomhed, dvs. »plast, navnlig PET-emballage, og kartonemballage« (betragtning 12). Kommissionen fandt, at »en opdeling under hensyn til det endelige anvendelsesformål udgør et brugbart kriterium med henblik på en analyse af markedet for udstyr til emballering af flydende levnedsmidler« (betragtning 44). Kommissionen erkendte, at »emballeringssystemer til forskellige materialer, eksempelvis glas og metaldåser, udgør særskilte markeder for så vidt angår konkurrencereglerne, og at PET-emballeringssystemerne derfor udgør

et særskilt marked« (betragtning 53). Helt grundlæggende afviste Kommissionen antagelsen om, at »karton og PET ikke deler fælles produktsegmenter eller, at der ikke kan være interaktion mellem de to materialer« (betragtning 53), og vurderede følgelig »interaktionen mellem de to materialer, og den fremtidige vækst i PET inden for de segmenter (endelig anvendelse), hvor kartoner traditionelt bliver anvendt« (betragtning 53).

31 For så vidt angår ikke-transparent kartonemballage fandt Kommissionen, at denne emballage »er egnet til ilt- og lysfølsomme produkter, men ikke kan anvendes til kulsyreholdige drikkevarer«. PET-emballage er derimod »transparent og kan anvendes til kulsyreholdige produkter, men har traditionelt været mindre egnet til ilt- og lysfølsomme produkter« (betragtning 55). Kommissionen understregede, at »PET er egnet til emballering af *alle* de produkter, der traditionelt er blevet emballeret i karton«, dvs. følsomme produkter, og konkluderede på dette grundlag, at »PET kan følgelig potentielt udgøre et alternativt konkurrerende materiale inden for hele spektret af karton-emballerede produkter« (betragtning 57, fremhævet i originalen). Ikke desto mindre adskiller disse produkter sig fra hinanden, eftersom »hvert produkts særlige karakteristika nødvendiggør lidt forskellige emballeringsmetoder (juice indeholder en høj mængde syre, mens LDP indeholder en lav mængde, og FFD og ice tea kræver ikke samme høje grad af barrierebehandling mod ilt som juice)« (betragtning 58).

32 For så vidt angår den forventede stigning i anvendelsen af PET til følsomme produkter afviste Kommissionen Tetra's erklæring om, at »anvendelsesmulighederne for PET er meget begrænsede, og der forventes ikke en væsentlig stigning i fremtiden« (betragtning 55-148). Kommissionen præciserede i den forbindelse, at »det område, hvor anvendelsen af PET har været stærkest stigende, er vand og kulsyreholdige læskedrikke, navnlig på grund af et skift væk fra glasemballage«, og at »forbrugerne og producenterne sætter pris på PET« (betragtning 55, med fodnote 22). Kommissionen konstaterede, at »det allerede i dag er muligt at emballere og sælge frisk mælk som handelsvare, aromatiseret mælk, ice tea, frisk juice, langtidsholdbar (varmebehandlet) juice, drikkevarer tilsat frugtaroma og sportsdrikke i PET«, og at der kun er to områder, hvor anvendelsen af PET stadig

giver tekniske problemer, nemlig »aseptisk juice og mælk behandlet under ultrahøje temperaturer under aseptiske betingelser (UHT-mælk)« (betragtning 61). Under henvisning til de tal, som blev fremlagt på Tetra's vegne af konsulentfirmaet Canadean, anførte Kommissionen, at selv om anvendelsen af PET til LDP og juice ikke er væsentlig for øjeblikket (0,5% inden for de to segmenter i 2000), »er situationen allerede nu meget anderledes for FFD og te-/kaffeholdige drikkevarer, som ikke kræver samme grad af barrierebehandling som LDP og juice«, inden for hvilke områder PET »allerede har vundet betydelige markedsandele« (betragtning 69) (20% for FFD og 25% for te-/kaffeholdige drikkevarer i år 2000).

33 For så vidt angår perioden fra 2000 til 2005 konkluderede Kommissionen efter navnlig at have henvist til sin egen markedsundersøgelse, undersøgelsen foretaget af Canadean og til »uafhængige undersøgelser« (betragtning 104) foretaget af PCI, Warrick og Pictet, »at der allerede er et betydeligt overlap mellem PET og karton for FFD og te-/kaffeholdige drikkevarer«, og at »PET vil fortsætte med at gøre indhug i disse områder til fordel for karton« i en sådan grad, at »på grundlag af et forsigtigt skøn vil PET udgøre 30% af hvert af disse områder i 2005, og PET vil blive anvendt til emballering af 800 mio. liter te-/kaffeholdige drikkevarer (herunder sportsdrikke) og 1 mia. liter FFD« (betragtning 144). Kommissionen tilføjede, at »forbedringerne i barriereteknologien og aseptisk påfyldning af PET-flasker forventes at øge PET's position inden for alle fire relevante følsomme produktgrupper«, og at for så vidt angår »LDP og juice vil anvendelsen af PET stige betydeligt i løbet af de næste fem år« (betragtning 146). Ifølge Kommissionen er det »realistisk at forvente, at anvendelsen af PET mindst vil nå 10-15% af markedet for frisk mælk og 25% af markedet for aromatiserede og andre mælkedrikkevarer i 2005«, men at »anvendelsen af PET for UHT-mælk (som udgør omtrent 50% af det samlede marked for mælk inden for EØS) er usikker« (betragtning 147). I betragtning af PET's »betydelige potentiale i det mindste inden for mindre, premium segmenter af aseptisk mælk, som f.eks. enkeltportionspakninger«, fandt Kommissionen, at »hvis anvendelsen af PET når mindst 15% på markedet for frisk mælk, 25% inden for andre drikkevarer og kun 1% af UHT-mælk i 2005, vil PET blive anvendt til emballering af omtrent 3 mia. liter pr. år (hvilket udgør omtrent 9% af det samlede europæiske marked for LDP)« (betragtning 147). For så vidt angår juice fandt Kommissionen, at »det er realistisk at forvente, at anvendelsen af PET vil nå mindst 20% af det samlede

juice marked inden for EØS i 2005«, selv om denne stigning hovedsageligt vil skyldes »et væsentligt skift fra anvendelsen af glas til PET« (betragtning 148).

34 For så vidt angår konkurrencen mellem PET og karton inden for de sektorer, hvor der er tale om overlapning, fandt Kommissionen, at »kartonemballeringssystemer og PET-emballeringssystemer (og således også udstyr til karton- og PET emballering) udgør særskilte relevante produktmarkeder« (betragtning 163). Kommissionen konstaterede, at »selv om substituerbarheden mellem de to systemer ikke for nuværende er tilstrækkeligt effektiv og umiddelbar med henblik på markedsdefinitionen (dvs. de er svage substitutter), kan dette ændre sig i fremtiden, når barriereteknologien for PET forbedres, og omkostningerne ved henholdsvis PET og karton udlignes« (betragtning 163). Denne udligning kan være af en sådan grad, at de to systemer i fremtiden »kan udgøre et enkelt produktmarked i relation til anvendelsen af konkurrencereglerne« (betragtning 163).

35 Kommissionen vurderede herefter områderne for »det særlige udstyr inden for hvert system« med henblik på at afgøre, »om der eksisterer særskilte produktmarkeder« for hvert af disse områder (betragtning 164).

36 Hvad angår emballeringssystemer til PET fandt Kommissionen, at der for så vidt angår SBM-maskinerne, når henset til følsomme produkters særlige egenskaber og muligheden for prisdiskrimination, »eksisterer særskilte relevante markeder for hver enkelt kundegruppe i relation til den endelige anvendelse, navnlig inden for de fire »følsomme« drikkevarergrupper, LDP, juice, FFD og te-/kaffeholdige drikkevarer« (betragtning 188). Hvad angår de forskellige teknikker inden for barrierebehandling fandt Kommissionen, at de tilhører samme produktmarked, men at visse teknikker ifølge Kommissionen i fremtiden vil kunne udgøre særskilte produktmarkeder (betragtning 198 og 199). Kommissionen udpegede ligeledes to særskilte markeder for påfyldningsmaskiner til aseptisk og ikke-aseptisk PET (betragtning 204), mens PET-præforme udgør endnu et særskilt marked (betragtning 206).

37 Hvad angår emballeringssystemerne til kartoner bemærkede Kommissionen, at der er enighed om, at »der eksisterer fire særskilte produktmarkeder: markedet for maskiner til aseptisk kartonemballering, markedet for aseptiske kartoner, markedet for maskiner til ikke-aseptisk kartonemballering, og markedet for ikke-aseptiske kartoner« (betragtning 209).

*Det relevante geografiske marked*

38 Det relevante geografiske marked er defineret som EØS-området, »eftersom alle producenter af udstyr til PET-emballering er aktive inden for hele EØS-området, er i stand til at tilbyde og faktisk tilbyder deres udstyr over grænserne« (betragtning 210 og 211).

*Den konkurrencemæssige vurdering af den anmeldte fusion*

39 Den konkurrencemæssige vurdering af fusionen fremgår af en detaljeret analyse (betragtning 213-408), og lyder i det væsentlige:

»213 Kommissionens markedsundersøgelse og analyse har vist, at fusionen vil kunne styrke Tetra's dominerende stilling på markedet for maskiner til aseptisk kartonemballering og aseptiske kartoner og skabe en dominerende stilling på markedet for udstyr til PET-emballering, navnlig SBM-maskiner (lav og høj kapacitet) inden for de »følsomme« slutproduktgrupper (LPD, juice, FFD og te-/kaffeholdige drikkevarer).

214 Den fusionerede enheds fremtidige dominerende stilling på to nærtliggende markeder såvel som en ikke ubetydelig stilling på et tredje marked (EBM-maskiner og HDPE-påfyldningsmaskiner) må antages at forstærke Tetra's stilling på begge markeder, skabe hindringer for adgangen til markedet, mindske eksisterende konkurrenters betydning og føre til skabelsen af en monopolistisk struktur på hele markedet for aseptisk og ikke-aseptisk emballering af »følsomme« produkter på EØS-området.«

40 Som begrundelse for sin vurdering bemærkede Kommissionen for det første, at for så vidt angår markedet for kartonemballering er der sket meget få ændringer siden afsigelsen af Rettens dom den 6. oktober 1994, Tetra Pak mod Kommissionen (sag T-83/91, Sml. II, s. 755), som blev bekræftet ved Domstolens dom af 14. november 1996, Tetra Pak mod Kommissionen (sag C-333/94 P, Sml. I, s. 5951, herefter »Tetra Pak II-sagerne«). Kommissionen vurderede således, at Tetra i år 2000 inden for EØS-området havde en dominerende stilling på markedet for maskiner til aseptisk kartonemballering og aseptisk kartoner med en markedsandel på 80% (betragtning 219 og 223) og en »førende« stilling på markedet for maskiner til ikke-aseptisk kartonemballering og ikke-aseptiske kartoner med en markedsandel på [50 til 60%] [1] (betragtning 229 og 231). For det andet fandt Kommissionen, idet den erkendte, at Sidel ikke var dominerende på markedet for SBM-maskiner, at Sidel havde en »førende« stilling, fordi det er »den eneste virksomhed, der er i stand til at tilbyde hele rækken af SBM-maskiner fra laveste til højeste kapacitet med konstant anvendelse af den mest avancerede rotorteknik« (betragtning 248). Under henvisning til, at »betydningen af en effektiv styring af påfyldningsoperationerne i forbindelse med Blow Moulding er særligt afgørende for så vidt angår »følsomme« produkter som mælk og frugtjuice med henblik på at sikre septisk eller ultraseptisk emballering« (betragtning 249), bemærkede Kommissionen, at Sidel fremstiller maskiner til aseptisk og ikke-aseptisk påfyldning (betragtning 250), og at virksomheden råder over en nyskabende »kombineret« teknologi, som giver den mulighed for i en enkelt maskine at integrere operationerne med Blow Moulding, påfyldning og forsegling (betragtning 254). Kommissionen udledte heraf, at Sidel har »en førende stilling på markedet for SBM-maskiner« og en »stærk stilling« for så vidt angår øvrigt udstyr til PET-emballering, navnlig for så vidt angår »maskiner til aseptisk påfyldning, andet udstyr og dertil knyttede aktiviteter« (betragtning 259).

1 — Fortrolige oplysninger udeladt.

41 For så vidt angår skabelsen af en dominerende stilling på PET-markedet og styrkelsen af Tetra's position på kartonmarkederne behandler den anfægtede beslutning for det første de horisontale og vertikale virkninger af fusionen, for det andet »løftestangsvirkningen« (»leveraging«) fra kartonmarkederne til PET-markedet, for det tredje virkningerne på kartonmarkedet af, at den konkurrencemæssig pressionsvirkning fra PET-markedet forsvinder, og endelig for det fjerde de overordnede virkninger for markederne for kartoner og PET.

42 Hvad for det første angår de horisontale virkninger fandt Kommissionen, at eftersom parterne begge er aktive inden for tre forskellige produktmarkeder: »SBM-maskiner (lav kapacitet), barrierebehandlingsteknik og aseptiske PET-påfyldningsmaskiner« (betragtning 263), vil fusionen styrke den nye enheds stilling på de tre markeder. Kommissionen bemærkede, at denne stilling ganske vist ikke vil være dominerende, men fastholdt, at »en dominerende stilling« vil kunne »nås i kraft af den fusionerede enheds mulighed for ved hjælp af sin dominerende stilling på markedet for udstyr til aseptisk kartonemballering og aseptiske kartoner at gøre brug af løftestangsvirkningen« (betragtning 263).

43 For det andet fandt Kommissionen, at de »betydelige vertikale virkninger«, som vil følge af »den vertikale integration af den nye enhed inden for tre emballagesystemer (karton, PET and HDPE)«, vil kunne »føre til vertikal udelukkelse af uafhængige converters« (betragtning 291). Denne udelukkelse af uafhængige converters vil være en konsekvens af den struktur, som vil følge af fusionen, og vil kunne ske på følgende måde (betragtning 292):

»i) Den fusionerede enhed vil være det eneste vertikalt integrerede selskab, der driver virksomhed med kartonemballering af flydende levnedsmidler (maskiner til kartonemballering og kartonruller), HDPE (EBM-maskiner og HDPE-flasker) og PET-emballering (SBM-maskiner, barriereteknologi, aseptiske påfyldere, præforme og flasker); ii) den fusionerede enheds dobbelte position som leverandør og konkurrent til converters vil sandsynligvis skabe en forsyningskonflikt på

markedet. Ved hjælp af sin stærke markedsposition som leverandør af SBM-maskiner til converters, som til en vis grad er afhængige af Sidel, vil den fusionerede enhed kunne øge omkostningerne for converterne og marginalisere deres markedsposition som leverandører af præforme og turnkey-installationer. Tetra/Sidel vil kunne tilbyde kombinerede ydelser med SBM-maskiner og præforme ved eksempelvis at anvende Tetra's succesfulde forretningsstrategi inden for karton-området, tilbyde SBM-maskiner til en lav pris, og få dækket omkostningerne herved ved at binde køberen til levering af standard- og barriereforbedrede præforme ved langtidskontrakter. Den fusionerede enhed vil også have muligheden for at tilbyde turnkey-installationer til sine kunder uden om converterne.«

44 Herefter understregede Kommissionen omfanget af Tetra's vertikale integration på kartonmarkederne, hvor Tetra's »handelspolitik er at tilbyde integrerede maskin- og kartonløsninger til sine kunder (ruller eller tilskåret)« (betragtning 296), på HDPE-markedet, hvor Tetra producerer HDPE-flasker på EBM-maskiner i et samarbejde med Graham Engineering Corporation og tilbyder dem til kunder, som converter via HTW-aftaler, såvel som på PET-markedet. For så vidt angår sidstnævnte marked bemærkede Kommissionen, at Tetra er »verdens tredjestørste uafhængige leverandør af præforme med en markedsandel på 10%«, at Tetra planlægger at »fremstille et begrænset antal færdige PET-flasker forbedret ved hjælp af sin barriereteknologi under Glaskin-patentet«, og at Tetra siden 1999 »har været på markedet for lukkemekanismer til plastflasker via sit datterselskab Novembal« med en »markedsandel inden for EØS-området på [10 til 20%] i år 2000« (betragtning 298). Denne integration adskiller Tetra fra Sidel, som »ikke er et selskab, der er vertikalt integreret« (betragtning 293). Ikke desto mindre vil den enhed, der opstår efter sammenslutningen, »kunne skabe en forsyningskonflikt på markedet, eftersom den fusionerede enhed på samme tid vil være leverandør og konkurrent til converterne« (betragtning 301), og vil »være i stand til at marginalisere converterne, idet den kan tilbyde kunderne en samlet pakke af SBM-maskiner og præforme såvel som turnkey-installationer« (betragtning 312). Der vil ligeledes være mulighed for, at enheden kan »fortrænge converterne fra disse områder ved at nægte at levere SBM-maskiner eller øge deres omkostninger og favorisere sine egne integrerede aktiviteter« (betragtning 318). For så vidt angår Tetra's beslutning om at trække sig tilbage fra præform-markedet, bemærkede Kommissionen, at den »ikke konkluderer, at disse vertikale problemer i sig selv vil resultere i skabelsen af en dominerende stilling for PET eller præforme« (betragtning 324).

45 Kommissionen redegjorde herefter i detaljer (betragtning 325-389) for grundene til dens frygt for, at den fusionerede enhed vil udnytte sin dominerende stilling på kartonmarkedet til ved hjælp af »løftestangsvirkningen« at udbrede denne dominans til markedet for udstyr til PET-emballering med henblik på »på denne måde at dominere dette marked for så vidt angår »følsomme« slutprodukter« (betragtning 328). Ifølge Kommissionen er det tilstrækkeligt til, at fusionen kan anses for uforenelig med det fælles marked, at Tetra/Sidel har denne mulighed. Således tog Kommissionens betænkeligheder ikke udgangspunkt i den stilling, som Sidel aktuelt har på markedet for SBM-maskiner, men i »*Tetra's* dominerende stilling på *karton*markedet« (betragtning 328, fremhævet i originalen). Med henvisning navnlig til den tætte forbindelse mellem de to markeder for udstyr til af henholdsvis karton- og PET-emballering konstaterede Kommissionen, at fusionen »vil skabe en markedsstruktur, der i høj grad skaber en risiko for, at der opstår konkurrencehindrende virkninger, idet den fusionerede enhed samtidig indtager en dominerende stilling og en ledende stilling på henholdsvis markedet for udstyr til kartonemballering og markedet for udstyr til PET-emballering« (betragtning 330).

46 Kommissionens analyse »bygger på fire antagelser« (betragtning 331). For det første, at markederne for karton- og PET-emballeringssystemer er »meget nærtliggende markeder, med et fælles kundegrundlag«. For det andet, at fusionen, under hensyn til den fremtidige vækst i anvendelsen af PET inden for de nye følsomme produktområder, vil give den nye enhed mulighed for at opnå en dominerende stilling på PET-markedet ved udnyttelsen af Tetra's dominerende stilling på kartonmarkedet (løftestangsvirkningen). For det tredje, at fusionen vil styrke Tetra's dominerende stilling på kartonmarkedet. For det fjerde, at kombinationen af de to dominerende stillinger vil konsolidere den nye enheds stilling på markedet for emballering af »følsomme« produkter, og navnlig inden for aseptisk emballering, og således styrke de to dominerende stillinger.

47 Til støtte for disse antagelser fremhævede Kommissionen den omstændighed, at den anmeldte fusion har en strategisk betydning for Tetra, at Tetra har evne til at udnytte løftestangsvirkningen og har et incitament hertil, at den nye enheds konkurrenter ikke vil have mulighed for at måle sig med den på forskellige niveauer, og endelig, at Tetra vil kunne udøve prisdiskrimination.

48 For så vidt angår evnen og incitamentet til at udnytte løftestangsvirkningen konkluderede Kommissionen, at »den markedsstruktur, der vil følge af fusionen, i særlig høj grad vil virke fremmende for udnyttelse af løftestangsvirkningen« (betragtning 359):

»a) Der vil være en fælles gruppe af kunder, der efterspørger både karton- og PET-emballeringssystemer til emballering af »følsomme« drikkevarer.

b) Tetra har en særlig dominerende stilling på markedet for aseptisk karton-emballering med mere end [80-90%] af markedet og et afhængigt kunde-grundlag.

c) Tetra/Sidel vil fra starten indtage en stærk, førende stilling inden for markedet for PET-emballeringssystemer, og navnlig SBM-maskiner, med en markedsandel i nærheden af [60-70%].

d) Tetra/Sidel vil være i stand til selektivt at målrette deres aktiviteter mod særlige kunder eller særlige kundegrupper, eftersom markedsstrukturen gør prisdiskrimination mulig.

e) Tetra/Sidel vil have et stærkt økonomisk incitament til at udnytte løfte-stangsvirkningen. Eftersom karton og PET er tekniske substitutter, vil en kunde, der skifter til PET, blive en tabt kunde på kartonsiden — enten fordi vedkommende delvis skifter *fra* karton, eller fordi vedkommende ikke skifter nogen del af produktionen *til* karton fra andre emballeringsmaterialer. Dette skaber en øget motivation for at hente kunden over på PET-siden for at

dække tabet. Ved at gøre brug af den stilling, som Tetra i øjeblikket indtager på kartonmarkedet, vil Tetra/Sidel derfor ikke blot øge markedsandelen for PET, men vil kunne forhindre eller kompensere sine eventuelle tab på kartonmarkedet.

f) Tetra/Sidel's konkurrenter på for markedet for udstyr til både karton og PET-emballering vil være væsentligt mindre, da den største konkurrent blot vil have en [10-20%] markedsandel på markedet for maskiner til kartonemballering eller SBM-maskiner.«

49 Ved vurderingen af spørgsmålet om udnyttelsen af løftestangsvirkningen tog Kommissionen udgangspunkt i Tetra's aktuelle dominerende stilling på markederne for aseptisk karton (betragtning 364):

»Ved på flere måder at udnytte denne position vil Tetra/Sidel blive i stand til at binde salget af kartonemballeringsudstyr og forbrugsgods til PET-emballeringsudstyr og eventuelt præforme (navnlig barriere-forbedrede præforme). Tetra/Sidel vil ligeledes få mulighed for at udøve et pres (eksempelvis ved hjælp af underbudspriser eller priskrige og loyalitetsrabatter), og på denne måde give deres kartonkunder et incitament til at købe PET-udstyr og eventuelt præforme fra Tetra/Sidel og ikke fra deres konkurrenter eller converters.«

50 Kommissionen anførte ligeledes, at »mange kunder, som fortsat vil behøve kartonemballage til brug for en del af deres produktion, kan blive tvunget til eller blive præsenteret for tvingende incitamenter til at aftage både karton- og PET-udstyr fra en enkelt leverandør af udstyr til karton og PET-emballering«, og at »kunder, som har langvarige kontrakter med Tetra til dækning af deres behov for kartonemballage, vil være særligt sårbare« (betragtning 365).

51 Udnyttelsen af løftestangsvirkningen vil have den konsekvens, at Tetra/Sidel's konkurrenter bliver udelukket fra markedet for SBM-maskiner til følsomme produkter af følgende grunde (betragtning 369):

»a) Det er ikke relevant, om konkurrenterne kan fortsætte salg på de produktområder, hvor der ikke er bindinger mellem produkterne (eksempelvis vand eller kulsyreholdige læskedrikke). Dette skyldes muligheden for prisdiskrimination og for at ramme særlige kundegrupper, som vil medføre en opdeling af de relevante markeder efter den endelige brugergruppe; b) området for »følsomme« produkter består af meget komplekse flydende produkter, som kræver meget specielle PET-linjer, herunder barriereteknologi og aseptiske påfyldningsmaskiner eller kombinerede aseptiske SBM-maskiner (som kombinerer blowing, påfyldning og forsegling). Konkurrenterne vil ikke have et tilstrækkeligt incitament til at investere og konkurrere inden for disse højteknologiområder for PET-udstyr [...] og vil således være udelukket fra hvad man kunne kalde »the second area« PET-marked.«

52 De ville desuden kunne blive udelukket fra »resten af markedet for SBM-maskiner« (betragtning 370).

53 Et sådant resultat er ifølge Kommissionen så meget desto mere sandsynligt set i lyset af konkurrenternes svage konkurrencemæssige stilling i forhold til den nye enhed, og den svage købekraft blandt enhedens kunder. For så vidt angår navnlig konkurrenternes stilling er det afgørende punkt for Kommissionen, at selv om de tre virksomheder, der konkurrerer med Sidel på markedet for SBM-maskiner med høj kapacitet, kan tilbyde noget, der svarer til Sidel's tilbud, gælder det ikke desto mindre, at »disse konkurrenter ikke besidder den nye enheds dominerende stilling på markedet for kartonemballering« (betragtning 372). Kommissionen præciserede nærmere:

»SIG gruppen, den eneste af de tre konkurrenter, som både har karton- og PET-aktiviteter, vil maksimalt have en markedsandel på [10-20%] på markedet

for maskiner til kartonemballering og SBM-maskiner. SIG råder ikke over hele rækken af PET-udstyr på samme måde som den fusionerede enhed gør det, fordi SIG for øjeblikket ikke råder over et væsentligt element, nemlig barriereteknologi, som er nødvendig for enhver fremtidig indtrængen på de nye PET-produktområder. Ingen anden leverandør af emballeringsudstyr vil kunne tilbyde udstyr til både karton- og PET-emballering.«

54 Kommissionen konkluderede på grundlag heraf, at »ved at forene det dominerende selskab inden for kartonemballering, Tetra, og det ledende selskab inden for udstyr til PET-emballering, Sidel, vil den planlagte fusion skabe en markedsstruktur, som vil give den fusionerede enhed incitamentet og redskaberne til at omdanne dens ledende stilling på markedet for udstyr til PET-emballering, navnlig SBM-maskiner (lav og høj kapacitet), som bliver anvendt til »følsomme« produkter, til en dominerende stilling. Dette vil sandsynligvis også styrke den fusionerede enheds stilling og have konkurrencehindrende virkninger på det overordnede marked for SBM-maskiner« (betragtning 389).

55 For så vidt angår de hævdede virkninger på kartonmarkedet fandt Kommissionen, at fusionen »vil have til virkning at skabe en markedsstruktur, som vil gøre det muligt for Tetra at styrke sin aktuelle dominerende stilling på markedet for kartonemballering ved at eliminere en vigtig kilde til konkurrencemæssig pression«, hvilket vil have »alvorlige negative virkninger på markedet for kartonemballering« (betragtning 390 og 391). I den forbindelse henviste Kommissionen til nødvendigheden af at udvise særlig påpasselighed, når der som i det foreliggende tilfælde er tale om en styrkelse af en allerede meget stærk dominerende stilling.

56 Ifølge Kommissionen vil virksomheder, der er aktive på PET-markedet, navnlig Sidel og converters, hvis fusionen ikke fandt sted, i stedet forfølge forretningsstrategier med henblik på at øge anvendelsesmulighederne for PET, for på denne måde overtage markedsandele fra karton. Tetra's argument om, at Sidel alene ville være i stand til at have en indflydelse på prisen for SBM-maskiner, som

udgør en meget lille del af de samlede omkostninger ved emballering, blev afvist af Kommissionen, idet den anså, at det er Tetra's mulighed for at påvirke priserne på såvel maskiner til kartonemballering som kartoner, der er afgørende.

57 Hvis fusionen ikke blev gennemført, »vil virksomhederne [der er aktive på PET-markedet] formentlig konkurrere aktivt med henblik på at overtage markedsandele fra kartonmarkedet« (betragtning 398). Det kan ligeledes forventes, at »Tetra kraftigt vil forsvare sin stilling ved at søge at forbedre dets kartonemballeringsløsninger ved hjælp af opfindelser, forbedret kartonteknologi, introduktion af nye kartonformer og lukkemekanismer, og at Tetra i visse tilfælde vil sænke kartonpriserne for at forsvare sin stilling«, således som virksomheden tidligere har gjort det, når den har fremstillet »nye kartonpakninger med mere brugervenlige detaljer såsom kartonemballage af typen »gable top« (aflange kartoner, der kan gribes ved den kant, der danner kartonens top, som ved åbning danner en hældetud) med skruelågslukning« (betragtning 398). Fusionen vil ikke alene fjerne Tetra's behov for at konkurrere lige så energisk, men vil derudover give Tetra mulighed for »i vid udstrækning at kontrollere overgangen fra karton til PET« (betragtning 399). Således vil Tetra for det første være i stand til at fastholde »prisen for kartonemballering på det aktuelle høje niveau for de kunder, eller den del af visse kunders produktion, som på grund af forbrugernes præferencer, omkostningerne ved skiftet og eksistensen af langvarige kontrakter ikke har kunnet overgå helt eller delvis til PET« samtidig med, at Tetra over for de kunder, der måtte ønske at skifte til PET, vil bevare »muligheden for at påvirke deres valg af emballeringsmaskiner ved f.eks. at bestemme tidspunktet for skiftet eller ved at forslå tilpassede løsninger efter mål, hvilket vil give Tetra mulighed for at øge sin markedsandel for så vidt angår PET-udstyr« (betragtning 399). På denne måde vil Tetra kunne gøre indhug i »den store fordel, som dens væsentligste konkurrent, SIG-gruppen, aktuelt råder over, og som er det eneste andet selskab i verden, der fremstiller og sælger udstyr til både kartonemballering og udstyr til PET-emballering« (betragtning 400).

58 Desuden fandt Kommissionen, at »[d]en omstændighed, at den fusionerede enhed indtager dominerende stillinger på to nært relaterede nabomarkeder (udstyr til karton- og PET-emballering) og indtager en betydelig stilling på et tredje marked (HDPE), vil gøre den fusionerede enhed i stand til at indtage en særligt stærk position på markedet for emballering af de pågældende slutprodukter ([LPD],

juice, [FFD], og te-/kaffeholdige drikkevarer)« (betragtning 404). Dette vil ligeledes styrke Tetra's allerede »stærke« position (betragtning 407) på markedet for emballering af »følsomme« produkter og vil øge adgangsbarriererne for Tetra/Sidel's konkurrenter, hvilket vil give den fusionerede enhed mulighed for at »marginalisere konkurrenter og [...] styrke dominansen på de relevante markeder for udstyr til kartonemballering og PET-emballering, navnlig SBM-maskiner, der anvendes til »følsomme« produkter« (betragtning 408).

*Forpligtelserne*

59 Forpligtelserne, der fremgår af bilaget til den anfægtede beslutning, er sammenfattet på følgende måde af Kommissionen: »i) ophør med Tetra's aktiviteter inden for området for SBM-maskiner; ii) ophør med Tetra's aktiviteter inden for området for PET-præforme; iii) opretholdelse af Sidel's stilling som separat selskab i forhold til Tetra Pak-gruppen, og fastholdelse af de korrigerende foranstaltninger, der allerede er vedtaget i medfør af traktatens artikel 82; og iv) udstedelse af licens til Sidel's SBM-maskiner med henblik på salg til kunder, der emballerer »følsomme« produkter, og for salg til converters« (betragtning 410). Kommissionen fandt, at disse forpligtelser var »utilstrækkelige med henblik på at eliminere de væsentlige konkurrencemæssige problemer, der er identificeret på markedet for udstyr til PET- og kartonemballering« (betragtning 424). Det foreslåede ophør af Tetra's aktiviteter på området for SBM-maskiner og PET-præforme vil kun have »en minimal indvirkning på den fusionerede enheds stilling«, mens licensen, navnlig for Sidel's SBM-maskiner til følsomme produkter, ikke alene vil være utilstrækkelig med henblik på eliminering af problemerne, men heller ikke fremstår som en »gennemførlig mulighed« (betragtning 424). Licensen »kan faktisk introducere komplekse mekanismer på markedet, hvilket kan føre til en kunstig regulering« (betragtning 424). For så vidt angår de to korrigerende forpligtelser vedrørende adskillelsen af Sidel's og Tetra's aktiviteter og iagttagelsen af artikel 82 EF betragter Kommissionen dem som »utilstrækkelige med henblik på løsningen af de problemer, der opstår som følge af den markedsstruktur, der vil være en konsekvens af fusionen« (betragtning 424).

