FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (första avdelningen)
den 25 oktober 2002 *

I mål T-5/02,

Tetra Laval BV, Amsterdam (Nederländerna), företrätt av advokaterna A. Vandencasteele, D. Waelbroeck, A. Weitbrecht och S. Völcker,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av A. Whelan och P. Hellström, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

* Rättegångsspråk: engelska.

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut K(2001) 3345 slutlig, av den 30 oktober 2001 att förklara en företagskoncentration oförenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalet (ärende nr COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (första avdelningen)

sammansatt av ordföranden B. Vesterdorf samt domarna J. Pirrung, och N.J. Forwood,

justitiesekreterare: byrådirektören D. Christensen,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter det muntliga förfarandet den 3 och den 4 juli 2002,

följande

Dom

Tillämpliga bestämmelser

1 I rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 395, s. 1, svensk specialutgåva, annex,

s. 16, rättad versionen enligt EGT L 257, 1990, s. 13, i dess lydelse enligt rådets förordning (EG) nr 1310/97 av den 30 juni 1997, EGT L 180, s. 1) (nedan kallad förordning nr 4064/89) föreskrivs ett system för kommissionens kontroll av företagskoncentrationer vilka har en gemenskapsdimension i den mening som avses i artikel 1.2 i förordning nr 4064/89.

2 Artikel 2 i förordning nr 4064/89 har följande lydelse:

"1. Koncentrationer som omfattas av denna förordning skall bedömas på grundval av följande bestämmelser för att fastställa om de är förenliga med den gemensamma marknaden.

När kommissionen gör sin bedömning skall den ta hänsyn till

a) behovet av att bevara och utveckla en effektiv konkurrens inom den gemensamma marknaden mot bakgrund av bl.a. strukturen på alla de berörda marknaderna och den faktiska eller potentiella konkurrensen från företag som är belägna antingen inom eller utanför gemenskapen,

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

2. En koncentration som inte skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas skall förklaras förenlig med den gemensamma marknaden.

3. En koncentration som skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas skall förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden.

..."

3 Enligt artikel 4 i förordning nr 4064/89 krävs att den part eller de parter som övertar kontrollen eller gemensamt övertar kontrollen av ett annat företag skall göra en anmälan till kommissionen senast en vecka efter det att transaktionen avslutats, medan kommissionen enligt artikel 6.1 i förordning nr 4064/89 skall pröva anmälan "så snart den har mottagits". I artikel 6.1 c jämförd med artikel 10 i samma förordning anges att kommissionen skall besluta att inleda ett förfarande mot en anmäld företagskoncentration inom en månad eller högst sex veckor om kommissionen finner att koncentrationen omfattas av denna förordning och "ger anledning till allvarliga tvivel beträffande dess förenlighet med den gemensamma marknaden".

4 Kommissionens befogenhet att fatta beslut när ett förfarande inleds med anledning av en anmälan anges i artikel 8 i förordning nr 4064/89. I punkt 3 i denna bestämmelse föreskrivs följande: "När kommissionen finner att en

koncentration uppfyller kriteriet i artikel 2.3... skall den fatta ett beslut enligt vilket koncentrationen förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden." I artikel 10.3 i förordning nr 4064/89 anges att sådana beslut skall "fattas inom högst fyra månader från dagen när förfarandet inleddes".

5 Även om det föreskrivs i artikel 7.1 i förordning nr 4064/89 att en koncentration varken får genomföras före anmälan eller innan den har förklarats förenlig med den gemensamma marknaden, kan ett offentligt bud om övertagande som har anmälts till kommissionen i enlighet med artikel 7.3 i förordning nr 4064/89 genomföras "förutsatt att förvärvaren inte utövar de rösträttigheter som följer med värdepappren i fråga eller gör det endast för att upprätthålla det fulla värdet av dessa investeringar och på grundval av en dispens som har lämnats av kommissionen enligt punkt 4".

6 Artikel 18 i förordning nr 4064/89 angående förhör med parterna och tredje man har följande lydelse:

"1. Innan kommissionen fattar beslut enligt artiklarna 7.4, 8.2, andra stycket, 8.3—8.5, 14 och 15, skall den lämna de berörda personerna, företagen och företagssammanslutningarna tillfälle att i varje skede av förfarandet fram till samrådet med den rådgivande kommittén yttra sig över de anmärkningar som framförs mot dem.

...

3. Kommissionen skall fatta sitt beslut endast på grundval av de anmärkningar beträffande vilka parterna har haft möjlighet att framföra sina synpunkter. Vid

förfarandet skall parternas rätt att gå i svaromål respekteras till fullo. Åtminstone de direkt berörda parterna skall få ta del av akten, varvid hänsyn skall tas till företagets berättigade intresse av att deras affärshemligheter skyddas.

..."

7 I artikel 13.3 i kommissionens förordning (EG) nr 447/98 av den 1 mars 1998 om anmälningar, tidsfrister och förhör enligt rådets förordning nr 4064/89 (EGT L 61, s. 1) föreskrivs följande:

"Efter att ha riktat sina invändningar till de anmälande parterna skall kommissionen på begäran ge dem tillgång till handlingarna i ärendet för att det skall vara möjligt för dem att tillvarata sina rättigheter.

Kommissionen skall på begäran också ge de andra berörda parter som har underrättats om invändningarna tillgång till handlingarna i ärendet, i den mån det är nödvändigt för att de skall kunna förbereda sina yttranden."

8 I artikel 17 i förordning nr 447/98 under rubriken "Sekretessbelagd information" anges följande:

"1. Insamlad information, inbegripet bifogade handlingar, får inte i något fall lämnas ut eller göras tillgängliga, i den mån den innehåller affärshemligheter om en person eller ett företag, inbegripet de anmälande parterna, andra berörda

parter eller om tredje man, eller annan sekretessbelagd information vars avslöjande inte anses nödvändigt av kommissionen för förfarandets syfte, eller när det rör myndigheternas interna handlingar.

2. Den part som tillkännager sina åsikter enligt bestämmelserna i detta kapitel skall tydligt ange varje material som den anser vara sekretessbelagt och skälen för detta samt tillhandahålla en separat icke-sekretessbelagd version inom den tidsfrist som fastställts av kommissionen."

Bakgrund till tvisten

9 Tetra Laval SA, ett privat bolag bildat enligt fransk rätt som helt ägs av Tetra Laval BV, ett finansbolag som tillhör koncernen Tetra Laval (nedan kallat Tetra eller sökanden) meddelade den 27 mars 2001 för koncernens räkning att ett offentligt anbudsförfarande skulle äga rum avseende köp av alla utlöpande aktier i det i Frankrike börsnoterade företaget Sidel SA. Tetra Laval SA förvärvade samma dag omkring 9,75 procent av Sidels aktiekapital från Azeo (5,56 procent) och från Sidels företagsledning (4,19 procent).

10 Anbudet avsåg kontant köp till ett pris av 50 euro per aktie och var i enlighet med fransk rätt inte förenat med några villkor. Sidels styrelse rekommenderade enhälligt att anbudet skulle accepteras och anbudet godtogs även av majoritetsaktieägarna i företaget. Commission des opérations de bourse (börskommittén) godkände den 11 april 2001 Tetra Laval SA:s och Sidels gemensamma anbudshandling (joint offer document). Efter offentliggörandet den 14 april 2001 öppnades anbudsförfarandet officiellt avseende perioden 17 april—22 maj

2001. I anbudet föreskrevs att om anbudsförfarandet lyckades skulle Tetra SA:s aktier på nytt börsnoteras under veckan som började den 11 juni 2001, med förbehåll för de begränsningar som anges i artikel 7.3 i förordning nr 4064/89.

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

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

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

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

15 Det är ostridigt mellan parterna att transaktionen (nedan kallad koncentrationen eller den anmälda koncentrationen) utgör ett förvärv i den mening som avses i artikel 3.1 b i förordning nr 4064/89 och att denna koncentration har en gemenskapsdimension i den mening som avses i artikel 1.2 i förordning nr 4064/89.

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

17 Kommissionen överlämnade den 7 september 2001, i enlighet med artikel 18 i förordningen, ett meddelande om anmärkningar i vilket den redogjorde för skälen till att den anmälda koncentrationen, vid en första anblick, borde förbjudas. Sökanden besvarade nämnda meddelande den 21 september 2001.

18 Ett ytterligare meddelande om anmärkningar angående bland annat Tetras verksamhet i HDPE-sektorn översändes till Tetra och Sidel den 24 september 2001, vilket besvarades av sökanden den 1 oktober 2001.

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

20 Den 26 september 2001 ägde ett förhör rum inför förhörsombudet i enlighet med artiklarna 14, 15 och 16 i förordning nr 447/98.

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

22 Kommissionen genomförde den 11 oktober 2001, i avvaktan på ett svar som skulle inkomma den 17 oktober, en specifik marknadsenkät avseende dessa åtaganden genom att skicka ut 51 frågeformulär till olika aktörer inom ifrågavarande ekonomiska sektor (kunder, bearbetare och konkurrenter). Kommissionen erhöll 34 svar (nedan kallade enkätsvaren) och eftersom kommissionen betraktade enkätsvaren i deras helhet som sekretessbelagda upprättade den två icke sekretessbelagda sammanfattningar som dels motsvarade kundernas och bearbetarnas svar, dels konkurrenternas svar, vilka delgavs sökanden.

23 Kommissionens slutliga utkast till beslut som även rörde åtagandena diskuterades och godkändes av den rådgivande kommittén på området för företagskoncentrationer vid dess sammanträde den 19 oktober 2001.

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

25 Det beslutet delgavs Tetra den 6 november 2001.

26 Mot bakgrund av de slutsatser som kommissionen drog i det omtvistade beslutet och efter det särskilda administrativa förfarande som inleddes den 19 november 2001 genom att ett meddelande med anmärkningar överlämnades

till Tetra fattade kommissionen den 30 januari 2002 ett beslut i vilket det redogjordes för vilka åtgärder som var nödvändiga för att återupprätta förutsättningarna för en effektiv konkurrens i enlighet med artikel 8.4 i förordningen (ärende COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel).

Det omtvistade beslutet

27 I det omtvistade beslutet beskriver kommissionen, i syfte att analysera den anmälda koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden, först sektorn för förpackning av livsmedel i flytande form, därefter undersöker den ifrågavarande varors marknader och ifrågavarande geografiska marknad och gör slutligen sin konkurrensbedömning av den anmälda koncentrationen. När analysen har slutförts företar kommissionen en värdering av åtagandenas räckvidd med hänsyn till föregående konkurrensbedömning av koncentrationen.