60 Da Kommissionen fandt, at forpligtelserne således »alt taget i betragtning er utilstrækkelige med henblik på løsningen af de konkurrencemæssige problemer, der opstår som følge af transaktionen«, konkluderede den, at forpligtelserne »således ikke kan danne grundlag for en beslutning om godkendelse« (betragtning 451).

61 Af disse grunde lyder artikel 1 i den anfægtede beslutning:

»Den fusion, som blev anmeldt til Kommissionen af Tetra Laval BV [...] den 18. maj 2000, og som går ud på Tetra Laval's erhvervelse af enekontrollen med virksomheden Sidel SA, erklæres hermed uforenelig med fællesmarkedet og med EØS-aftalen.«

## Retsforhandlinger

62 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 15. januar 2002 har sagsøgeren anlagt sag med påstand om annullation af den anfægtede beslutning.

63 Ved særskilt dokument indleveret samme dag har sagsøgeren endvidere fremsat begæring om, at der træffes afgørelse efter en hasteprocedure i henhold til procesreglementets artikel 76a. I sit indlæg vedrørende nævnte begæring indleveret den 5. februar 2002 har Kommissionen tilsluttet sig begæringen.

64 Den 6. februar 2002 besluttede Rettens Første Afdeling, som sagen var blevet tildelt, at træffe afgørelse efter hasteproceduren.

65 Kommissionen indgav svarskrift den 12. marts 2002.

66 Ved stævning indleveret til Rettens justitssekretær den 19. marts 2002 har sagsøgeren anlagt sag, registreret som sag T-80/02, med påstand om annullation af beslutningen af 30. januar 2002 (se præmis 26 ovenfor) og har anmodet om, at nærværende sag forenes med sag T-80/02. Tetra har ligeledes ved særskilt dokument af samme dato fremsat begæring om, at der træffes afgørelse efter en hasteprocedure i sag T-80/02, hvilket Kommissionen har tilsluttet sig i sit indlæg vedrørende denne begæring af 3. april 2002. Denne sag er ligeledes tildelt Rettens Første Afdeling.

67 Som foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse i medfør af procesreglementets artikel 64, stk. 3, litra e), blev parterne den 19. marts 2002 bedt om at deltage i et uformelt møde den 4. april 2002 med den refererende dommer.

68 I forbindelse med det uformelle møde erklærede sagsøgeren, at dennes begæring om forening af sag T-80/02 og nærværende sag kunne anses for tilbagetrukket under forudsætning af, at de mundtlige forhandlinger i de to sager kunne finde sted i sammenhæng, og at dommene i henhold til hasteproceduren ville blive afsagt samme dag. Parterne fik under mødet tilladelse til at indlevere noter til brug for de mundtlige indlæg senest en uge før den mundtlige forhandling i de to sager.

69 Den 18. april 2002 imødekom Rettens Første Afdeling begæringen om en hasteprocedure i sag T-80/02 og bestemte, at retsmøderne i de to sager skulle finde sted den 26. og 27. juni 2002.

70 På grundlag af den refererende dommers rapport besluttede Rettens Første Afdeling under mødet i afdelingen den 10. juni 2002 at indlede den mundtlige forhandling, og som foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse at stille parterne en række skriftlige spørgsmål ved skrivelse af 11. juni 2002 (herefter »de skriftlige spørgsmål«), som parterne blev opfordret til at besvare inden retsmødet inden for den fastsatte frist for indlevering af noter til brug for de mundtlige indlæg eller, i tilfælde af, at dette ikke var muligt, under retsmødet. Kommissionen blev ligeledes anmodet om at fremlægge et dokument.

71 Den 19. juni 2002 indleverede parterne deres noter til brug for de mundtlige indlæg til Rettens Justitskontor. Sagsøgerens noter indeholdt en begæring om fortrolig behandling af visse oplysninger, der fremgår af dokumenterne i sagen. Kommissionen anfægtede ikke disse oplysningers fortrolige karakter i sine noter. Parterne besvarede ligeledes samme dag de skriftlige spørgsmål, og Kommissionen fremlagde det begærede dokument.

72 Da en af dommerne i Rettens Første Afdeling havde forfald, udpegede Rettens præsident den 24. juni 2002 dommer Pirrung i medfør af procesreglementets artikel 32, stk. 3, med henblik på at sikre afdelingens beslutningsdygtighed, og udskød de planlagte retsmøder til den 3. og 4. juli 2002.

73 Ved skrivelse af 24. juni 2002 supplerede sagsøgeren sin begæring om fortrolig behandling for så vidt angår visse oplysninger, der fremgår af dokumenterne i sagen.

74 Den samme dag anmodede sagsøgeren ved en særskilt skrivelse om, at et dokument, hvoraf Kommissionen allerede havde fået en kopi, blev føjet til sagens akter. Det drejer sig om »Bestyrelsens Årsberetning« for Sidel for regnskabsåret

2001 (herefter »Årsberetningen for Sidel«). Anmodningen blev imødekommet ved beslutning af 26. juni 2002 truffet af Rettens Første Afdeling.

75 På grundlag af den refererende dommers supplerende rapport besluttede Rettens Første Afdeling på mødet i afdelingen den 27. juni 2002 at anmode Kommissionen om at fremlægge diverse dokumenter, navnlig undersøgelserne, der var foretaget af Canadean, PCI, Warrick og Pictet, og at besvare to supplerende skriftlige spørgsmål (herefter »de supplerende skriftlige spørgsmål«).

76 Den 1. juli 2002 indleverede Kommissionen sin besvarelse af de supplerende skriftlige spørgsmål og fremlagde de begærede dokumenter. Disse dokumenter blev føjet til sagens akter med undtagelse af besvarelserne som led i markedsundersøgelsen, der af Kommissionen blev betragtet som fortrolige.

77 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret Rettens spørgsmål i retsmøderne den 3. og 4. juli 2002.

78 Under retsmødet besluttede Retten at give sagsøgeren adgang til en ikke-fortrolig udgave af visse af besvarelserne som led i markedsundersøgelsen. Fem besvarelser blev ikke udleveret, fordi de efter Rettens vurdering enten ikke indeholdt en besvarelse af de stillede spørgsmål (fire dokumenter) eller for så vidt angår et enkelt af dokumenterne helt klart var af strengt fortrolig karakter (et dokument). Den ikke-fortrolige version af besvarelserne som led i markedsundersøgelsen, som blev udarbejdet af Retten i medfør af procesreglementets artikel 67, stk. 3, blev tilføjet til sagens akter, og en kopi blev tilsendt sagsøgeren. På sidstnævntes begæring gav Retten sagsøgeren en uge til at fremkomme med eventuelle skriftlige bemærkninger til denne version af besvarelserne som led i markedsundersøgelsen. Ved skrivelse af 8. juli 2002 gav sagsøgeren afkald på denne ret, men fastholdt sit realitetsanbringende vedrørende disse dokumenter.

## Parternes påstande

79 Da de betingelser, som sagsøgeren stillede på det uformelle møde for ændring af dens påstande, er opfyldt, har sagsøgeren nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede beslutning annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

80 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

## Retlige bemærkninger

81 Sagsøgeren har i det væsentlige fremsat fem anbringender til støtte for sin påstand. På det uformelle møde afholdt den 4. april 2002 har virksomheden understreget, ligesom den har gjort det i sine skriftlige indlæg, at påstanden om

annullation vedrører den anfægtede beslutning, for så vidt beslutningen angår fusionen som ændret ved forpligtelserne (herefter »den modificerede fusion«). Sagsøgeren har i den forbindelse anmodet Retten om at foretage sin vurdering på grundlag af situationen, som den ville være som resultat af de forpligtelser, som sagsøgeren har tilbudt at påtage sig.

82 Ved sit første anbringende, som er af processuel karakter, har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen ikke forud for vedtagelsen af den anfægtede beslutning har iagttaget sagsøgerens ret til aktindsigt. Vedrørende realiteten har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen, idet den afviste at godkende den modificerede fusion, har anvendt fusionsforordningens artikel 2, stk. 3, på fejlagtig måde. Til støtte for dette anbringende har sagsøgeren gjort gældende, at den modificerede fusion 1) ikke har væsentlige negative konkurrencemæssige virkninger hverken horisontalt eller vertikalt, 2) ikke har væsentlige konkurrencebegrænsende konglomeratvirkninger, og 3) at Kommissionen har vurderet forpligtelserne på fejlagtig måde. Sagsøgeren har desuden gjort gældende, 4) at Kommissionen ikke har begrundet den anfægtede beslutning på tilstrækkelig måde.

I — *Tilsidesættelse af retten til aktindsigt*

A — *Parternes argumenter*

83 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen ikke har givet virksomheden fuldstændig adgang til sagens akter, idet flere dokumenter, som Kommissionen har lagt afgørende vægt på i den anfægtede beslutning til støtte for konstateringer til skade for Tetra, aldrig er blevet sendt til sagsøgeren. Det drejer sig for det første om en rapport af 10. september 2001 udarbejdet af en ekstern økonomisk ekspert, professor Ivaldi (herefter »Ivaldi-rapporten«), som indeholder en økonometrisk analyse af Sidel's tidligere salgsmargen (herefter »den økonometriske analyse«), hvoraf kun et sammendrag på én side er blevet videregivet til

sagsøgeren, og for det andet om besvarelserne som led i markedsundersøgelsen, hvoraf sagsøgeren har modtaget to sammendrag. Trods begæring fremsat af Tetra den 19. oktober 2001 med henblik på fuldstændig aktindsigt i sidstnævnte dokumenter, og ikke blot i utilstrækkelige sammendrag, fastholdt høringskonsulenten den 25. oktober 2001 Kommissionens afvisning af adgang til disse dokumenter. Sagsøgeren har gjort gældende, at denne afvisning er uforenelig med såvel Kommissionens meddelelse om interne procedureregler for behandling af anmodninger om aktindsigt i sager angående EF-traktatens artikel [81] og [82], EKSF-traktatens artikel 65 og 66, samt Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 (EFT 1997 C 23, s. 3, herefter »meddelelsen om aktindsigt«) som med retspraksis (Domstolens dom af 25.10.1983, sag 107/82, AEG mod Kommissionen, Sml. s. 3151, præmis 23 ff., og Rettens dom af 29.6.1995, sag T-30/91, Solvay mod Kommissionen, Sml. II, s. 1775, præmis 58 ff.).

84 Sagsøgeren har ligeledes anført, at Kommissionen, når henses til den betydning, som den har tillagt den økonometriske analyse i den anfægtede beslutning (navnlig betragtning 346 ff.), må have lagt andre dokumenter til grund end blot Ivaldi-rapporten i den summariske form, som er blevet sagsøgeren bekendt.

85 Kommissionen har gjort gældende, at sagsøgeren fik adgang til de dele af sagens akter, som Kommissionen har henvist til, og som den har påberåbt sig i den anfægtede beslutning. Under henvisning til artikel 13, stk. 3, i forordning nr. 447/98 og til Rettens dom af 28. april 1999, Endemol mod Kommissionen (sag T-221/95, Sml. II, s. 1299, præmis 65), har Kommissionen anført, at adgang til aktindsigt alene har til formål at sikre, at den pågældende virksomhed gives mulighed for at gøre sig bekendt med bevismaterialet i Kommissionens sagsakter, således at virksomheden på et relevant grundlag kan udtale sig om de indvendinger, Kommissionen har fremsat på grundlag af dette materiale. Tetra har i nærværende sag haft mulighed for at fremsætte sådanne bemærkninger.

86 Hvad for det første angår Ivaldi-rapporten har Kommissionen gjort gældende, at sagsøgeren ikke under den administrative procedure har fremsat klager vedrørende adgangen til aktindsigt for så vidt angår den økonometriske analyse og at

virksomheden således ikke nu kan gøre gældende, at dens ret til kontradiktion er blevet tilsidesat. Den omstændighed, at sammendraget af den analyse, der er indeholdt i nævnte rapport, er kortfattet, skyldes, at der er tale om et svar og en berigtigelse af den analyse, som Tetra selv havde fremlagt på et tidligere tidspunkt. Tetra har kunnet (hvilket Tetra's eksperter også gjorde under høringen i Kommissionen den 26.12.2001) fremsætte sine bemærkninger til rapporten. Desuden udgør rapporten blot et tillæg til den markedsundersøgelse, som Kommissionen har foretaget. Selv om sagsøgerens anbringende måtte tages til følge — hvad det ikke skal — ville det ikke have til virkning, at den anfægtede beslutning annulleres, fordi nævnte rapport ikke har haft indflydelse på beslutningens indhold.

87 Hvad for det andet angår besvarelserne som led i markedsundersøgelsen har Kommissionen gjort gældende, at disse besvarelser ligeledes var af sekundær betydning, idet den i det væsentlige har lagt sin egen vurdering af forpligtelsernes utilstrækkelighed til grund. For det første var Kommissionen forpligtet til at afvise at fremlægge besvarelserne under hensyn til princippet om fortrolighed (Domstolens dom af 6.4.1995, sag C-310/93 P, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, Sml. I, s. 865, præmis 26). For det andet bemærker Kommissionen, at selv om artikel 17, stk. 2, i forordning nr. 447/98 giver en part, der fremsætter bemærkninger, mulighed for at fremsende en ikke-fortrolig udgave af sin besvarelse, havde Kommissionen under alle omstændigheder ret til, således som det bekræftes af dommen i sagen Endemol mod Kommissionen, at udarbejde objektive og ikke-fortrolige sammendrag og at begrænse sagsøgerens aktindsigt til disse sammendrag.

88 Desuden har Kommissionen diskuteret besvarelserne med sagsøgeren på et møde den 18. oktober 2001, på hvilket møde sammendragene blev overgivet til sagsøgeren. Adgangen til sammendragene såvel som høringskonsulentens vurdering og bekræftelse af sammendragenes objektive karakter bevirker alt i alt, at sagsøgerens ret til kontradiktion er blevet fuldt ud sikret. Eftersom resultaterne af markedsundersøgelsen under alle omstændigheder blot bekræftede Kommissionens indledende undersøgelse, kan det ikke hævdes, at den anfægtede beslutning var faldet anderledes ud, selv hvis begæringen om aktindsigt var blevet imødekommet. Den påståede tilsidesættelse af retten til kontradiktion kan således ikke begrunde annullation af den anfægtede afgørelse.

B — *Rettens bemærkninger*

1. Indledende bemærkninger

89 Indledningsvis bemærkes det, at aktindsigten i konkurrencesager navnlig har til formål at give adressaterne for en meddelelse om klagepunkter mulighed for at gøre sig bekendt med bevismaterialet i Kommissionens sagsakter, således at de på et relevant grundlag kan udtale sig om de konklusioner, som Kommissionen på grundlag af dette materiale har anført i meddelelsen om klagepunkter (Domstolens dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, præmis 9 og 11, i ovennævnte dom i sagen BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, præmis 21, og dom af 8.7.1999, sag C-51/92 P, Hercules Chemicals mod Kommissionen, Sml. I, s. 4235, præmis 75). De almindelige grundsætninger i fællesskabsretten, som regulerer retten til aktindsigt i Kommissionens sagsakter, skal sikre en effektiv udøvelse af retten til kontradiktion, og når der er tale om med en beslutning vedrørende overtrædelser af de for virksomhederne gældende konkurrenceregler, hvorved der pålægges bøder eller tvangsbøder, kan tilsidesættelsen af disse almindelige fællesskabsretlige grundsætninger under proceduren, der fører til vedtagelse af beslutningen, principielt medføre annullation af beslutningen, når der er gjort indgreb i den pågældende virksomheds ret til kontradiktion (dommen i sagen Hercules Chemicals mod Kommissionen, præmis 76 og 77).

90 Det bemærkes ligeledes, at det med henblik på at fastslå, at der foreligger tilsidesættelse af retten til kontradiktion, er tilstrækkeligt, at det godtgøres, at den manglende meddelelse af de omhandlede dokumenter har kunnet påvirke procedurens forløb og beslutningens indhold til skade for sagsøgeren (Rettens dom af 29.6.1995, sag T-36/71, ICI mod Kommissionen, Sml. II, s. 1847, præmis 78, af 20.4.1999, forenede sager T-305/94 — T-307/94, T-313/94 — til T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 og T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 931, præmis 1021, og dommen i sagen Endemol mod Kommissionen, præmis 87).

91 Retten har tidligere fastslået, at disse principper finder anvendelse på de procedurer, der er omfattet af forordningen, selv om anvendelsen af disse principper med rimelighed kan gøres betinget af det krav om hurtighed, der generelt karakteriserer forordningen (dommen i sagen Endemol mod Kommissionen, præmis 68).

92 I nærværende sag må det således vurderes, om sagsøgerens ret til kontradiktion er blevet tilsidesat som følge af de betingelser, hvorunder sagsøgeren fik adgang til visse dokumenter i Kommissionens sagsakter.

2. Første del af anbringendet: Ivaldi-rapporten

93 For det første bemærkes, at selv om Kommissionens indsigelse om, at klagen over tilsidesættelse af retten til kontradiktion blev fremsat for sent, måtte gives medhold, er dette forhold uden betydning i betragtning af de særlige omstændigheder, der foreligger i nærværende sag. Sagsøgerens opfattelse af, at professor Ivaldi tilsyneladende spillede en meget begrænset rolle under høringen for høringskonsulenten, blev ikke bestridt af Kommissionen, og denne tog ikke stilling til de økonomiske notater, som Tetra fremlagde under dette møde. Under hensyn til disse omstændigheder er det rimeligt at konkludere, at sagsøgeren ikke forud for vedtagelsen af den anfægtede beslutning med rimelighed havde kunnet forudse den betydning, som Kommissionen tillagde den økonometriske analyse i Ivaldi-rapporten.

94 For det andet bemærkes, at sagsøgeren har haft tilstrækkeligt kendskab til Ivaldi-rapporten, hvilket virksomheden ikke på afgørende måde har bestridt. Kommissionens argument om, at rapportens kortfattethed skyldes den omstændighed, at der er tale om et svar på en analyse fremlagt af sagsøgeren selv, kan tiltrædes af Retten. Det følger heraf, at kun hvis det godtgøres, at der findes

yderlige dokumenter, der angår den økonometriske analyse i den anfægtede beslutning, og som Tetra ikke har haft adgang til, vil det kunne antages, at Kommissionen har tilsidesat sagsøgerens ret til aktindsigt.

95 I den forbindelse bemærkes, at det følger af retspraksis, at der er en formodning for, at et dokument, der er begæret aktindsigt i, ikke eksisterer, såfremt den berørte institution hævder dette. Der er imidlertid tale om en simpel formodning, som sagsøgeren kan afkræfte med alle midler på grundlag af relevante og samstemmende indicier (jf. i denne retning Rettens dom af 12.10.2000, sag T-123/99, JT's Corporation mod Kommissionen, Sml. II, s. 3269, præmis 58, og af 25.6.2002, sag T-311/00, British American Tobacco (Investments) mod Kommissionen, Sml. II, s. 2781). Det skal imidlertid bemærkes, at sagsøgeren ikke har formået at afkræfte denne formodning i nærværende sag.

96 Til støtte for sit anbringende har sagsøgeren navnlig henvist til de detaljer i den økonometriske analyse, der fremgår af den anfægtede beslutning. Det fremgår imidlertid af sagens akter, navnlig af bilagene til parternes indlæg vedrørende rigtigheden af de modstridende økonometriske analyser, at Kommissionens analyse i væsentligt omfang tager udgangspunkt i de informationer, der er fremlagt for den af sagsøgeren. De eneste øvrige oplysninger, som Kommissionen har taget i betragtning ved formuleringen af de variabler, der er anvendt i dens analyse, tager udgangspunkt i visse kritikpunkter rejst af professor Ivaldi i hans rapport vedrørende de variabler, der er anvendt i Tetra's analyse. Denne konklusion understøttes af selve titlen på Ivaldi-rapporten, som er benævnt (i ental) »Note to the File/Internal« (»notat til sagens akter/Internt«).

97 Denne konklusion ændres ikke af sagsøgerens argument, der vedrører meddelelsen om adgang til aktindsigt. Det fremgår nemlig klart, at professor Ivaldi's assistance i form af rådgivning ikke kan karakteriseres som en »konsulentrapport«, som der skal gives indsigt i i henhold til meddelelsens punkt I B, stk. 4. Desuden kan rigtigheden af den pågældende analyse ikke anfægtes ved et anbringende om tilsidesættelse af retten til aktindsigt. Det følger heraf, at Kommissionen ikke ved at lade sig assistere af professor Ivaldi i forbindelse med studiet af de økonometriske analyser, som var blevet fremlagt af sagsøgeren, har tilsidesat de forpligtelser, den pålagde sig selv ved udstedelsen af nævnte meddelelse.

3. Anden del af anbringendet: besvarelserne som led i markedsundersøgelsen

98 For så vidt angår den anden del af anbringendet, der vedrører besvarelserne som led i markedsundersøgelsen, følger det ligeledes af retspraksis, at for så vidt angår de besvarelser, som udenforstående virksomheder har afgivet på forespørgsler fremsat af Kommissionen, er Kommissionen nødt til at tage højde for risikoen for, at en virksomhed, der har en dominerende stilling på markedet, kan træffe gengældelsesforanstaltninger over for konkurrenter, leverandører eller kunder, som har samarbejdet i Kommissionens undersøgelse (dommen i sagen BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, præmis 26, og i sagen Endemol mod Kommissionen, præmis 66). Stillet over for en sådan risiko kan de udenforstående virksomheder, som under Kommissionens undersøgelse stiller dokumenter til rådighed for Kommissionen, som de ved kan medføre gengældelsesforanstaltninger over for dem, kun gøre dette, hvis de har sikkerhed for, at deres anmodning om, at dokumenterne forbliver fortrolige, bliver efterkommet.

99 Det kan være nødvendigt, når visse udenforstående virksomheder har anmodet om, at deres identitet ikke afsløres, at Kommissionen ikke afslører identiteten af andre tredjemænd, der er blevet inddraget i sagen, men ikke har anmodet om denne fortrolighed, inden de besvarede Kommissionens spørgeskemaer (jf. dommen i sagen Endemol mod Kommissionen, præmis 70).

100 Det kan således ikke udelukkes, at dette fortrolighedshensyn begrundede, at der blev udarbejdet ikke-fortrolige sammendrag af alle besvarelserne af Kommissionens spørgsmål (jf. i denne retning dommen i sagen Endemol mod Kommissionen, præmis 71 og 72).

101 Med andre ord er den omstændighed alene, at artikel 17, stk. 2, i forordning nr. 447/98 forpligter enhver udenforstående part, der anmoder om fortrolig behandling, til klart at angive de dele af hans besvarelse, som han anser for fortrolige, ikke til hinder for, at Kommissionen i overensstemmelse med artikel 17, stk. 1, i forordning nr. 447/98 og artikel 287 EF's formål af egen

drift kan vurdere, om der er risiko for, at forretningshemmeligheder af betydning for visse udenforstående parter, der er involveret i proceduren, eller øvrige fortrolige oplysninger, vil blive afsløret i tilfælde af, at der bliver givet fuldstændig adgang til de besvarelser, der er afgivet af andre udenforstående parter, og som ikke selv har bedt om en sådan fortrolig behandling.

102 Det påhviler imidlertid Kommissionen, når den modtager en begæring om aktindsigt fra den anmeldende part (dvs. en »part« i forordningens artikel 18, stk. 1's forstand), i hvert fald indtil Det Rådgivende Udvalg for Kontrol med Fusioner og Virksomhedsovertagelser er blevet hørt i overensstemmelse med denne artikel, at begrunde enhver indskrænkning i denne ret til aktindsigt, eftersom enhver undtagelse til denne ret skal fortolkes restriktivt, navnlig når Kommissionen har til hensigt at forbyde den pågældende fusion.

103 For så vidt angår besvarelserne som led i markedsundersøgelsen bemærkes det, at Tetra alene har fået adgang til to ikke-fortrolige sammendrag ud af samtlige besvarelser som led i markedsundersøgelsen, og ikke til besvarelserne selv eller en ikke-fortrolig udgave heraf (jf. præmis 22 ovenfor). I den forbindelse har Kommissionen anført, at mange af de virksomheder, der indsendte besvarelser, anmodede om fortrolig behandling, i visse tilfælde angiveligt på grund af frygten for gengældelsesforanstaltninger. Imidlertid har det efter Rettens undersøgelse i medfør af procesreglementets artikel 67, stk. 3, vist sig, at Kommissionen ikke over for de 51 modtagere af spørgeskemaet til brug for markedsundersøgelsen — i hvert fald ikke i de følgebreve, der blev sendt via telefax — havde understreget pligten til i medfør af artikel 17, stk. 2, i forordning nr. 447/98 klart at angive alle de dele af deres besvarelse, som de anså for fortrolige. Uanset denne forglemmelse indeholdt seks af de 30 brugbare besvarelser ud af i alt 34 modtagne en udtrykkelig anmodning om fortrolig behandling. En enkelt afsender tilsendte Kommissionen en ikke-fortrolig udgave af sin besvarelse i overensstemmelse med artikel 17, stk. 2, i forordning nr. 447/98.

104 Det skal således vurderes, om Kommissionen med føje kunne nægte sagsøgeren aktindsigt i besvarelserne som led i markedsundersøgelsen såvel som i en enkelt ikke-fortrolig udgave af disse samt begrænse aktindsigten til to ikke-fortrolige sammendrag af samtlige besvarelser.

105 Det bemærkes, at hensynet til at træffe afgørelser hurtigt, som er forordningens overordnede formål, ikke i sig selv kan begrunde et afslag som det, der er tale om i nærværende sag. Selv om Kommissionen ikke havde den nødvendige tid til at anmode afsenderne af besvarelserne som led i markedsundersøgelsen om en ikke-fortrolig udgave af deres besvarelser i overensstemmelse med artikel 17, stk. 2, i forordning nr. 447/98, havde den ikke desto mindre pligt til over for sagsøgeren at angive, på hvilken måde arten og graden af frygt for gengældelsesforanstaltninger eller andre skadelige eller uønskede virkninger, der var kommet til udtryk blandt de virksomheder, der havde deltaget i markedsundersøgelsen, og som blot havde anmodet om fortrolig behandling uden samtidig at fremsende en fortrolig udgave af deres besvarelse, kunne begrunde et afslag på adgang til disse besvarelser, herunder til en ikke-fortrolig udgave. Selv om de korte frister i anden fase af en fusionsprocedure af praktiske grunde, og navnlig når mange anmodninger om fortrolighed er blevet modtaget, kan gøre det nødvendigt at udarbejde ikke-fortrolige sammendrag, er Kommissionen stadig forpligtet til at give en gyldig begrundelse for sit totale afslag på at give adgang til besvarelserne som led i en markedsundersøgelse, der vedrører de forpligtelser, der er tilbudt af den pågældende part. Denne forpligtelse gælder så meget desto mere de besvarelser, der er tilsendt Kommissionen uden nogen — i det mindste ingen formel — anmodning om fortrolig behandling.

106 Det fremgår af høringskonsulentens besvarelse af 25. oktober 2001 af sagsøgerens begæring af 19. oktober 2001 om aktindsigt, at Kommissionens stilling til spørgsmålet om adgang til aktindsigt i nærværende sag er udtryk for Kommissionens generelle politik. Kommissionen fandt, at fremsendelse af sammendrag af besvarelserne som led i markedsundersøgelsen, hvis rigtighed og detaljer var blevet bekræftet af høringskonsulenten, udgjorde en passende form for aktindsigt og dermed sikrede Tetra's ret til kontradiktion.

107 Det bemærkes for det første, at navnlig under hensyn til, at visse af afsenderne af besvarelserne havde udtrykt frygt for gengældelsesforanstaltninger fra sagsøgerens side i tilfælde af, at deres besvarelser ikke blev behandlet fortroligt, måtte samtlige besvarelser behandles fortroligt.

108 Eftersom Retten selv har kunnet konstatere, at der kunne være givet en aktindsigt i en ikke-fortrolig udgave af mindst 30 af besvarelserne som led i markeds-

undersøgelserne, blot ved at overstrege fortrolige oplysninger, er det nødvendigt at tage stilling til, om den omstændighed, at der kun blev givet adgang til sammendragene, faktisk indebar en krænkelse af sagsøgerens ret til kontradiktion i nærværende sag.

109 Det skal bemærkes, at Kommissionens udtalelse om, at den i den anfægtede beslutning alene har henvist til besvarelserne som led i markedsundersøgelsen med henblik på at understøtte den konklusion, den allerede var nået frem til vedrørende forpligtelserne på grundlag af andre uafhængige oplysninger, til en vis grad understøttes af den anfægtede beslutnings ordlyd (navnlig betragtning 424 og 425). Ikke desto mindre bliver mindst én konklusion til skade for sagsøgeren vedrørende forpligtelserne fremstillet som »bekræftet af markedsundersøgelsen« (betragtning 428).

110 Det skal bemærkes, at i en skrivelse af 18. oktober 2001 og i en formel klage indgivet af Tetra den 19. oktober 2001 til høringskonsulenten påpegede Tetra visse mangler og fejl i de spørgeskemaer i forbindelse med markedsundersøgelsen, som virksomheden havde fået adgang til, navnlig for så vidt angår omtalen af de forpligtelser, Tetra havde tilbudt at påtage sig vedrørende licensen til Sidel's SBM-maskiner. I sit svar af 25. oktober 2001 bemærkede høringskonsulenten, at Kommissionens undersøgelse var blevet gennemført på objektiv måde, og at spørgeskemaerne ikke var vildledende. Høringskonsulenten bemærkede videre, at eftersom den ikke-fortrolige udgave af forpligtelserne havde været vedlagt som bilag til spørgeskemaerne, kunne Kommissionen med rette lægge til grund, at modtagerne af spørgeskemaerne rent faktisk havde læst den vedhæftede tekst.

111 Det bemærkes for det første, at klagen og nævnte skrivelse begge var vedhæftet stævningen og tillige var citeret i en fodnote heri. Det følger heraf, at den indsigelse, Kommissionen fremsatte under retsmødet om, at sagsøgeren har fremført et nyt anbringende — som derfor skulle afvises — i sit mundtlige indlæg, hvorefter der skulle være en fejl i femte spørgsmål i det spørgeskema, der blev sent til kunderne, følgelig må forkastes.

112 Retten kan imidlertid ikke give sagsøgeren ret i virksomhedens argument om, at spørgeskemaerne kan have vildledt modtagerne for så vidt angår betingelserne i henhold til forordningens artikel 2, stk. 3, fordi modtagerne i spørgeskemaet blev anmodet om at tage stilling til, om forpligtelserne »i væsentlig grad vil mindske« sagsøgerens stilling på markedet for kartonemballering og »reelt ophæve« den fusionerede enheds stærke stilling på markedet for emballering af følsomme flydende levnedsmidler. Det er i den forbindelse tilstrækkeligt at bemærke, at selv om visse af modtagerne kan have formuleret deres besvarelse med henvisning til andre betingelser end dem, der er omhandlet i forordningens artikel 2, stk. 3, var det ikke nødvendigt for sagsøgeren at have adgang til besvarelserne for over for Kommissionen at kunne understrege vigtigheden af disse betingelser under den administrative procedure.

113 Dette understøttes af den omstændighed, at Tetra faktisk fra starten havde adgang til de spørgeskemaer, der var sent til kunder og converters, hvilket virksomheden har erkendt i sin skrivelse af 18. oktober 2001. Selv om Kommissionen også havde pligt til at give aktindsigt i de spørgeskemaer, der blev sendt til Tetra's konkurrenter, har sagsøgeren under retsmødet erkendt, at virksomheden senere havde fået adgang til disse på anden måde. Under alle omstændigheder angår Tetra's anbringender i virkeligheden ikke sidstnævnte spørgeskemaer, hvilket virksomheden også har medgivet under retsmødet. Det er således klart, at ved at have adgang til spørgeskemaerne og ved at anvende de sammendrag af besvarelserne, som Kommissionen havde udarbejdet, var det muligt for sagsøgeren i klagen til høringskonsulenten at understrege, at Kommissionen kun skulle anvende de betingelser, der er nævnt i forordningens artikel 2, stk. 3.

114 For så vidt angår den påståede vildledende karakter af omtalen af de forpligtelser, Tetra havde tilbudt vedrørende licensen, som blev givet spørgeskemaerne til kunder og converters, bemærkes det, at det ved simpel gennemlæsning klart fremgår, at en almindeligt opmærksom læser ikke kunne være blevet vildledt. Selv om spørgsmålene indeholdt visse enkeltheder om licensen, som i det højeste potentielt ville kunne antages at vildlede en læser, der ikke vurderede dem i lyset af den ikke-fortrolige udgave af forpligtelserne, der var vedlagt som bilag, kunne Kommissionen med rette forvente, at en sådan sammenlignende læsning faktisk blev foretaget. Sagsøgeren har ikke godtgjort, at en simpel gennemlæsning af

forpligtelserne vedrørende licensen ikke ville have afklaret det nøjagtige indhold af denne forpligtelse, hvis modtageren af spørgeskemaet havde fundet enkelthederne uklare.

115 Under alle omstændigheder indeholder den ikke-fortrolige udgave af besvarelserne fra kunderne og converterne intet, der tyder på, at de var blevet vildledt eller var i vildrede, da de udarbejdede deres besvarelser. Tetra's anbringende om, at modtagerne af spørgeskemaerne er blevet vildledt eller var i vildrede, kan heller ikke støttes på en gennemlæsning af de af Kommissionen udarbejdede sammendrag af besvarelserne, som den tilsendte Tetra, når de sammenholdes med den ikke-fortrolige udgave heraf, idet intet tyder på, at informationer eller oplysninger, ved hjælp af hvilke sagsøgeren kunne have bevist dette anbringende, er blevet udeladt. Tetra's beslutning om ikke at indgive supplerende skriftlige bemærkninger til Kommissionens nævnte udgave af besvarelserne i forbindelse med nærværende retssag taler til støtte for denne konklusion (jf. i denne retning dommen i sagen Hercules Chemicals mod Kommissionen, præmis 80).

116 Endelig er der intet i sammendragene af besvarelserne som led i markedsundersøgelsen, der tyder på, at de ikke på loyal måde afspejler den ene besvarelse, hvis helt fortrolige karakter er blevet anerkendt af Retten, efter at den har undersøgt dette punkt (jf. præmis 78 ovenfor).

117 Det følger heraf, at Kommissionens beslutning om kun at give Tetra adgang til ikke-fortrolige sammendrag af besvarelserne som led i markedsundersøgelsen ikke indebar en tilsidesættelse af Tetra's ret til kontradiktion.

4. Konklusion

118 Det følger heraf, at anbringendet om tilsidesættelse af retten til aktindsigt må forkastes.

II — *Anbringenderne om tilsidesættelse af forordningens artikel 2*

A — *Indledende bemærkninger*

119 Indledningsvis skal det bemærkes, at de materielle bestemmelser i forordningen, navnlig dens artikel 2, tillægger Kommissionen et vist skøn, herunder for så vidt angår økonomiske vurderinger. Følgelig skal Fællesskabets retsinstansers kontrol af udøvelsen af dette skøn, som er væsentligt som led i reglerne om fusioner, foretages under hensyntagen til den skønsmargen, som er knyttet til de bestemmelser med økonomiske aspekter, der indgår i regelsættet om fusioner (Domstolens dom af 31.3.1998, forenede sager C-68/94 og C-30/95, Frankrig m.fl. mod Kommissionen, den såkaldte »Kali & Salz«-dom, Sml. I, s. 1375, præmis 223 og 224, Rettens dom af 25.3.1999, sag T-102/96, Gencor mod Kommissionen, Sml. II, s. 753, præmis 164 og 165, og af 6.6.2002, sag T-342/99, Airtours mod Kommissionen, Sml. II, s. 2585, præmis 64).

120 Det skal ligeledes bemærkes, at forordningens artikel 2, stk. 3, bestemmer, at Kommissionen skal erklære en fusion uforenelig med fællesmarkedet, såfremt fusionen skaber eller styrker en dominerende stilling, og konkurrencen på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf hæmmes betydeligt som følge af, at en sådan position skabes eller styrkes. Omvendt skal Kommissionen erklære en fusion, der er omfattet af forordningen, forenelig med fællesmarkedet, såfremt disse to betingelser i den nævnte bestemmelse ikke er opfyldt (Rettens dom af 19.5.1994, sag T-2/93, Air France mod Kommissionen, Sml. II, s. 323, præmis 79; jf. ligeledes i denne retning dommen i sagen Gencor mod Kommissionen, præmis 170, og i sagen Airtours mod Kommissionen, præmis 58 og 82). Såfremt en dominerende stilling ikke skabes eller styrkes, skal fusionen derfor tillades, uden at det er nødvendigt at undersøge dens virkninger for den effektive konkurrence (dommen i sagen Air France mod Kommissionen, præmis 79).

121 Spørgsmålet, om sagsøgerens andet, tredje og fjerde anbringende skal tages til følge, skal vurderes i lyset af disse betragtninger.

B — *Anbringendet om, at den modificerede fusion hverken horisontalt eller vertikalt har negative konkurrencemæssige virkninger*

1. Indledende bemærkninger

122 Sagsøgeren har gjort gældende, at forpligtelserne fjerner alle de potentielle negative »horisontale« og »vertikale« virkninger af den anmeldte fusion, som blev nævnt i den anfægtede beslutning. Da Kommissionen imidlertid har fremsat visse indsigelser mod fusionen på grund af sådanne virkninger (betragtning 263-324), har Tetra gjort gældende, at disse indsigelser er blevet grundløse i lyset af disse forpligtelser.

123 Kommissionen har gjort gældende, at den anfægtede beslutning, i modsætning til det af sagsøgeren anførte, ikke indeholder indsigelser vedrørende horisontale eller vertikale virkninger. Beslutningen nævner ikke skabelse eller styrkelse af en dominerende stilling som følge af horisontale eller vertikale virkninger af fusionen isoleret set. Kommissionen fastholder imidlertid, at den modificerede fusion stadig kan skabe sådanne betydelige horisontale og vertikale virkninger, som Kommissionen ikke kan se bort fra. Kommissionen har anført, at den anfægtede beslutning på korrekt måde tager hensyn til de (på basis af forpligtelserne) resterende horisontale og vertikale virkninger af den modificerede fusion i forbindelse med vurderingen af konglomeratvirkningerne.

124 Retten finder, at selv om Kommissionen ikke baserede den anfægtede beslutning på disse horisontale og vertikale virkninger, tog den dem i betragtning til støtte for sin konklusion om, at den modificerede fusion måtte forbydes. I den anfægtede beslutning bemærkede Kommissionen således, at »skabelsen og styrkelsen af dominans« på markederne for udstyr til PET-emballering, navnlig markedet for høj- og lavkapacitet SBM-maskiner, og markedet for karton-emballeringssystemer »ville ske som følge af en række faktorer«, herunder »horisontale og vertikale virkninger« (betragtning 262). Desuden viser Kommissionens bemærkninger, navnlig de forklaringer, der blev givet af Kommissionens repræsentant under retsmødet, at det navnlig er Kommissionens indsigelser vedrørende markederne for PET-udstyr, der tager udgangspunkt i disse virkninger. Følgelig er det nødvendigt at vurdere sagsøgerens særskilte anbringende om skabelsen af en dominerende stilling på disse markeder som følge af disse virkninger.

2. Horisontale virkninger

a) Parternes argumenter

125 Sagsøgeren har indledningsvis gjort gældende, at selv om det i den anfægtede beslutning antages, at der er horisontal overlapning mellem tre markeder, som hver især anses for særskilte markeder, nemlig markedet for lavkapacitets-SBM-maskiner, for aseptiske PET-påfyldningsmaskiner og for barriereteknologi, forventer Kommissionen hverken skabelse eller styrkelse af en dominerende stilling på nogen af disse markeder. Det væsentligste problem, som Kommissionen pegede på vedrørende horisontale virkninger, vedrørte markedet for lavkapacitets-SBM-maskiner, men Tetra's beslutning om at sælge Dynaplast, dvs. sine egne SBM-maskinaktiviteter, ville fjerne dette problem. Sagsøgeren har ligeledes understreget, at dens forpligtelse til at give licens til Sidel's SBM-maskiner yderligere ville reducere Sidel's eksisterende stilling på markedet for lavkapacitets-SBM-maskiner.

126 Kommissionen har erkendt, at de horisontale virkninger af den modificerede fusion ikke i sig selv, dvs. uafhængigt af de øvrige virkninger af transaktionen, fører til skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling, men har fastholdt, at de horisontale virkninger i væsentlig grad vil styrke den fusionerede enheds stilling på PET-markedet og ikke vil blive fjernet af forpligtelserne. Ydermere løser forpligtelserne ikke problemet med styrkelse af Tetra's dominerende stilling på kartonmarkederne, som ifølge Kommissionen vil følge af elimineringen af Sidel som potentiel konkurrent på det samlede marked for emballeringssystemer til følsomme produkter. Kommissionen har understreget, at salget af Dynaplast alene vil fjerne den horisontale overlapning mellem Tetra's og Sidel's aktiviteter med lavkapacitets-SBM-maskiner, mens forpligtelserne ikke vil have nogen virkning for så vidt angår Sidel's førende stilling på markedet for højkapacitets-SBM-maskiner. Kommissionen har ligeledes understreget, både i sit svarskrift og i sin besvarelse af de skriftlige spørgsmål, at fusionen til styrke den fusionerede enheds samlede stilling på markedet for PET-udstyr, herunder aseptiske PET-påfyldningsmaskiner, barriereteknologi og lukningssystemer til PET-flasker.

b) Rettens bemærkninger

127 Den anfægtede beslutning identificerer tre horisontale virkninger, som er problematiske fra en konkurrencemæssig synsvinkel, og som — hvilket Kommissionen har erkendt under retsmødet — alene relaterer sig til PET-markedet. Der er tale om påståede negative virkninger af transaktionen for markederne for lavkapacitets-SBM-maskiner, aseptiske PET-påfyldningsmaskiner og barriereteknologi. Det er således nødvendigt at vurdere, om der til trods for forpligtelserne fortsat er negative horisontale virkninger, som kan støtte Kommissionens anbringende om, at den fusionerede enhed kan anvende sin nuværende dominerende stilling på kartonmarkederne til ved hjælp af løftestangsvirkningen at opnå en dominerende stilling på PET-markedet.

128 For så vidt angår lavkapacitets-SBM-maskiner indebærer sagsøgerens forpligtelse til at sælge Dynaplast, at fusionen ikke på nogen måde vil styrke Sidel's nuværende markedsandel på dette marked. Det er således udelukket, at Sidel's stilling vil blive styrket på dette marked, og så meget mere, at transaktionen kan hæmme konkurrencen »betydeligt« på denne del af markedet for SBM-maskiner. I den anfægtede beslutning (betragtning 427) bemærkes det endda, at forpligtelserne vil fjerne den horisontale overlapning mellem parterne i fusionen på markedet for disse maskiner. Selv om de oplysninger, der fremgik af markedsundersøgelsen, og som Kommissionen har henvist til i sit svarskrift vedrørende dette punkt, har en vis beviskraft, kan Kommissionen ikke på den ene side henvise til Dynaplast's bidrag til Sidel's markedsandel på markedet for lavkapacitets-SBM-maskiner, som er næsten [20-30%] (betragtning 266), og på den anden side gøre gældende for Retten, at visse af besvarelserne nævner den ringe betydning eller ikke-rentable karakter af denne type maskiner. Desuden kan det forhold alene, at Tetra efterfølgende var ude af stand til at finde en køber til Dynaplast, således som den har oplyst i sine besvarelser af de skriftlige spørgsmål og under retsmødet, heller ikke understøtte Kommissionens konklusion, eftersom det alene bekræfter Tetra's urentable og — trods en høj markedsandel — relativt svage stilling på markedet for lavkapacitets-SBM-maskiner forud for fusionen.

129 Det må således fastslås, at den modificerede fusion ikke ville skabe nogen horisontal overlapning mellem parternes aktiviteter på markedet for lavkapacitets-SBM-maskiner. Denne konklusion ændres ikke, i hvert fald ikke til støtte for den anfægtede beslutnings gyldighed, af Kommissionens henvisning til en påstået ny teknologi, »TetraFast«, der er udviklet af Tetra til lavkapacitets-SBM-maskiner, og som Kommissionen har omtalt for første gang i sin besvarelse af de skriftlige spørgsmål.

130 For så vidt angår markedet for aseptiske PET-påfyldningsmaskiner burde Kommissionen have konstateret, at der ikke var væsentlige negative horisontale virkninger for konkurrencen. For det første ville den modificerede fusion kun på en relativt begrænset måde have styrket den fusionerede enheds markedsandel

([0-10%] af maskinparken af denne type, der blev installeret i 2000 inden for EØS), hvis denne markedsandel udregnes i forhold til Sidel's nuværende stilling, som er [10-15%] på dette marked (betragtning 288). For det andet findes der allerede betydelige konkurrenter på dette marked, herunder nye erhvervsdrivende, der har opnået en betydelig markedsandel på dette marked (nemlig [40-50%]), som det også er bemærket i den anfægtede beslutning (betragtning 251). Endelig kan den vægt, som Kommissionen i sine skriftlige besvarelser og under retsmødet har tillagt det handelsmæssige potentiale af LFA-20 maskiner, som er omtalt i den anfægtede beslutning (betragtning 82, fodnote 32, og betragtning 202), og som vil kunne anvendes til aseptisk påfyldning af både HDPE- og PET-flasker, ikke underbygge Kommissionens anbringende. Disse maskiner er, i det mindste ifølge Tetra, som Kommissionen ikke modsagde på dette punkt under retsmødet, stadig under udvikling i virksomheden selv og hos tre konkurrenter, der også fremstiller dem.

131 For så vidt angår markedet for barriereteknologi har Kommissionen erkendt, at virkningerne af den anmeldte fusion i betydelig grad vil forbedre den fusionerede enheds stilling på dette marked, men »ikke i en sådan grad, at det vil skabe en dominerende stilling« (betragtning 282). Kommissionen kunne næppe have konkluderet anderledes, eftersom kombinationen af Tetra's og Sidel's aktiviteter på dette område kun ville give den fusionerede enhed en markedsandel i størrelsesordenen [10-20%], og dette uden at tage hensyn til de i det mindste potentielle virkninger af Tetra's opgivelse af sin licens på Sealica-teknologien, et forhold, som Kommissionen har bekræftet i sin besvarelse af de skriftlige spørgsmål. Dette skøn over markedsandelen er desuden blevet kraftigt bestridt af sagsøgeren i virksomhedens besvarelse af de skriftlige spørgsmål. Sagsøgeren har på overbevisende måde anført, at i betragtning af, at der er tale om teknologier under udvikling, er markedsandelene, der er udregnet med henvisning til eksisterende produkter, ikke særligt pålidelige. Under retsmødet henviste Tetra desuden til de problemer, der eksisterer i øjeblikket for så vidt angår udviklingen af plasma-barrierer, som eksempelvis Sidel's Actis-teknologi til øl, hvilket desuden bekræftes af Sidel's årsrapport. Tetra har ligeledes understreget, at nye barriereteknologier, navnlig de, der anvendes til visse følsomme produkter som f.eks. LDP, ikke kan anvendes til PET, men kræver udvikling af et nyt plasticresin. I lyset af det foregående skal det fastslås, at Kommissionen ikke har påvist, at der vil være væsentlige negative horisontale virkninger for konkurrencen på markedet for barriereteknologier.

132 Det følger heraf, at hvis forpligtelserne tages i betragtning, vil de negative horisontale virkninger af fusionen, som Kommissionen har henvist til i den anfægtede beslutning, være minimale, om ikke næsten ikke-eksisterende, på de forskellige relevante markeder for udstyr til PET-emballering. Under disse omstændigheder finder Retten, at Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn, idet den lagde de horisontale virkninger af den modificerede fusion til grund for sin konklusion om, at der ville blive skabt en dominerende stilling for den fusionerede enhed på disse PET-markeder gennem udnyttelse af løftestangsvirkningen.

3. Vertikale virkninger

a) Parternes argumenter

133 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionens betænkeligheder hovedsagelig vedrører den fusionerede enheds påståede vertikale integration på markederne for karton, PET- og HDPE-emballeringssystemer. Eftersom Tetra/Sidel ville have en betydelig stilling på markedet for SBM-maskiner, ville der, ifølge Kommissionen, være en forsyningskonflikt (»channel conflict«) som følge af converternes delvise afhængighed af Sidel. Denne konflikt ville gøre det muligt for den fusionerede enhed at marginalisere converterne ved at tilbyde deres kunder samlede løsninger med SBM-maskiner, præforme og nøglefærdige installationer, med andre ord integrerede PET-linjer, og på denne måde udelukke converters fra disse aktiviteter. Kommissionen har imidlertid erkendt, at dette scenario kun vil opstå, hvis Sidel bliver dominerende på markedet for SBM-maskiner. Kommissionen har ligeledes erkendt, at Tetra's forretningsbaserede beslutning om at forlade markedet for præforme vil fjerne alle de problemer, som converterne har peget på, og at de forventede vertikale problemer ikke i sig selv ville resultere i skabelsen af en dominerende stilling for den fusionerede enhed på markedet for PET-udstyr eller præforme. Sagsøgeren har på grundlag heraf konkluderet, at den modificerede fusion ikke har negative vertikale konkurrencemæssige virkninger på markedet for PET-emballering, at den ikke styrker Tetra's eksisterende vertikale integration på kartonmarkederne, og, som Kommissionen har erkendt,

at den ikke skaber nogen dominerende stilling på markedet for EBM-maskiner til fremstilling af aseptiske HDPE-flasker med håndtag.

134 Kommissionen fastholder, at den fusionerede enheds vertikale integration kan føre til udelukkelse af converters fra markedet. Selv om enhedens vertikale integration ikke gør den dominerende på markederne for levering af præforme og PET-udstyr, er den mulighed for at marginalisere converterne, som denne integration giver enheden, et væsentligt element i vurderingen af fusionens konglomeratvirkninger. Forpligtelserne hindrer ikke alle disse virkninger, fordi den fusionerede enhed stadig vil kunne tilbyde integrerede PET-løsninger uden at tilbyde præforme, eksempelvis gennem HTW-aftaler. Hverken Tetra's foreslåede tilbagetrækning fra markedet for præforme eller udstedelse af licens til Sidel's teknologi vil fjerne converternes afhængighed af den fusionerede enhed. Disse forpligtelser kunne sågar tjene til at styrke den fusionerede enheds stilling for så vidt angår salg af SBM-maskiner til converterne, fordi der ikke længere ville være nogen forsyningskonflikt, som kunne motivere dem til at købe SBM-maskiner fra Sidel's konkurrenter.

b) Rettens bemærkninger

135 Det skal indledningsvis bemærkes, således som Kommissionen har fremhævet det adskillige gange under retsmødet, at dens betænkeligheder ved den fusionerede enhed hovedsageligt vedrører Tetra. I modsætning til Sidel er Tetra en i høj grad vertikalt integreret virksomhed på markederne for aseptisk karton, og tilbyder i praksis, og er også kendt for at tilbyde, sine kunder integrerede emballeringsløsninger. Kommissionen mener, at sagsøgerens deltagelse i den fusionerede enhed vil føre til en væsentlig reduktion af konkurrencen på markederne for udstyr til PET-emballering.

136 For det første må det konstateres, at Tetra's salg af sine aktiviteter på området for præforme fuldstændigt ville fjerne de problemer, Kommissionen oprindeligt pegede på vedrørende converterne.

137 For så vidt angår Kommissionens indsigelser — efter at forpligtelserne blev tilbudt — om, at converterne i højere grad vil være villige til at købe fra Sidel, når Tetra havde frasolgt sine aktiviteter på området for præforme, og på denne måde styrke den fusionerede enheds stilling, bemærkes, at Kommissionen ikke er fremkommet med noget overbevisende argument herfor i den anfægtede beslutning, bortset fra henvisningen til besvarelserne til markedsundersøgelsen (betragtning 428). Selv om det ikke kan udelukkes, at visse converters vil være mindre betænkelige ved at købe SBM-maskiner fra den fusionerede enhed, hvis den ikke længere er aktiv på markedet for præforme, er den forsikring, der gives herved, langt fra at svare til den »forsyningskonflikt«, som der er henvist til i meddelelsen af klagepunkter (punkt 232-236 og 249 i meddelelsen af klagepunkter). Eftersom der i øjeblikket er stærk konkurrence på markedet for præforme, ville denne forsikring for visse converters højst reducere mulighederne en lille smule for Sidel's konkurrenter for at sælge SBM-maskiner til dem.

138 Selv om det er korrekt, at den modificerede fusion ville gøre det muligt for Sidel — gennem Tetra's deltagelse på markedet for lukningssystemer til plastflasker — at tilbyde næsten fuldstændigt integrerede PET-løsninger, er det åbenlyst, at de vertikale virkninger af Sidel's indtræden på dette marked via den fusionerede enhed, og Sidel's samtidige forsvinden som potentiel kunde for andre virksomheder på dette marked, vil være minimale i lyset af Tetra's relativt svage stilling på dette marked. Ydermere vil den fusionerede enheds samlede kapacitet til at tilbyde sådanne integrerede PET-løsninger, sammenlignet med Sidel's nuværende kapacitet, ikke blive styrket af den modificerede fusion, idet Tetra vil frasælge sine PET-aktiviteter vedrørende præforme. I den forbindelse fremgår det af Sidel's årsrapport, at salg af disse løsninger kun udgjorde 20% af Sidel's salg af SBM-maskiner i 2001, trods den hævdede »eksponentielle vækst« på 30% mellem 1999 og 2000, som Kommissionen har henvist til i sit svarskrift.

139 For så vidt angår de hævdede virkninger på markedet for EBM-maskiner fremgår det udtrykkeligt af den anfægtede beslutning, at i lyset af Tetra's svar af 1. oktober 2001 på den supplerende meddelelse af klagepunkter, »mindsker de øvrige markedsdeltageres stilling problemerne med dominans på et potentielt marked for maskiner til fremstilling af aseptiske HDPE-flasker med håndtag« (betragtning 297, fodnote 125). Det er således klart, at den modificerede fusion ikke ville have væsentlige negative virkninger for de converters' stilling, der er aktive på HDPE-markedet. Dette marked ville forsat være et marked præget af stærk konkurrence, også efter fusionen.

140 Det følger heraf, at det ikke er blevet godtgjort, at den modificerede fusion ville føre til væsentlige, eller i det mindste betydelige, vertikale virkninger på det relevante marked for udstyr til PET-emballering. Under disse omstændigheder finder Retten, at Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn, idet den lagde de vertikale virkninger af den modificerede fusion til grund for sin konklusion om, at der ville blive skabt en dominerende stilling for den fusionerede enhed på disse PET-markeder gennem udnyttelse af løftestangsvirkningen.

4. Konklusion

141 Det følger af det foregående, at Kommissionen anlagde åbenbart urigtige skøn, idet den lagde de horisontale og vertikale virkninger til grund for sin vurdering af spørgsmålet om skabelsen af en dominerende stilling på de pågældende PET-markeder. Disse urigtige skøn medfører imidlertid ikke, at den anfægtede beslutning annulleres, fordi den konglomeratvirkning, som Kommissionen har gjort gældende, i sig selv kunne være tilstrækkelig til at begrunde beslutningen. Anbringendet om manglende konglomeratvirkning skal derfor vurderes.

C — *Anbringendet om, at der ikke er forudseelige konglomeratvirkninger*

1. Indledende bemærkninger

142 Parterne er enige om, at den modificerede fusion er af konglomerattypen (»conglomerate merger«), dvs. en fusion mellem virksomheder, som ikke befinder sig i et eksisterende konkurrencemæssigt forhold, hverken som direkte konkurrenter eller som leverandører og kunder. Fusioner af denne type giver ikke anledning til egentlige horisontale overlapning mellem de fusionerende parters aktiviteter eller til et vertikalt forhold mellem parterne i dette begrebs egentlige forstand. Det kan således som udgangspunkt generelt antages, at sådanne fusioner ikke skaber negative konkurrencemæssige virkninger. Ikke desto mindre kan de have sådanne virkninger under visse omstændigheder.

143 I den anfægtede beslutning anser Kommissionen, at den modificerede fusion vil have forudseelige negative konkurrencemæssige konglomeratvirkninger på tre måder. For det første vil fusionen gøre det muligt for den nye enhed at bruge sin dominerende stilling på det samlede marked for kartonemballering som »løftestang« med henblik på at opnå en dominerende stilling på markedet for udstyr til PET-emballering. For det andet vil fusionen styrke Tetra's nuværende dominerende stilling på markedet for udstyr til aseptisk kartonemballering og aseptiske kartoner, idet fusionen vil fjerne den konkurrencemæssige pression, repræsenteret ved Sidel, som stammer fra de nærtliggende PET-markeder. For det tredje vil fusionen generelt styrke den fusionerede enheds overordnede stilling på markedet for emballering af følsomme produkter.

144 Under retsmødet understregede Kommissionen den karakter af forudsigelse, der nødvendigvis karakteriserer dens analyse af de fremtidige virkninger af en anmeldt fusion. Kommissionen understregede, at i en sag vedrørende en fusion med konglomeratvirkninger, på samme måde som i en sag vedrørende en klassisk

horisontal fusion, er det Kommissionens opgave at hindre fremtidig konkurrencebegrænsende adfærd, som med sandsynlighed vil følge af transaktionen, og at dens analyse må tage hensyn til de deltagende parters eksisterende midler og kapacitet. Den omstændighed alene, at sandsynligheden for en sådan adfærd i forbindelse med fusioner af konglomerattypen, i modsætning til andre fusionstyper, ikke følger direkte af foreningen på et enkelt marked af de markedsandele, den fusionerede enhed vil have i fremtiden, betyder ikke, at der skal anlægges en anden synsvinkel.

145 Kommissionens vurdering er opdelt i tre dele, der for det første vedrører løftestangsvirkningen, for det andet fjernelse af potentiel konkurrence, og for det tredje den generelle virkning af styrkelsen af den fusionerede enheds konkurrencemæssige stilling. Disse tre dele skal vurderes hver for sig.

2. Første del: løftestangsvirkningen

a) Bemærkninger vedrørende sagens generelle kontekst

146 Det skal indledningsvis bemærkes, at forordningen, navnlig artikel 2, stk. 2 og 3, ikke sondrer mellem fusioner, der har horisontale og vertikale virkninger på den ene side, og fusioner, der har konglomeratvirkninger, på den anden. Det følger heraf, at en fusion, uden at der skal sondres mellem disse transaktionstyper, alene kan erklæres uforenelig med fællesmarkedet, hvis de to betingelser i artikel 2, stk. 3, er opfyldt (jf. præmis 120 ovenfor). En fusion, der har konglomeratvirkninger, skal derfor som enhver anden fusion (jf. præmis 120 ovenfor) godkendes af Kommissionen, hvis det ikke er godtgjort, at den skaber eller styrker en

dominerende stilling på fællesmarkedet eller på en væsentlig del heraf, og at konkurrencen som følge heraf hæmmes betydeligt.

147 Imidlertid rejser vurderingen af en fusions potentielle negative konkurrencemæssige konglomeratvirkninger et vist antal specifikke problemer, der vedrører fusionens art. Disse problemer skal vurderes først. I den forbindelse skal det tidsmæssige aspekt af konglomeratvirkninger først vurderes, og herefter skal de aspekter vurderes, der vedrører disse virkningers særlige karakter, som enten kan være af strukturel art i den forstand, at de opstår direkte som følge af skabelsen af en økonomisk struktur, eller af adfærdsmæssig art, i den forstand at de kun vil opstå, hvis den enhed, der opstår som følge af fusionen, forfølger en bestemt forretningsstrategi.

i) Det tidsmæssige aspekt af konglomeratvirkninger

148 Det skal for det første vurderes, om en fusion, der skaber en konkurrencemæssig struktur, der ikke umiddelbart giver den fusionerede enhed en dominerende stilling, alligevel kan forbydes i medfør af forordningens artikel 2, stk. 3, når fusionen med al sandsynlighed vil give enheden mulighed for, som følge af den opkøbende parts udnyttelse af løftestangsvirkningen fra et marked, hvor denne part allerede er dominerende, inden for en relativt nær fremtid at opnå en dominerende stilling på et andet marked, hvor den opkøbte part i øjeblikket indtager en førende position, og når den pågældende overtagelse har væsentlige negative konkurrencemæssige virkninger på de relevante markeder.

149 I den forbindelse har sagsøgeren understreget nødvendigheden af, at det godtgøres med sikkerhed, at fusionen vil gøre det muligt for den at opnå en dominerende stilling på det pågældende marked for PET-udstyr, dvs. ikke at det godtgøres, at der er en sandsynlighed for, at en sådan stilling vil blive skabt, men

at det kan forudses, at den vil blive skabt inden for en meget nær fremtid. Som nævnt i præmis 144 ovenfor, har Kommissionen under henvisning til dommen i sagen Kali & Salz, understreget den karakter af forudsigelse, der nødvendigvis knytter sig til den vurdering, som den er forpligtet til at foretage, når den vurderer de forudseelige virkninger af en anmeldt fusion på det pågældende marked.

150 Retten bemærker, at i princippet er en fusion mellem virksomheder, som udøver virksomhed på adskilte markeder, normalt ikke af en sådan art, at den umiddelbart skaber eller styrker en dominerende stilling, når de fusionerende parters markedsandele lægges sammen. De faktorer, der er af betydning for konkurrenternes respektive placeringer på et givent marked, skal sædvanligvis findes på markedet selv, nemlig konkurrenternes markedsandele og konkurrencebetingelserne på markedet. Det følger imidlertid ikke heraf, at konkurrencebetingelserne på markedet aldrig kan blive påvirket af faktorer, der er eksterne i forhold til dette marked.