Sektorn för förpackning av livsmedel i flytande form

28 Kommissionen anser att "[den anmälda] koncentrationen huvudsakligen har en inverkan på konkurrensen inom [den industriella] sektorn för förpackning av livsmedel i flytande form", det vill säga huvudsakligen mejeriprodukter i flytande form, fruktjuicer och nektar (nedan kallade juice), fruktdrycker utan kolsyra, samt te- och kaffedrycker (de fyra produkterna tillsammans kallas nedan känsliga produkter), särskilt i de segment av sektorn där parterna främst är verksamma, det vill säga, "plast, särskilt PET-förpackningar och kartong" (skäl 12). Kommissionen beskriver PET som ett sätt att möjliggöra tillverkning av genomskinliga flaskor. För att kunna användas till produkter som är syre- och ljuskänsliga måste PET förbättras med hjälp av så kallad "barriärbehandling". En produktionslinje för PET-förpackningar består av tre etapper, tillverkningen av "förformer", som är plasttuber som används för att tillverka flaskor, tillverkningen av själva flaskorna med hjälp av SBM-maskiner (se punkt 13 ovan) och

slutligen tappningen av flaskorna (skäl 20). Kommissionen uppger därefter att HDPE har ett "immigt" utseende. En produktionslinje för HDPE-förpackningar motsvarar den för PET-förpackningar men kräver extrusionformblåsningsmaskiner (extrusion blow moulding machines, nedan kallade EBM-maskiner) (skäl 26). I motsats till vad som gäller plastförpackningar kännetecknas kartongförpackningar av att tillverkningen, tappningen och tillslutningen av förpackningarna är integrerade (skäl 28).

29 Kommissionen gör flera olika distinktioner, särskilt mellan de produkter som förpackas under aseptiska respektive icke aseptiska förhållanden, i enlighet med sin tidigare praxis på detta område mellan förpackningarna i sig och förpackningsmaskinerna samt mellan förpackning som utförs av producenterna av livsmedel i flytande form på plats och förpackning som ombesörjs av bearbetare (se punkt 12 ovan). Den sistnämnda distinktionens betydelse minskas dock enligt kommissionen genom att det finns "hole-through-the-wall-agreements", enligt vilka en bearbetare tillverkar flaskor i en fabrik som ligger i livsmedelsproducentens fabriks omedelbara närhet och skickar dem till livsmedelsproducentens fabrik för att denne skall utföra tappningen.

Marknaden för ifrågavarande produkter

30 Eftersom "[den anmälda] koncentrationen huvudsakligen har en inverkan på konkurrensen inom [den industriella] sektorn för förpackning av livsmedel i flytande form", koncentrerar kommissionen sin granskning på de segment av sektorn där parterna främst är verksamma, som "plast, särskilt PET-förpackningar och kartong" (skäl 12). Kommissionen anser att "uppdelning efter slutlig användning utgör ett användbart bedömningsinstrument vid studiet av marknaden för förpackningsutrustning för livsmedel i flytande form" (skäl 44). Kommissionen medgav att "de förpackningssystem där olika material används, exempelvis glas och metallburkar, utgör särskilda produktmarknader med avseende på konkurrensreglerna och att PET-förpackningssystemen följaktligen

tillhör en särskild produktmarknad" (skäl 53). Kommissionen vägrade kategoriskt att betrakta "kartong och PET som om de inte har några gemensamma segment [eller] som om det inte kan finnas någon interaktion mellan de båda materialen" (skäl 53). Kommissionen undersökte därför "interaktionen mellan dessa båda material och den kommande ökningen av PET i de segment av den slutliga användningen där kartong traditionellt används" (skäl 53).

31 Vad beträffar kartongförpackningar är dessa ogenomskinliga, och kommissionen anser att de "lämpar sig för förpackning av produkter som är syre- och ljuskänsliga men att de inte kan användas för kolsyrade drycker". Vad gäller PET-förpackningar "är dessa genomskinliga och lämpar sig för kolsyrade drycker, men hittills har de inte i lika hög grad rekommenderats för syre- och ljuskänsliga produkter" (skäl 55). Kommissionen framhöll att "PET är ett material som kan användas till förpackning av *alla* produkter som hittills har förpackats i kartong", det vill säga känsliga produkter, och den drar härav slutsatsen att "PET följaktligen kan utgöra ett konkurrerande ersättningsmaterial för alla produkter som förpackas i kartong" (skäl 57, originalets kursivering). Inte desto mindre skiljer sig dessa produkter åt sinsemellan, eftersom "produktens egna kännetecken medför att valet av förpackning blir något olika från fall till fall (juice har hög surhetsgrad medan mejeriprodukter i flytande form har låg surhetsgrad och fruktdrycker utan kolsyra och iste inte fordrar en lika kraftig barriärbehandling mot syre som juice)" (skäl 58).

32 Vad beträffar PET och den förutsedda ökade användningen av detta material när det gäller känsliga produkter, avvisar kommissionen Tetras påstående att "användningen [av PET] är mycket begränsad och den kommer inte att öka påtagligt i framtiden" (skälen 59—148). Kommissionen preciserade härvidlag att "det segment där användningen av PET har ökat mest är bordsvatten och kolsyrade drycker främst på grund av att det skett en övergång från glasförpackningar till detta material" och att "konsumenterna och producenterna uppskattar PET" (skäl 55 och fotnoten på sidan 22). Kommissionen konstaterar att "det numera är möjligt att i PET förpacka och saluföra färsk mjölk, smaksatt mjölk, iste, färsk juice, konserverad juice (varmtappad), smaksatta fruktdrycker och isotoniska drycker" och att det endast är i två segment som PET alltid ger upphov

till tekniska problem, nämligen, "aseptisk juice och aseptisk naturell UHT-mjölk" (skäl 61). Kommissionen noterade med hänvisning till de siffror som tagits fram för Tetras räkning av marknadsundersökningsbyrån Canadean att även om användningen av PET inte är särskilt stor i dag, vad gäller mejeriprodukter i flytande form och juice (det vill säga 0,5 procent i de båda segmenten år 2000), blir "bedömningen av situationen... en helt annan för fruktdrycker utan kolsyra och te- och kaffedrycker, som inte kräver samma barriäregenskaper som mejeriprodukter i flytande form och juice", och som utgör segment i vilka PET "redan har erövrat stora marknadsandelar" (skäl 69) (det vill säga 20 procent i fråga om mejeriprodukter och 25 procent i fråga om te- och kaffedrycker under år 2000).

33 Vad beträffar den period som sträcker sig från år 2000 till år 2005 kom kommissionen, efter att ha konsulterat sin egen marknadsstudie, Canadean-studien och "oberoende studier" (skäl 104), det vill säga, studier utförda av PCI, Warrick och Pictet, till slutsatsen "att det redan finns stora överlappningar mellan PET och kartong i segmenten fruktdrycker utan kolsyra och te- och kaffedrycker" och att "PET kommer att fortsätta att erövra marknadsandelar i dessa segment på kartongförpackningarnas bekostnad", i så hög grad att "enligt en försiktig uppskattning på 30 procents ökning för PET i vardera segmentet under perioden fram till år 2005, skulle detta material kunna tjäna som förpackning åt 800 miljoner liter te- och kaffedrycker (inklusive sportdrycker) och 1 miljard liter fruktdrycker utan kolsyra" (skäl 144). Kommissionen tillägger att "förbättringarna av barriärtekniken och den aseptiska tappningen av PET-flaskor borde förstärka materialets ställning i de fyra segmenten med [känsliga] produkter" och att "användningen av PET kommer att öka betydligt vad beträffar mejeriprodukter i flytande form och juice under de kommande fem åren" (skäl 146). Enligt kommissionen "är det realistiskt att utgå ifrån att PET under perioden fram till år 2005 kommer att förvärva en marknadsandel på minst 10—15 procent vad gäller färsk mjölk och 25 procent vad gäller drycker baserade på smaksatt mjölk och andra drycker" men att "det är osäkert om PET kommer att användas till UHT-mjölk (som motsvarar omkring 50 procent av den totala marknaden för mjölk inom EES)" (skäl 147). Med framhållande av PET:s "stora potential, inom segmenten nischprodukter och dyrare mjölkprodukter i aseptisk förpackning exempelvis enportionsförpackningar", anser kommissionen att "[o]m PET når upp till minst 15 procent i fråga om färsk mjölk, 25 procent i fråga om övriga mjölkbaserade drycker och endast 1 procent i fråga om UHT-mjölk under perioden fram till år 2005, kommer detta material fungera som förpackning åt omkring 3 miljarder liter per år (vilket motsvarar approx-

imativt 9 procent av den totala europeiska marknaden [för mejeriprodukter i flytande form]" (skäl 147). När det gäller juice är det enligt kommissionen "realistiskt att anta att PET kommer att uppnå en andel på minst 20 procent av den totala marknaden för juice i EES under perioden fram till år 2005", även om den ökningen främst kommer att vara följden av "en övergång från glas till PET" (skäl 148).

34 Vad angår konkurrensen mellan PET och kartong i de sektorer där överlappningar sker drar kommissionen slutsatsen att "kartong- och PET-förpackningssystemen (och följaktligen dessa båda materials förpackningsutrustning) utgör skilda produktmarknader" (skäl 163). Kommissionen konstaterade att "även om de båda systemen för närvarande inte är effektivt och omedelbart utbytbara i den utsträckning som är nödvändig för att utgöra en marknad (med andra ord är de båda systemen endast i liten mån utbytbara) kan denna situation komma att ändras i framtiden när barriärbehandlingen av PET har förbättrats och kostnaderna för de båda materialen konvergerar" (skäl 163). Konvergensen skulle kunna bli sådan att de båda systemen i framtiden skulle kunna "utgöra en enda produktmarknad med avseende på konkurrensreglerna" (skäl 163).

35 Kommissionen undersökte därefter de segment som rör "varje systems specifika utrustning" för att utröna "om det finns skilda produktmarknader" för vart och ett av dem (skäl 164).

36 Vad angår förpackningssystemen för PET, anser kommissionen när det gäller SBM-maskinerna, eftersom de känsliga produkterna har särskilda egenskaper och det finns en möjlighet till prisdiskriminering genom att "det finns sådana separata marknader för varje särskild kundgrupp beroende på användningen, särskilt i de fyra segmenten med känsliga drycker, nämligen mejeriprodukter i flytande form, juice, fruktdrycker utan kolsyra och te- och kaffedrycker" (skäl 188). När det gäller olika slags teknik för barriärbehandling, betraktas de av kommissionen som tillhörande en ny marknad men viss teknik skulle enligt kommissionen i framtiden kunna utgöra en särskild marknad (skälen 198 och 199). Det finns även två marknader för maskiner med aseptisk respektive icke aseptisk tappning av PET (skäl 204) medan PET-förformerna fortfarande utgör ytterligare en annan särskild marknad (skäl 206).

37 Vad gäller förpackningar av kartong konstaterade kommissionen att det existerar ett samförstånd om att det "finns följande fyra särskilda produktmarknader: förpackningsmaskiner för aseptisk kartong, aseptiska kartonger, förpackningsmaskiner för icke aseptisk kartong och icke aseptiska kartonger" (skäl 209).

Den ifrågavarande geografiska marknaden

38 Den relevanta geografiska marknaden definieras som EES därför att "leverantörerna [av förpackningsutrustning för PET] är verksamma på hela EES territorium och de kan tillhandahålla och tillhandahåller sin utrustning på gränsöverskridande basis" (skälen 210 och 211).

Konkurrensrättslig bedömning av den anmälda koncentrationen

39 Den konkurrensrättsliga bedömningen av koncentrationen består av en detaljerad analys (skälen 213—408), som i huvudsak har följande lydelse:

"213 Kommissionens enkät och analys har visat att koncentrationen skulle kunna förstärka Tetras dominerande ställning på marknaden för maskiner för aseptiska kartongförpackningar och skapa en dominerande ställning på marknaden för PET-förpackningsutrustning och särskilt SBM-maskiner (med liten och stor kapacitet) i segmenten 'känsliga' produkter (mejeriprodukter i flytande form, juice, fruktdrycker utan kolsyra och te- och kaffedrycker).

214 Den nya enhetens framtida dominerande ställning på två mycket närliggande marknader och dess betydande ställning på en tredje marknad (EBM-maskiner och tappningsmaskiner för HDPE-förpackningar) kan förstärka dess ställning på de båda marknaderna, skapa hinder för inträde på marknaden, reducera de befintliga konkurrenternas betydelse till ett minimum och leda till att hela marknaden inom EES för aseptiska och icke aseptiska förpackningar får en monopolliknande struktur."

40 I syfte att motivera sin bedömning konstaterade kommissionen för det första att det har skett mycket få förändringar på marknaden för kartongförpackningar sedan förstainstansrätten avkunnade sin dom av den 6 oktober 1994 i mål T-83/91, Tetrapak mot kommissionen (REG 1994, s. II-755; svensk specialutgåva, volym 16, s. 1), vilken framställdes efter överklagande genom domstolens dom av den 14 november 1996 i mål C-333/94 P, Tetra Pak mot kommissionen (REG 1996, s. I-5951) (nedan kallade domarna i målen Tetra Pak II). Kommissionen anser således att Tetra år 2000 innehade en dominerande ställning på marknaden för kartongförpackningsmaskiner och aseptiska kartonger med en marknadsandel på 80 procent (skälen 219 och 223) och en "överlägsen" ställning på marknaden för kartongförpackningsmaskiner och icke aseptiska kartonger med en marknadsandel uppgående till [50—60 procent] [1] (skälen 229 och 231). För det andra anser kommissionen, samtidigt som den erkänner att Sidel inte är dominerande på marknaden för SBM-maskiner, att företaget innehar en "överlägsen" ställning eftersom Sidel "är det enda företag som förmår tillhandahålla en fullständig uppsättning av SBM-maskiner, från maskiner med den minsta till maskiner med den största kapaciteten, och alltid med användning av den mest avancerade rotationsformingstekniken" (skäl 248). Kommissionen noterar att "betydelsen av en effektiv styrning av tappningsprocessen i kombination med sträckformblåsning i syfte att garantera rena eller ultrarena förpackningsprocesser visar sig särskilt när det gäller känsliga produkter som mjölk och juice" (skäl 249) och uppmärksammar samtidigt att Sidel tillverkar maskiner för aseptisk och icke aseptisk tappning (skäl 250) och att företaget har tillgång till en "kombinerad" innovativ teknik som gör det möjligt att i en enda maskin integrera sträckblåsning, tappning ock korkning (skäl 254). Kommissionen drar slutsatsen att Sidel har en "överlägsen ställning på marknaden för SBM-maskiner" och en "stark ställning" avseende övrig PET-förpackningsutrustning, särskilt vad gäller "maskiner för aseptisk tappning, kringutrustning och tillhörande tjänster" (skäl 259).

1 — Dolda sekretessbelagda uppgifter.

41 Vad gäller skapandet av en dominerande ställning på PET-marknaden och förstärkandet av Tetras ställning på kartongmarknaderna, rör det omtvistade beslutet, för det första, koncentrationens horisontella och vertikala verkningar, för det andra, kartongförpackningsmarknadernas hävstångseffekt på PET-marknaden, för det tredje, verkningarna på kartongförpackningsmarknaderna av att konkurrenstrycket från PET försvinner och slutligen, för det fjärde, de totala verkningarna på kartong- och PET-marknaderna.

42 Vad beträffar de horisontella verkningarna anser kommissionen att eftersom båda parterna är verksamma på tre olika produktmarknader, det vill säga "SBM-maskiner (liten kapacitet), barriärteknik och maskiner för aseptisk tappning av PET-förpackningar" (skäl 263), skulle den anmälda koncentrationen förstärka den nya enhetens ställning på dessa tre marknader. Samtidigt som kommissionen medger att nämnda ställning inte utgör en dominerande ställning, framhåller den att "en viss dominans" kan förväntas uppnås "genom den hävstångseffekt som uppnås genom den dominerande ställning som den genom koncentrationen bildade enheten har inom sektorn för aseptisk kartongförpackningsutrustning och aseptiska kartonger" (skäl 263).

43 För det andra kan, enligt kommissionen, de "omfattande vertikala verkningar" som blir resultatet av "den nya enhetens vertikala integrering avseende de tre förpackningssystemen (kartong, PET och HDPE)" medföra att oberoende bearbetare utesluts på det vertikala planet bearbetare (skäl 291). Detta uteslutande följer av den struktur som skapas genom koncentrationen (skäl 292).

I skäl 292 anges följande:

"i) Den genom koncentrationen bildade enheten är det enda vertikalt integrerade företaget för förpackning av livsmedel i flytande form i kartong (kartongförpackningsmaskiner och kartongrullar) HDPE (EBM-maskiner och HDPE-flaskor) och PET (SBM-maskiner, barriärteknik, aseptiska tappningsmaskiner, förformer och flaskor). ii) Den genom koncentrationen bildade enhetens dubbelnatur på grund av dess egenskap av både leverantör och konkurrent till

omformarna skulle kunna ge upphov till en 'distributionskonflikt' (channel conflict) på marknaden. Den genom transaktionen bildade enheten skulle kunna använda sig av sin starka ställning som leverantör av SBM-maskiner åt omformarna, vilka i viss mån är beroende av Sidel, för att höja deras kostnader och marginalisera dem på marknaden i deras egenskap av leverantörer av förformer och nyckelfärdiga installationer. Tetra/Sidel kan vara kapabelt att samtidigt erbjuda SBM-maskiner och förformer, exempelvis med hjälp av Tetras framgångsrika affärsstrategi för kartongförpackningar. Tetra/Sidel skulle nämligen kunna erbjuda SBM-maskiner till ett lågt pris och ta igen kostnaden genom att binda kunden med ett långfristigt avtal av standardtyp om leverans av förformer och barriärbehandlade förformer. Den genom transaktionen bildade enheten skulle även kunna erbjuda sina kunder nyckelfärdiga installationer utan att använda sig av omvandlare."

44 Vidare framhålls omfattningen av Tetras vertikala integrering på de kartongförpackningsmarknader där företaget har som "affärsstrategi att erbjuda sina kunder integrerade lösningar i form av maskiner och kartonger (i rullar eller uppskurna)" (skäl 296) dels på HDPE-marknaden, där företaget tillverkar flaskor av HDPE i EBM-maskiner, tack vare en allians med Graham Engineering Corporation och leverera dem till kunderna i egenskap av bearbetare via hole-through-the-wall-agreements, dels på PET-marknaden. Vad den sistnämnda marknaden beträffar noterar kommissionen att Tetra är den "tredje största oberoende leverantören av förformer i världen med en marknadsandel på 10 procent", att Tetra planerar "att tillverka ett begränsat antal färdiga PET-flaskor som förbättrats med hjälp av dess patenterade barriärteknik Glaskin" och att företaget sedan år 1999 finns "på marknaden för flasktillslutningssystem i plast via sitt dotterbolag Novembal" med "en marknadsandel i EES på [10—20 procent] år 2000" (skäl 298). Denna integrering gör att företaget skiljer sig från Sidel som "inte är ett vertikalt integrerat företag" (skäl 293). Den genom koncentrationen bildade enheten kan dock "orsaka en verksamhetskonflikt på marknaden eftersom den nya enheten skulle bli både leverantör och konkurrent till bearbetarna" (skäl 301) och den skulle kunna vara "kapabel att marginalisera bearbetarna genom att samtidigt erbjuda SBM-maskiner, förformer och nyckelfärdiga installationer" (skäl 312). Det är också möjligt att enheten skulle kunna "utmanövrera bearbetarna från denna verksamhet genom att vägra att förse dem med SBM-maskiner eller genom att åsamka dem högre kostnader och genom att gynna sin egen integrerade verksamhet" (skäl 318). När det gäller Tetras beslut att lämna marknaden för förformer förklarar kommissionen att den "inte drar slutsatsen att dessa vertikala problem i sig skulle leda till att det skapa[des] en dominerande ställning inom PET-utrustning eller förformer" (skäl 324).

45 Kommissionen redogör i detalj (skälen 325—389) för orsakerna till att den finner det bekymmersamt att den nya enheten kan utnyttja sin dominerande ställning på marknaderna "genom en hävstångseffekt" på marknaden för PET-förpackningsutrustning för att "således dominera denna marknad även i fråga om känsliga produkter" (skäl 328). Enligt kommissionen räcker det för att koncentrationen skall anses vara oförenlig med den gemensamma marknaden att Tetra/Sidel har denna möjlighet. Således härrör inte kommissionens bekymmer från Sidels nuvarande ställning på marknaden för SBM-maskiner utan från den "dominerande ställning som *Tetra* för närvarande har på *kartongförpackningsmarknaden*" (skäl 328, originalets kursivering). Kommissionen konstaterar, under åberopande särskilt av de nära sambanden mellan de båda marknaderna för tillverkning av kartongförpackningar och PET-förpackningar, att koncentrationen "skulle skapa en extremt gynnsam struktur för uppkomsten av konkurrensbegränsande verkningar, eftersom den sammanslagna enheten på en gång skulle inneha en dominerande ställning och en ledande ställning på respektive marknader" (skäl 330).

46 Kommissionens analys "kretsar kring fyra frågor" (skäl 331). För det första tillhör marknaderna för kartong- och PET-förpackningssystem "mycket närliggande produktmarknader med en gemensam kundkrets". För det andra skulle koncentrationen med hänsyn till PET:s framtida ökning i de nya segmenten för känsliga produkter göra det möjligt för den nya enheten att erhålla en dominerande ställning på PET-marknaden genom utnyttjandet av den dominerande ställning som Tetra för närvarande har på kartongmarknaderna. För det tredje skulle koncentrationen förstärka Tetras dominerande ställning på kartongmarknaderna. För det fjärde skulle kombinationen av två dominerande ställningar konsolidera den nya enhetens ställning i sektorn för förpackning av känsliga produkter, särskilt vad gäller aseptiska förpackningar, och på så sätt förstärka de båda dominerande ställningarna.

47 Kommissionen framför, i syfte att motivera sin analys, att den anmälda koncentrationen har strategisk betydelse för Tetra, att företaget skulle få kapacitet och incitament att utnyttja en hävstångseffekt, att den nya enhetens övriga konkurrenter inte skulle kunna vara jämbördiga med den på olika nivåer och slutligen att Tetra skulle kunna ägna sig åt prisdiskriminering.