151 Som eksempel herpå kan således nævnes, at hvis de pågældende markeder er nabomarkeder, og en af parterne i fusionen allerede har en dominerende stilling på et af markederne, vil de midler og den kapacitet, der skabes med transaktionen, umiddelbart kunne skabe de nødvendige betingelser for, at den fusionerede enhed ved udnyttelse at løftestangsvirkningen inden for en relativt nær fremtid også kan opnå en dominerende stilling på det andet marked. Dette vil navnlig være tilfældet, når de pågældende markeder har tendens til at konvergere, og når — i tillæg til den dominerende stilling, som en af fusionens parter indtager — fusionens anden part eller en af disse parter tillige indtager en ledende stilling på et andet marked.

152 Enhver anden fortolkning af forordningens artikel 2, stk. 3, risikerer at fratage Kommissionen dens kompetence til at udøve kontrol med fusioner, som kun, eller i det væsentligste, har konglomeratvirkninger.

153 Hvis Kommissionen således i forbindelse med en analyse af de fremtidige virkninger af en fusion af konglomerattypen kan konstatere, at der med al sandsynlighed vil blive skabt en dominerende stilling, eller en sådan stilling vil blive styrket inden for en relativt nær fremtid, og dette vil føre til betydelige konkurrencebegrænsende virkninger på dette marked, skal Kommissionen erklære fusionen uforenelig med fællesmarkedet (jf. i denne retning, Kali & Salz-dommen, præmis 221, dommen i sagen Gencor mod Kommissionen, præmis 162, og i sagen Airtours mod Kommissionen, præmis 63).

ii) Forhold vedrørende konglomeratvirkningers særlige art

154 I denne forbindelse skal der ligeledes sondres mellem på den ene side en situation, hvor en fusion, der har konglomeratvirkninger, umiddelbart ændrer konkurrencebetingelserne på det andet marked og fører til skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling på dette marked på grund af den dominerende stilling, der allerede indtages på det første marked, og på den anden side en situation, hvor skabelse eller styrkelse af en dominerende stilling på det andet marked ikke umiddelbart følger af fusionen, men i denne situation kun vil opstå efter en vis periode og vil være et resultat af den fusionerede enheds adfærd på det første marked, hvor den allerede indtager en dominerende stilling. I sidstnævnte tilfælde er det ikke den struktur, der følger af fusionen i sig selv, som skaber eller styrker en dominerende stilling i forordningens artikel 2, stk. 3's forstand, men snarere den pågældende fremtidige adfærd.

155 Kommissionens analyse af en fusion, der har konglomeratvirkninger, er undergivet krav, der svarer til dem, der blev formuleret af Domstolen og Retten for så vidt angår skabelsen af en kollektivt dominerende stilling (Kali & Salz-dommen, præmis 222, og dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, præmis 63). Kommissionens analyse af en fusion, der forventes at have konkurrencebegrænsende konglomeratvirkninger, forudsætter således en omhyggelig undersøgelse af de omstændigheder, som er relevante med henblik på vurderingen af fusionens virkninger for konkurrencevilkårene på referencemar-

kedet. Som Domstolen og Retten har fastslået, påhviler der Kommissionen en stor bevisbyrde, når den finder, at en sådan transaktion bør forbydes, fordi den vil skabe en situation med dominerende stilling inden for en overskuelig fremtid (dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, præmis 63). Eftersom virkningerne af en fusion af konglomerattypen generelt antages at være neutrale eller sågar fordelagtige for konkurrencen på de pågældende markeder, således som det bekræftes i nærværende sag af den økonomiske teori, der er citeret i de analyser, der er vedlagt som bilag til parternes skriftlige indlæg, kræves det, for at kunne sandsynliggøre, at der vil opstå konkurrencebegrænsende konglomeratvirkninger af en sådan fusion, at der foretages en nøjagtig vurdering, understøttet af vægtige oplysninger, af de omstændigheder, der hævdes at skabe sådanne virkninger (jf. analogt dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, præmis 63).

156 I nærværende sag vil løftestangsvirkningen fra markedet for aseptiske kartoner, som beskrevet i den anfægtede beslutning, hovedsageligt opstå — bortset fra den fusionerede enheds mulighed for at binde salg af udstyr til kartonemballering og øvrigt udstyr til salg af udstyr til PET-emballering, herunder tvunget salg (betragtning 345 og 365) — for det første som følge af sandsynligheden for, at den fusionerede enhed vil gøre brug af underbudspriser (betragtning 364, gengivet i præmis 49 ovenfor), for det andet som følge af en priskrig, og for det tredje ved at give loyalitetsrabatter. Ved hjælp af sådanne foranstaltninger ville den fusionerede enhed kunne sikre, at dens kunder på kartonmarkederne så vidt muligt får ethvert ønsket PET-udstyr fra Sidel. I den forbindelse bemærkes det, at det i den anfægtede beslutning blev antaget, at Tetra indtager en dominerende stilling på markedet for aseptisk karton, dvs. markedet for systemer til aseptisk kartonemballering og aseptiske kartoner (betragtning 231, jf. præmis 40 ovenfor), hvilket ikke er blevet bestridt af sagsøgeren.

157 Det skal bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at en virksomhed, der har en dominerende stilling, er forpligtet til om fornødent at tilpasse sin adfærd til denne situation for ikke at skade mulighederne for en effektiv konkurrence på markedet, uanset om Kommissionen måtte have truffet en beslutning herom

(Domstolens dom af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 57, Rettens dom af 10.7.1990, sag T-51/89, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. II, s. 309, præmis 23, og af 22.3.2000, forenede sager T-125/97 og T-127/97, Coca-Cola mod Kommissionen, Sml. II, s. 1733, præmis 80).

158 Det skal videre bemærkes, at Kommissionen i sin besvarelse af de spørgsmål, som Retten stillede under retsmødet, ikke benægtede, at hvis Tetra udnyttede løftestangsvirkningen på den ovenfor beskrevne måde, ville det udgøre misbrug af Tetra's eksisterende dominerende stilling på markederne for aseptisk karton. Dette ville også være tilfældet, i overensstemmelse med de betænkeligheder, Kommissionen gav udtryk for i sit svarskrift, i tilfælde, hvor den fusionerede enhed nægter at deltage i installation og enhver nødvendig tilpasning af Sidel's SBM-maskiner, at tilbyde efterfølgende service, eller at respektere garantierne for sådanne maskiner, når de sælges af converters. Ikke desto mindre fandt Kommissionen, at det forhold, at en sådan adfærd kan udgøre en selvstændig tilsidesættelse af artikel 82 EF, ikke udelukker, at en sådan adfærd kan tages i betragtning i forbindelse med Kommissionens vurdering af alle former for løftestangsvirkninger, der gøres mulige ved en fusion.

159 I den forbindelse skal det bemærkes, at selv om forordningen bestemmer, at fusioner, der skaber eller styrker en dominerende stilling, der har væsentlige negative konkurrencemæssige virkninger, forbydes, indebærer disse betingelser ikke, at det samtidig skal godtgøres, at den fusionerede enhed som følge af fusionen vil foretage ulovligt misbrug. Selv om der ikke af denne grund kan opstilles en formodning for, at parterne i en fusion af konglomerattypen ikke vil handle i overensstemmelse med fællesskabsretten, kan Kommissionen ikke se bort fra en sådan mulighed, når den foretager fusionskontrol. Således skal Kommissionen, når den ved vurderingen af en sådan fusions virkninger tager udgangspunkt i den forventede adfærd, som i sig selv med sandsynlighed vil udgøre misbrug af en eksisterende dominerende stilling, vurdere, om det trods forbuddet mod en sådan adfærd ikke desto mindre er sandsynligt, at den enhed, der er resultatet af fusionen, vil handle på en sådan måde, eller omvendt, om adfærdens

ulovlige karakter og/eller risikoen for at blive opdaget vil gøre en sådan strategi usandsynlig. Mens det således er korrekt, at Kommissionen i forbindelse med sin vurdering tager højde for incitamenterne til at udøve konkurrencebegrænsende adfærd, som f.eks. de incitamenter, der er tale om i nærværende sag for Tetra i forbindelse med de forretningsmæssige fordele, som kan forudses på markedet for PET-udstyr (betragtning 359), skal Kommissionen imidlertid også vurdere, i hvilket omfang disse incitamenter vil blive reduceret, eller sågar forsvinde, fordi den pågældende adfærd er ulovlig, fordi der er risiko for opdagelse, fordi de kompetente myndigheder, både på fællesskabs- og nationalt niveau kan træffe visse foranstaltninger, og fordi adfærden kan resultere i økonomiske sanktioner.

160 Eftersom Kommissionen ikke foretog en sådan vurdering i den anfægtede beslutning, følger det, at eftersom Kommissionens vurdering er baseret på muligheden, eller sågar sandsynligheden for, at Tetra vil udøve en sådan adfærd på markederne for aseptiske kartoner, kan Kommissionens konklusioner i den henseende ikke lægges til grund.

161 Ydermere er det forhold, at sagsøgeren i nærværende sag tilbød forpligtelser vedrørende virksomhedens fremtidige adfærd, også en faktor, som Kommissionen burde have taget i betragtning i forbindelse med vurderingen af, om det var sandsynligt, at den fusionerede enhed ville handle på en måde, der ville medføre skabelsen af en dominerende stilling på et eller flere af de pågældende markeder for PET-udstyr. Der er imidlertid intet i den anfægtede beslutning, der viser, at Kommissionen tog højde for virkningerne af disse forpligtelser i sin vurdering af skabelsen af en sådan stilling i fremtiden ved udnyttelse af løftestangsvirkningen.

162 Det følger af det foregående, at det er nødvendigt at vurdere, om Kommissionen baserede sin analyse af sandsynligheden for udnyttelse af løftestangsvirkningen fra markederne for aseptisk karton, og af konsekvenserne af den fusionerede enheds udnyttelse af løftestangsvirkningen, på tilstrækkeligt fyldestgørende beviser. I forbindelse med denne vurdering skal der i nærværende sag alene

tages hensyn til former for adfærd, som, i det mindste sandsynligvis, ikke ville være ulovlige. Ydermere bemærkes, at eftersom den forventede dominerende stilling først ville opstå efter udløbet af en vis periode, ifølge Kommissionen efter 2005, skal dens analyse af den fremtidige stilling, med forbehold for en vis skønsmargin, være særligt plausibel.

b) Parternes argumenter

i) Muligheden for udnyttelse af løftestangsvirkningen

163 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen ikke har godtgjort, at den fusionerede enhed ved hjælp af løftestangsvirkningen ville kunne opnå en dominerende stilling på markederne for udstyr til PET-emballering, navnlig markederne for høj- og lavkapacitet SBM-maskiner.

164 Sagsøgeren har for det første anført, at Kommissionen har erkendt, at udstyr til PET-emballering og udstyr til kartonemballering ikke er »komplementære produkter« i dette begrebs økonomiske forstand, men snarere tekniske substitutter (betragtning 345). I nærværende sag, og i modsætning til det, Kommissionen lagde til grund, er de økonomiske incitamenter til at udnytte løftestangsvirkningen imidlertid svagere, end når produkterne er »komplementære«. For det første er incitamentet til at binde salg af forskellige produkter helt åbenbart svagere under sådanne omstændigheder. For det andet er der ikke nogen væsentligt kundemæssig overlapning mellem de to produkter. For det tredje udelukker den omstændighed, at de to produkter ikke er »komplementære«, opbygningen af barrierer, fordi Tetra's kartonmaskiner ikke er kompatible med SBM-maskiner, der tilbydes af andre leverandører end Sidel.

165 Kommissionens vurdering er så meget desto mere overraskende, eftersom dens beslutningspraksis viser, at den til stadighed har lagt vægt på, at produkter var

»komplementære« med henblik på at begrunde indsigelser om konglomeratvirkninger (jf. bl.a. Kommissionens beslutninger, hvorved en fusion erklæres at være forenelig med fællesmarkedet: af 18.1.1991 i sag IV/M.0050 — AT&T/NCR (EFT C 16, s. 20), af 13.12.1991 i sag IV/M.164 — Mannesmann/VDO (EFT 1992 C 88, s. 13), af 8.11.1996 i sag IV/M.836 — Gillette/Duracell (EFT C 364, s. 4), beslutning af 29.9.2000, sag COMP/M.1879 — Boeing/Hughes, og beslutning af 3.7.2001, hvorved en fusion erklæres uforenelig med fællesmarkedet, sag COMP/M.2220 — General Electric/Honeywell)).

166 Forklaringerne vedrørende udnyttelse af løftestangsvirkning inden for PET-markederne på grund af den fremtidige vækst er ikke overbevisende. Væksten ville nemlig ikke i væsentlig grad skyldes et skift fra karton til PET, eftersom flertallet af de produkter, der aktuelt emballeres i PET, ikke kan emballeres i karton. Produkter, der kan emballeres i både karton og PET, udgør kun 5% af den totale anvendelse af PET. Ydermere er PET-emballage til øl det område, hvor der forventes størst mulighed for vækst, idet glas muligvis ikke længere vil blive brugt som emballeringsmateriale.

167 Desuden vil storkunder, som for størstedelens vedkommende er de eneste, der anvender både karton- og PET-emballager, kunne modsætte sig enhver eventuel udnyttelse af løftestangsvirkning.

168 Kommissionen har gjort gældende, at de strukturelle forhold, der ville følge af fusionen, vil fremme brug af løftestangsvirkningen. Kommissionen har lagt en række faktorer til grund for denne vurdering: for det første Tetra's dominerende stilling på markederne for aseptisk karton og Sidel's førende stilling på markedet for udstyr til PET-emballering, for det andet Tetra's og Sidel's konkurrenters svage stilling på disse markeder, og for det tredje den såkaldte »first-mover advantage«, som den fusionerede enhed ville have på grund af sin stærke stilling

inden for det segment for følsomme produkter, der er fælles for karton- og PET-markederne. Kommissionen har ligeledes understreget den fusionerede enheds finansielle styrke, som vil være væsentligt større end konkurrenternes, enhedens høje grad af vertikal integration trods forpligtelserne og enhedens høje grad af ekspertise og knowhow inden for aseptisk produktion.

169 Udnyttelse af løftestangsvirkning er mulig, ikke blot når de pågældende produkter er »komplementære« i begrebets økonomiske forstand, men også når de er »handelsmæssigt komplementære«, dvs. når produkterne anvendes af samme kundegruppe. Dette er tilfældet når, som det f.eks. er tilfældet i nærværende sag, de pågældende produkter er beslægtede og tilhører nærtliggende markeder. Vurderingen af løftestangsvirkning, der involverer produkter, der er handelsmæssigt beslægtede (som f.eks. whisky og gin eller vitaminer til forskellige fysiologiske behov), tager udgangspunkt i en vurdering, der er bekræftet af retspraksis (Rettens dom af 12.12.1991, sag T-30/89, Hilti mod Kommissionen, Sml. II, s. 1439, bekræftet efter appel ved Domstolens dom af 2.3.1994, sag C-53/92 P, Hilti mod Kommissionen, Sml. I, s. 667, og Tetra Pak II-dommene).

170 Eftersom Tetra ubestridt indtager en dominerende stilling på markederne for aseptisk karton, og eftersom kunderne fortsat vil efterspørge den type emballage med henblik på at arbejde parallelt med nye PET-løsninger i løbet af den tid, det tager at skifte til PET, er det ifølge Kommissionen åbenbart, at sagsøgeren vil være i stand til at udnytte løftestangsvirkningen til at få »tabte kunder« ind på markedet for det nye materiale.

171 For så vidt angår overlapningen mellem de fusionerende parters kunder vil den potentielle fremtidige overlapning mellem karton-emballering og PET-emballering, selv om de fleste producenter af følsomme produkter i øjeblikket anvender karton, være i størrelsesordenen 100%, hvis der udvikles barriereteknologier, der gør det muligt at anvende PET til alle disse produkttyper.

172 Kommissionen har gjort gældende, at prognoserne for vækst af PET, der er lagt til grund i den anfægtede beslutning (jf. præmis 32 og 33 ovenfor), er baseret på en grundig analyse af de undersøgelser, der blev foretaget af PCI, Warrick og Pictet (herefter »de uafhængige undersøgelser«), og på solide og sammenhængende data, som Kommissionen har fået gennem sin generelle markedsundersøgelse (betragtning 141-143).

173 Kommissionen har, som yderligere bevis for muligheden for at udnytte løftestangsvirkningen, understreget den ledende rolle, som den fusionerede enhed vil spille i det betydelige skift til PET fra karton, hvor Tetra indtager en dominerende, næsten monopolitisk, stilling på markedet for aseptiske kartoner.

ii) Udelukkelsesvirkninger

174 Tetra har gjort gældende, at eftersom det er »usandsynligt« (betragtning 367), at den fusionerede enhed ville gøre brug af kombineret eller bundet salg, er Kommissionens indsigelser i realiteten baseret på den fusionerede enheds mulighed for at anvende indirekte midler, såsom »incitamenter« eller »pression« (betragtning 364), for at udelukke andre fra PET-markedet. Imidlertid er sådanne midler ikke konkurrencebegrænsende, fordi de ikke ville udelukke andre konkurrenter fra de pågældende PET-markeder. Kommissionens argumenter i den forbindelse er behæftede med fejl.

175 For det første sondrer Kommissionen på fejlagtig måde mellem markederne alt efter det slutprodukt, der skal emballeres. Definitionen af disse såkaldte særskilte markeder er også fejlagtig, idet SBM-maskiner er generiske og kan anvendes til ethvert følsomt produkt. Under retsmødet gjorde Tetra i den forbindelse gældende, at SBM-maskiner med en ringe udgift kan tilpasses det produkt, der skal emballeres. COMBI- og hotfill-maskinerne anvendes kun sjældent til følsomme produkter.

176 For det andet udgør segmentet for følsomme produkter kun en lille del af samtlige aktiviteter med PET-emballering. Det følger heraf, at selv hvis den fusionerede enhed forsøgte at marginalisere Sidel's nuværende konkurrenter på markedet for maskiner til følsomme produkter, ville den ikke være i stand til væsentligt at mindske deres finansielle ressourcer.

177 For det tredje er det, selv hvis Kommissionens prognose om en stærk vækst for følsomme produkter er korrekt, usandsynligt, at fusionen ville fratage Sidel's konkurrenter, navnlig SIG, et incitament til at ekspandere.

178 For det fjerde gjorde Tetra gældende under retsmødet, at de tekniske hindringer (navnlig barriereteknologi mod lys og ilt) ikke angår alle følsomme produkter på samme måde. Der er således ikke længere tekniske problemer for så vidt angår PET-emballering af FFD og te- og kaffeholdige drikkevarer. Dette indebærer, at ethvert selskab, der driver virksomhed med ikke-følsomme produkter, vil kunne indtræde på markedet for de følsomme produkter, hvor der ikke findes særlige tekniske krav. For så vidt angår de segmenter, der kræver anvendelse af barriereteknologi, ville det ikke kun være den fusionerede enhed, der ville kunne tilbyde den nødvendige barriereteknologi, eftersom den alene har en markedsandel på [10-20%] på det særlige marked for de pågældende teknologier.

179 For det femte er betydningen af overlapningen mellem Tetra's og Sidel's kunder blevet overdrevet. De få tilfælde, hvor der er tale om overlapning, vedrører kunder, der har en stærk købekraft, og som derfor ville være i stand til at modsætte sig enhver pression, som ville blive rettet mod dem.

180 Kommissionen har gjort gældende, at forordningens artikel 2, stk. 3, ikke stiller krav om, at det skal bevises, at den planlagte fusion med sikkerhed vil føre til, at konkurrenter elimineres. Det relevante retlige kriterium er snarere, om kon-

kurrenterne kan blive marginaliserede, dvs. om den fusionerede enhed vil være i en position, der gør det muligt for den i vidt omfang at handle uden hensyn til konkurrenter, kunder og forbrugere (dommen i sagen Hoffmann-La Roche, præmis 38 og 39).

181 Tetra's argumenter, der er fremsat med henblik på at påvise, at der ikke eksisterer særskilte markeder for SBM-maskiner til følsomme og ikke-følsomme produkter, blev analyseret og med rette afvist i den anfægtede beslutning (betragtning 176-188 og 346-358). Selv de SBM-maskiner, som hævdes at være »generiske«, skal undergives omfattende tilpasninger med henblik på at gøre dem egnede til deres særlige anvendelsesformål, og dette ville nødvendiggøre komplicerede ekstrakomponenter. Opdelingen af markedet for PET-udstyr i særskilte undermarkeder, idet der bl.a. sondres mellem følsomme og ikke-følsomme produkter, er begrundet (Rettens dom af 21.10.1997, sag T-229/94, Deutsche Bahn mod Kommissionen, Sml. II, s. 1689, præmis 56).

182 For så vidt angår prisdiskrimination har Kommissionen gjort gældende, at det fremlagte materiale viser, at Sidel tidligere har udøvet prisdiskrimination afhængigt af det endelige anvendelsesformål.

183 Det blev med rette konstateret i den anfægtede beslutning, at konkurrenterne kan miste incitamentet til at udvikle deres egne aktiviteter inden for området for følsomme produkter. Næsten hele markedet for udstyr til PET-emballering er fortsat lukket for dem, idet markedet for SBM-maskiner er stærkt koncentreret, da Sidel har en markedsandel på ca. [60-70%]. De konkurrenter, der ville være tilbage efter fusionen, ville ikke være i stand til at styrke deres deltagelse i sektoren for følsomme produkter på grund af tekniske, handelsmæssige og strategiske hindringer for adgang til markedet.

184 For så vidt angår barriereteknologi har Kommissionen opregnet en række yderligere komponenter, som den hævder er nødvendige for, at en SBM-maskine kan anvendes i PET-produktion for følsomme produkter. Kommissionen har

ligeledes gjort gældende, navnlig under retsmødet, at et helt aseptisk anlæg også kræver komplekse barriereteknologier for at beskytte mod ilt for produkterne med juice, FFD og te- og kaffeholdige drikkevarer, og for så vidt angår LDP-produkter en yderligere barriere mod lys.

185 For så vidt angår de forretningsmæssige hindringer vil producenter af følsomme produkter på grund af den store risiko for kontaminering ikke være indstillet på at vove sig ud i at aftage produkter fra leverandører af aseptisk PET-udstyr uden et fastslået omdømme. Tetra's ubestridelige omdømme inden for aseptisk påfyldning ville udgøre en meget væsentlig fordel for den fusionerede enhed.

186 Der er også en væsentlig strategisk hindring for adgang til PET-markedet for følsomme produkter, fordi flere end [80-90%] af producenterne af UHT (dvs. aseptisk) mælk aktuelt er kunder hos Tetra på kartonmarkederne. Ifølge den anfægtede beslutning har Tetra næsten alle producenter af LDP og juice som kunder (betragtning 361). Den fusionerede enhed ville således have en betydelige »first-mover advantage« inden for disse områder. Hertil kommer, at den fusionerede enhed ville have et stort kundegrundlag, en enorm finansiel styrke, en betragtelig forsknings- og udviklingskapacitet samt en stærk stilling inden for tre emballeringsmaterialer: kartoner, PET og HDPE, som alle i varierende grad anvendes til emballering af følsomme produkter.

187 Under retsmødet understregede Kommissionen Sidel's meget stærke stilling på markedet for højkapacitet SBM-maskiner (de maskiner, der kan fremstille mere end 8 000 flasker i timen, herefter »*fit*«), på hvilket marked Sidel nu har den mest ydedygtige maskine i verden, med en kapacitet på over [...] *fit*. Kommissionen understregede ligeledes Sidel's stærke position i den øverste del af markedet for lavkapacitetsmaskiner, dvs. de maskiner, der fremstiller lige under 8 000 *fit* ved hjælp af en rotorteknik, der svarer til den, der anvendes i maskiner med høj kapacitet.

c) Rettens bemærkninger

188 Det skal indledningsvis bemærkes, at det fremgår af den anfægtede beslutning (navnlig betragtning 213 og 389, der er gengivet i præmis 39 og 54 ovenfor), at Kommissionens konkurrencemæssige analyse af løftestangsvirkningen tager udgangspunkt i den hypotese, at der umiddelbart vil blive skabt en markedsstruktur, som vil give den fusionerede enhed incitamentet og de nødvendige midler til at omdanne sin nuværende ledende stilling på markedet for PET-udstyr, navnlig markedet for SBM-maskiner af høj og lav kapacitet til følsomme produkter, til en dominerende stilling. Yderligere anførtes det i meddelelsen af klagepunkter (punkt 289) og i den anfægtede beslutning (betragtning 328, jf. præmis 45 ovenfor), at enheden vil kunne opnå en dominerende stilling på markedet for PET-udstyr inden for en nær fremtid gennem udnyttelse af løftestangsvirkningen fra Tetra's dominerende stilling på markedet for aseptiske kartoner, snarere end gennem Sidel's nuværende stilling på markederne for SBM-maskiner.

189 Det skal først bemærkes, at definitionen af de relevante markeder i det væsentlige er ubestridt af sagsøgeren. Det er således nødvendigt at sondre mellem markedet for SBM-maskiner, som i sig selv er opdelt i høj- og lavkapacitetsmaskiner afhængigt af antallet af *fit* (betragtning 167), markedet for barriereteknologi (betragtning 189 til 191), markedet for PET-påfyldningsmaskiner, som i sig selv er opdelt i aseptiske og ikke-aseptiske maskiner (betragtning 201), markedet for PET-præforme (betragtning 206) og markedet for øvrigt udstyr, udstyr til distributionsemballage og tjenesteydelser vedrørende diverse berørte sektorer (betragtning 257).

190 Derimod har sagsøgeren bestridt opdelingen af markederne for SBM-maskiner afhængigt af deres endelige anvendelsesformål, navnlig udpegningen af et særligt marked for de følsomme produkter, der er tale om her (betragtning 188), dvs. de produkter, der er »fælles« for karton- og PET-markederne (betragtning 45). Over for denne opdeling har Tetra i det væsentligste gjort gældende, at SBM-maskiner

er generiske af natur og ikke fremstilles med særlige anvendelsesformål for øje. Efter sagsøgerens opfattelse følger det heraf, at udnyttelse af løftestangsvirkningen med henblik på salg af SBM-maskiner ikke ville kunne lykkes på grund af antallet af aktive konkurrenter, navnlig på markedet for lavkapacitetsmaskiner. Følgelig vil sagsøgerens indsigelse på dette punkt kun blive vurderet nedenfor som led i vurderingen af de forudseelige konsekvenser af en mulig udnyttelse af løftestangsvirkning på markedet for SBM-maskiner.

191 Det skal først vurderes, om gennemførelsen af fusionen, i det mindste i princippet, vil gøre det muligt for den fusionerede enhed at udnytte løftestangsvirkningen.

i) Muligheden for at udnytte løftestangsvirkningen

192 Kommissionens analyse af en forudseelig udnyttelse af løftestangsvirkningen som følge af den modificerede fusion hviler hovedsageligt på objektive, velunderbyggede oplysninger. Analysen af de tætte forbindelser mellem markederne for karton-emballering og PET-emballering er baseret på en række faktorer, der samlet set understøtter Kommissionens konklusioner på tilstrækkelig måde: De to markeder tilhører samme industrisektor; PET kan anvendes til emballering af de fleste produkter, der emballeres i karton — dvs. følsomme produkter — i en sådan grad, at PET kan antages at være en »svag substitut« for karton; hovedproducenterne af karton-emballage, dvs. Tetra (i det mindste indtil salget af dets præforme-aktiviteter og salget af Dynaplast), SIG og Elopak, er alle aktive på PET-markederne; visse kunder kræver både karton- og SBM-maskiner, og antallet af sådanne kunder vil uundgåeligt stige i fremtiden med den forventede vækst i PET til følsomme produkter (betragtning 329).

193 For så vidt angår væksten inden for PET-sektoren anerkender sagsøgeren, som det er bemærket i den anfægtede beslutning (betragtning 72), og som sagsøgeren

har bekræftet under retsmødet, at der kan forventes en vis vækst for følsomme produkter, såsom FFD og te- og kaffeholdige drikkevarer. Imidlertid har sagsøgeren anfægtet størrelsen af den forventede vækst for andre følsomme produkter og har anfægtet Kommissionens afvisning af at tage virkningerne af den forventede vækst i anvendelse af PET til øl-emballage i betragtning.

194 Kommissionen har ligeledes lagt overbevisende argumenter til grund i den anfægtede beslutning med henblik på afvisningen af fusionsdeltagernes argument om, at PET-markedet ikke vil vokse væsentligt frem til 2005 på grund af tekniske begrænsninger. I den anfægtede beslutning (navnlig betragtning 73-88) anføres, at de aseptiske påfyldningsmetoder og de barriereteknologier, der eksisterer i øjeblikket, vil gøre det muligt at anvende PET til alle følsomme produkter, og at disse teknologier fortsat vil blive forbedret. Den væsentligste hindring for udvikling af disse teknologier er de forretningsmæssige vanskeligheder, der er forbundet med at anvende dem, navnlig for så vidt angår LDP.

195 Retten finder i den forbindelse, at Kommissionen på tilstrækkelig måde har godtgjort, at der kan forudses vækst for PET-markedet, hvilket gør det muligt, at den forudsete løftestangsvirkning kan opstå. Imidlertid skal graden af denne vækst for de forskellige følsomme produkter bedømmes senere i forbindelse med prøvelsen af konklusionen om, at denne vækst vil give den fusionerede enhed et incitament til at gøre brug af løftestangsvirkningen.

196 Retten er ikke enig i sagsøgerens argument om, at det ikke er muligt at gøre brug af løftestangsvirkningen fra et marked til et andet, når der, som det er tilfældet i nærværende sag, er tale om produkter på det ene marked og produkter på det andet marked, som blot er tekniske substitutter. I analogi med dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, nævnt i præmis 89 ovenfor, og dommene af 12.12.1991 og af 2.3.1994, i sagerne Hilti mod Kommissionen, nævnt i præmis 165 ovenfor, kan det sluttes, at en løftestangsvirkning kan

udnyttes, når de pågældende produkter er af en sådan beskaffenhed, at kunderne finder dem egnede til samme brug, således i nærværende sag emballering af visse typer drikkevarer. Denne vurdering ændres ikke af Kommissionens beslutningspraksis, som Tetra har henvist til (jf. præmis 165 ovenfor), eftersom disse beslutninger vedrørte fusioner, hvis faktiske omstændigheder var meget forskellige fra omstændighederne i nærværende sag. Kommissionen begik ikke en fejl, da den i nærværende sag tog hensyn til visse faktorer, såsom anvendelse af produkterne af samme kundegruppe (producenter af følsomme produkter) til samme brug (emballering af følsomme produkter), og til den omstændighed, at Kommissionens markedsundersøgelse bekræftede disse producenters åbenhed over for at anvende begge typer emballage samtidig, et punkt, som sagsøgeren ikke har bestridt. Kommissionen har i den forbindelse med rette gjort gældende, at spørgsmålet om producenternes opfattelse af deres behov for PET er et spørgsmål om markedsføring, selv om omkostningsfaktoren ikke kan udelades (betragtning 333). Følgelig er det, som Kommissionen påpegede det under retsmødet, ikke særlig sandsynligt, at de vil helt vil forlade brug af karton, men de vil sandsynligvis føle et behov for at flytte en del af deres produktion over på PET, hvilket underbygger antagelsen om, at der er en forbindelse mellem de relevante produkter i nærværende sag.

197 Under disse omstændigheder — og i betragtning af Tetra's stærke dominerende stilling på markederne for aseptisk karton med en markedsandel på ca. 80% (betragtning 219) og den dominerende stilling, som virksomheden indtager på det overordnede marked for kartonemballering (dvs. aseptiske og ikke-aseptiske kartoner samlet set), med [60-70%] af markedet (betragtning 231) — er det åbenlyst, at et stort antal af de producenter af følsomme produkter, der vil flytte deres produktion over til PET, aktuelt er kunder hos Tetra. I den anfægtede beslutning anførtes det navnlig vedrørende LDP, at »eksempelvis forbruget af mælk i mindre flasker og aromatiseret mælk forventes at vokse stærkt«, og at »emballagekapaciteten for sådanne produkter ikke nødvendigvis behøver at erstatte eksisterende kapacitet« (betragtning 99), en konstatering, som sagsøgeren ikke har anfægtet. Med antagelsen om, at omkostningerne ved at skifte til PET, i det mindste for så vidt angår installationen på mejerier af nye produktionslinjer, ikke nødvendigvis fører til omfattende forsinkelser i udviklingen af anvendelsen af PET, anlagde Kommissionen ikke et åbenbart urigtigt skøn. Kommissionen

lagde således korrekt vægt på den »first-mover advantage«, som den fusionerede enhed ville have i forbindelse med disse produkter. Hertil kommer navnlig de fusionerende parters, navnlig Tetra's, stærke økonomiske stilling, Tetra's enestående omdømme og Sidel's vidt anerkendte omdømme på markederne for henholdsvis karton og PET, og den omfattende række af produkter og tjenester de tilbyder, herunder eftersalgsservice.

198 Den fusionerede enheds mulighed for at udnytte løftestangsvirkningen modsiges ikke af sagsøgerens argument om, at der ikke er nogen væsentligt overlapning mellem de fusionerende parters kunder. Kommissionen anlagde ikke et åbenbart urigtigt skøn, da den på grundlag af den eksisterende overlapning og i lyset af den forventede vækst i anvendelsen af PET til følsomme produkter fandt, at antallet af kunder, der anvender karton- og PET-udstyr, samtidig vil stige, og, i det mindste i teorien, kan give anledning til en væsentlig overlapning i emballering af følsomme produkter (betragtning 341).

199 Det følger heraf, at Kommissionen ikke anlagde et åbenbart urigtigt skøn, da den fandt, at det ville være muligt for den fusionerede enhed at udnytte løftestangsvirkningen.

200 Det er således nødvendigt at vurdere, om den fusionerede enhed vil have et incitament til at gøre brug af denne løftestangsvirkning på grund af den forventede vækst på PET-markedet, således som Kommissionen har anført.

ii) Sandsynlige vækstniveauer

201 Af den anfægtede beslutning fremgår det, hvilket blev bekræftet af Kommissionen under retsmødet, at den fusionerede enheds incitament til at udnytte løftestangsvirkningen i vidt omfang afhænger af den forventede vækst på PET-markederne.

Følgelig skal det vurderes, om den forventede vækst i omfanget af følsomme produkter emballeret i PET frem til 2005, sammenlignet med den samlede mængde produkter, der fremtidigt vil blive emballeret i PET, gør dette incitament usandsynligt eller i det mindst mindsker sandsynligheden væsentligt, således som sagsøgeren har gjort gældende.

202 Kommissionen har anført, at »anvendelsen af PET i de fælles produktområder vil stige væsentligt i løbet af de næste fem år« (betragtning 103). Til grund for denne antagelse om vækst lagde Kommissionen ikke blot sin egen specifikke markedsundersøgelse, men også Canadean-undersøgelsen og uafhængige undersøgelser (betragtning 104). De relevante prognoser i disse undersøgelser vil blive vurderet først.

203 For perioden 2000 til 2005 forventes der i Canadean-undersøgelsen en vækst på 0,7% i anvendelsen af PET til LDP-emballering, og 0,6% til juice (tabel 5, betragtning 105). For FFD og te- og kaffeholdige drikkevarer forudses en »hurtigere vækst« på henholdsvis 1,5% og 5,1% (betragtning 107). Kommissionen henviser ligeledes til uafhængige undersøgelser foretaget af Canadean i 2000 om, hvordan PET var trængt ind på juice-området. Kommissionen bemærker, at PET ifølge undersøgelsen var »ikke-eksisterende« på dette område i 2000, men »hvis eksemplet fra andre regioner følges, vil Europa udgøre et enormt vækstpotentiale« (betragtning 126).

204 PCI-undersøgelsen, hvis titel var »Potentialet for PET til emballering af flydende mælkeprodukter — 2001« (»The Potential for PET in the Packaging of Liquid Dairy Products — 2001«), finder, at det ikke er sandsynligt, at PET vil vinde nye markedsandele for UHT-mælk, og at PET vil udgøre 9,2% for almindelig frisk mælk og 25% for andre mælkebaserede drikkevarer, dvs. aromatiseret mælk og drikkevarer baseret på mælk og yoghurt. For så vidt angår standardprodukterne på mælkemarkedet, forventer PCI-undersøgelsen ikke, at PET »vil have særligt held med at erstatte eksisterende emballage — navnlig kartoner og HDPE — navnlig fordi dette i det store og hele er et prisfølsomt segment« (PCI, s. 12, nævnt i betragtning 129).

205 Warrick-undersøgelsen, hvis titel er »Warrick research-rapport emballeringsmarkeder — Markeder for aseptisk emballering i Verden & Vest-europa — 2000« (Warrick Research Report Packaging Markets, »Aseptic Packaging Markets World and Western Europe — 2000«), forventer for perioden 1999 til 2003 en årlig vækst på 2,4% på dette marked, hvilket giver et samlet antal på 28 mia. liter emballeret (Warrick, s. 4). Mens det bemærkes, at mælk og juice udgør ca. 80% af mængden af aseptisk emballerede produkter (jf. ligeledes betragtning 131), er den forventede årlige vækst for UHT-mælk og aromatiseret mælk på henholdsvis 0,8% og 1%, og der forventes et svagt fald for andre mælkebaserede drikkevarer (Warrick, s. 6). Aseptisk emballering forventes at stige med ca. 50% for perioden 1999 til 2003, og denne vækst vil navnlig ske i PET, hvis anvendelse vil fordobles til 2 mia. enheder pr. år (Warrick, s. 32, jf. ligeledes betragtning 136). Denne vækst vil hovedsageligt være koncentreret på drikkeklar te (Warrick, s. 16). Det er imidlertid de aseptiske kartonemballager, der udgør 70% af styk-emballagerne, svarende til 90% af emballerede produkter i volumen (Warrick, s. 15). Væksten inden for disse typer af emballering forventes at være ca. 2% pr. år og vil nå 30,8 mia. stk. i 2003. Den ideelle anvendelse af aseptisk PET-emballage vil vedrøre produkter i den øvre ende, som ikke kræver en fuldstændig barriere, såsom te- og kaffeholdige drikkevarer (herunder isotonic drikkevarer) og muligvis juice og juice-baserede drikkevarer (Warrick, s. 4). Væksten forventes derfor hovedsagelig inden for disse produktgrupper (Warrick, s. 32).

206 Ifølge Pictet-undersøgelsen, der har titlen »Analyse rapport, Pictet »europæiske emballeringsmaskiner, skift til PET«, september 2000« (»Analysts Report, Pictet »European Packaging Machinery, Move into PET«, September 2000«), giver PET fordele for påfyldning af forbrugsvarer på dagligvaremarkedet, såsom mineralvand og sodavand, og den fremtidige efterspørgsel i verden efter PET vil stige med 10% pr. år, hvilket vil blive stærkt understreget af anvendelsen af PET-flasker til iltfølsomme produkter (Pictet, s. 5 og 12). Ifølge rapporten er der »klare komparative fordele for PET-beholdere sammenlignet med aseptiske kartoner [...] og [...] plastic [forventes] hurtigt at indhente karton« (Pictet, s. 11, jf. ligeledes betragtning 138). Mens der ikke er givet nogen tal for væksten i anvendelsen af PET for mælk, forudses der en vækst på mellem 12 og 25% for perioden 1996 til 2006 for juice.

207 Ligesom i meddelelsen af klagepunkter (punkt 90) blev det i den anfægtede beslutning fastslået, at markedsundersøgelserne foretaget af Kommissionen viser, at »udenforstående parter er meget optimistiske omkring den fremtidige vækst i PET, når forbedringer af barriereteknologien bliver gennemført« (betragtning 143). Under sådanne omstændigheder forventer et stort antal erhvervsdrivende en vækst på over 50% frem til 2005 for mælk og juice til fordel for karton. Under retsmødet understregede Kommissionen, at den ikke selv delte samme niveau af optimisme, men at den havde valgt en mere forsigtig prognose (jf. præmis 33 ovenfor).

208 Den anfægtede beslutning henviser ligeledes til tidligere prognoser fra Tetra og Sidel. Således forudså Sidel i en præsentation i maj 2000, at salg af PET til juice og te- og kaffeholdige drikkevarer ville stige med mere end [...]% (betragtning 139), mens Sidel's direktør i et interview med branchetidsskriftet *PET Planet*, og i udgaven fra samme måned, udtalte, at han forså en vækst på [...]% som følge af en »ny anvendelse af materialet, som vil omfatte øl, mælk, frugtjuice [...]« (betragtning 139). For så vidt angår Tetra henviser den anfægtede beslutning til virksomhedens prognose om en årlig vækst på [20-30%] i de kommende år for markedet for aseptisk påfyldning (betragtning 140).

209 På grundlag af disse oplysninger forudså Kommissionen en væsentlig vækst for LDP og juice-segmenterne for perioden 2000 til 2005, hvilket vil bringe PET op til en markedsandel på mindst 10-15% for frisk mælk og 25% for aromatiseret mælk og mælkebaserede drikkevarer (jf. præmis 33 ovenfor). For UHT-mælk, som udgør ca. 50% af mælkemarkedet, erkendte Kommissionen, at fremtiden for PET er »usikker« (betragtning 147), men forudså ikke desto mindre, at den ville nå 1%. Idet den lagde det højeste tal på 15% for frisk mælk og prognoserne for de øvrige mælkebaserede drikkevarer til grund, konkluderede Kommissionen, at i 2005 vil PET blive anvendt til emballering af ca. 3 mia. liter pr. år, eller 9% af det europæiske marked for LDP (jf. præmis 33 ovenfor). For så vidt angår juice forudså Kommissionen en vækst, der ville resultere i 20% af det samlede marked i 2005, men erkendte, at denne vækst i det væsentlige ville følge af et skift fra glas

til PET. For så vidt angår FFD og te- og kaffeholdige drikkevarer fandt Kommissionen, at PET vil forsætte med at vinde markedsandele på bekostning af karton og dermed vil nå 30% på hvert af disse områder i 2005.

210 Under retsmødet anførte Kommissionen, at dens vurdering ikke er baseret på, at dens prognoser er 100% nøjagtige, fordi der er enighed om, at der vil være en væsentlig vækst. Kommissionen erkendte ligeledes, at der i lyset af den tilbageværende usikkerhed omkring den forretningsmæssige anvendelse af de nødvendige barriereteknologier ikke kunne forventes en væsentlig vækst i PET på markedet for UHT-mælk, og at selv den svage vækst, der var forudset i den anfægtede beslutning, kunne vise sig at være en overvurdering. Kommissionen understregede imidlertid, at dens prognoser om en sandsynlig stærk vækst i anvendelsen af PET til frisk mælk, juice, FFD og navnlig te- og kaffeholdige drikkevarer for perioden frem til 2005 var helt plausible.

211 Retten finder, at anvendelsen af PET faktisk ikke vil stige for UHT-mælk og følgelig for omkring halvdelen af markedet for LDP.

212 For så vidt angår den resterende del af markedet for LDP skal det fastslås, at PCI-undersøgelsen, der er den eneste uafhængige undersøgelse, der tager stilling til LDP-markedet, forudser en vækst, hvorefter PET vil blive anvendt for 9,2% af markedet for frisk ikke-aromatiseret mælk i 2005 (PCI, s. 64). Hertil kommer det forhold, at for så vidt angår aseptisk emballering forudser Warrick-undersøgelsen alene en minimal vækst på 1% for aromatiseret mælk og et lille fald for andre mælkebaserede produkter, mens Pictet-undersøgelsen ikke giver nogen specifik prognose for LDP. På grundlag af disse oplysninger har Kommissionen ikke godtgjort, hvad den i sit svarskrift hævder at have godtgjort, nemlig at dens forudsigelser for LDP er baseret på en forsigtig analyse af uafhængige undersøgelser eller på en solid sammenhængende mængde af oplysninger indsamlet af den gennem dens markedsundersøgelser. De forudsigelser om

vækst, som Kommissionen har lagt til grund (jf. præmis 209 ovenfor), er virkelig ikke særligt overbevisende. PCI-undersøgelsen derimod indeholder de eneste oplysninger, der kan støtte en prognose om en markedsandel på 25% for PET for andre mælkebaserede drikkevarer (dvs. aromatiseret mælk og drikkevarer baseret på mælk og yoghurt) frem til 2005 (PCI, s. 63 og 64). Hvis denne vækst finder sted, ville den relevante mængde imidlertid kun stige med 62 000 tons i 2000 og nå 92 800 tons i 2005, en stigning, der ikke er særligt væsentlig i relation til de rundt regnet 120 mio. tons mælkeprodukter, der bliver produceret inden for Fællesskabet hvert år (PCI, s. 9). Mere generelt forklarer den anfægtede beslutning ikke på tilstrækkelig måde, hvordan PET kunne erstatte HDPE som det væsentligste materiale, der kan konkurrere med karton i 2005, navnlig inden for det vigtige marked for emballering af frisk mælk. Det skal understreges, at Kommissionen hverken har bestridt det overordnede tal på 17,3% for anvendelsen af HDPE til LDP, som er præsenteret af Canadean for 2000 (jf. tabel 3 i betragtning 66), eller forventningen om, at dette tal kunne stige til 19,5% i 2005 (jf. tabel 5 i betragtning 105).

213 For så vidt angår juice er Kommissionens prognose endnu mindre overbevisende. Selv om Kommissionen selv erkendte, at den pågældende vækst navnlig ville skyldes et skift fra glas til PET, foretog den ingen analyse af glas-markedet. Uden en sådan analyse kan Retten ikke vurdere rigtigheden af Kommissionens forudsigelser for juice. En sådan analyse er uundværlig med henblik på Rettens mulighed for at bestemme det sandsynlige niveau for skiftet fra glas til karton, PET og HDPE. En sådan undersøgelse er så meget desto mere uundværlig i lyset af forskellene mellem de relevante prognoser, der er udarbejdet af Canadean og Warrick på den ene side, og Pictet-undersøgelsen på den anden, for så vidt angår vækstniveauet og de tidsperioder, der er lagt til grund i undersøgelserne.

214 Det følger heraf, at prognoserne om vækst for LDP og juice, som Kommissionen har anført i den anfægtede beslutning, ikke er blevet godtgjort i tilstrækkelig grad. Selv om en vis vækst inden for disse segmenter er sandsynlig, navnlig for så vidt angår produkter i den øvre ende, mangler der fyldestgørende beviser for denne vækst.

215 Derimod viser uafhængige undersøgelser, at der frem til 2005 med al sandsynlighed vil være en væsentlig stigning i anvendelse af PET til emballering af FFD og te- og kaffeholdige drikkevarer, herunder isotoniske drikkevarer. Eftersom vækstprognosen i den anfægtede beslutning ikke blev egentlig bestridt af sagsøgeren under retsmødet, og idet den ikke er udtryk for en overvurdering sammenlignet med prognoserne i nævnte undersøgelser, finder Retten, at Kommissionen ikke begik en fejl på dette punkt.

216 Imidlertid bemærkes, at i betragtning af den omstændighed, at anvendelsen af PET sandsynligvis vil stige frem til 2005, selv om det er i en mindre grad end anslået af Kommissionen, kan incitamentet til at udnytte løftestangsvirkningen ikke udelukkes. Det er derfor nødvendigt at vurdere, på hvilken måde den fusionerede enhed ville kunne udnytte løftestangsvirkningen.

iii) Måder til udnyttelse af løftestangsvirkningen

217 De måder til udnyttelse af løftestangsvirkningen, der er henvist til i betragtning 364 i den anfægtede beslutning (gengivet i præmis 49 ovenfor), tager udgangspunkt i Tetra's dominerende stilling på markedet for aseptiske kartoner. Navnlig i betragtning af Tetra's forpligtelse til at frasælge sin virksomhed med præforme, ville udnyttelse af løftestangsvirkningen kunne ske på to måder: for det første gennem udøvelse af pression ved bundet salg eller salg, hvorved udstyr og forbrugsgoder til kartonemballering knyttes til PET-emballeringsudstyr. Denne pression kunne lægges på Tetra's kunder, der har behov for at anvende kartonemballering til en del af deres produktion, og navnlig kunder, der har langtidskontrakter med Tetra vedrørende kartonemballage (betragtning 365, gengivet i præmis 50 ovenfor). For det andet ville der kunne træffes foranstaltninger med henblik på at fremme incitamenter, såsom underbudspriser, priskrige og loyalitetsrabatter.

218 Imidlertid vil adfærd udøvet af en virksomhed med en dominerende stilling som Tetra's på markedet for aseptiske kartoner, som går ud på pression i form af bundet salg eller incitamenter i kraft af underbudspriser eller loyalitetsrabatter, og som ikke er objektivt berettigede, sædvanligvis udgøre misbrug af denne stilling. Som Retten allerede har fastslået, kan Kommissionen ikke gå ud fra en formodning om, at sådanne strategier vil blive anvendt, således som den har gjort det i den anfægtede beslutning, som begrundelse for en beslutning om forbud mod en fusion, der er blevet anmeldt til den i overensstemmelse med forordningen (jf. præmis 154-162 ovenfor). Det følger heraf, at de måder, hvorpå løftestangsvirkningen kunne udnyttes, som kan tages i betragtning af Retten, er begrænset til de måder, som i det mindste sandsynligvis ikke vil udgøre misbrug af en dominerende stilling på markederne for aseptisk karton.

219 Det er derfor nødvendigt kun at tage højde for strategierne for bundne eller sammenknyttede salg, som ikke i sig selv er påtvungne, for loyalitetsrabatter, der er objektivt retfærdiggjort på kartonmarkederne, og for tilbud om nedsatte priser for karton eller PET-emballeringsudstyr, som ikke er underbudspriser i den forstand, hvori dette begreb anvendes i fast retspraksis (Domstolens dom af 3.7.1991, sag C-62/86, AKZO mod Kommissionen, Sml. I, s. 3359, navnlig præmis 102, 115, 156 og 157, dom af 14.11.1996, Tetra Pak mod Kommissionen, præmis 41 til 44, som bekræfter Rettens dom af 6.10.1994, Tetra Pak mod Kommissionen, og forslag til afgørelse fremsat af generaladvokat Fennelly i Domstolens dom af 16.3.2000, forenede sager C-395/96 P og C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1365, på s. 1371, navnlig punkt 123-130). I den forbindelse skal det vurderes, om Kommissionen tog højde for forpligtelsen vedrørende adskillelsen mellem Sidel og Tetra Pak-selskaberne, som i princippet blev aftalt for en ti-årig periode, og hvorefter »der ikke vil blive fremsat nogen samlede tilbud vedrørende Tetra Pak's kartonprodukter sammen med Sidel's SBM-maskiner«.

220 Det fremgår desuden klart af den anfægtede beslutning, at Tetra anmodede Kommissionen om at tage dens eksisterende forpligtelser i betragtning, som

påhviler den i henhold til artikel 3, stk. 3, i Kommissionens beslutning 92/163/EØF af 14. juli 1991 om en procedure i henhold til artikel [82] [EF] (IV/31.043 — Tetra Pak II) (EFT 1992 L 72, s. 1), som bestemmer:

»Tetra Pak undlader at anvende eliminerende eller diskriminatoriske priser, og ingen kunde må for maskiners som for kartoners vedkommende tilbydes nogen form for rabat på produkterne eller særligt favorable betalingsvilkår, som ikke er begrundet i en objektiv modydelse. For kartonernes vedkommende må rabatterne således kun begrundes i ordremængden, og der må ikke foretages en sammenlægning af de forskellige kartontyper.«

221 Det følger heraf, at Tetra på klar måde markerede sin villighed til fuldt ud at iagttage de særlige forpligtelser, der påhviler virksomheden i medfør af artikel 82 EF som følge af den dominerende stilling, den indtager på markederne for aseptiske kartoner. Det fremhæver ligeledes Tetra's accept af alle relevante forpligtelser, der blev pålagt virksomheden i overensstemmelse med konklusionen i beslutning 92/163 om en tilsidesættelse af artikel 82 EF på disse markeder. Tetra tilbød ligeledes, i forbindelse med nærværende sag, at påtage sig ikke at fremsætte samlede tilbud vedrørende virksomhedens kartonprodukter sammen med Sidel's SBM-maskiner.

222 Følgelig vil de eneste metoder med bundet salg, som faktisk ville være mulig at anvende for den fusionerede enhed, være tilbud fremsat af Tetra til sine eksisterende kunder på kartonmarkederne, som ikke kunne være obligatoriske eller bindende, og som kun ville vedrøre udstyr til kartonemballering og/eller kartonprodukter på den ene side, og udstyr til PET-emballering bortset fra SBM-maskiner på den anden. Det skal ligeledes fastslås, at til forskel fra den betydning, som Kommissionen i den anfægtede beslutning (betragtning 177 og 369), i sine skriftlige indlæg og under retsmødet tillagde den fusionerede enheds mulighed for at tilbyde næsten al nødvendigt udstyr med henblik på at installere en integreret PET-produktionslinje, er det klart på baggrund af forpligtelserne, at det ikke ville være muligt for den fusionerede enhed at fremsætte et samlet tilbud til en kunde for udstyr til kartonemballering og en integreret PET-produktionslinje, i det mindste ikke et tilbud, der ligeledes omfatter Sidel's SBM-maskiner.

223 Det bemærkes endvidere, at selv om den anfægtede beslutnings konklusion om den prisdiskrimination, som Sidel hævdes at have udøvet tidligere, ikke er udtryk for et åbenbart urigtigt skøn, når henses til parternes skriftlige indlæg og Kommissionens mundtlige indlæg vedrørende den underliggende økonometriske analyse, kan denne konklusion ikke udgøre et tilstrækkeligt fyldestgørende bevis for, at den fusionerede enhed vil forsætte med at opføre sig på samme måde. I modsætning til Sidel før fusionen, vil den fusionerede enhed være bundet ikke blot af forpligtelserne, men også af de forskellige bånd, der begrænser Tetra's adfærd.

224 Det skal derfor fastslås, at den fusionerede enheds muligheder for at udnytte løftestangsvirkningen vil være meget begrænsede. En vurdering af de forventede konsekvenser af en sådan adfærd fra den fusionerede enheds side må tage højde for dette.

225 Med henblik på vurderingen af de forudseelige konsekvenser af løftestangsvirkningen er det nødvendigt at sondre mellem de forskellige markeder for udstyr til PET og markederne, der er særlige for SBM-maskiner.

iv) Forudseelige konsekvenser af udnyttelse af løftestangsvirkningen på markederne for PET-udstyr bortset fra SBM-maskiner

Indledende bemærkninger

226 Uanset den omstændighed, at sagsøgeren har anfægtet Kommissionens definition af særskilte markeder for hver kategori af følsomme produkter, der med sandsynlighed kan emballeres i karton eller i PET (jf. betragtning 45 og 188),

fremgår det klart af den anfægtede beslutning, at Kommissionens beslutning om at begrænse analysen til kun at omfatte de pågældende følsomme produkter skyldes det forhold, at disse produkter nu, i det mindste teknisk set, kan blive emballeret i såvel karton som PET, og at den forventede vækst i anvendelsen af PET gør skiftet fra karton til PET forudseeligt. I sin konklusion på analysen af udnyttelse af løftestangsvirkningen forudser Kommissionen, at den fusionerede enheds »førende stilling« på »markedet for udstyr til PET-emballering« vil blive til en »dominerende stilling« (betragtning 389). Eftersom denne analyse vedrører maskiner anvendt til emballering af følsomme produkter, er det derfor nødvendigt at vurdere konsekvenserne af enhver form for udnyttelse af løftestangsvirkningen inden for de forskellige markeder for PET-udstyr, som er udpeget i den anfægtede beslutning.

227 Selv om det fremgår af den anfægtede beslutning og af Kommissionens præciseringer navnlig under retsmødet, at Kommissionens væsentlige indsigelse fra en konkurrencemæssig synsvinkel er den fremtidige skabelse af dominerende stilling for den fusionerede enhed på markederne for SBM-maskiner, navnlig for så vidt angår højkapacitetsmaskiner, fremhæver den anfægtede beslutning muligheden for, at der opstår en dominerende stilling på hvert af de markeder for PET-udstyr, hvor den fusionerede enhed ville være aktiv. Det er nødvendigt at vurdere denne konklusion i lyset af de objektive oplysninger om disse PET-markeder med henblik på en vurdering af, om den hviler på et tilstrækkeligt bevisgrundlag.

228 Eftersom Tetra har forpligtet sig til at sælge sine præform-aktiviteter, er de relevante markeder henholdsvis markederne for barriereteknologi, aseptiske og ikke-aseptiske PET-påfyldningsmaskiner og lukningssystemer til plasticflasker. Det er ligeledes nødvendigt at vurdere Sidel's interesser på det sekundære marked for udstyr, navnlig transportbånd og udstyr til emballering til distribution, såsom »palletisers«, hvis betydning blev understreget af Kommissionen under retsmødet i forbindelse med den attraktive række af produkter (og tjenester), som den fusionerede enhed ville være i stand til at tilbyde.

Barriereteknologier

229 Den anfægtede beslutning vurderer først og fremmest de fusionerende parters stilling inden for området for plasma-teknologi, som er en teknologi, der anvendes til PET-flasker ved hjælp af specialmaskiner på et særskilt stadium, efter at flaskerne er blevet formet (betragtning 272). Denne fremgangsmåde er berettiget og i det store hele ubestridt af sagsøgeren. Den tager udgangspunkt i Kommissionens markedsundersøgelser af den anmeldte transaktion, ifølge hvilke den almindelige holdning inden for industrien er, at »flerlags«-teknologien, som f.eks. Tetra's Sealica, ikke er den »vindende teknologi«, dvs. at det ikke er fremtidens teknologi. Derimod betragtes plasma som sådant. Det er således relevant at vurdere parternes stilling inden for området for plasma-teknologi og de forudseelige konglomeratvirkninger af gennemførelsen af den modificerede fusion på dette område.

230 I den forbindelse har Kommissionen medgivet, at Sidel indtil nu ikke har haft stor succes med sin såkaldte »Actis«-teknologi (betragtning 273). Kommissionen bestred heller ikke sagsøgerens bemærkning fremsat under retsmødet om, at der hovedsageligt er tale om en teknologi, der er beregnet til emballering af øl, og at Sidel var stødt på problemer i forbindelse med udviklingen af teknologien. Kommissionen fremhævede blot vigtigheden af Actis Lite-teknologien, hvortil der også er henvist i samme betragtning, i det mindste for så vidt angår juice. For så vidt angår Tetra har Kommissionen henvist til to forskellige teknologier (betragtning 274), nemlig »Glaskin«, en plasma-teknologi, og Sealica, idet Kommissionen dog konstaterede, at der forelå en forretningsmæssig beslutning om at ophøre med sidstnævnte teknologi, en beslutning, som faktisk senere blev nærmere specificeret i en af forpligtelserne. Kommissionen fandt, at »på det samlede marked for barriereteknologi vil kombinationen af parternes teknologier give den fusionerede enhed en markedsandel på omkring [10-20%] af barriereforbedrede flasker produceret i 2000« (betragtning 275). Kommissionen præciserede under retsmødet, at dette skøn var baseret på de fusionerende parters skøn (punkt 156 i anmeldelsen), men at Kommissionen havde udelukket visse »enkelt-lags«-teknologier (forbedret plastik, der allerede har barriereegenskaber), hvorimod fusionsparterne havde talt for, at disse skulle inkluderes (betragtning 192 og 195 samt fodnote 93 og 95).

231 Kommissionen bemærkede imidlertid, at markedets teknisk komplicerede karakter forhindrede den i at bekræfte eller tilbagevise fusionsparternes argument om, at en kombination af Sidel's Actis- og Tetra's Glaskin-teknologier, selv hvis det var muligt, ikke ville resultere i en forbedret »vindende« plasmabaseret barriere (betragtning 279). Kommissionen konkluderede ikke desto mindre, at »kombinationen af parternes plasma- og flerlags-teknologier vil forbedre den fusionerede enheds position væsentligt«, om end »ikke i en sådan grad, at der vil blive skabt en dominerende stilling på området for barriereteknologi« (betragtning 282).

232 Retten finder, at det er åbenlyst, at en markedsandel på [10-20%] er meget langt fra at kunne udgøre en dominerende stilling på det nævnte marked. Det bemærkes, at 15. betragtning i forordningens præambel bestemmer, at »fusioner, der på grund af de deltagende virksomheders begrænsede markedsandele ikke er tilbøjelige til at hindre den effektive konkurrence, kan anses for at være forenelige med det fælles marked; [...] der [kan] især foreligge et tegn herpå, når de berørte virksomheders markedsandel ikke overstiger 25%«. Den anfægtede beslutning indeholder ingen yderligere beviser til støtte for Kommissionens vurdering, med den mulige undtagelse af de talrige henvisninger til den fusionerede enheds økonomiske styrke og det omdømme, som Tetra's og Sidel's angiveligt omfattende forskningsprogrammer har, hvis betydning blev understreget adskillige gange af Kommissionen under retsmødet.

233 Det er nemlig ikke blevet godtgjort i den anfægtede beslutning, at sagsøgeren er i en bedre stilling end sine talrige konkurrenter på dette marked. I anmeldelsen bemærkede parterne i fusionen, at der var mindst 20 andre aktuelle eller potentielle konkurrenter, der alene, sammen eller som licenstagere arbejdede på at udvikle en højtydende teknologi. Disse omfattede virksomheder med ressourcer, der er sammenlignelige med den fusionerede enheds ressourcer. Retten finder, at disse oplysninger i det væsentlige er blevet bekræftet af den anfægtede beslutning (jf. navnlig betragtning 69 og 87).

234 Under disse omstændigheder vil opdagelsen af fremtidens teknologi normalt være den ene faktor, som ville gøre det muligt for en virksomhed eller en sammen-

slutning af virksomheder, der driver virksomhed på dette marked, at skaffe sig en dominerende stilling. Følgelig begik Kommissionen en fejl, da den på grundlag af de oplysninger, den har henvist til i den anfægtede beslutning, fandt, at den modificerede fusion ville forbedre den fusionerede enheds stilling betydeligt for så vidt angår barriereteknologi.