48 Vad beträffar kapaciteten och incitamentet att utnyttja en hävstångseffekt, drar kommissionen slutsatsen att "den marknadsstruktur som blir följden av koncentrationen särskilt skulle främja en hävstångseffekt". I skäl 359 anges följande:

"a) Det skulle finnas en gemensam kundkrets som samtidigt skulle efterfråga kartong- och PET-förpackningssystem för förpackning av känsliga vätskor.

b) Tetra innehar en särskilt stark dominerande ställning på marknaden för aseptiska kartongförpackningar med mer än [80—90 procent] av marknaden och en kundkrets som är beroende av företaget.

c) Tetra/Sidel skulle starta med en stark ledande ställning på marknaden för PET-förpackningssystem, bland annat SBM-maskiner, med en marknadsandel i storleksordningen [60—70 procent].

d) Tetra/Sidel skulle få tillfälle att selektivt rikta sig till vissa kunder eller specifika grupper av kunder, eftersom marknadsstrukturen möjliggör prisdiskriminering.

e) Tetra/Sidel skulle i ekonomiskt hänseende få ett kraftigt incitament att utnyttja hävstångseffekter. Eftersom kartong och PET utgör substitut i tekniskt hänseende, blir en kund som övergår till PET en förlorad kartongkund antingen därför att han redan delvis har avstått från kartong eller därför att han inte har gått över till kartong i fråga om den del av Tetra/Sidels produktion som tidigare förpackades i andra material. Detta skapar ett ytterligare incitament att få kunden att bestämma sig för PET, i syfte att

kompensera denna förlust. Tetra/Sidel skulle därför, genom att använda sig av den ställning företaget för närvarande har på kartongmarknaderna, inte endast förstärka sina marknadsandel vad gäller PET, utan även neutralisera eller kompensera sina eventuella förluster på kartongförpackningsmarknaden.

f) Tetra/Sidels konkurrenter på såväl marknaden för kartongförpackningsutrustning som marknaden för PET-utrustning skulle utgöras av mycket mindre företag, bland vilka det största inte innehar mer än [10—20 procent] av marknaden för kartongförpackningsmaskiner och SBM-maskiner."

49 Det sätt på vilket hävstångseffekten utnyttjas baseras på Tetras nuvarande ställning på marknaderna för aseptisk kartong. I skäl 364 anges följande:

"Genom att på flera sätt använda sig av [denna ställning] skulle Tetra/Sidel ha möjlighet att koppla försäljningen av utrustning och förbrukningsvaror för kartongförpackningar till försäljningen av utrustning för PET-förpackningar och eventuellt också förformer (särskilt förformer som behandlats med barriärteknik). Tetra/Sidel skulle även kunna använda sig av påtryckningar eller stimulansåtgärder (som dumpningsspriser, priskrig och lojalitetsrabatter) för att deras kartongkunder skall köpa PET-utrustning och eventuellt förformer av Tetra/Sidel och inte av företagets konkurrenter eller av bearbetare."

50 Kommissionen erinrar även om att "[m]ånga kunder som fortsättningsvis kommer att behöva kartongförpackningar till en del av sin produktion kommer att tvingas eller uppmuntras att köpa både sin kartongförpackningsutrustning och sin PET-förpackningsutrustning hos samma leverantör" och "kunder som har långfristiga avtal med Tetra för att tillgodose sina behov av kartongförpackningar kommer att vara särskilt sårbara" (skäl 365) när de utsätts för sådana påtryckningar.

51 Till följd av att Tetra/Sidel använder sig av hävstångseffekten skulle dess konkurrenter kunna komma att utestängas från marknaden för SBM-maskiner för känsliga produkter av följande skäl (skäl 369):

"a) Det har föga betydelse att konkurrenterna kan fortsätta sin försäljning i de segment där det inte förekommer någon kopplad försäljning (exempelvis bordsvatten och alkoholfria kolsyrade drycker) eftersom det går att bedriva prisdiskriminering och inrikta sig på specifika grupper av kunder, vilket leder till en uppdelning av ifrågavarande marknader med hänsyn till vilken användning produkterna har. b) Segmenten känsliga produkter innehåller mycket komplexa vätskor som behöver mycket speciella produktionslinjer för PET-förpackningar, där bland annat barriärteknikn och maskiner för aseptisk tappning av maskinerna eller aseptiska SBM-maskiner [som kombinerar sträckblåsning, tappning och tillslutning] används. Konkurrenterna har inte tillräckliga skäl att investera och konkurrera i dessa sektorer med högtekniksk PET-utrustning... och skulle således utestängas från vad som kallas den nya erans PET-marknader."

52 För övrigt skulle de även kunna utestängas från "resten av SBM-maskinmarknaden" (skäl 370).

53 Detta resultat är enligt kommissionen desto mer troligt i beaktande av den svaga ställning som den nya enhetens konkurrenter har och avsaknaden av köpkraft hos konkurrenternas kunder. När det särskilt gäller nämnda konkurrenters ställning, en huvudfråga för kommissionen, konstaterar denna att även om Sidels tre konkurrenter med stor kapacitet på SBM-maskinmarknaden kan åstadkomma likvärdiga erbjudanden, kommer inte desto mindre "dessa konkurrenter inte ha den nya enhetens dominerande ställning på kartongförpackningsmarknaden" (skäl 372). Kommissionen gör följande precisering:

"SIG-koncernen, den enda av de tre konkurrenterna som kommer att vara verksam på såväl kartong- som PET-marknade[rna] kommer inte att inneha mer

än [10—20 procent] av marknaden för kartongförpackningsmaskiner och SBM-maskiner. SIG äger inte den fullständiga uppsättning av PET-utrustning som den nya enheten kommer att förfoga över och äger inte heller komponenten barriärteknik vilken är väsentlig för att ta sig in i de nya PET-produktsegmenten. Ingen annan leverantör av förpackningsutrustning kommer att kunna erbjuda både kartong- och PET-förpackningsutrustning."

54 Kommissionen drar härav slutsatsen att "genom att förena Tetra, det dominerande företaget på kartongförpackningsmarknaden, med Sidel, det främsta företaget på marknaden för PET-förpackningsutrustning, leder koncentrationsplanen till att det skapas en marknadsstruktur som ger den nya enheten motivationen och de nödvändiga redskapen för att förvandla den ledande ställning som den har på marknaden för PET-förpackningsutrustning, särskilt marknaden för de SBM-maskiner (liten och stor kapacitet) vilka används till känsliga produkter, till en dominerande ställning", vilket skulle ge "konkurrensbegränsande verkningar på hela SBM-maskinmarknaden" (skäl 389).

55 Vad angår de påstådda verkningarna på kartongförpackningsmarknaderna anser kommissionen att koncentrationen "skulle leda till att det skapas en marknadsstruktur som skulle kunna göra det möjligt för Tetra att förstärka sin nuvarande dominerande ställning på kartongförpackningsmarknaden genom att en viktig källa till konkurrenstryck elimineras", vilket skulle få "allvarliga negativa konsekvenser för kartongförpackningssektorn" (skälen 390 och 391). Kommissionen åberopar härvidlag nödvändigheten av att visa sig särskilt vaksam när det handlar om att förstärka en dominerande ställning som redan är extremt stark, såsom i förevarande mål.

56 Enligt kommissionens uppfattning skulle de företag som är verksamma inom PET-sektorn, särskilt Sidel och bearbetarna, om det inte skedde någon koncentration, fullfölja de affärsstrategier som syftar till att öka användningen av PET till nackdel för kartong. Kommissionen anser inte att Tetras argument att Sidel inte skulle vara kapabelt att påverka priset på SBM-maskiner, vilket utgör en

mycket liten del av den totala förpackningskostnaden, är relevant med motiveringen att det är den möjlighet som Tetra har att påverka priserna på såväl kartongmaskiner som kartongprodukter som är betydelsefull.

57 I avsaknad av koncentration "skulle de bolag som är verksamma inom PET förmodligen bedriva en livlig konkurrens i syfte att ta marknadsandelar från kartong" (skäl 398). Det skulle då kunna förväntas att "Tetra ohämmat försvarade sin ställning, genom att förbättra de lösningar företaget har för kartongförpackningar, genom uppfinningar, förbättrad teknik, nya former och tillslutningar på kartongförpackningar och i vissa fall en sänkning av kartongpriset", i likhet med vad Tetra tidigare gjort när företaget började producera "nya kartongförpackningar som är lättare att använda, som kartongförpackningen 'gable top' med skruvlock" (skäl 398). Koncentrationen skulle inte endast undanröja Tetras behov av att bedriva en sådan konkurrens, utan skulle utöver detta göra det möjligt för Tetra att "i stor utsträckning kontrollera övergången från kartong till PET" (skäl 399). Således skulle Tetra kunna bibehålla "sina priser på kartongförpackningar i förhållande till dessa kunder på nuvarande nivå eller på den del av produktionen som efterfrågas av kunder som inte helt eller delvis skulle kunna gå över till PET på grund av konsumenternas preferenser, kostnaderna för denna övergång och på grund av att det finns långfristiga avtal". Samtidigt skulle företaget, avseende de kunder som önskar övergå till PET, "kunna behålla sitt inflytande över deras val av förpackningsmaskin, exempelvis genom att bestämma tidpunkten för övergången genom att erbjuda dem lämpliga och skräddarsydda lösningar, vilket skulle kunna göra det möjligt för företaget att öka sin marknadsandel vad gäller PET-utrustning" (skäl 399). På så sätt skulle Tetra kunna bemöta "den stora fördel som dess främsta konkurrent SIG-koncernen har, det enda övriga bolag i världen som tillverkar och säljer både kartong- och PET-förpackningsutrustning" (skäl 400).

58 Vidare anser kommissionen att "[d]en omständigheten att den nya enheten [har] en dominerande ställning på två mycket närliggande marknader (förpackningsutrustning av kartong och PET) och en betydande närvaro på en tredje marknad (HDPE) skulle göra det möjligt för företaget att skaffa sig en särskilt stark närvaro inom de berörda sektorerna för slutprodukter (flytande mejeriprodukter, juice, fruktdrycker utan kolsyra, samt te- och kaffedrycker)" (skäl 404). Detta

skulle likaledes förstärka Tetras redan "mycket starka" ställning (skäl 407) inom sektorn för känsliga produkters förpackningar och skulle ytterligare försvåra inträdet på marknaden för Tetra/Sidels konkurrenter, vilket skulle göra det möjligt för Tetra/Sidel att "marginalis[era] [nämnda] konkurrenter och... [att] förstärk[a] sin dominerande ställning på ifrågavarande marknader för kartong- och PET-förpackningsutrustning, särskilt SBM-maskiner som används för känsliga produkter" (skäl 408).

Åtagandena

59 De åtaganden som det redogörs för i en bilaga till det omtvistade beslutet sammanfattas av kommissionen på följande sätt (skäl 410). "a) [Ö]verlåtelse av Tetras verksamhet på området för SBM-maskiner, b) överlåtelse av Tetras verksamhet på området för förformer av PET, c) bibehållande av Sidel som ett bolag skilt från Tetra Pak-bolagen och bibehållande av de korrigerande åtgärder som vidtagits i enlighet med artikel 82 i fördraget, d) beviljande av en licens för de av Sidels SBM-maskiner som är avsedda för kunder som förpackar känsliga produkter och bearbetare". Kommissionen anser att åtagandena är "otillräckliga för att lösa de största konkurrensproblem som har iakttagits på marknaderna för PET- och kartongförpackningsutrustning" (skäl 424). De föreslagna överlåtelserna av Tetras verksamhet på området för SBM-maskiner och området för förformer av PET skulle endast få "ytterst små verkningar på den nya enhetens ställning", medan licensen, särskilt med hänsyn till Sidels verksamhet på området för SBM-maskiner för känsliga produkter, inte bara skulle vara otillräcklig för att lösa nämnda problem utan inte heller utgöra någon "lämplig lösning" (skäl 424). Nämnda licens "skulle i själva verket till och med kunna införa komplexa mekanismer på marknaden som skulle leda till en artificiell reglering av denna" (skäl 424). De båda åtagandena om uppförande när det gäller att avskilja Sidels verksamhet från Tetras och att inte åsidosätta artikel 82 EG "anses som otillräckliga för att lösa de problem som skulle bli resultatet av den struktur som marknaden skulle få efter koncentrationen" (skäl 424).