235 Det følger heraf, for så vidt angår markedet for barriereteknologi, at beviserne i den anfægtede beslutning ikke er tilstrækkelige til at godtgøre, at hvis den forventede udnyttelse af løftestangsvirkningen ville finde sted, ville de forudseelige konsekvenser være tilstrækkeligt vidtrækkende til at gøre det muligt for den fusionerede enhed at opnå en dominerende stilling på dette marked i 2005.

PET-påfyldningsmaskiner

236 For så vidt angår PET-påfyldningsmaskiner har Kommissionen fastholdt den sondring, den drog navnlig i Tetra Pak II-dommen mellem aseptiske og ikke-aseptiske emballeringssystemer (betragtning 201 og 204). Denne sondring er ikke blevet anfægtet af sagsøgeren (betragtning 51), som ydermere har gjort gældende, at PET-påfyldningsmaskiner bør opdeles i disse to særskilte produktmarkeder (punkt 312 i anmeldelsen, betragtning 200 i den anfægtede beslutning).

237 Selv om det er uomtvistet, at aseptisk påfyldning er mulig med glasbeholdere og PET- og HDPE-emballage, har Kommissionen gjort gældende, at karton er det væsentligste aseptiske emballeringsmateriale (betragtning 46). Ifølge Kommissionen anvendes denne påfyldningsmetode hovedsageligt til visse følsomme produkter »navnlig juice (eller juicebaserede drikkevarer) og LDP«, selv om disse produkter »også kan emballeres ikke-aseptisk, i hvilket tilfælde de kræver kølet distribution«, mens »de fleste andre produkter emballeres ikke-aseptisk uden at

kræve kølet distribution« (betragtning 47). Det følger heraf, at på en væsentlig del af markedet for følsomme produkter som defineret af Kommissionen i den anfægtede beslutning, dvs. følsomme produkter, der tilhører »de fælles produktsegmenter« (betragtning 45), anvendes der ikke-aseptiske påfyldningsmetoder for de pågældende produkter. De fusionerende parters opfattelser vedrørende markedet for ikke-aseptiske PET-påfyldningsmaskiner skal derfor vurderes først.

— Ikke-aseptiske PET-påfyldningsmaskiner

238 Den anfægtede beslutning indeholder kun få oplysninger om markedet for ikke-aseptiske PET-påfyldningsmaskiner. Beslutningen indeholder for det første, under overskriften »Sidel's ledende stilling for udstyr til PET-emballering«, et afsnit med overskriften »Sidel's stærke erfaring inden for ikke-aseptisk påfyldning og de nyskabende Combi-maskiner«, som omfatter betragtning 249-255. For det andet bemærker Kommissionen, at Sidel fremstiller ikke-aseptiske påfyldningsmaskiner (betragtning 250). For det tredje, for så vidt angår kombinerede maskiner, dvs. SBM-maskiner og påfyldningsmaskiner integreret i en enkelt maskine, der bliver beskrevet som nyskabende (betragtning 243), er der henvist til Sidel's »Combi SRU«-maskiner (ultra-ren ikke-aseptisk påfyldning) til følsomme produkter (betragtning 173 og 254). Den anfægtede beslutning fastslår (betragtning 84), at Sidel allerede har solgt tre kombinerede maskiner af denne type i USA til påfyldning af langtidsholdbar (»extended shelf life«) mælk. Endelig er det forhold, at Tetra ikke er aktiv på markedet for ikke-aseptiske påfyldningsmaskiner, og at Sidel har en markedsandel på under 10%, taget til efterretning i den anfægtede beslutning (tabel 8 i betragtning 299).

239 Ovennævnte oplysninger viser ikke, at den fusionerede enhed, hvis stilling ikke på nogen måde ville blive styrket af Tetra's bidrag, ville kunne opnå en dominerende stilling på dette marked i 2005, hvis nogensinde. Selv om det er korrekt, at Sidel er den første virksomhed, der kan tilbyde kombinerede ikke-aseptiske PET-

maskiner til ikke-følsomme produkter, et forhold, der fremgår af anmeldelsen selv (punkt 380), og selv om det klart fremgår af de oplysninger, der er fremkommet på retsmødet, at disse maskiner næsten udelukkende er begrænset til dette segment (56 maskiner solgt på verdensplan af forskellige producenter, sammenlignet med kun to maskiner solgt inden for segmentet for aseptisk påfyldning — altså eksklusive langtidsholdbar mælk — hvoraf en er solgt af Sidel), er der intet i den anfægtede beslutning, der støtter vurderingen af, at denne fordel for Sidel skulle blive styrket i en så exceptionel grad af fusionen, at den fusionerede enhed ville opnå en dominerende stilling på markedet for ikke-aseptiske påfyldningsmaskiner i 2005. Denne konklusion støttes af den forhold, at de tekniske vanskeligheder, der i øjeblikket forhindrer produktudvikling og salg af kombinerede maskiner til aseptisk påfyldning, ikke eksisterer i relation til ikke-aseptiske påfyldningsmaskiner. Som Tetra gjorde gældende under retsmødet, uden at blive modsagt på dette punkt af Kommissionen, tilbyder næsten alle producenter af ikke-aseptiske påfyldningsmaskiner således allerede kombinerede ikke-aseptiske maskiner.

— Aseptiske PET-påfyldningsmaskiner

240 Tetra og Sidel indtrådte begge på markedet for aseptiske PET-påfyldningsmaskiner gennem overtagelser i 1999. Mellem 1998 og 2002 voksede markedet for disse maskiner med [70-80%], og Kommissionen mener på grundlag af oplysninger i anmeldelsen, at det fortsat vil vokse med mindst [20-30%] om året i løbet af de nærmeste par år (betragtning 250). Kommissionen vurderede Tetra's og Sidel's andele af de allerede installerede maskiner i EØS — andelene blev herved beregnet på grundlag af kapacitet, fordi det er den mest pålidelige metode, hvormed deres faktiske position på dette nye voksende marked kan afspejles — og konkluderede, at den fusionerede enhed »ville indtage en stærk stilling for området for aseptiske PET-påfyldningsmaskiner, idet den ville være en af de tre største aktører på markedet for aseptisk påfyldningsmaskiner med en tredjedel af de installerede maskiner, en førende teknologi til aseptisk påfyldning, udstrakt anerkendelse som aseptisk »brand«, og en international salgsstyrke« (betragtning 290). I sin besvarelse af de skriftlige spørgsmål indrømmede Kommissionen

imidlertid, at markedsandelen må forstås som blot [25-25%]. Den erkendte, at Procomac klart »er markedsleder« på dette marked med en andel på [...%] af salget mellem 1998 og 2000, hvilket giver den en markedsandel på [30-40%] af de installerede maskiner i 2000 (betragtning 288 og 289). Kommissionen erkendte ligeledes, at Procomac på verdensplan har solgt fem af de 21 maskiner, der blev solgt i de første to kvartaler af 2001, sammenlignet med de tre, der blev solgt af Sidel (betragtning 289, fodnote 121), og at adskillige nye konkurrenter er indtrådt på markedet siden 1998 og har »opnået næsten [40-50%] af nye salg mellem 1998 og 2000« (betragtning 288).

241 Retten finder for det første, at foreningen af Tetra's og Sidel's aktiviteter på dette marked ikke vil gøre det muligt for dem direkte at opnå en ledende stilling på markedet, fordi fusionen kun i relativt beskeden grad styrker (nemlig [0-10%]) Sidel's nuværende markedsandel (jf. præmis 130 ovenfor). I betragtning af Procomac's styrke og intensiteten af konkurrencen på markedet, navnlig efter nye konkurrenters indtræden på markedet, er det også på grundlag af Tetra's og Sidel's nuværende markedsandel usandsynligt, at den fusionerede enhed ville kunne opnå en dominerende stilling inden for en relativt nær fremtid gennem udnyttelse af løftestangsvirkningen fra markederne for aseptisk karton. Dette er i det mindste indirekte erkendt af Kommissionen i den anfægtede beslutning, idet den blot nævnte den fusionerede enheds »stærke position« på dette marked (betragtning 290).

242 Der er imidlertid adskillige oplysninger i den anfægtede beslutning, som umiddelbart kunne synes at støtte Kommissionens konklusion om, at der vil blive skabt en dominerende stilling på dette marked i 2005. Det gælder for det første Tetra's egen analyse, hvorefter »der synes at være en mulighed for et handlekraftigt selskab for at indtage en ledende stilling« (betragtning 289, der henviser til et internt dokument fra Tetra, der var vedhæftet som bilag til anmeldelsen), og for det andet eksistensen af visse aseptiske påfyldningsmaskiner, navnlig Tetra's »LFA-20 ON« og Sidel's »Combi SRA« (jf. præmis 130 ovenfor).

243 For så vidt angår Tetra's analyse har den omstændighed alene, at Tetra mener, at det er muligt at opnå en ledende stilling på dette marked og dermed afløse

Procomac som det ledende selskab, imidlertid ikke i sig selv — når der ikke foreligger andre beviser til støtte for denne vurdering — nogen afgørende bevisværdi og viser under alle omstændigheder ikke på nogen måde, at sådan en stilling ville kunne blive omdannet til en dominerende stilling. Ganske vist understregede Kommissionen Tetra's uforlignelige omdømme på området for påfyldning af aseptisk karton, hvilket kunne gøre køb af aseptiske påfyldningsmaskiner fremstillet af den fusionerede enhed attraktivt, i det mindste for Tetra's nuværende eller tidligere kunder på markederne for aseptisk karton, som har til hensigt at skifte til PET, selv om kartonteknologi ikke direkte er anvendelig for PET-påfyldningsmaskiner. Imidlertid tog den anfægtede beslutning ikke højde for det forspring på dette område, som selskabet Serac har, og som i det mindste potentielt er af sammenlignelig handelsmæssig betydning.

244 Ifølge anmeldelsen er Serac, i modsætning til både Tetra og Sidel, en af pionererne inden for aseptisk PET-påfyldning og indtager i øjeblikket en stærk og anerkendt stilling på dette område, med en markedsandel på [...%] i 2000 (punkt 244 og 250). Serac indtager ligeledes en ledende stilling på markedet for aseptisk HDPE-påfyldning med en [...%] markedsandel (punkt 323). Eftersom den anfægtede beslutning henviser til det forhold, at de eksisterende tekniske forskelle, der i øjeblikket adskiller markederne for maskiner til påfyldning af PET og HDPE, »kan blive udvisket i fremtiden« i takt med udviklingen af maskiner såsom Tetra's LFA-20 ON, »der kan skifte mellem aseptisk påfyldning af HDPE og PET« (betragtning 202), skulle Kommissionen i det mindste have vurderet Serac's tilsyneladende forspring på dette område. Dette gælder så meget desto mere i lyset af Tetra's relativt beskedne stilling på markedet for maskiner til aseptisk PET-påfyldning (betragtning 284), som belyses af det forhold, at Tetra ikke havde været i stand til, i det mindste ikke på anmeldelsestidspunktet, at sælge en aseptisk påfyldningsmaskine til HDPE, med den mulige undtagelse af en enkelt maskine, der fortsat bliver testet (anmeldelsen, punkt 322), og af den omstændighed, at LFA-20 ON-maskinen også er under afprøvning (jf. præmis 130 ovenfor).

245 Under alle omstændigheder begik Kommissionen en fejl, idet den undlod at vurdere det grundlæggende spørgsmål om konkurrenceintensiteten på markedet for maskiner til aseptisk PET-påfyldning, et marked, som ifølge en ubestridt prognose vil vokse stærkt og kontinuerligt. Vedrørende dette spørgsmål nævner

den anfægtede beslutning ikke, hvordan den fusionerede enhed ved hjælp af mulige former for udnyttelse af løftestangsvirkningen (jf. præmis 217-224 ovenfor) ville kunne forhindre nye konkurrenter i at indtræde på markedet. Det bemærkes med andre ord, at selv om det kan antages, at der vil være en vækst i det kombinerede salg af SBM-maskiner og maskiner til aseptisk PET-påfyldning, er det ikke blevet godtgjort, at det samlede salg kan nå et niveau, der ville kunne true den stærke konkurrence, der præger dette marked, og som navnlig Procomac er et eksempel på (jf. præmis 240 ovenfor).

246 Det skal derfor konkluderes, at Kommissionens forudsigelse om, at der vil blive opnået en dominerende stilling i fremtiden på markedet for maskiner til aseptisk påfyldning, er usandsynlig.

247 For så vidt angår kombinerede aseptiske PET-maskiner besluttede Kommissionen i den anfægtede beslutning, at de ikke skulle behandles som et særskilt marked (betragtning 175). Selv om der i øjeblikket kun er en enkelt Sidel-maskine af denne type, »Combi SRA«, som er installeret af en spansk juiceproducent (betragtning 85), er det klart, når henses til fordelene ved disse maskiner (som beskrevet i betragtning 174, navnlig, at de fylder mindre og er mindre arbejdskrævende end en traditionel PET-produktionslinje), at en kommerciel succes for disse maskiner ville styrke Sidel's nuværende stilling på markedet for maskiner til aseptisk PET-påfyldning. Imidlertid er det meget mindre klart, at disse fordele vil være tilstrækkelige til at gøre muligt for den fusionerede enhed at opnå en dominerende stilling på sidstnævnte marked gennem salg af »Combi SRA«-maskiner.

248 I den forbindelse bemærkes det for det første, at Kommissionen ikke har bestridt de to anbringender, som sagsøgeren fremsatte under retsmødet vedrørende disse maskiner. Tetra gjorde for det første gældende, at en af ulemperne ved kombinerede maskiner, som i det mindste til dato udgør en afgørende hæmsko for salg til den aseptiske påfyldningssektor, er behovet for at opretholde aseptiske betingelser, når støbeformene udskiftes. For det andet er anvendelsen af disse

maskiner mindre fleksibel end kombinationen af en SBM-maskine og en maskine til PET-påfyldning i en sædvanlig PET-produktionslinje.

249 I den anfægtede beslutning anfægtede Kommissionen heller ikke Tetra's udtalelse i virksomhedens svar på meddelelsen af klagepunkter, om, at de kombinerede maskiner, som sælges af nogle af den fusionerede enheds væsentlige konkurrenter, nemlig Krones og Procomac/Sipa, »grundlæggende har de samme fordele« (betragtning 174). I sin besvarelse af meddelelsen af klagepunkter gjorde Tetra ligeledes gældende, og gentog dette synspunkt under retsmødet, at Procomac/Sipa har solgt den eneste anden aseptiske kombinerede maskine, der allerede er installeret i Europa. Denne udtalelse er ikke bestridt i den anfægtede beslutning, og Kommissionen bemærkede blot i sit mundtlige indlæg, at der blot var tale om en »quasi-kombi«-maskine. Under alle omstændigheder understregede Kommissionen selv de investeringer, som forskellige virksomheder, der er aktive på markedet for aseptisk påfyldning, foretager med henblik på at udvikle kombinerede aseptiske maskiner. I betragtning af det eksisterende konkurrenceniveau på dette marked er det sandsynligt, at i det mindste en af hovedkonkurrenterne vil kunne bringe en kombineret maskine svarende til Sidel's »Combi SRA« på markedet inden for en nær fremtid.

250 Hvad endelig angår hot-fill maskiner, hvis betydning i det mindste for det tyske marked blev understreget af Kommissionen under retsmødet, bemærkes det for det første, at Kommissionen i den anfægtede beslutning anerkendte, at disse maskiner »kun anvendes i begrænset omfang inden for EØS« (betragtning 171). Tilsyneladende har Sidel kun solgt fem inden for EØS (betragtning 170) ud af et samlet salg af otte maskiner, således som det blev anslået i anmeldelsen (betragtning 315). For det andet fandt Kommissionen, at disse maskiner ikke udgjorde et særskilt marked i forhold til markedet for aseptiske påfyldningsmaskiner. Retten finder for det første, at hot-fill maskinerne alene udgør en lille del af markedet for aseptiske påfyldningsmaskiner, og for det andet, at det er usandsynligt, at den andel vil sige væsentligt i betragtning af den uomgængelige ulempe ved denne metode (ændring af smagen). Følgelig kan Kommissionen ikke henvise til den fusionerede enheds markedsandel for hot-fill-maskiner med henblik på at godtgøre, at en dominerende stilling på markedet for aseptiske PET-påfyldningsmaskiner vil blive opnået i fremtiden.

— Konklusion vedrøre PET-påfyldningsmaskiner

251 Det følger af det foregående, at for så vidt angår markederne for aseptiske og ikke-aseptiske PET-påfyldningsmaskiner indeholder den anfægtede beslutning ikke tilstrækkelige beviser med henblik på at godtgøre, at gennemførelsen af den modificerede fusion vil gøre det sandsynligt — som følge af udnyttelsen af løftestangsvirkningen, navnlig over for Tetra's nuværende karton-kunder, som ønsker at skifte til PET til emballering af følsomme produkter — at der vil blive skabt en dominerende stilling på disse markeder i fremtiden, og senest i 2005.

Lukningssystemer til plasticflasker og øvrigt PET-udstyr

252 For så vidt angår lukningssystemer til plasticflasker fremgår det klart af Tetra's relativt svage stilling på dette marked, nemlig en markedsandel på blot [10-20%] (jf. præmis 44 ovenfor), at det er højst usandsynligt, at den forventede udnyttelse af løftestangsvirkningen ville være tilstrækkelig, i det mindst inden for nær fremtid, til at omdanne denne stilling til en dominerende stilling. Selv om Sidel's nuværende stilling på visse af de forskellige markeder for øvrigt PET-udstyr er stærkere end Tetra's stilling på markedet for lukningssystemer til plasticflasker, har Kommissionen ikke bestridt sagsøgerens anbringende om, at de relevante markedsandele generelt ikke overstiger [20-30%] (betragtning 257). Ydermere tog den anfægtede beslutning ikke stilling til den i anmeldelsen fremsatte påstand om, at det pågældende udstyr ikke er særligt teknisk kompliceret og under alle omstændigheder nemt kan blive produceret af »en lang række maskinfabrikker« (punkt 347).

253 Det er derfor klart, at det ikke er blevet godtgjort, at det er sandsynligt, at der vil blive skabt en dominerende stilling for den fusionerede enhed i 2005 på de pågældende markeder.

Generel konklusion vedrørende markederne for andet PET-udstyr end SBM-maskiner

254 Det er på grundlag af det foregående klart, at den anfægtede beslutning ikke på tilstrækkelig måde godtgør, at udnyttelse af løftestangsvirkningen fra markedet for aseptisk karton vil gøre det muligt for den fusionerede enhed at skabe en dominerende stilling i 2005 på markedet for barriereteknologi, for aseptiske og ikke-aseptiske påfyldningsmaskiner, for lukningssystemer til plasticflasker og for øvrigt udstyr.

255 Under retsmødet lagde Kommissionen særlig vægt på, hvorledes styrkelsen af den fusionerede enheds stilling på markedet for PET-udstyr ville følge af en »kaskade-virkning« fra den stilling, der ville blive opnået på markederne for SBM-maskiner. Det bemærkes imidlertid, at denne vurdering ikke fremgår udtrykkeligt af den anfægtede beslutning og derfor ikke er blevet tilstrækkeligt godtgjort. Under alle omstændigheder er den stilling på markedet for andet PET-udstyr end SBM-maskiner, som kan påregnes for den fusionerede enhed, således som det er fastslået ovenfor, tilstrækkelig svag til, at selv hvis der måtte forventes en sådan kaskade-virkning, ville det ikke have nogen væsentlig betydning for denne stilling.

256 Da der ikke foreligger fyldestgørende beviser, skal det fastslås, at den første betingelse i forordningens artikel 2, stk. 3, ikke er opfyldt for så vidt angår ovennævnte markeder for PET-udstyr.

257 Herefter er det nødvendigt at vurdere Kommissionens analyse af skabelsen af en dominerende stilling på markederne for SBM-maskiner

v) Markederne for SBM-maskiner

SBM-maskiners generiske karakter

258 Indledningsvis skal de faktorer, som Kommissionen har lagt til grund for sin sondring mellem særlige undermarkeder for SBM-maskiner afhængigt af de forskellige følsomme produkter, vurderes, da sagsøgeren har anfægtet denne sondring under henvisning til, at disse maskiner er af generisk art.

259 I den anfægtede beslutning fandt Kommissionen for det første, at »selv for et såkaldt »generisk« udstyr som SBM-maskiner er det begrundet at vurdere markedet for udstyr under henvisning til det relevante anvendelsesformål«, som er »endnu mere relevant, når hele emballeringssystemer sammenlignes med henblik på at afgøre, om de tilhører samme produktmarked eller ej« (betragtning 43). Kommissionen anførte videre, at hvert flydende produkt, der skal emballeres, har sine »egne særlige karakteristika, som er afgørende for, om en given emballage kan anvendes eller ej«, og konkluderede på grundlag heraf, at opdelingen afhængigt af anvendelsesformål er et relevant analytisk værktøj med henblik på vurderingen af markedet for udstyr til emballering af flydende levnedsmidler (betragtning 44, gengivet i præmis 30 ovenfor). Kommissionen sondrede således mellem følsomme produkter, der tilhører »fælles produktsegmenter«, og andre produkter, på grundlag af muligheden for at emballere førstnævnte produkter, i det mindste teknisk set, i både karton og PET, i modsætning til ikke-følsomme produkter, såsom vand og kulsyreholdige drikkevarer, som ikke kan emballeres i karton (betragtning 58). Kommissionen anførte i den betragtning, hvori den ganske vist erkendte, at »hovedparten af SBM-maskiner er »generiske«« (betragtning 177), at »en PET-emballeringslinje, hvoraf SBM-maskinen kun er et element, er sædvanligvis skræddersyet til de pågældende produkter, der bliver påfyldt af kunden«, hvilket navnlig er tilfældet for følsomme produkter, et argument, som er gentaget i Kommissionens

vurdering af løftestangsvirkningen (betragtning 369). Kommissionen henviste som eksempel til Sidel's »SRS G Combi«, der er »designet til kulsyreholdige drikkevarer, og som ikke kan udgøre en substitut for en drikkevareproducent, der ønsker at påfylde juice« (betragtning 177), hvortil kræves en »Combi SRA«-maskine. Under henvisning til Kommissionens meddelelse af 9. december 1997 om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (EFT C 372, s. 5, punkt 43), anførte Kommissionen videre, at de to betingelser, der normalt skal være opfyldt med henblik på at konkludere, at der er tale om en særskilt kundekategori og derfor et snævrere produktmarked, er opfyldt i nærværende sag: Det er muligt klart at afgøre, hvilken gruppe en enkelt kunde tilhører på det tidspunkt, hvor SBM-maskinerne sælges til ham, og handel mellem kunder eller arbitrage gennem tredjemand er ikke muligt (betragtning 178).

260 Retten bemærker for det første, at den betydning, der i den anfægtede beslutning er tillagt følsomme produkter, der tilhører »fælles produktsegmenter«, hviler på et objektivt kriterium, nemlig den omstændighed, at disse produkter tilhører kategorien af karton-emballerede produkter, og muligheden for, i det mindste teknisk set, at de kan emballeres i PET, hvilket i lyset af den forventede vækst (jf. præmis 201-216 ovenfor), efter al sandsynlighed vil blive en relativt udbredt handelsmæssig realitet i 2005, i det mindste for så vidt angår FFD og te- og kaffeholdige drikkevarer.

261 Imidlertid fremkommer den anfægtede beslutning ikke med tilstrækkeligt fyldestgørende beviser med henblik på godtgørelsen af de påståede særlige egenskaber ved SBM-maskiner, der anvendes til emballering af følsomme produkter. Ganske vist kan en kombineret maskine, der er specielt designet til påfyldning af kulsyreholdige drikkevarer, ikke anvendes til juice. Imidlertid beviser dette langt fra, at lav- og højkapacitets-SBM-maskiner, selv de, der er skræddersyet før salg til købernes særlige behov, ikke fortsat er generiske maskiner, som sagsøgeren har gjort gældende, og således kan anvendes til emballering af adskillige typer produkter.

262 For så vidt angår den hævdede produktspecifikke karakter af støbeforme til emballering, som Kommissionen har fremhævet i den forbindelse, bemærkes, at mens sagsøgeren ikke har bestridt, at antallet af støbeforme er afgørende for

maskinens kapacitet, beviser dette særlige forhold ikke, at SBM-maskiner, hvoraf støbeforme blot er et element, varierer væsentligt fra hinanden. Det fremgår klart af anmeldelsen, at støbeforme i gennemsnit holder i tre år, mens en SBM-maskine holder i op til 15 år (punkt 304). Selv om Sidel fremstiller sine egne støbeforme, tages der i den anfægtede beslutning ikke afstand fra de oplysninger om markedet for støbeforme, der fremgår af anmeldelsen, hvorefter Sidel ikke er aktiv på dette marked (dvs. som leverandør af støbeforme til tredjemand), og hvorefter konkurrencen mellem de virksomheder, der er aktive, er meget stærk, navnlig for så vidt angår SIG, som på sin internet-side hævder, at den er førende i verden (punkt 309).

263 Den anfægtede beslutning indeholder heller ikke kritik af vurderingen i anmeldelsen om, at i et stort produktionsanlæg kan en kunde anvende adskillige SBM-maskiner med henblik på at kombinere dem for at tilfredsstille sine forskellige produktionsbehov. Den anfægtede beslutning indeholder ingen vurdering af, om den fleksibilitet, som visse brugere af støbeforme til SBM-maskiner kræver, kan forklares med behov, der vedrører en sådan kombineret anvendelse.

264 I sit svarskrift har Kommissionen henvist til en række ændringer, der kan foretages af en SBM-maskine med henblik på at forbedre dens ydeevne eller gøre den mere egnet til at indgå i en integreret PET-produktionslinje, såsom tilføjelse af et særligt luftfiltreringssystem eller ultraviolet behandling for at reducere risikoen for forurening, før præformene indsættes i SBM-maskinen. Under retsmødet gjorde Kommissionen gældende, at disse ændringer viser de meget specielle egenskaber ved en SBM-maskine, der anvendes i en PET-produktionslinje, og som den anfægtede beslutning henviser til (betragtning 177). Tetra, der har anfægtet Kommissionens fremgangsmåde med at henregne de særlige karakteristika ved andre komponenter i en PET-produktionslinje til SBM-maskinerne, har ikke desto mindre gjort gældende, at disse ændringer blot udgør 5% af omkostningerne ved en SBM-maskine.

265 Retten finder for det første, at den anfægtede beslutning ikke nævner disse oplysninger. Selv om beslutningen på korrekt måde understreger betydningen af de individuelle krav, som brugere, der især har behov for en aseptisk PET-

påfyldningslinje, stiller, nemlig en grundlæggende garanti for et aseptisk miljø, kan dette ikke begrunde definitionen af et særskilt undermarked for SBM-maskiner, der anvendes til påfyldning af de pågældende følsomme produkter. Den omstændighed alene, at hver SBM-maskine skal installeres i en PET-linje for at kunne anvendes af køberen, kan ikke begrunde, at særlige karakteristika ved andet udstyr til PET i denne PET-produktionslinje tilskrives SBM-maskinerne selv.

266 Der er så meget desto mere grund til at godtage, at SBM-maskiner har generisk karakter, som Kommissionen under retsmødet var ude af stand til at tilbagevise Tetra's oplysninger om de relativt lave omkostninger, sammenlignet med omkostningerne ved en såkaldt »standard«-SBM-maskine, navnlig når der er tale om en højkapacitets-SBM-maskine, ved at foretage de nødvendige ændringer for at gøre maskinen mere kompatibel til brug med aseptiske og ikke-aseptiske PET-påfyldningsmaskiner, og eventuelt med aseptiske påfyldningsmaskiner, der kan konvertere fra PET til HDPE.

267 Parterne er desuden enige om, at kombinerede maskiner, som stadig kun anvendes meget sjældent til aseptisk påfyldning (jf. præmis 248 og 249 ovenfor), ikke udgør et særskilt marked, hvilket også fremgår klart af den anfægtede beslutning.

268 For så vidt angår muligheden for med sikkerhed at bestemme, hvilken gruppe en given kunde tilhører, når han køber en SBM-maskine, og hvorvidt denne kunde, i det mindste for tiden inden for EØS, kan finde en bedre pris gennem arbitrage mellem mulige leverandører, er det klart, at disse muligheder, hvis det lægges til grund, at de eksisterer, ville gælde såvel for SBM-maskiner anvendt til ikke-følsomme produkter som for SBM-maskiner anvendt til emballering af følsomme produkter. Den fusionerede enheds mulighed for at identificere en gruppe, hvortil en kunde henhører, skyldes den omstændighed, at mange kunder på kartonmarkederne, som vil skifte til PET, aktuelt er kunder hos Tetra. Denne mulige fordel, som følger af den »first-mover advantage«, som den fusionerede enhed forventes

at have, udelukker imidlertid ikke disse kunder fra at vende sig til andre leverandører af SBM-maskiner, hvis de er utilfredse med de betingelser, som den fusionerede enhed tilbyder.

269 På grundlag af de oplysninger, der er lagt til grund i den anfægtede beslutning, må det fastslås, at Kommissionen begik en fejl, for det første fordi den fandt, at »hovedparten af SBM-maskiner er generiske« (betragtning 177), og for det andet fordi den sondrede mellem dem i henhold til deres endelige anvendelsesformål. Den anfægtede beslutning indeholder ikke tilstrækkeligt fyldestgørende oplysninger med henblik på at begrunde definitionen af særskilte undermarkeder for SBM-maskiner med henvisning til deres endelige anvendelsesformål. Følgelig er de eneste undermarkeder, som det er nødvendigt at tage i betragtning, markederne for lav- og højkapacitetsmaskiner.

Forudseelige udelukkelsesvirkninger

270 Retten bemærker indledningsvis, at de to særskilte markeder for SBM-maskiner, som er identificeret af Kommissionen, viser betydelige forskelle for så vidt angår niveauet og intensiteten af den aktuelle konkurrence, som Sidel er stillet over for på disse markeder. Følgelig skal virkningerne af den fusionerede enheds forudseelige udnyttelse af løftestangsvirkningen fra kartonmarkederne til de to særskilte markeder for lav- og højkapacitets-SBM-maskiner vurderes særskilt.

— Markedet for lavkapacitets-SBM-maskiner

271 For så vidt angår lavkapacitets-SBM-maskiner bemærkes det, at fusionen ikke på nogen måde vil styrke Sidel's nuværende markedsandel (jf. præmis 128 ovenfor). Den anfægtede beslutnings konklusion, hvorefter den fusionerede enhed »ville

være langt den største markedsdeltager«, og at »adskillige konkurrenter ville forblive på markedet, men med lave markedsandele på højst [10-20%]« (betragtning 269), er ikke, i lyset af Tetra's forpligtelse til at sælge Dynaplast, som er en virksomhed, der er aktiv på dette marked, tilstrækkeligt bevis for, at der sandsynligvis skabes en fremtidig dominerende stilling for den fusionerede enhed på dette marked. I sine skriftlige indlæg har Kommissionen — under henvisning til den anfægtede beslutnings konklusion om, at Sidel's konkurrenter ville kunne blive udelukket fra markedet for lavkapacitets-SBM-maskiner (betragtning 370) — fastholdt, at det ikke er nødvendigt at godtgøre, at Sidel's konkurrenter vil blive udelukket fra markedet, så længe det påvises, at de vil blive marginaliseret. Under retsmødet understregede Kommissionen, at den anmeldte transaktion som en konsekvens af kaskade-virkningen ville gøre det muligt for den fusionerede enhed at opnå en dominerende stilling på dette marked, eftersom Sidel's konkurrenter er spredte, og fordi Sidel allerede har en førende stilling på visse områder af markedet, navnlig området for lavkapacitetsmaskiner, der er i den øverste ende af denne type produkter, og som er udstyret med rotor-teknologi, det vil sige den teknologi, der anvendes i alle højkapacitetsmaskiner bortset fra Sasib's maskiner, en virksomhed, der for nylig er blevet opkøbt af SIG, og hvis maskiner anvender en to-trins lineær teknologi med en kapacitet på [...] *fit* (anmeldelsen, punkt 48).