60 Eftersom "åtagandena på det stora hela är otillräckliga för att lösa de konkurrensproblem som kommer att uppstå" gör kommissionen den bedömningen att åtagandena "således inte kan utgöra grund för att bevilja tillstånd" (skäl 451).

61 Följaktligen har artikel 1 i det omtvistade beslutet följande lydelse:

"Den av Tetra Laval BV den 18 maj 2000 till kommissionen anmälda företagskoncentrationen, varigenom nämnda företag skulle erhålla exklusiv kontroll över företaget Sidel SA, förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalets funktion."

Förfarande

62 Genom ansökan, som inkom till förstainstansrättens kansli den 15 januari 2002, har sökanden väckt denna talan mot det omtvistade beslutet.

63 Sökanden har även, genom en särskild handling som inkom samma dag, ingivit en begäran om skyndsam handläggning i enlighet med artikel 76 a i förstainstansrättens rättegångsregler. Kommissionen har i sitt yttrande på nämnda begäran, som inkom den 5 februari 2002, ansett denna vara befogad.

64 Förstainstansrättens första avdelning som tilldelades målet beslutade den 6 februari 2002 att handlägga målet skyndsamt.

65 Kommissionen inkom med sitt svaromål den 12 mars 2002.

66 Sökanden har, genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 19 mars 2002, väckt talan, vilken registrerades som nr T-80/02, om ogiltigförklaring av beslutet av den 30 januari 2002 (se punkt 26 ovan) och om förening av förevarande talan och talan i mål T-80/02. Tetra begärde även, genom särskild handling som inkom samma dag, att förfarandet för skyndsam handläggning skulle tillämpas i mål T-80/02, vilket kommissionen godtog i sitt yttrande på denna begäran av den 3 april 2002. Förstainstansrättens första avdelning tilldelades även detta mål.

67 Såsom en processledande åtgärd i enlighet med artikel 64.3 e i förstainstansrättens rättegångsregler anmodades parterna den 19 mars 2002 att delta i ett informellt sammanträde den 4 april 2002 inför referenten.

68 Sökanden godtog vid detta informella sammanträde att ansökan om förening av förevarande mål med mål T-80/02 skulle anses som återkallad om förhandlingarna kunde äga rum efter varandra och om domarna med tillämpning av förfarandet för skyndsam handläggning kunde meddelas samma dag. Parterna tilläts att inkomma med sina yttranden senast en vecka före förhandlingarna i dessa båda mål.

69 Den 18 april 2002 biföll förstainstansrättens första avdelning ansökan om skyndsam handläggning av mål T-80/02 och fastställde att förhandlingarna i de båda målen skulle hållas den 26 och den 27 juni 2002.

70 Efter att ha hört referentens rapport beslutade förstainstansrättens första avdelning vid sitt möte den 10 juni 2002 att inleda det muntliga förfarandet och anmodade parterna att som en processledande åtgärd, företrädesvis före sammanträdet, inom den tidsfrist som fastställts för ingivande av yttranden, eller i annat fall vid förhandlingen, besvara en rad skriftliga frågor som meddelats genom skrivelse av den 11 juni 2002 (nedan kallade de skriftliga frågorna). Kommissionen anmodades även att inge en handling.

71 Den 19 juni 2002 inkom parterna med yttrandena till förstainstansrättens kansli. Sökandens yttrande innehöll en begäran om konfidentiell behandling av vissa upplysningar som fanns i vissa dokument som ingick i handlingarna i målet, vars konfidentiella karaktär inte har bestridits av kommissionen i dess egna yttranden. Samma dag besvarade parterna också de skriftliga frågorna och kommissionen ingav den begärda handlingen.

72 Efter det att en av domarna på förstainstansrättens första avdelning fått förhinder utsåg förstainstansrättens ordförande den 24 juni 2002 domaren J. Pirrung i enlighet med artikel 32.3 i rättegångsreglerna för att komplettera domens utformning och lät flytta fram de båda planerade förhandlingarna till den 3 och den 4 juli 2002.

73 Genom skrivelse av den 24 juni 2002 kompletterade sökanden sin begäran om konfidentiell behandling av vissa upplysningar som ingick i handlingarna i målet.

74 Samma dag begärde sökanden, genom särskild skrivelse, att en handling som kommissionen redan hade en kopia av skulle läggas till handlingarna i målet. Det gäller Sidels styrelses verksamhetsrapport för räkenskapsåret 2001 (nedan kallad

Sidels verksamhetsrapport). Nämnda begäran godtogs genom beslut av den 26 juni 2002 av förstainstansrättens första avdelning.

75 Efter att ha hört referentens kompletterande rapport beslutade förstainstansrättens första avdelning, vid dess sammanträde den 27 juni 2002 att anmoda kommissionen att inge diverse handlingar, särskilt studierna av Canadean, PCI, Warrick och Pictet samt att besvara ytterligare två skriftliga frågor (nedan kallade de ytterligare skriftliga frågorna).

76 Den 1 juli 2002 inkom kommissionen med svar på de båda ytterligare skriftliga frågorna och överlämnade de begärda handlingarna. Alla dessa handlingar, med undantag av enkätsvaren, som kommissionen betraktade som sekretessbelagda, lades till handlingarna i målet.

77 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 3 och den 4 juli 2002.

78 Vid sammanträdet beslutade förstainstansrätten att sökanden skulle ges tillgång till en icke sekretessbelagd version av vissa av enkätsvaren. Fem enkätsvar av vilka det efter förstainstansrättens granskning framgick dels att de inte utgjorde svar på de ställda frågorna (fyra handlingar), dels att ett av dem klart var av helt och hållet konfidentiell karaktär (en handling), lämnades inte ut. Nämnda version av enkätsvaren, som fastställdes av förstainstansrätten i enlighet med artikel 67.3 i rättegångsreglerna lades till handlingarna i målet och en kopia överlämnades till sökanden. Förstainstansrätten beviljade sökanden, på dennas begäran, en veckas anstånd med att inge eventuella skriftliga yttranden på denna version av enkätsvaren. Genom skrivelse av den 8 juli 2002 avstod sökanden från att utnyttja denna rätt men bibehöll sin grund i sak avseende dessa handlingar.

Parternas yrkanden

79 Eftersom de villkor som uppställdes för ändring av yrkandena under det informella mötet var uppfyllda, har sökanden fortsättningsvis yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara det omtvistade beslutet, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

80 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

81 Sökanden har till stöd för sin talan väsentligen åberopat fem grunder. Vid det informella mötet den 4 april 2002 anförde sökanden att i enlighet med vad som framförts i dess skriftliga inlagor bestrider sökandet beslutet angående koncen-

trationen, såsom den ändrats genom åtagandena (nedan kallad den modifierade koncentrationen). Sökanden har härvidlag begärt att förstainstansrätten skall inrikta sin prövning på den situation som uppstått till följd av de åtaganden som sökanden har erbjudit sig att fullgöra.

82 Genom den första grunden som är av förfarandekaraktär har sökanden gjort gällande att kommissionen inte iakttog sökandens rätt att få tillgång till handlingarna i ärendet innan den fattade det omtvistade beslutet. Sökanden har i sak hävdat att kommissionen, genom att vägra att godkänna den modifierade företagskoncentrationen, har tillämpat artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 på ett felaktigt sätt. De tre grunder som har åberopats till stöd för detta baseras, för det första, på den modifierade koncentrationens påstådda avsaknad av påtagliga, horisontella och vertikala konkurrensbegränsande verkningar, för det andra, på konglomeratverkningar och, för det tredje, på en påstådd otillräcklig bedömning från kommissionens sida av åtagandena. Sökanden har vidare påstått att kommissionen har motiverat det omtvistade beslutet på ett otillräckligt sätt.

I — *Grunden om åsidosättande av rätten att få tillgång till handlingarna i ärendet*

A — *Parternas argument*

83 Sökanden har hävdat att kommissionen inte har givit företaget fullständig tillgång till handlingarna i ärendet, eftersom flera handlingar som kommissionen i stor utsträckning stöder sig på i det omtvistade beslutet för att dra slutsatser till nackdel för Tetra aldrig har delgivits företaget. Det är dels fråga om en rapport av den 10 september 2001 från en utomstående ekonomiskt sakkunnig, professor Ivaldi (nedan kallad Ivaldirapporten) angående en ekonometrisk analys av de försäljningsmarginaler som Sidel tidigare har använt sig av (nedan kallad den ekonometriska analysen), av vilken en sammanfattning på en sida har delgivits sökanden, dels gäller det enkätsvar av vilka sökanden endast har fått två

sammanfattningar. Trots Tetras begäran av den 19 oktober 2001, som syftade till att få fullständig tillgång till de sistnämnda handlingarna och inte till otillräckliga sammanfattningar, bekräftade förhörsombudet den 25 oktober 2001 kommissionens beslut att vägra tillgång till nämnda handlingar. Sökanden har hävdat att denna vägran är oförenlig med såväl kommissionens meddelande om bestämmelser för det interna förfarandet när begäran om tillgång till ärendet behandlas i fall som omfattas av artiklarna [81] och [82] i EG-fördraget, artiklarna 65 och 66 i EKSG-fördraget och rådets förordning nr 4064/89 (EGT C 23, 1997, s. 3) (nedan kallat meddelandet om tillgång till ärendet) som med rättspraxis (domstolens dom av den 25 oktober 1983 i mål 107/82, AEG mot kommissionen, REG 1983, s. 3151, punkt 23 och följande punkter; svensk specialutgåva, volym 7, s. 287, och förstainstansrättens dom av den 29 juni 1995 i mål T-30/91, Solvay mot kommissionen, REG 1995, s. II-1775, punkt 58 och följande punkter).

84 Sökanden har även framhållit att med hänsyn till den vikt som kommissionen lägger vid den ekonometriska analysen (bland annat i skäl 346 och följande skäl) har kommissionen förmodligen härvidlag baserat sig på andra handlingar än enbart Ivaldirapporten, i den del denna rapport har blivit känd för sökanden genom den sammanfattning sökanden fick tillgång till.

85 Kommissionen har gjort gällande att sökanden har fått tillgång till de delar av handlingarna i ärendet som det hänvisas till och som kommissionen baserar sig på i det omtvistade beslutet. Med hänvisning till artikel 13.3 i förordning nr 447/98 och domstolens dom av den 28 april 1999 i mål T-221/95, Endemol mot kommissionen (REG 1999, s. II-1299, punkt 65), har kommissionen hävdat att rätten att få tillgång till handlingarna i ärendet endast är berättigad i den mån den gör det möjligt för ifrågavarande företag att, mot kommissionens anmärkningar och med beaktande av de handlingar som kommissionen baserar sig på i dessa, lämna sina synpunkter angående det riktiga i anmärkningarna. Tetra har i förevarande mål haft tillfälle att lägga fram sådana synpunkter.

86 Vad för det första beträffar Ivaldirapporten har kommissionen anmärkt att sökanden under det administrativa förfarandet inte har framfört något klagomål avseende tillgången till handlingarna i ärendet när det gäller den ekonometriska

analysen och således inte längre kan påstå att dess rätt till försvar har åsidosatts. Den omständigheten att analysen i nämnda rapport är kortfattad förklaras av att det rörde sig om ett svar och en rättelse av den analys som tidigare ingivits av Tetra. Företaget har kunnat lägga fram synpunkter på denna rapport (och dess sakkunniga gjorde det under det muntliga förfarandet vid kommissionen den 26 september 2001). För övrigt utgjorde rapporten endast ett komplement till den av kommissionen utförda marknadsstudien. Även om det således fanns grund för sökandens påstående, vilket inte var fallet, skulle detta i vart fall inte utmynna i ett ogiltigförklarande av det omtvistade beslutet eftersom nämnda rapport inte hade någon inverkan på innehållet i detta beslut.

87 När det för det andra rör enkätfrågorna, har kommissionen hävdat att de likaledes är av sekundär betydelse eftersom kommissionen väsentligen grundade sig på sin egen bedömning att åtagandena var otillräckliga. För det första var kommissionen skyldig att vägra tillgång till dessa svar av sekretesskäl (domstolens dom av den 6 april 1995 i mål C-310/93 P, BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, REG 1995, s. I-865, punkt 26), för det andra hade kommissionen, även om artikel 17.2 i förordning nr 447/98 gör det möjligt för en part som inger ett yttrande att tillhandahålla en icke sekretessbelagd version av sitt svar, i vart fall, rätt att förbereda objektiva icke sekretessbelagda sammanfattningar och att begränsa sökandens tillgång till sådana sammanfattningar såsom bekräftas av domen i det ovannämnda målet Endemol mot kommissionen.

88 Vidare har kommissionen diskuterat dessa svar med sökanden vid ett sammanträde den 18 oktober 2001, under vilket sammanfattningarna gjordes tillgängliga för sökanden. Nämnda tillgång samt prövningen och bekräftelsen från förhörsombudets sida av att ifrågavarande sammanfattningar var objektiva har säkerställt ett fullständigt iakttagande av sökandens rätt till försvar. Eftersom resultaten från enkäten endast bekräftade kommissionen inledande analys, fanns i vart fall ingen anledning att dra slutsatsen att det omtvistade beslutet skulle ha fått ett annat innehåll ens om den begärda tillgången hade beviljats. Det påstådda åsidosättandet av rätten till försvar skulle således inte kunna motivera en ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet.

B — *Förstainstansrättens bedömning*

1. Inledande anmärkningar

89 Rätten konstaterar inledningsvis att tillgången till handlingar i konkurrensmål bland annat har till syfte att göra det möjligt för mottagaren av ett meddelande om anmärkningar att få kännedom om den bevisning som återfinns i kommissionens akt för att på ett ändamålsenligt sätt på grundval av denna bevisning kunna uttala sig om kommissionens slutsatser i meddelandet om anmärkningar (domstolens dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, REG 1979, s. 461, punkterna 9 och 11, svensk specialutgåva, volym 4, s. 315, domen i det ovannämnda målet BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, punkt 21, och dom av den 8 juli 1999 i mål C-51/92 P, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1999, s. I-4235, punkt 75). De allmänna rättsprinciper i gemenskapsrätten som reglerar rätten till insyn i kommissionens akt syftar således till att garantera att rätten till försvar kan utövas på ett ändamålsenligt sätt, och ifall ett beslut om överträdelse av de konkurrensregler som är tillämpliga på företag innehåller ett beslut om böter eller åligganden, kan ett åsidosättande av grundläggande gemenskapsrättsliga principer under förfarandet som ledde fram till beslutet i princip utgöra grund för ogiltigförklaring av detta beslut då beslutet innebär att det berörda företagets rätt till förvar har åsidosatts (domen i det ovannämnda målet Hercules Chemicals mot kommissionen, punkterna 76 och 77).

90 Det skall även erinras om att det för att fastställa att ett åsidosättande av rätten till försvar har skett, är tillräckligt att visa att den omständigheten att insyn i handlingarna i fråga inte getts har kunnat påverka förfarandets gång samt beslutets innehåll på ett för sökanden negativt sätt (förstainstansrättens dom av den 29 juni 1995 i mål T-36/91, ICI mot kommissionen, REG 1995, s. II-1847, punkt 78, av den 20 april 1999 i de förenade målen T-305/94—T-307/94, T-313/94—T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 och T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, REG 1999, s. II-931, punkt 1021, och domen i det ovannämnda målet Endemol mot kommissionen, punkt 87).

91 Förstainstansrätten har redan bekräftat att samma principer är tillämpliga på de förfaranden som föreskrivs i förordning nr 4064/89, även om tillämpningen av dessa principer rimligen kan göras beroende av kravet på skyndsamhet, vilket präglar den allmänna systematiken i förordningen (domen i det ovannämnda målet Endemol mot kommissionen, punkt 68).

92 Det är således i detta mål fråga om att undersöka huruvida sökandens rätt till försvar har påverkats av de omständigheter under vilka sökanden fick tillgång till vissa handlingar i kommissionens administrativa akt.

2. Grundens första del rörande Ivaldirapporten

93 I den mån kommissionens argument att invändningen om åsidosättande av rätten till försvar har åberopats för sent är hållbart, kan det inte godtas under de särskilda omständigheterna i detta mål. Sökandens påstående angående professor Ivaldis till synes mycket begränsade roll vid förhöret inför förhörsombudet har inte bestridits av kommissionen och kommissionen har inte heller besvarat ekonomernas yttrande, vilket Tetra företedde vid detta förhör. Med hänsyn till dessa omständigheter är det rimligt att dra slutsatsen att sökanden inte före antagandet av det omtvistade beslutet hade uppfattat vilken betydelse kommissionen tillskrev ekonometrianalysen i nämnda rapport.

94 Det skall, för det andra, konstateras att sökanden fick tillräcklig tillgång till Ivaldirapporten, vilket sökanden inte på allvar har bestridit. Kommissionens förklaring, enligt vilken skälet till att rapporten är kortfattad är att den utgör ett svar på en analys som sökanden själv har lagt fram, skall nämligen godtas. Härav följer att blotta existensen av andra handlingar angående den ekonometriska

analys som utförts i det omtvistade beslutet, vilka Tetra inte har haft tillgång till, skulle kunna utgöra otillräcklig tillgång till kommissionens handlingar i ärendet.

95 I detta avseende framgår det av rättspraxis att det presumeras att en handling till vilken tillgång har begärts inte existerar när den berörda institutionen har påstått att det förhåller sig på detta sätt. Det är emellertid endast fråga om en presumtion som sökanden kan kullkasta på grundval av relevanta samstämmiga uppgifter (se, för ett liknande resonemang förstainstansrättens dom av den 12 oktober 2000 i mål T-123/99, JT's Corporation mot kommissionen, REG 2000, s. II-3269, punkt 58, och av den 25 juni 2002 i mål T-311/00, British American Tobacco (Investments) mot kommissionen, REG 2002, s. II-2781, punkt 35). Det måste dock slås fast att sökanden i förevarande fall inte har lyckats kullkasta nämnda presumtion.

96 Sökanden har nämligen till stöd för sitt påstående i huvudsak åberopat detaljer i den ekonometriska analysen i det omtvistade beslutet. Det framgår dock av handlingarna i målet, särskilt av bilagorna till parternas yttranden angående de motstridande ekonometriska analyserna, att kommissionens analys till stor del har baserats på upplysningar som kommissionen erhållit av sökanden. De enda övriga upplysningar som kommissionen har tagit hänsyn till vid utformandet av de i analysen använda variablerna baseras på viss kritik som framförs av professor Ivaldi i hans rapport mot de variabler som används i Tetras analys. Denna slutsats bekräftas av själva titeln på Ivaldirapporten genom att den benämns i singularis "Note to the File/Internal" (Anteckningar till akten/intern).

97 Denna slutsats påverkas inte av sökandens argument vad gäller meddelandet om tillgång till ärendet. Det framgår nämligen tydligt att den hjälp i form av råd som professor Ivaldi tillhandahållit inte kan utgöra en utredning som måste göras tillgänglig i enlighet med punkt I B fjärde stycket i meddelandet. Vidare kan inte riktigheten av den i rapporten utförda analysen ifrågasättas genom att en grund om ett påstått åsidosättande av rätten att få tillgång till handlingar i ärendet åberopas. Följaktligen har inte kommissionen, genom att låta sig biträdas av professor Ivaldi, vid studien av de ekonometriska analyser som sökanden ingivit, underlåtit att fullgöra de skyldigheter som den åtagit sig i nämnda meddelande.

3. Grundens andra del rörande enkätsvaren

98 Vad beträffar den andra delen av grunden som rör enkätsvaren, framgår det av rättspraxis att kommissionen, vad gäller svar givna av företag som inte är parter i målet på en begäran om upplysningar från kommissionens sida, är skyldig att ta hänsyn till risken att ett företag i dominerande ställning är böjt att vidta hämndåtgärder mot konkurrenter, leverantörer eller kunder som samarbetat med kommissionen under dess undersökning (de ovannämnda domarna i målen BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, punkt 26, och Endemol mot kommissionen, punkt 66). Inför en sådan risk har företag som inte är parter i målet, vilka i samband med de enkäter som genomförs av kommissionen överlämnar handlingar vars överlämnande de bedömer skulle kunna leda till repressalier mot dem, rätt att förvänta sig att deras begäran om konfidentiell behandling respekteras.

99 Det är möjligt att det var nödvändigt, när vissa fristående producenter begärde att deras namn inte skulle avslöjas, att kommissionen inte heller avslöjade namnen på de fristående producenter som inte hade begärt konfidentiell behandling innan de besvarade kommissionens frågeformulär (den ovannämnda domen i målet Endemol mot kommissionen, punkt 70).

100 Det kan inte uteslutas att detta sekretesskrav likaledes motiverar att det upprättas icke sekretessbelagda sammanfattningar av alla ifrågavarande svar (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Endemol mot kommissionen, punkterna 71 och 72).

101 Enbart den omständigheten att det enligt artikel 17.2 i förordning nr 447/98 åläggs en skyldighet för tredje part som begär konfidentiell behandling att tydligt ange alla delar i sitt svar som den anser vara sekretessbelagda, utgör med andra ord inte något hinder för kommissionen att, i enlighet med artikel 17.1 i förordning nr 447/98 och ändamålet med artikel 287 EG, ex officio bedöma om

vissa av förfarandet berörda tredje parters affärshemligheter eller annan sekretessbelagd information riskerar att spridas, för det fall att fullständig tillgång beviljas till svaren från andra utomstående parter, som inte själva har begärt konfidentiell behandling.

102 Emellertid ankommer det på kommissionen, när den ställs inför en begäran om tillgång till handlingarna i ärendet som framförs av en anmälande part (det vill säga en berörd part i den mening som avses i artikel 18.1 i förordning nr 4064/89), att åtminstone fram till stadiet för samråd med den rådgivande kommittén i enlighet med nämnda artikel motivera varje inskränkning av denna rätt, eftersom varje undantag från rätten att få tillgång till handlingarna i ärendet måste tolkas restriktivt, särskilt när kommissionen har för avsikt att förbjuda den anmälda koncentrationen i fråga.