272 Med henblik på at vurdere Kommissionens konklusion vedrørende dette marked, er det nødvendigt at vurdere den fusionerede enheds markedsandel efter gennemførelsen af den modificerede fusion. I den forbindelse fremgår det af den anfægtede beslutning, at Kommissionen indrømmede, at på markedet for lavkapacitets-SBM-maskiner havde Sidel »en markedsandel på [30-40%] både for så vidt angår kapacitet og salg af enheder i EØS i 2000« (betragtning 233). Kommissionen understregede det forhold, at Sidel's konkurrenter er »meget mindre«, idet den største er ADS, der har en markedsandel på ca. [10-20%] (betragtning 233). For så vidt som Kommissionen andre steder i den anfægtede beslutning henviste til Sidel's nuværende »ledende stilling med [60-70%] af markedet for SBM-maskiner«, undlod den helt klart at tage højde for Tetra's forpligtelse vedrørende Dynaplast (betragtning 370).

273 I anmeldelsen er det nævnt, at i perioden fra 1998 til 2000 var Sidel's markedsandel på markedet for lavkapacitets-SBM-maskiner uden undtagelse

lavere end 40%, og at Sidel's og Tetra's andel — sidstnævnte indtrådte på markedet gennem sin erhvervelse af Dynaplast, som var på sit højdepunkt i 2000 med en markedsandel på 24% — kun var »skøn«, som måske oven i købet var sat for højt (punkt 56). Fusionens parter henviste til tolv øvrige konkurrenter, som alle, ifølge disse parter, kunne tilbyde en passende SBM-maskine, der imødekom behovene hos enhver bruger af lavkapacitetsmaskiner, og understregede, at konkurrencen på dette marked ikke blot var stærk, men intens (punkt 57 og 71). I sin besvarelse af meddelelsen af klagepunkter (punkt 51) anførte Tetra yderligere, at to nye store konkurrenter var indtrådt på markedet i 2001, hvoraf én, Uniloy, indtager en ledende stilling på markedet for EBM-maskiner, mens den anden, Husky, indtager en tilsvarende stilling på markedet for maskiner til fremstilling af præforme. Betydningen heraf er anerkendt i den anfægtede beslutning (betragtning 321, fodnote 138).

274 Den anfægtede beslutning, som ikke tog højde for disse meget relevante oplysninger, konstaterede blot, uden yderligere forklaringer, at siden 1998 har Sidel mistet »kun [0-10%]« på markedet for lavkapacitetsmaskiner (betragtning 238). Denne omstændighed alene er ikke tilstrækkeligt til at støtte Kommissionens konklusion, hvorefter den fusionerede enhed alene ville møde en ubetydelig konkurrence, navnlig hvis den ikke havde Dynaplast's midler og kapacitet. På samme måde indeholder hverken den anfægtede beslutning eller Kommissionens skriftlige indlæg nogen vurdering af den sandsynlige skæbne for Dynaplast's markedsandel, der hele tiden havde været stigende frem til 2000. Som svar på Rettens spørgsmål vedrørende Dynaplast's operationer som, i løbet af en relativt kort periode under Tetra's kontrol (1994 til 2000) havde været i stand til at opnå en rimeligt høj markedsandel, gjorde Kommissionen under retsmødet gældende, at Dynaplast's første succes kunne tilskrives Tetra's finansielle styrke, og det forhold, at Tetra kunne tilbyde attraktive kombinerede salgsløsninger, der kombinerede SBM-maskiner og PET-præforme. Eftersom Tetra har forpligtet sig til at sælge sine præforme-aktiviteter, og Sidel ikke længere er aktiv på markedet for præforme, ville den fusionerede enhed imidlertid ikke længere være i stand til at forfølge en sådan strategi. Dens konkurrenter, navnlig den nye markedsdeltager Husky, et canadisk firma, som er ledende i verden inden for produktion af maskiner til fremstilling af præforme, ville ikke være underlagt samme begrænsning.

275 Den anfægtede beslutning indeholder ingen oplysninger, der viser, at den fusionerede enhed skulle kunne opnå en særligt høj andel af Dynaplast's tidligere kunder eller på anden måde opnå et tilstrækkeligt antal nye kunder, der ville gøre det muligt for den at opnå en dominerende stilling på markedet for lavkapacitets-SBM-maskiner, hverken inden for en overskuelig fremtid eller navnlig ikke i 2005. En sådan en stilling er så meget mindre ikke forudseelig i lyset af den voksende konkurrence, der for tiden ses på dette marked.

276 Både i sine skriftlige og mundtlige indlæg har Kommissionen — som herved fremhæver Sidel's stærke stilling på markedet for højkapacitets-SBM-maskiner og i det mindste delvis har sidestillet salg af lavkapacitets-SBM-maskiner med emballering af ikke-følsomme produkter — understreget den fusionerede enheds styrke »på fremtidens PET-markeder«, (dvs. markederne for »følsomme« drikkevarer) (betragtning 369). Den anfægtede beslutning fastslog, at den fusionerede enheds andel af »markedet for SBM-maskiner (uanset anvendelsesformål) vil lade en mindre del af markedet være åbent for konkurrenter«, mens »de ikke-følsomme produktmarkeder er mættede, og der forventes meget mindre vækst« (betragtning 370). Denne vurdering af markedets mætningsgrad er baseret på informationer indeholdt i Sidel's årsrapport fra 1999, og en undersøgelse af Sidel foretaget af BNP-Paribas, dateret den 9. oktober 2000.

277 Betydningen af markedet for lavkapacitetsmaskiner bør således ikke undervurderes, hverken generelt eller for så vidt angår følsomme produkter. Sagens akter viser, at der i det mindste indtil dato ikke har været nogen stor forskel i anvendelsen af lav- og højkapacitetsmaskiner til emballering af ikke-følsomme produkter. Som sagsøgeren gjorde gældende under retsmødet, afhænger alt af kundernes krav. Ikke-følsomme produkter udgør 95% af alle drikkevarer, der i øjeblikket emballeres i PET. Den anfægtede beslutning indeholder til trods herfor ingen vurdering af sondringen mellem lav- og højkapacitets-SBM-maskiner på grundlag af produkterne. Anmeldelsen nævner, at højkapacitetsmaskiner sæd-

vanligvis sælges til storkunder, såsom [...], som fremstiller store mængder sodavand og mineralvand (punkt 93). I sit svar på meddelelsen af klagepunkter anførte Tetra, at den hurtigste maskine solgt af Sidel havde en kapacitet på [...] *fit* og blev solgt i [...] til [...], som hovedsageligt producerer mineralvand (punkt 44), og at meddelelsen af klagepunkter så bort fra det forhold, at lavkapacitetsmaskiner, blandt meget andet, også anvendes til emballering af følsomme produkter (punkt 45).

278 Retten er således ikke i stand til nøjagtigt at fastslå, i hvilket omfang lav- og højkapacitets-SBM-maskiner sælges til brug for emballering af ikke-følsomme produkter. I betragtning af den meget store mængde af produkter, der allerede emballeres i PET (mere end 35 mia. liter i 1999 for vand og sodavand i henhold til tabel 2 i betragtning 56), er det sandsynligt, at salg af disse to typer maskiner til emballering af ikke-følsomme produkter fortsat vil være betydeligt, selv efter gennemførelsen af den modificerede fusion. Antagelsen om mætningen af markedet for PET-emballering af disse produkter er ikke blevet godtgjort i tilstrækkelig grad. Hvis der ses bort fra det enorme markedspotentiale for PET til emballering af øl, viser de uafhængige undersøgelser, der er henvist til i den anfægtede beslutning, at PET-emballering af især mineralvand fortsat vil stige støt. Det følger heraf, at der ikke er noget bevis for, at efterspørgslen for lavkapacitets-SBM-maskiner på nogen afgørende måde vil falde i løbet af perioden fra 2000 til 2005.

279 Analysen i den anfægtede beslutning vedrørende emballering af følsomme produkter er heller ikke overbevisende. Ifølge de oplysninger, der er fremlagt af sagsøgeren i besvarelsen af meddelelsen af klagepunkter, er lavkapacitetsmaskiner hidtil blevet anvendt til en betydelig del, hvis ikke til hovedparten, af emballeringen af følsomme produkter. Ifølge besvarelsen var gennemsnitskapaciteten af maskiner solgt af Dynaplast og anvendt til emballering af sådanne produkter lige over [...] *fit*, mens kapaciteten Sidel's maskiner (i det mindste for så vidt angår juice) er i størrelsesordenen [...] *fit* (punkt 45). Sagsøgeren bemærkede, at anvendelsen af lavkapacitetsmaskiner skyldes det forhold, at følsomme drikkevarer i øjeblikket er og i det væsentligste vil være »nicheprodukter« med lavere produktionsmængder end andre produkter. Kommissionen svarede i den anfægtede beslutning ved at fastslå, at alle SBM-maskiner med en kapacitet på

mere end 8 000 *fit* anvendt til dette formål skulle betragtes som højkapacitetsmaskiner, og at anvendelsen af lavkapacitetsmaskiner skulle forklares med det forhold, at kunder ikke ønsker at købe højkapacitetsmaskiner, når de første gang køber udstyr til emballering af følsomme produkter i PET (betragtning 184 og 185). Selv om sidstnævnte forklaring ikke er klart fejlagtig, gælder det ikke desto mindre, at en væsentlig del af SBM-maskinerne, der anvendes til emballering af følsomme produkter, med al sandsynlighed vil være lavkapacitetsmaskiner. Som sagsøgeren påpegede under retsmødet, vil denne fastsatte brug være så meget desto mere sandsynlig for mere specialiserede drikkevarer såsom te- og kaffeholdige drikkevarer og FFD, hvor der vil være nogen vækst i betragtning af deres mindre produktionsmængder sammenlignet med LDP og juice. En væsentlig del af den forventede vækst frem til 2005 inden for emballering af følsomme produkter i PET vil således sandsynligvis gælde for produkter, for hvilke lavkapacitetsmaskiner er særligt egnede.

280 Den anfægtede beslutning indeholder således ikke en tilstrækkelig analyse af nuværende og fremtidig anvendelse af lavkapacitets-SBM-maskiner. Det er klart, at med Tetra's udtræden fra dette marked vil den fusionerede enheds stilling grundlæggende forblive uændret sammenlignet med Sidel's nuværende stilling. Sidel vil endvidere være langt fra at indtage en dominerende stilling. Selv om Sidel fortsat vil være den vigtigste aktør på dette marked, med en markedsandel på cirka [30-40%], vil virksomheden kunne imødese konkurrence fra mindst 12 andre virksomheder, for ikke at nævne nye konkurrenter, der lige er indtrådt på markedet (jf. præmis 272 ovenfor).

281 Den anfægtede beslutning giver derfor ikke tilstrækkeligt fyldestgørende bevis med henblik på godtgørelsen af, at den fusionerede enhed, ved udnyttelse af løftestangsvirkningen fra Tetra's nuværende kartonkunder, der ønsker at købe lavkapacitets-SBM-maskiner eller en PET-produktionslinje, der omfatter en lavkapacitets-SBM-maskine, vil være i en position, således at den ville kunne marginalisere sine konkurrenter, navnlig de konkurrenter, hvis kundegrundlag hovedsageligt består af producenter af ikke-følsomme produkter og øl, i en sådan grad, at den vil kunne omdanne sin nuværende stilling til en dominerende stilling i 2005. Denne konklusion gælder så meget desto mere, som et tilbud fra den fusionerede enhed om et kombineret salg ikke kan omfatte en sådan maskine.

282 For så vidt angår argumentet om, at der kan opnås en dominerende stilling på markedet for lavkapacitetsmaskiner som følge af kaskade-virkningen af den fremtidige skabelse af en dominerende stilling på markedet for højkapacitetsmaskiner, er det tilstrækkeligt at bemærke, at eftersom analysen i den anfægtede beslutning ikke tager stilling til en sådan mulighed, kan Retten ikke vurdere dette argument.

283 Følgelig må det for så vidt angår lavkapacitets-SBM-maskiner fastlås, at da Kommissionen forudså, at der ville blive skabt en dominerende stilling på dette marked i 2005 ved udnyttelse af løftestangsvirkningen, anlagde den et åbenbart urigtigt skøn.

— Markedet for højkapacitets-SBM-maskiner

284 Retten bemærker, at Kommissionen på korrekt måde fremhævede Sidel's ledende stilling på dette marked. Med en markedsandel på [60-70%] hvad angår kapacitet er Sidel, som Kommissionen gjorde gældende under retsmødet, tre gange større end sine tre væsentligste konkurrenter, og næsten [45-55%] større end alle konkurrenter tilsammen på dette marked. Sidel er således i høj grad markedsleder. Sidel har imidlertid ikke en dominerende stilling (betragtning 248), og Tetra ville ikke tilføje den fusionerede enhed noget på dette marked.

285 Det er derfor nødvendigt først at vurdere, om den modificerede fusion ville gøre det muligt for den fusionerede enhed, gennem udnyttelse af løftestangsvirkningen rettet mod Tetra's nuværende kunder på kartonmarkederne, at erhverve yderligere kunder på PET-markedet og dermed opnå en dominerende stilling på

markedet for højkapacitets-SBM-maskiner i 2005, og, i bekræftende fald, om den tilbageblivende konkurrence ville være betydeligt svækket.

286 For så vidt angår FFD og te- og kaffeholdige drikkevarer, og formentlig også juice, er det klart, at den fusionerede enhed, i det mindste inden for højprissegmenterne, ville kunne tilbyde sine kunder på kartonmarkederne, der ønsker at skifte en del af deres produktion til PET, salg af aseptiske PET-påfyldningsmaskiner eller kombinerede maskiner, sammen med andre vigtige komponenter i en PET-produktionslinje, såsom flaskelukninger. Disse tilbud ville være attraktive for ovennævnte produkter i betragtning af betydningen af det aseptiske miljø, der garanteres kunderne, og af Tetra's stærke omdømme inden for aseptisk påfyldning, navnlig som leverandør af udstyr til aseptisk kartonemballering. Dette vil gælde så meget desto mere for kunder, der har langtidskontrakter med Tetra.

287 Der er imidlertid visse faktorer, der mindsker den forudseelige betydning af disse fordele, hvoraf de fleste ikke er behandlet fyldestgørende i den anfægtede beslutning.

288 For det første er den såkaldte »first-mover advantage« blevet overvurderet i nærværende sag. Den vækst, der kan forudses i anvendelsen af PET blandt Tetra's nuværende kunder på markedet for aseptisk karton, er ikke af væsentlig størrelse (jf. præmis 201-216 ovenfor). Det er således ikke særligt sandsynligt, at virksomhedens mælkeproduktkunder vil ønske at skifte til PET, eftersom der ikke er nogen barriere mod lys, som kan anvendes på en forretningsmæssigt tilfredsstillende måde, og omkostningerne ved PET er højere end for karton og HDPE (jf. præmis 34 ovenfor). Den anfægtede beslutning giver ikke en passende forklaring på, hvorfor der, hvis der skulle ske et større skift i retning af plastic, ikke fuldstændigt eller i vidt omfang ville ske et skift i retning af HDPE snarere end PET. Denne vurdering understøttes af den forhold, at Kommissionen ikke længere gør gældende, at der er sandsynlighed for væsentlig vækst i anvendelsen af PET i 2005 for UHT-mælk, en særdeles væsentlig LDP-sektor. Det er ligeledes bemærkelsesværdigt, at den andel af LDP-markedet, hvor HDPE allerede

anvendes, hvilket materiale i øjeblikket er den væsentligste konkurrent til karton, sandsynligvis vil stige i 2005 inden for de vigtige områder for UHT-mælk og frisk mælk, ifølge såvel Canadean-undersøgelsen som den uafhængige PCI-undersøgelse.

289 Hvad særligt angår frisk mælk giver den anfægtede beslutning ikke nogen tilstrækkelig forklaring med hensyn til forholdet mellem HDPE og PET. I betragtning af omkostningsfordelen ved HDPE, som er 10%, er det mindst lige så sandsynligt, at Tetra's eksisterende kunder, som ønsker at skifte en del af deres produktion af frisk mælk til plastic, vil vælge HDPE snarere end PET. Frisk mælk er ikke et produkt, for hvilket de markedsføringsfordele, som PET tilbyder, har nogen særlig betydning. Den anfægtede beslutning forklarer heller ikke, hvorfor Tetra, som handler som converter på HDPE-markedet, skulle være mere interesseret i at se sine kunder skifte til PET i stedet for at sælge dem HDPE-flasker, som er formet til at passe deres behov, via HTW-aftaler, således som Tetra gør i øjeblikket i Det Forenede Kongerige ifølge anmeldelsen (punkt 326). Det skal ligeledes bemærkes, at den fusionerede enhed ville være i stand til at tilbyde hovedkomponenter til en HDPE-påfyldningslinje, eksempelvis EBM-maskiner og aseptiske eller ikke-aseptiske HDPE-påfyldningsmaskiner. Eftersom barriereteknologier ikke er relevante for frisk mælk, som distribueres i et kølet system, er det desuden svært at se, hvordan den fusionerede enhed skulle anse udnyttelse af løftestangsvirkningen for en brugbar strategi for så vidt angår disse produkter, eftersom mange af den fusionerede enheds konkurrenter ville kunne tilbyde både SBM-maskiner og de øvrige komponenter til en ikke-aseptisk PET-produktionslinje, som er nødvendige for en mælkeproduktkunde, som ønsker at skifte fra produktion af frisk mælk i karton til PET.

290 For så vidt angår juice er der, selv om »Kommissionen forventer, at der vil ske et væsentligt skift fra glas til PET og et mere begrænset skift fra karton til PET« (betragtning 148), ingen analyse af glas-markedet. Sagsøgeren har gjort gældende, at dette scenario giver virksomhedens konkurrenter, navnlig SIG, Krones og KHS (Klöckner), som alle tre er aktive på markederne for både glas og

PET-emballering, en stilling, hvor de kan drage fordel af »first-mover advantage« for så vidt angår kunder, der skifter fra glas til PET. Under disse omstændigheder har Kommissionen ikke på tilstrækkelig fyldestgørende måde godtgjort udstrækningen af den »first-mover advantage«, som den fusionerede enhed ville have i forbindelse med den sandsynlige, men størrelsesmæssigt ubestemte, vækst i anvendelsen af PET til juiceemballering i perioden 2000 til 2005.

291 For så vidt angår FFD og te- og kaffeholdige drikkevarer er der enighed om, at mængden af emballerede produkter vil forblive relativt lav. Selv med en stigning frem til 2005 på 20 til 30% for den førstnævnte kategori af produkter, og 25 til 30% for den anden (hvilket vil udgøre en samlet årlig mængde på 1,8 mia. liter emballeret), vil det kvantitative omfang af den fusionerede enheds såkaldte »first-mover advantage« være begrænset. Endvidere bemærkes, at selv om den anfægtede beslutning ikke sætter spørgsmålstegn ved Canadean's prognose for anvendelse af karton på disse områder (forventet til at udgøre henholdsvis 37% og 46% frem til 2005 for disse produkter, sammenlignet med 42% og 53% i 2000), giver den ingen forklaring på, at disse stigninger i anvendelse af PET vil gøre det muligt for den fusionerede enhed, idet den udnytter løfestangsvirkningen i forhold til Tetra's nuværende kunder på kartonmarkederne, at opnå en tilstrækkeligt høj ekstra andel af markedet for højkapacitets-SBM-maskiner, og derigennem opnå en dominerende stilling. En sådan forklaring var så meget desto mere nødvendig, som det i det mindste er sandsynligt, at en væsentlig del af de maskiner, der vil blive anvendt i nye PET-produktionslinjer til brug for disse nicheprodukter, ville være lavkapacitetsmaskiner, på hvilket marked der er en særdeles stærk konkurrence (jf. præmis 271 til 283 ovenfor).

292 For det andet vil Tetra's forpligtelse til ikke at tilbyde salg af sine kartonprodukter kombineret med SBM-maskiner mindske mulighederne for udnyttelse af løftestangsvirkningen. En nuværende Tetra-kunde på kartonmarkedet vil måske blive tiltrukket af en favorabel pris for en anden del af en PET-produktionslinje end SBM-maskiner, f.eks. en aseptisk PET-påfyldningsmaskine, som er den vigtigste del, men vil stadig kunne købe en SBM-maskine fra en af Sidel's nuværende konkurrenter. Selv om det er rigtigt, at denne mulighed ikke vil

foreligge, hvis det kombinerede salg vedrører en kombineret maskine, indeholder den anfægtede beslutning ingen elementer, der godtgør, at anvendelsen af disse maskiner, i det mindste på markedet for aseptisk påfyldning — som i det hele er det marked, der er mest påvirket af den forventede vækst i anvendelsen af PET for det følsomme produktsegment — vil blive tilstrækkeligt udbredt til, at den fusionerede enhed faktisk vil kunne sælge kombinerede maskiner på en sådan måde, at den vil kunne omgå sin forpligtelse til ikke at fremsætte kombinerede tilbud for udstyr til kartonemballering og SBM-maskiner.

293 For det tredje begik Kommissionen en fejl, da den fandt, at bortset fra SIG »vil ingen anden leverandør af emballeringsudstyr kunne tilbyde udstyr til både karton- og PET-emballering« (betragtning 372). Den anfægtede beslutning henviser selv til et nyligt eksempel på introduktion af anvendelse af PET til frisk mælk, som blev foretaget af det tjekkiske mejeri OLMA. Imidlertid er det Elopak, der var leverandør af den pågældende »supplerende PET-linje« (betragtning 94). I den anfægtede beslutning anføres det ligeledes, at Elopak »har indgået alliancer med producenter af PET-udstyr med henblik på at imødekomme sine kunders behov« (fodnote 146 ved betragtning 329). Det er således klart, at mindst to af Tetra's væsentligste konkurrenter på markederne for udstyr til kartonemballering allerede kan tilbyde både karton- og PET-produkter, og kan gøre det uden de begrænsninger vedrørende sortimentet af PET-udstyr, som vil gælde for kombinerede tilbud fremsat af den fusionerede enhed. Navnlig i betragtning af den voksende overlapning mellem markederne for karton- og PET-emballeringsudstyr, der er forudset i den anfægtede beslutning, skulle der have været foretaget en passende analyse af den potentielle betydning af den »first-mover advantage«, som SIG og Elopak har.

294 Rettens vurdering af de forudseelige virkninger af den fusionerede enheds udnyttelse af løftestangsvirkningen vanskeliggøres også af, at den anfægtede beslutning ikke indeholder en passende analyse af den konkurrence, som Sidel vil være stillet over for på markedet for højkapacitets-SBM-maskiner. Den konkurrence, som udøves af Sidel's tre største konkurrenter, SIG, SIPA og Krones, er undervurderet. Disse konkurrenter var i stand til at øge deres

markedsandele fra [10-20%] til [35-45%] på tre år (1997 til 2000), hvoraf hver enkelt opnåede tilsvarende nye markedsandele, hvilket på ingen måde er ubetydeligt. Eftersom markedet således er karakteriseret ved konkurrence, der er stigende og i det mindste ganske væsentlig, skulle den anfægtede beslutning mere detaljeret have vurderet denne konkurrences evne til at modvirke den fusionerede enheds udnyttelse af løftestangsvirkningen.

295 Faktisk er det kun SIG's stilling, der er vurderet, og det endda kun summarisk. Den anfægtede beslutning indeholder en udtalelse om, at SIG savnede »hele rækken af PET-udstyr, som den fusionerede enhed vil have«, og også »et væsentligt element, barriereteknologi, til enhver fremtidig indtrængen på de nye produktsegmenter for PET« (betragtning 372). Denne udtalelse kan i mangel af yderligere forklaringer, som ikke foreligger i nærværende tilfælde, ikke forenes med de oplysninger, der fremgår af anmeldelsen, og som viser SIG's langt fra ubetydelige stilling på markederne for aseptiske og ikke-aseptiske PET-påfyldningsmaskiner, på sidstnævnte marked gennem virksomhedens nylige overtagelse af Sasib. Hertil kommer, når henses til, at der er »flere end 20 virksomheder« (betragtning 87), som tilbyder forskellige barriereteknologier mod ilt, der er egnede til juice, at den måde, hvorpå SIG skulle blive forhindret i at konkurrere med den fusionerede enhed på dette marked — hvor væksten i mængde formentlig vil være størst — langt fra fremgår åbenbart af den anfægtede beslutning. For så vidt væksten kommer fra glas, vil SIG have en »first-mover advantage«, som den fusionerede enhed ikke har. Ydermere bestred Kommissionen under retsmødet ikke sagsøgerens udtalelser om, at SIG også har den nødvendige barriereteknologi til FFD og te- og kaffeholdige drikkevarer.

296 Tetra understregede dernæst i sine skriftlige og mundtlige indlæg, at i en præsentation i april 2002 på den første verdenskongres om PET, beskrev SIG sig selv som en leverandør, der kunne tilbyde en komplet PET-emballeringslinje. Denne præsentation viser, at SIG, i modsætning til den fusionerede enhed i lyset af Tetra's forpligtelse til at frasælge sine præforme-aktiviteter, fremover vil

deltage på markedet for præforme. Anmeldelsen viser også, at SIG indtager en meget betydelig stilling på markedet for fremstilling af støbeforme til SBM-maskiner og har mere end 50 års erfaring med støbeforme (punkt 309).

297 På grundlag af de oplysninger, der er lagt til grund i den anfægtede beslutning, følger det, at Kommissionen begik en fejl, idet den undervurderede betydningen af SIG's nuværende stilling på markedet for højkapacitets-SBM-maskiner, og idet den bagatelliserede de øvrige konkurrenters stilling på dette marked, navnlig SIPA og Krones.

298 Det skal ligeledes bemærkes, at højkapacitets-SBM-maskiner, på samme måde som lavkapacitetsmaskiner, faktisk er generiske. Det er derfor muligt, at den fusionerede enheds konkurrenter kan indtage betydelige stillinger i salg af højkapacitets-SBM-maskiner til producenter af ikke-følsomme produkter og til bryggerier, hvilket vil gøre dem i stand til at modstå den eventuelle udnyttelse af løftestangsvirkningen, som den fusionerede enhed måtte foretage med afsæt i sin stilling på markederne for aseptisk kartonemballering over på området for salg af højkapacitets-SBM-maskiner. Den anfægtede beslutnings konklusion, hvorefter dette ikke kan være tilfældet, er ikke bevist på tilstrækkeligt fyldestgørende måde.

299 Det bemærkes videre, at eftersom udnyttelse af løftestangsvirkningen, som navnlig vil have virkninger på markedet for højkapacitetsmaskiner, ifølge Kommissionen vil være mulig på grund af den forventede vækst i PET, skal det understreges, at øl repræsenterer en væsentlig del af den forventede vækst i PET. Det forhold alene, at øl ikke kan emballeres i karton, begrunder ikke i sig selv den fuldstændige undladelse af at tage dette særskilte følsomme produkt i betragtning (det anføres i betragtning 41, at når PET anvendes til emballering af øl, er det nødvendigt både at have lysbarrierer og iltbarrierer) i lyset af tendenserne på PET-markederne. Dette gælder så meget desto mere, som væksten i PET-emballering af øl er forudset ikke blot af sagsøgeren, men også i Pictet-undersøgelsen.

300 Ifølge anmeldelsen forventes PET-emballering af øl at vokse med 10% pr. år over de næste fem år (punkt 86). Ydermere vil dette marked med et skift på 5% af verdens ølproduktion til emballering i PET-flasker udgøre 15 mia. enheder årligt, hvilket vil gøre det størrelsesmæssigt sammenligneligt med det eksisterende marked for kulsyreholdig sodavand solgt i PET-emballage i Europa (punkt 15). Denne prognose understøttes i det mindste delvis af de uafhængige undersøgelser, som Kommissionen har henvist til støtte for sin egen vækstprognose for de fælles produktsegmenter. Det fremgår således af Pictet-undersøgelsen, at »det store ølmarked er allerede ved at åbne op for PET« (»the vast beer market is about to be opened for PET«, s.10). Det fremgår også af anmeldelsen, at PET allerede anvendes af visse af de store bryggerier i Europa, såsom [...] til emballering af øl ved hjælp af flerlags-barriereteknologier leveret af konkurrenter til Tetra og Sidel (primært Schmabach-Lubeca) (punkt 119 og 157).

301 Eftersom øl ikke emballeres i karton, vil den fusionerede enhed ikke på nogen måde kunne udnytte løftestangsvirkningen over for de bryggerier, som skifter fra glas og metaldåser til PET. Eftersom visse af den fusionerede enheds største konkurrenter på markederne for SBM-maskiner [SIG, Krones og KHS (Klöckner)] desuden også er aktive på markederne for glas- og metalemballage, vil de have en »first-mover advantage« i forhold til de bryggerier, som skifter en del af deres produktion til PET. Hvis der viser sig en væsentlig vækst i anvendelsen af PET til øl i 2005, vil den fusionerede enheds konkurrenter have et øget incitament til at blive på markedet for SBM-maskiner. Imidlertid indeholder den anfægtede beslutning ingen analyse af den potentielle betydning af denne udvikling.

302 Det skal også bemærkes, at ifølge anmeldelsen kan den barriereteknologi, der er nødvendig for emballering af øl i PET, ændres således, at den kan anvendes til følsomme produkter i de fælles produktsegmenter, i det mindste til juice

(punkt 119 og 157). Under retsmødet gentog sagsøgeren dette argument og gjorde gældende, at øl rejser en række meget vanskelige tekniske problemer i forbindelse med anvendelse af PET (navnlig risikoen for, at kulsyre forsvinder gennem emballagen), men eftersom disse problemer kan overvindes, kan teknologien anvendes til andre PET-områder, både aseptiske og ikke-aseptiske. Den anfægtede beslutning indeholder heller ikke nogen analyse af disse potentielt meget vigtige aspekter.

303 Som en del af den analyse af den fremtidige udvikling, som Kommissionen foretog for de øvrige følsomme produkter, skulle den have forklaret, hvorfor den mulige vækst af PET-emballage til øl i 2005 ikke nødvendiggjorde en analyse af de virkninger, dette måtte have for den fusionerede enheds incitamenter til at udnytte løftestangsvirkningen for så vidt angår følsomme produkter i de fælles produktsegmenter, som defineret i Kommissionens analyse.