103 Vad gäller enkätsvaren, erinrar rätten om att Tetra endast fick tillgång till två av de av kommissionen upprättade icke sekretessbelagda sammanfattningar av alla enkätsvar, och inte till själva svaren i en eventuell icke sekretessbelagd version (se punkt 22 ovan). Kommissionen har härvidlag anmärkt att ett stort antal upphovsmän till dessa svar har begärt konfidentiell behandling, i vissa fall på grund av deras erkända rädsla för hämndåtgärder. Efter förstainstansrättens granskning i enlighet med artikel 67.3 i rättegångsreglerna har det emellertid visat sig att kommissionen inte hade erinrat de 51 adressaterna av de frågeformulär, som hörde till undersökningen, åtminstone inte i det per fax översända följebrevet till nämnda frågeformulär, om den skyldighet som följer av artikel 17.2 i förordning nr 447/98 att tydligt ange varje del av svaren som de anser vara sekretessbelagd. Trots denna försummelse innehåller 6 av totalt 30 användbara enkätsvar av 34 mottagna, en uttrycklig begäran om konfidentiell behandling. En av dem som svarat har tillhandahållit kommissionen en icke sekretessbelagd version av sitt svar i enlighet med artikel 17.2 i förordning nr 447/98.

104 Rätten skall således granska huruvida det var motiverat att kommissionen beslutade att vägra sökanden tillgång till enkätsvaren samt till en icke sekretessbelagd version av dessa och att begränsa denna tillgång till två icke sekretessbelagda sammanfattningar av svaren i deras helhet.

105 Det är viktigt att framhålla att kravet på skyndsamhet som präglar den allmänna systematiken i förordningen i sig inte kan motivera en sådan vägran som förevarande mål rör. Om kommissionen inte förfogade över den tid som behövdes för att från dem som besvarat enkäten begära en icke sekretessbelagd version av deras svar i enlighet med artikel 17.2 i förordning nr 447/98, var den inte desto mindre skyldig att uppge för sökanden på vad sätt karaktären och omfattningen av rädslan för repressalier och andra skadliga eller oönskade verkningar som de som svarat på enkäten givit uttryck för vilka endast hade begärt konfidentiell behandling, utan att tillhandahålla någon icke sekretessbelagd version av sina svar, utgjorde en tillräcklig omständighet för att motivera en vägran att ge tillgång till dessa svar, inklusive till en icke sekretessbelagd version. Om de mycket korta fristerna i den andra fasen av ett förfarande angående en koncentration, särskilt när många har begärt konfidentiell behandling, av praktiska skäl kan motivera upprättandet av icke sekretessbelagda sammanfattningar, är kommissionen fortfarande skyldig att motivera ett generell vägran att bevilja tillgång till svaren på en marknadsundersökning som företagits avseende åtaganden som föreslagits av en berörd part. Denna skyldighet gäller i än högre grad de svar som ingivits till kommissionen utan någon begäran, åtminstone inte någon formell sådan, om konfidentiell behandling.

106 Det framgår i detta avseende av förhörsombudets svar av den 25 oktober 2001 på begäran om tillgång till handlingarna i ärendet, som ingavs av sökanden den 19 oktober 2001, att kommissionens ställningstagande angående tillgång till handlingarna i ärendet är av generell karaktär i förevarande mål. Kommissionen ansåg att tillhandahållandet av sammanfattningarna av enkätsvaren, vars precisa och detaljerade karaktär intygas av förhörsombudet, medger en korrekt tillgång till handlingarna i syfte att tillvarata Tetras rätt till försvar.

107 Rätten konstaterar, för det första, att svaren i deras helhet behövde behandlas konfidentiellt särskilt med hänsyn till den omständigheten att vissa av dem som svarade på enkäten hade givit uttryck för sin rädsla för möjliga hämndåtgärder från sökandens sida vid fall av bristande iakttagelse av sekretessen avseende deras enkätsvar.

108 Eftersom förstainstansrätten själv kunde konstatera att det var fullt möjligt att få tillgång till en icke sekretessbelagd version avseende minst 30 av enkätsvaren,

som togs fram genom att sekretessbelagda uppgifter doldes, skall det för det andra prövas om sökandens rätt till försvar verkligen åsidosattes i förevarande mål genom att tillgång enbart beviljades till sammanfattningarna.

109 Rätten konstaterar att kommissionens försäkran om att den endast hänvisar till enkätsvaren i det omtvistade beslutet för att framföra en slutsats som den redan hade kommit fram till i fråga om åtaganden på andra oberoende grunder i viss mån bekräftas av ordalydelsen i det omtvistade beslutet (särskilt skälen 424 och 425). Det är inte desto mindre sant att det läggs fram minst en slutsats angående åtagandena som är negativ för sökanden och som framställs som om den var "bekräftad av marknadsanalysen" (skäl 428).

110 Rätten noterar att Tetra påpekade i en promemoria daterad den 18 oktober 2001 och i ett formellt klagomål som företaget den 19 oktober 2001 ingav till förhörsombudet att det fanns vissa brister och otydligheter i de frågeformulär som hörde till enkäten, vilka Tetra hade fått tillgång till, särskilt vad beträffar redogörelsen för det av Tetra erbjudna åtagandet om licensen avseende Sidels SBM-maskiner. I sitt svar av den 25 oktober 2001 framhöll förhörsombudet att kommissionens enkät hade utförts på ett objektivt sätt och att frågeformulären inte var vilseledande. Det påpekades likaledes att eftersom den icke sekretessbelagda texten i åtagandena hade bifogats frågeformulären var det befogat att kommissionen förväntade sig att frågeformulärens adressater skulle läsa denna text.

111 Det skall inledningsvis framhållas att både klagomålet och promemorian har bifogats och omnämnts i en fotnot i ansökan. Härav följer att den invändning som kommissionen framförde vid sammanträdet, nämligen att de synpunkter som sökanden utvecklade under sin sakframställan om den påstådda oklarhet i den femte frågan i det till kunderna utskickade frågeformuläret är nya och således inte kan upptas till sakprövning, saknar grund.

112 Sökandens påstående att frågeformulären, genom att adressaterna däri ombeds att uttala sig om huruvida åtagandena "på ett påtagligt sätt skulle försvaga" sökandenas ställning inom kartongförpackningar och "verkningsfullt undanröja" den starka ställning som skulle tillkomma den genom koncentrationen bildade enheten på marknaden för förpackning av känsliga livsmedel i flytande form, kunde missleda frågeformulärens adressater i fråga om de kriterier som uppställs i artikel 2.3 i förordning nr 4064/89, kan inte godtas. Det är tillräckligt att härvidlag slå fast att, även om vissa av dessa adressater kunde formulera sina svar och därvid basera sig på andra kriterier än dem som föreskrivs i artikel 2.3 i förordningen, var det inte nödvändigt för sökanden att få tillgång till ifrågavarande svar för att under det administrativa förfarandets gång kunna erinra kommissionen om dessa kriteriers innebörd.

113 Detta bekräftas nämligen av att Tetra, såsom företaget har erkänt i sin promemoria daterad den 18 oktober 2001, redan från början fick tillgång till de frågeformulär som skickades till kunder och bearbetare. Även om kommissionen var skyldig att ge Tetra tillgång även till det frågeformulär som skickades till dess konkurrenter, har sökanden dock erkänt vid förhandlingen, att företaget senare fick tillgång till det på annat sätt. I vart fall rör i själva verket inte Tetras påståenden, såsom Tetra även har erkänt vid förhandlingen, detta sistnämnda frågeformulär. Det framgår alltså klart att Tetra hade möjlighet att på grundval av sin tillgång till frågeformulären, och tack vare de av kommissionen upprättade sammanfattningarna av enkätsvaren, i sitt klagomål erinra förhörsombudet om kommissionens skyldighet att endast tillämpa de kriterier som uppställs i artikel 2.3 i förordningen

114 Vad gäller den påstådda missledande karaktären hos redogörelsen om Tetras åtagande avseende licensen i de till kunderna och bearbetarna utskickade frågeformulären, framgår det av lydelsen av dessa att en normalt uppmärksam adressat inte kan missledas. Även om de frågor som ställdes innehöll vissa detaljer angående licensen, vilka i extremfallet potentiellt skulle ha kunnat missleda en adressat som inte gjorde sig besväret att läsa dem mot bakgrund av den icke sekretessbelagda versionen av de bifogade åtagandena, noterar rätten att det var befogat att kommissionen utgick från att ett sådant studium företogs. Sökanden

har i förevarande mål inte visat att det för en adressat som finner dessa detaljer tvetydiga inte var tillräckligt med en enkel jämförelse med åtagandet om licensen för att få klarhet i den exakta räckvidden av detta åtagande.

115 Det framgår i vart fall inte av den icke sekretessbelagda versionen av de enkätsvar som kunderna och bearbetarna tillhandahållit att de skulle ha blivit missledda eller förvirrade när de formulerade sina svar. Vidare kan det inte utrönas ur de sammanfattningar som Tetra erhållit från kommissionen, när de studeras mot bakgrund av nämnda version av svaren, att upplysningar eller detaljer har avlägsnats vilka skulle ha kunnat vara användbara för sökanden i syfte att visa att det förelåg en sådan förvirring bland adressaterna. Denna slutsats bekräftas av Tetras beslut att avstå från att ytterligare skriftligt kommentera nämnda version av svaren under detta förfarande (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Hercules Chemicals mot kommissionen, punkt 80).

116 Slutligen framgår det inte heller av sammanfattningarna av enkätsvaren att dessa på ett oriktigt sätt återger det enda svar vars helt och hållet konfidentiella karaktär har fastslagits av förstainstansrätten (se ovan punkt 78).

117 Följaktligen har kommissionens beslut att endast bevilja Tetra tillgång till de icke sekretessbelagda enkätsvaren inte åsidosatt företagets rätt till försvar.

4. Slutsats

118 Det följer av det ovan anförda att talan inte kan vinna bifall på den grunden att rätten att få tillgång till handlingarna i målet har åsidosatts.

II — *Grunderna om åsidosättande av artikel 2 i förordningen*

A — *Inledande anmärkningar*

119 Rätten erinrar inledningsvis om att förordningens materiella regler, och i synnerhet artikel 2, tillerkänner kommissionen ett visst utrymme för skönsmässig bedömning, speciellt när det gäller ekonomiska bedömningar. Följaktligen skall gemenskapsdomstolens prövning av utövandet av denna befogenhet, som är en förutsättning för fastställandet av regler i fråga om koncentrationer, göras med beaktande av det bedömningsutrymme som bildar underlag för de normer av ekonomisk art som ingår i koncentrationsbestämmelserna (domstolens dom av den 31 mars 1998 i de förenade målen C-68/94 och C-30/95, Frankrike m.fl. mot kommissionen, nedan kallat målet Kali & Salz, REG 1998, s. I-1375, punkterna 223 och 224, förstainstansrättens dom av den 25 mars 1999 i mål T-102/96, Gencor mot kommissionen, REG 1999, s. II-753, punkterna 164 och 165, och av den 6 juni 2002 i mål T-342/99, Airtours mot kommissionen, REG 2002, s. II-2586, punkt 64.

120 Rätten erinrar även om att enligt i artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 skall en koncentration som skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas, förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden. I gengäld är kommissionen skyldig att förklara varje anmäld koncentration som omfattas av förordningens tillämpningsområde förenlig med den gemensamma marknaden så snart de två villkoren i denna bestämmelse inte är uppfyllda (förstainstansrättens dom av den 19 maj 1994 i mål T-2/93, Air France mot kommissionen, REG 1994, s. II-323, punkt 79; svensk specialutgåva, volym 15, s. 49, se även, för ett liknande resonemang, domen i de ovannämnda målen Gencor mot kommissionen, punkt 170, och Airtours mot kommissionen, punkterna 58 och 82). Om en dominerande ställning inte skapas eller förstärks skall koncentrationen därför tillåtas utan att det är nödvändigt att undersöka dess inverkan på den effektiva konkurrensen (domen i det ovannämnda målet Air France mot kommissionen, punkt 79.)