304 Endelig finder Retten, at sagsøgeren under retsmødet med rette rejste spørgsmålet om converterne. Eftersom converters ikke er aktive på markederne for aseptisk karton, ville den fusionerede enheds gennemførelse af en forretningspolitik, der indebærer udnyttelse af løftestangsvirkningen, ikke begrænse dem væsentligt i leveringen af færdige PET-flasker til producenter af følsomme produkter i henhold til HTW-aftaler, og eventuel levering af SBM-maskiner, som de har købt fra producenter heraf, og de vil også kunne gøre dette til de af Tetra's nuværende kunder på kartonmarkederne, som vælger at skifte en del af deres produktion til PET. Den nuværende struktur inden for industrien, navnlig den struktur, der følger af den forretningsstrategi, der er lagt af leverandørerne af PET-udstyr, om at fokusere på salg af PET-udstyr i stedet for at tilbyde hele produktionslinjer med eller uden præforme, letter converternes virksomhed, et forhold, som er anerkendt i den anfægtede beslutning (betragtning 293 og 294). Beslutningen forklarer ikke, hvorfor en væsentlig stigning frem til 2005 i den fusionerede enheds salg af hele produktionslinjer sammenlignet med det nuværende niveau (20% af Sidel's SBM-maskinsalg i 2001) skulle være tilstrækkeligt til at marginalisere converterne.

305 Kommissionen har imidlertid gjort gældende, at converterne »til en vis grad« er afhængige af Sidel med henblik på deres køb af SBM-maskiner, og at de »forsat vil være afhængige af den fusionerede enhed« (betragtning 310). Under retsmødet tilføjede Kommissionen, at fraværet af converters på kartonmarkederne er en ulempe for dem, hvis de ønsker at sælge SBM-maskiner til Tetra's nuværende kunder på kartonmarkederne. I betragtning af det nuværende konkurrenceniveau, herunder på markedet for højkapacitets-SBM-maskiner, er betragtningen om converternes afhængighed af Sidel imidlertid ikke overbevisende. Hvis den fusionerede enheds salgsbetingelser ville blive mindre attraktive, kunne converterne altid købe sådanne maskiner fra en af Sidel's konkurrenter (jf. præmis 137 ovenfor), navnlig SIG, mens SIG og Elopak også kunne tilbyde karton-udstyr, hvis converternes kunder ønsker en kombineret levering af udstyr til PET- og kartonemballering.

306 For så vidt angår markedet for højkapacitets-SBM-maskiner begrunder de oplysninger, som Kommissionen har lagt til grund, følgelig ikke konklusionen om, at såvel den fusionerede enheds konkurrenter som converterne ville blive marginaliseret frem til 2005 på grund af den fusionerede enheds udnyttelse af løftestangsvirkningen rettet mod Tetra's nuværende kunder på kartonmarkedet, som i løbet af den periode har til hensigt at skifte hele eller en del af deres produktion over til PET til emballering af følsomme produkter.

Konklusion vedrørende SBM-maskiner

307 Det skal derfor konkluderes, at den anfægtede beslutning ikke på tilstrækkelig fyldestgørende måde sandsynliggør, at den fusionerede enhed i 2005 ville opnå en

dominerende stilling på markedet for lav- og højkapacitets-SBM-maskiner, og dermed at betingelserne i forordningens artikel 2, stk. 3, vedrørende disse markeder er opfyldt.

vi) Generel konklusion vedrørende løftestangsvirkningen

308 Det følger af det foregående, at idet Kommissionen lagde vægt på virkningerne af den fusionerede enheds udnyttelse af løftestangsvirkningen med henblik på at begrunde sin konklusion om, at der ville blive skabt en dominerende stilling frem til 2005 på markederne for udstyr til PET-emballering, navnlig markederne for lav- og højkapacitets-SBM-maskiner til følsomme produkter, anlagde Kommissionen et åbenbart urigtigt skøn.

309 Eftersom betingelserne i forordningens artikel 2, stk. 3, ikke er opfyldt for så vidt angår udnyttelsen af løftestangsvirkningen, som er forudset af Kommissionen, skal det undersøges, om disse betingelser er opfyldt for så vidt angår den anden del af Kommissionens vurdering, der vedrører kartonmarkederne.

3. Anden del: reduktion af potentiel konkurrence på kartonmarkederne

a) Indledende bemærkninger

310 I den anfægtede beslutning blev det antaget, at den modificerede fusion ville gøre det muligt for Tetra at styrke »dens aktuelle dominerende stilling for kartonemballering ved at eliminere en kilde til betydelige konkurrencemæssig pression«

(betragtning 390). Nærværende sag rejser således spørgsmålet, om Kommissionen, når den har til hensigt at forbyde en fusion, fordi den vil styrke en eksisterende dominerende stilling — i nærværende sag den stilling, som den overtagende part har på markederne for aseptisk karton — som begrundelse kan henvise til elimineringen eller, som den gjorde gældende under retsmødet, i det mindste den betydelige reduktion af en potentiel, men voksende konkurrence på et nabomarked fra den overtagne virksomhed, i dette tilfælde Sidel, som indtager en betydelig stilling på PET-markederne.

311 Kommissionen har henvist til Tetra Pak II-dommene til støtte for sin vurdering af, i hvilket omfang den potentielle konkurrence ville blive svækket. Under retsmødet understregede Kommissionen, at forpligtelserne ikke på nogen måde vil fjerne de skadelige virkninger for konkurrencen af svækkelsen af denne konkurrence, og at fusionen derfor ville bevirke, at Tetra ville føle sig meget mindre truet på markederne for aseptisk karton, hvilket vil svare til en styrkelse af dens dominerende stilling, eftersom konkurrencen på disse markeder allerede er meget begrænset.

312 Retten finder i den forbindelse, at når Kommissionen lægger til grund, at der vil ske en eliminering eller væsentlig reduktion af potentiel konkurrence, selv af konkurrence, som formentlig vil vokse, med henblik på at begrunde et forbud mod en anmeldt fusion, skal de faktorer, som Kommissionen peger på med henblik på at vise styrkelsen af en dominerende stilling, hvile på fyldestgørende beviser. Det forhold alene, at den overtagende virksomhed allerede indtager en klart dominerende stilling på det pågældende marked, kan udgøre en vigtig faktor, således som anført i den anfægtede beslutning, men det er ikke i sig selv tilstrækkeligt til at begrunde en konklusion om, at en reduktion af den potentielle konkurrence, som denne virksomhed måtte stå over for, udgør en styrkelse af dens stilling.

b) Parternes argumenter

313 Ifølge sagsøgeren fastslår den anfægtede beslutning, at markederne for udstyr til PET- og kartonemballering er særskilte markeder, navnlig på grund af den nuværende svage krydselasticitet i efterspørgslen i forhold til prisen for de to materialer. Sagsøgeren har gjort gældende, at markedsførings- og barriereteknologifaktorer er, og fortsat vil være, afgørende for valget af emballeringsmateriale og hindrer en fremtidig stigning i en sådan krydspriselasticitet mellem PET og karton.

314 Kommissionens nærmere argumenter vedrørende de strategier, som Tetra kan forfølge gennem den fusionerede enhed for at styrke sin dominerende stilling på markedet for aseptisk karton, er fejlagtige. Navnlig antog Kommissionen fejlagtigt, at den fusionerede enhed ville have et incitament til ikke at sænke priserne og til at standse produktudviklingen på kartonmarkederne.

315 For så vidt angår priserne vil den anmeldte transaktion ikke have nogen betydning for den fusionerede enheds incitament til at sænke priserne for karton, for det første fordi de kunder på kartonmarkederne, der skifter til PET, kan beslutte at få deres leverancer fra Sidel's konkurrenter. For det andet vil den fusionerede enhed helt sikkert foretrække at sælge et kartonemballeringssystem frem for en SBM-maskine.

316 Heller ikke for så vidt angår produktudvikling vil fusionen påvirke omfanget af nyskabelser på kartonmarkederne. For det første vil enhver mangel på motivation til at udvikle karton i det væsentligste komme Tetra's aktuelle konkurrenter på kartonmarkederne til gode. For det andet viser tidligere erfaring, at det stærkeste incitament til udvikling af karton er kundepræferencer og markedsføringsstrategier, og ikke tilsynekomsten af PET på emballeringsmarkedet.

317 Kommissionen har gjort gældende, at den anfægtede beslutning ikke blot anfører, at den fusionerede enhed vil kunne sænke det tempo, hvormed dens magt på kartonmarkederne mindskes, men at Tetra's dominans på disse markeder »vil blive styrket« som følge af den anmeldte transaktion (betragtning 399). Under henvisning til Tetra Pak II-dommene har Kommissionen gjort gældende, at når svækkelsen af en dominerende stilling, som kunne komme en ekstern kilde til konkurrence til gode, forhindres, kan dette »styrke« en dominerende stilling i forordningens artikel 2's forstand.

318 Kommissionen har anført, at uanset det forhold, at karton- og PET-emballeringssystemer ikke tilhører samme marked, kan de konvergere i fremtiden, og der er allerede et betydeligt samspil mellem dem. I nærværende sag, hvor markederne for aseptisk karton er stærkt koncentrerede, er konkurrencen på disse markeder derfor allerede svækket i en sådan grad, at enhver yderligere reduktion, selv fra eksterne kilder, kan have en betydelige virkning. Kommissionen går ud fra, at karton og PET i fremtiden vil blive anvendt til emballering af samme produkter. PET kunne således udøve pression på markederne for aseptisk karton. Det er ikke nødvendigt, at de to materialer hører til samme relevante produktmarked.

319 For så vidt angår Tetra's prispolitik har Kommissionen gjort gældende, at den fusionerede enhed vil have en tilstrækkelig forøget kapacitet til at handle uafhængigt af sine konkurrenter. Den fusionerede enhed kunne tiltrække kunder, som ønsker at skifte fra karton til PET, og fortsat fastholde høje kartonpriser, eller endog finde det lettere at forhøje dem, end Tetra ville have været i stand til, hvis fusionen ikke havde fundet sted. Den fusionerede enhed ville under alle omstændigheder have langt mindre tilskyndelse til at konkurrere med henblik på at fastholde marginalkunder, eftersom det er sandsynligt, at de fleste af Tetra's eksisterende kunder på kartonmarkederne, som ville blive »tabt«, ville gå over til Sidel.

320 For så vidt angår omfanget af produktudvikling inden for karton ville det fremover hovedsageligt blive afgjort af konkurrencen fra PET. Når Tetra leverer en kundespecifik kartonemballage, er det med henblik på at sætte virksomhedens kunder i stand til at konkurrere med produkter emballeret i PET-flasker. Kommissionen har navnlig gjort gældende, at forbedringer i produktionshastigheden for udstyr til kartonemballering, hvis betydning er anerkendt i den uafhængige Warrick-undersøgelse, kunne gøre det muligt for Tetra nemmere at modstå den potentielle trussel, som PET udgør.

c) Rettens bemærkninger

321 Før det undersøges, i hvilken grad den potentielle konkurrence ville kunne blive elimineret eller reduceret som følge af den modificerede fusion, er det nødvendigt at vurdere relevansen af Tetra Pak II-dommene, som Kommissionen støtter sig på. Det skal indledningsvis bemærkes, at sagsøgeren ikke bestrider den anfægtede beslutnings konklusion om, at Tetra stadig indtager en dominerende stilling på markederne for aseptisk karton og en førende stilling på markederne for ikke-aseptisk karton (jf. præmis 40 ovenfor).

322 Retten finder for det første, således som det også fremgår af den anfægtede beslutning selv (betragtning 224, 226 og 227), at der i princippet ikke er noget til hinder for anvendelsen af teorien om »nære forbindelser« (»associative links«) i forbindelse med fusionskontrol, hvilken teori undtagelsesvis blev anerkendt i forbindelse med anvendelsen af artikel 82 EF i Tetra Pak II-dommene. Kommissionens analyse, der ligger til grund for den anden del af dens vurdering, vedrører styrkelsen af Tetra's nuværende stilling på markederne for aseptisk karton som følge af elimineringen af den potentielle konkurrence, som Sidel repræsenterer på nabomarkederne for udstyr til PET-emballering. Tetra Pak II-dommene vedrørte netop adfærd på markederne for ikke-aseptisk karton, som helt undtagelsesvis blev antaget at udgøre misbrug af Tetra's dominerende stilling på markederne for aseptisk karton i henhold til artikel 82 EF, eftersom de to markeder var »nært

forbundne«, og Tetra var »i en situation, der kunne sammenlignes med en dominerende stilling på alle de berørte markeder« (dom af 14.11.1996, sag C-333/94, Tetra Pak mod Kommissionen, nævnt i præmis 40 ovenfor, dommens præmis 31).

323 Henvisningen til Tetra Pak II-dommene er imidlertid ikke relevant her, fordi nærværende sag alene vedrører virkningen af elimineringen, eller den væsentlige reduktion af den potentielle konkurrence, der ifølge Kommissionen er betydelig og voksende. Det er tilstrækkeligt at bemærke i den forbindelse, at blandt de kriterier, der fremgår af forordningens artikel 2, stk. 1, som Kommissionen skal tage i betragtning ved vurderingen af anmeldte fusionstransaktioner, er »alle de berørte markeders struktur samt den [...] potentielle konkurrence fra virksomheder«. Kommissionen begik således ikke en fejl, idet den vurderede betydningen for kartonmarkederne af en reduktion af den potentielle konkurrence fra markederne for PET-udstyr. Kommission skal imidlertid påvise, at en sådan reduktion, hvis den eksisterer, ville styrke Tetra's dominerende stilling i relation til dens konkurrenter på markederne for aseptisk karton.

324 Til støtte for antagelsen om, at den konkurrencemæssige pression vil blive væsentligt mindsket som følge af den modificerede fusion, har Kommissionen hovedsagelig henvist til den væsentlige stigning, den forudser for anvendelsen af PET til emballering af følsomme produkter. Imidlertid har ovennævnte vurdering af første del af Kommissionens begrundelse vedrørende løftestangsvirkningen (jf. præmis 201-216 ovenfor) vist, at denne stigning, med undtagelse af stigningen for FFD og te- og kaffeholdige drikkevarer, sandsynligvis vil være væsentligt mindre markant end det, Kommissionen har antaget. For så vidt angår FFD og te- og kaffeholdige drikkevarer erkendes det i den anfægtede beslutning selv, at deres potentielle påvirkning af kartons stilling er mere begrænset end hvad angår andre følsomme produkter, i lyset af det forhold, at deres segmenter har »mindre« volumen (betragtning 393). Det er derfor ikke muligt på grundlag af de oplysninger, der er lagt til grund i den anfægtede beslutning, med den sikkerhed, der er nødvendig med henblik på at begrunde et forbud mod en fusion, at afgøre, om gennemførelsen af den modificerede fusion vil sætte Tetra i en situation, hvor virksomheden vil være mere uafhængig end tidligere i forhold til sine konkurrenter på markederne for aseptisk karton.

325 Retten understreger i den forbindelse, at de to faktiske omstændigheder vedrørende Tetra's fremtidige adfærd, som Kommissionen har lagt til grund med henblik på at godtgøre de negative virkninger, som den modificerede fusion antages at ville have på markederne for aseptisk karton, ikke på nogen måde er blevet godtgjort på tilstrækkeligt fyldestgørende måde. Det er således ikke blevet godtgjort, at Tetra for det tilfælde, at den konkurrencemæssige pression fra PET-markederne skulle forsvinde eller blive reduceret væsentligt, ville have et incitament til ikke at sænke priserne for kartonemballering og at standse produktudvikling.

326 For så vidt angår priskonkurrence skal det bemærkes, at den anfægtede beslutning ikke betvivlede resultaterne af den uafhængige Warrick-undersøgelse, som den henviste til, og hvorefter »PET aktuelt er 30-40% dyrere end karton«, og at »for at være konkurrencedygtig i forhold til de samlede omkostninger« måtte prisen for PET-emballage »være 5-10% lavere end omkostningerne ved aseptisk karton for at kompensere for de lavere distributionsomkostninger, der gælder for kartonsystemer« (betragtning 90).

327 For så vidt angår »mere prisfølsomme« kartonkunder, som under markedsundersøgelsen nævnte for Kommissionen, »at de kun ville overveje at skifte fra karton til PET, hvis kartonpriserne steg mærkbart, med et beløb på 20% eller mere« (betragtning 397), er det klart, at en sænkning af kartonpriserne ikke er nødvendig med henblik på at beholde dem på kartonmarkederne. Idet beslutningen blot konstaterede, at »de selvsamme prisfølsomme kunder formentlig ville blive afholdt fra at foretage et skift fra karton til PET, hvis en sænkning af kartonpriserne ville øge prisforskellen mellem en karton- og en PET-emballeringslinje« (betragtning 397), forklarer den anfægtede beslutning ikke, hvorfor Tetra ville være forpligtet til at foretage sådanne prissænkninger med henblik på at bevare disse kunder for det tilfælde, at fusionen ikke blev gennemført. Disse kunder ville ikke skifte til PET, medmindre kartonpriserne steg med 20%, eller der skete en tilsvarende reduktion af prisen for PET. Konstateringen af, at hvis fusionen ikke fandt sted, ville Tetra »forsvare sin position energisk ved i visse tilfælde at sænke kartonpriserne« (betragtning 398), er derfor ikke godtgjort på

tilstrækkelig måde. Kommissionen har gjort gældende for Retten, at når fusionen er gennemført, vil det være muligt, at Tetra vil finde det nemmere at hæve priserne på markederne for aseptisk karton for disse kunder, men den forklarer ikke, hvorfor det ikke ville gøre det muligt for Tetra's konkurrenter på kartonmarkederne, som også er aktive på PET-markedet, såsom SIG og Elopak, at drage fordel heraf.

328 For så vidt angår de drikkevareproducenter, som vil skifte fra karton til PET af forretningsmæssige grunde til trods for, at PET er betydeligt dyrere end karton, vil en sænkning af kartonpriserne ikke nødvendigvis overtale disse »ikke-prisfølsomme kunder« til at fastholde kartonemballering. Den anfægtede beslutning forklarer ikke, hvorfor virksomheder, der er aktive på markedet for PET-udstyr, som uden den modificerede fusion »forventes at konkurrere energisk for at vinde markedsandele fra karton« (betragtning 398), skulle modificere deres adfærd som følge af den pågældende fusion. Hvis pressionen fra Sidel forsvinder, forklarer den anfægtede beslutning ikke — hvis det antages, at Sidel's konkurrenter ikke bliver marginaliseret gennem en succesfuld udnyttelse af løftestangsvirkningen — hvorfor de øvrige virksomheder, der er aktive på markederne for PET-udstyr, ikke længere skulle være i stand til at markedsføre fordelene ved PET over for Tetra's kunder på kartonmarkederne. Den anfægtede beslutnings konklusion, hvorefter Tetra ville være under mindre pres for at sænke kartonpriserne, hvis virksomheden erhvervede Sidel, hviler derfor ikke på et tilstrækkeligt fyldestgørende grundlag.

329 For så vidt angår det reducerede behov, Tetra skulle have for produktudvikling efter gennemførelsen af den modificerede fusion, viser både den anfægtede beslutning og de forklaringer, der er givet i Kommissionens mundtlige og skriftlige indlæg, at aktuelt finder konkurrence på de forskellige kartonmarkeder sted hovedsageligt gennem nyskabelser. Ifølge Kommissionen viser Tetra's introduktion af »nye kartonemballager med mere brugervenlige egenskaber såsom kartonemballage med skruelågslukning« (betragtning 398), at produktudvikling er en praktisk nødvendighed. Ifølge Tetra's bemærkninger fremsat

under retsmødet, der ikke blev modsagt af Kommissionen på dette punkt, motiveres produktudviklingen ikke af pression fra markedet for PET-udstyr, men snarere af kundernes efterspørgsel efter kartonemballerede produkter. Selv hvis overtagelsen af Sidel ville medføre en formindskelse af det innovationspres, som skulle stamme fra den indirekte, men voksende, konkurrence fra markederne for PET-udstyr, forklarer den anfægtede beslutning ikke — i det mindste ikke for så vidt angår emballering til FFD og te- og kaffeholdige drikkevarer, for hvilke der forudses en ikke ubetydelig vækst frem til 2005 — hvorfor efterspørgslen fra de kunder, som ønsker at beholde karton, ikke fortsat skulle være den drivende kraft bag produktudviklingen, navnlig på markedet for aseptisk karton. Selv om Kommissionen med rette navnlig pegede på, at Tetra kan forbedre produktionshastighederne for sit kartonemballeringsudstyr, viser den anfægtede beslutning ikke, at incitamentet til at foretage en sådan forbedring skulle forsvinde alene på grund af overtagelsen af Sidel. Dette er så meget desto mindre sandsynligt, som det er ubestridt, at Tetra's aktiviteter på kartonmarkederne er særdeles rentable. Følgelig er det usandsynligt, at Tetra efter fusionen skulle være mindre tilbøjelig til at forsætte med at investere i enhver mulig produktudvikling for den række af udstyr og produkter, den tilbyder sine kunder på kartonmarkederne.

330 Denne vurdering støttes af den forsatte tilstedeværelse af den fusionerede enheds konkurrenter på markederne for aseptisk karton. Selv om Tetra's andel på dette marked aktuelt er meget høj, har Kommissionen erkendt, at virksomhedens stilling er »lidt svagere« (betragtning 220), sammenlignet med 1991. Der gives overhovedet ingen forklaring på, hvorfor Tetra's konkurrenter, navnlig SIG, der er virksomhedens »hovedkonkurrent« (betragtning 400), med en markedsandel på [10-20%], ikke skulle få fordel af en beslutning truffet af den fusionerede enhed om at udvikle produkterne mindre. Sådan en forklaring var så meget desto mere nødvendig i lyset af det forhold, at SIG navnlig er aktiv på markederne for udstyr til kartonemballering og udstyr til PET-emballering, og i modsætning til den fusionerede enhed ikke vil være undergivet nogen begrænsninger for så vidt angår kombinerede tilbud af karton og SBM-maskiner. På dette grundlag er det forhold alene, at Tetra har »knowhow« og »en teknisk overlegenhed« inden for

den aseptiske kartonsektor, og at SIG aktuelt »ikke kan matche Tetra's emballeringssystem med en fortsat aseptisk kartonrulle« (betragtning 218), ikke tilstrækkeligt til at godtgøre, at SIG, eller de øvrige konkurrenter, ikke ville kunne drage fordel af en eventuel beslutning truffet af den fusionerede enhed om at produktudvikle karton i mindre omfang. Kommissionens henvisning under retsmødet til de høje omkostninger ved produktudvikling inden for de pågældende markeder, hvilket ganske vist er relevant og formentlig korrekt, kan ikke i sig selv begrunde dens konklusion om, at Tetra's konkurrenter ikke ville kunne drage fordel af den fusionerede enheds beslutning om at produktudvikle i mindre omfang.

331 Kommissionen tog ligeledes fejl da den fandt, at bortset fra Tetra er SIG »den eneste anden virksomhed i verden, der fremstiller og sælger udstyr til både karton- og PET-emballering« (betragtning 400), eftersom det fremgår af den anfægtede beslutning (betragtning 94 og fodnote 146 ved betragtning 329), at Elopak-gruppen også kan fremstille dette i henhold til aftaler med andre selskaber, der er aktive på markederne for PET-udstyr (jf. i denne forbindelse præmis 291 ovenfor). Selv om Kommissionen var klar over, at Elopak havde denne kapacitet på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning, har den ikke forklaret, hvorfor den mente, det var irrelevant i forhold til den anfægtede beslutning.

332 Følgelig har den anfægtede beslutning ikke på tilstrækkeligt fyldestgørende måde godtgjort, at den fusionerede enhed skulle have et ringere incitament end Tetra aktuelt har til at foretage produktudvikling inden for kartonsektoren.

333 Det følger heraf, at de forhold, der er fremhævet i den anfægtede beslutning, ikke på tilstrækkeligt fyldestgørende måde godtgør, at virkningerne af den modificerede fusion for Tetra's stilling, navnlig på markederne for aseptisk karton, ved at eliminere Sidel som potentiel konkurrent, ville være af en sådan art, at betingelserne i forordningens artikel 2, stk. 3, er opfyldt. Det følger af ovenstående, at det ikke er blevet godtgjort, at den fusionerede enheds stilling ville blive styrket i forhold til dens konkurrenter på kartonmarkederne.

4. Tredje del vedrørende en generel styrkelse

334 Den sidste del af Kommissionens begrundelse vedrørende konglomeratvirkningen af den modificerede transaktion angår den stilling generelt, som den fusionerede enhed ville opnå inden for emballering af følsomme produkter, nemlig »dominerende stillinger på to nært forbundne nabomarkeder (udstyr til karton- og PET-emballering) og en betydelig stilling på et tredje marked (HDPE)« (betragtning 404). Ifølge Kommissionen ville den fusionerede enhed kunne styrke sin dominerende stilling på markederne for karton og PET ved at øge hindringerne for adgang til disse markeder og ved at marginalisere sine konkurrenter.

335 Retten konstaterer i den forbindelse, at denne del af den anfægtede beslutning vedrører den fusionerede enheds stilling inden for emballering af følsomme produkter generelt. Disse virkningerne af den anmeldte transaktion kan imidlertid ikke betragtes isoleret fra analysen i den anfægtede beslutning af de første to dele af Kommissionens vurdering. Eftersom analysen af disse to dele er behæftet med åbenbart urigtige skøn (jf. præmis 143-333 ovenfor), må den tredje del også forkastes, og det er ufornødent at vurdere den i detaljer.

5. Generel konklusion vedrørende anbringendet om manglende forudseelig konglomeratvirkning

336 Det følger af det foregående, at den anfægtede beslutning ikke på tilstrækkeligt fyldestgørende måde godtgør, at den modificerede fusion skulle give anledning til

væsentlige konkurrencebegrænsende konglomeratvirkninger. Navnlig er det ikke godtgjort, at der vil blive skabt nogen dominerende stilling på nogen af de forskellige relevante markeder for udstyr til PET-emballering, og at Tetra's aktuelle stilling på markedet for aseptisk karton skulle blive styrket. Det skal derfor konkluderes, at Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn, da den forbød den modificerede fusion på grundlag af de omstændigheder, der er henvist til i den anfægtede beslutning vedrørende forudseelig konglomeratvirkning.

III — *Samlet konklusion*

337 Følgelig skal anbringenderne om, at der ikke foreligger horisontale og vertikale konkurrencebegrænsende virkninger og konglomeratvirkninger, tages til følge, og det er ufornødent at vurdere de øvrige anbringender.

338 Følgelig annulleres den anfægtede beslutning.

**Sagens omkostninger**

339 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har tabt sagen, og sagsøgeren har nedlagt påstand om, at denne pålægges omkost-

ningerne, tilpligtes Kommissionen at bære sine egne omkostninger og at betale sagsøgerens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Første Afdeling)

1) **Kommissionens beslutning K(2001) 3345 endelig udg. af 30. oktober 2001, hvorved en fusion erklæres uforenelig med fællesmarkedet og EØS-aftalen (sag COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel), annulleres.**

2) **Kommissionen bærer sine egne omkostninger og betaler sagsøgerens omkostninger.**

Vesterdorf Pirrung Forwood

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 25. oktober 2002.

H. Jung B. Vesterdorf

Justitssekretær Præsident

Table des matières

Relevante retsregler ..... II-4390

Faktiske omstændigheder ..... II-4395

Den anfægtede beslutning ..... II-4399

Markedet for emballering af flydende levnedsmidler ..... II-4399

De relevante produktmarkeder ..... II-4400

Det relevante geografiske marked ..... II-4404

Den konkurrencemæssige vurdering af den anmeldte fusion ..... II-4404

Forpligtelserne ..... II-4414

Retsforhandlinger ..... II-4415

Parternes påstande ..... II-4419

Retlige bemærkninger ..... II-4419

I — Tilsidesættelse af retten til aktindsigt ..... II-4420

A — Parternes argumenter ..... II-4420

B — Rettens bemærkninger ..... II-4423

1. Indledende bemærkninger ..... II-4423

2. Første del af anbringendet: Ivaldi-rapporten ..... II-4424

3. Anden del af anbringendet: besvarelserne som led i markedsundersøgelsen ..... II-4426

4. Konklusion ..... II-4431

II — Anbringenderne om tilsidesættelse af forordningens artikel 2 ..... II-4432

A — Indledende bemærkninger ..... II-4432

B — Anbringendet om, at den modificerede fusion hverken horisontalt eller vertikalt har negative konkurrencemæssige virkninger ..... II-4433

1. Indledende bemærkninger ..... II-4433

2. Horisontale virkninger ..... II-4434

a) Parternes argumenter ..... II-4434

b) Rettens bemærkninger ..... II-4435

3. Vertikale virkninger ..... II-4438

a) Parternes argumenter ..... II-4438

b) Rettens bemærkninger ..... II-4439

4. Konklusion ..... II-4441

C — Anbringendet om, at der ikke er forudseelige konglomeratvirkninger ..... II-4442

1. Indledende bemærkninger ..... II-4442

2. Første del: løftestangsvirkningen ..... II-4443

a) Bemærkninger vedrørende sagens generelle kontekst ..... II-4443

i) Det tidsmæssige aspekt af konglomeratvirkninger ..... II-4444

ii) Forhold vedrørende konglomeratvirkningers særlige art ..... II-4446

b) Parternes argumenter ..... II-4450

i) Muligheden for udnyttelse af løftestangsvirkningen ..... II-4450

ii) Udelukkelsesvirkninger ..... II-4453

c) Rettens bemærkninger ..... II-4457

i) Muligheden for at udnytte løftestangsvirkningen ..... II-4458

ii) Sandsynlige vækstniveauer ..... II-4461

iii) Måder til udnyttelse af løftestangsvirkningen ..... II-4467

iv) Forudseelige konsekvenser af udnyttelse af løftestangsvirkningen på markederne for PET-udstyr bortset fra SBM-maskiner ..... II-4470

Indledende bemærkninger ..... II-4470

Barriereteknologier ..... II-4472

PET-påfyldningsmaskiner ..... II-4474

— Ikke-aseptiske PET-påfyldningsmaskiner ..... II-4475

— Aseptiske PET-påfyldningsmaskiner ..... II-4476

— Konklusion vedrøre PET-påfyldningsmaskiner ..... II-4481

Lukningssystemer til plasticflasker og øvrigt PET-udstyr ..... II-4481
Generel konklusion vedrørende markederne for andet PET-udstyr end SBM-maskiner ..... II-4482
v) Markederne for SBM-maskiner ..... II-4483
SBM-maskiners generiske karakter ..... II-4483
Forudseelige udelukkelsesvirkninger ..... II-4487
— Markedet for lavkapacitets-SBM-maskiner ..... II-4487
— Markedet for højkapacitets-SBM-maskiner ..... II-4493
Konklusion vedrørende SBM-maskiner ..... II-4502
vi) Generel konklusion vedrørende løftestangsvirkningen ..... II-4503
3. Anden del: reduktion af potentiel konkurrence på kartonmarkederne . II-4503
a) Indledende bemærkninger ..... II-4503
b) Parternes argumenter ..... II-4505
c) Rettens bemærkninger ..... II-4507
4. Tredje del vedrørende en generel styrkelse ..... II-4513
5. Generel konklusion vedrørende anbringendet om manglende forudseelig konglomeratvirkning ..... II-4513
III — Samlet konklusion ..... II-4514
Sagens omkostninger ..... II-4514