121 Det är mot bakgrund av dessa överväganden som rätten skall pröva det välgrundade i den andra, den tredje och den fjärde grund som åberopats av sökanden.

B — *Grunden om den modifierade koncentrationens konkurrensbegränsande horisontella och vertikala verkningar*

1. Inledande anmärkningar

122 Sökanden har gjort gällande att åtagandena har undanröjt alla horisontella och vertikala skadliga verkningar som eventuellt kan bli följden av den anmälda koncentrationen och som har angivits i det omtvistade beslutet. Inte desto mindre har Tetra hävdat att i den mån kommissionen formulerar vissa invändningar mot koncentrationen baserade på sådana verkningar (skälen 263—324), är dessa mot bakgrund av åtagandena helt grundlösa.

123 Enligt kommissionen begår sökanden ett misstag genom att påstå att det omtvistade beslutet innehåller invändningar av horisontell eller vertikal art. I beslutet nämns nämligen inte att en dominerande ställning skulle skapas eller förstärkas till följd av koncentrationens horisontella eller vertikala verkningar var och en för sig. Kommissionen har emellertid vidhållit att den modifierade koncentrationen kommer att få omfattande verkningar av detta slag, som sökanden inte kan vara ovetande om. Kommissionen har gjort gällande att den vid bedömningen av konglomeratverkningarna i det omtvistade beslutet på ett korrekt sätt har beaktat de återstående horisontella och vertikala verkningarna av koncentrationen, det vill säga de som förelåg efter åtagandena.

124 Förstainstansrätten konstaterar att även om kommissionen inte har baserat det omtvistade beslutet på dessa horisontella och vertikala verkningar, kvarstår dock att kommissionen tog hänsyn till dem när den drog slutsatsen att den modifierade koncentrationen skulle förbjudas. Således hävdar kommissionen i det omtvistade beslutet att den omständigheten att "en dominerande ställning förstärks eller skapas" på marknaderna för PET-utrustning, särskilt marknaden för SBM-maskiner med stor och liten kapacitet och marknaden för kartongförpackningssystem "beror på olika faktorer", inklusive "horisontella och vertikala verkningar" (skäl 262). Vidare framgår det av kommissionens yttranden, främst av dess ombuds förklaringar vid förhandlingen, att i synnerhet de farhågor som kommissionen hyste avseende marknaderna för PET-förpackningsutrustning baseras på sådana verkningar. Följaktligen skall den särskilda grund prövas som åberopats av sökanden om att en dominerande ställning skulle skapas på de sistnämnda marknaderna till följd av dessa verkningar.

2. Horisontella verkningar

a) Parternas argument

125 Sökanden har inledningsvis uppmärksammat att, även om det i det omtvistade beslutet slås fast att horisontella överlappningar kan äga rum mellan tre marknader av vilka var och en betraktas som åtskilda, det vill säga marknaderna för SBM-maskiner med liten kapacitet, maskiner för aseptisk tappning av PET-förpackningar och barriärteknik, har kommissionen inte angivit att en dominerande ställning skulle skapas eller förstärkas på någon av nämnda marknader. Det stora problem som kommissionen har identifierat i fråga om de horisontella verkningarna gäller marknaden för SBM-maskiner med liten kapacitet, men Tetras beslut om att göra sig av med Dynaplast, det vill säga dess egen verksamhet på området för SBM-maskiner, skulle lösa detta problem. Sökanden har även betonat att dess åtagande att bevilja en licens avseende Sidels SBM-maskiner ytterligare skulle försvaga Sidels hittillsvarande ställning på marknaden för SBM-maskiner med liten kapacitet.

126 Samtidigt som kommissionen medger att den modifierade koncentrationens horisontella verkningar inte i sig, det vill säga oberoende av koncentrationens övriga verkningar, skulle leda till att en dominerande ställning skapades eller förstärktes, har den hävdat att de ändå på ett påtagligt sätt skulle förstärka den nya enhetens ställning på PET-marknaden och att de inte kan undanröjas genom åtagandena. Åtagandena skulle inte heller lösa problemet med Tetras förstärkta ställning på kartongförpackningsmarknaderna, vilken enligt kommissionen skulle bli resultatet av att Sidel undanröjdes som potentiell konkurrent på den sammanlagda marknaden för förpackningssystem avseende känsliga produkter. Kommissionen har framhållit att överlåtelsen av Dynaplast endast skulle undanröja den horisontella överlappningen av Tetras verksamhet vad beträffar SBM-maskiner med liten kapacitet, medan åtagandena inte skulle ha någon verkan på Sidels överlägsna ställning vad gäller SBM-maskiner med stor kapacitet. Såväl i sitt svaromål som i sitt svar på de skriftliga frågorna har kommissionen även framhållit den förstärkning som koncentrationen tillför den nya enhetens totala ställning vad beträffar PET-utrustning, det vill säga, maskiner för aseptisk tappning av PET-förpackningar, barriärteknik och system för tillslutning av PET-flaskor.

b) Förstainstansrättens bedömning

127 Problemen med horisontell konkurrens, såsom de identifieras i det omtvistade beslutet, är tre till antalet och rör enligt vad kommissionen har uppgivit vid förhandlingen endast PET-marknaden. Det handlar om de påstådda skadliga verkningarna av den anmälda koncentrationen på marknaderna för SBM-maskiner med liten kapacitet, maskiner för aseptisk tappning av PET-förpackningar och barriärteknik. Rätten skall således pröva om det, trots åtagandena, fortfarande föreligger skadliga horisontella verkningar som kan ge stöd åt kommissionens påstående att den genom koncentrationen bildade enheten skulle kunna uppnå en dominerande ställning på PET-marknaden genom att använda dess nuvarande dominerande ställning på kartongförpackningsmarknaderna som hävstång.

128 Vad gäller SBM-maskiner med liten kapacitet skulle sökandens åtagande att göra sig av med Dynaplast på intet sätt få till följd att den marknadsandel som Sidel för närvarande innehar förstärktes. Det är således uteslutet att Sidels ställning skulle förstärkas på denna marknad och i ännu högre grad att koncentrationen på ett "påtagligt sätt" skulle kunna hämma konkurrensen på denna del av marknaden för SBM-maskiner. Det medges till och med i det omtvistade beslutet (skäl 427) att åtagandena kommer att undanröja den horisontella överlappningen vad beträffar dessa maskiner av de verksamheter som bedrivs av parterna i den anmälda koncentrationen såvitt gäller dessa maskiner. Även om de upplysningar som erhållits i enkätsvaren, vilka kommissionen hänvisar till i sitt svaromål, i detta hänseende har ett visst bevisvärde, kan kommissionen, å ena sidan, inte stödja sig på det tillskott som Dynaplast innebär för Sidels ställning på marknaden för SBM-maskiner med liten kapacitet, det vill säga nästan [20—30 procent] uttryckt i marknadsandelar (skäl 266), och, å andra sidan, vid förstainstansrätten åberopa att det i vissa enkätsvar uttalas att nämnda serie maskiner har föga betydelse och låg lönsamhet. Härutöver kan inte heller enbart den omständigheten att Tetra sedermera inte kunde finna någon köpare till Dynaplast, vilket Tetra har bekräftat i sina svar på de skriftliga frågorna och vid förhandlingen, läggas till grund för den slutsats som kommissionen kom fram till eftersom den endast bekräftar att Tetra före koncentrationen hade dålig lönsamhet och, trots en stor marknadsandel, en relativt svag ställning på marknaderna för SBM-maskiner med liten kapacitet.

129 Det är således nödvändigt att dra slutsatsen att den modifierade koncentrationen inte skulle ge upphov till någon horisontell överlappning av de verksamheter som parterna i denna koncentration bedriver på marknaden för SBM-maskiner med liten kapacitet. Denna slutsats kan inte ifrågasättas, åtminstone inte som stöd för det omtvistade beslutets giltighet, genom den hänvisning till en påstådd ny teknik, som kommissionen för första gången gör i sina svar på de skriftliga frågorna, en teknik kallad TetraFast som Tetra har utvecklat för SBM-maskiner med liten kapacitet.

130 Vad beträffar marknaden för aseptisk tappning av PET-förpackningsmaskiner konstaterar rätten att kommissionen borde ha uteslutit att det finns påtagliga och för konkurrensen skadliga horisontella verkningar. För det första förstärks genom den modifierade koncentrationen endast i relativt blygsam utsträckning

den del av enheten som bildas genom koncentrationen på denna marknad (det vill säga [0—10 procent] av maskinparken för denna maskintyp som infördes i EES år 2000) om denna del beräknas i förhållande till Sidels nuvarande ställning som uppgår till [10—20 procent] av nämnda marknad (skäl 288). Vidare finns det redan betydande konkurrenter på denna marknad, inklusive nytillkomna sådana som redan har skaffat sig en väsentlig del av försäljningen på denna marknad (det vill säga [40—50 procent]), vilket erkänns i det omtvistade beslutet (skäl 251). Den vikt kommissionen slutligen, i sina skriftliga svar och vid förhandlingen, har lagt vid den kommersiella potentialen hos maskiner av typ LFA-20, vilka kommissionen hänvisar till i beslutet (skäl 82, fotnoten på sidan 32 och skäl 202), och som kan tappa såväl PET-flaskor i HDPE under aseptiska förhållanden, kan inte utgöra stöd för dess påstående. Nämnda maskiner befinner sig fortfarande, åtminstone enligt Tetra som inte har blivit motsagd på denna punkt av kommissionen vid förhandlingen, på försöksstadiet i företaget och hos tre andra konkurrenter som också ägnar sig åt att utveckla dessa.

131 Vad beträffar marknaden för barriärteknik har kommissionen erkänt att den anmälda koncentrationens verkningar, även om de på ett påtagligt sätt förbättrar den genom koncentrationen bildade enhetens ställning, inte skulle leda till att "det skapades en dominerande ställning" (skäl 282). Kommissionen skulle knappast ha kunnat komma fram till någon annan slutsats, eftersom kombinerandet av Tetras och Sidels verksamheter på detta område endast skulle ge den nya enheten en marknadsandel i storleksordningen [10—20 procent] och detta i likhet med vad kommissionen har bekräftat i sina svar på de skriftliga frågorna, utan att ta hänsyn till de i vart fall potentiella verkningarna av att Tetra avstår från sin licens på Sealicatekniken. Dessutom har denna uppskattning av marknadsandelen bestämt bestridits av sökanden i svaren på de skriftliga frågorna. Tetra har på ett övertygande sätt förklarat att de marknadsandelar som räknats fram i förhållande till nu existerande produkter inte är särskilt pålitliga beroende på att det är fråga om nyutvecklad teknik. Dessutom har Tetra vid sammanträdet åberopat de problem som uppstått i samband med utvecklandet av plasmabarriärer såsom Sidels Actisteknik för öl, vilket för övrigt bekräftas av Sidels verksamhetsrapport. Tetra har även insisterat på den omständigheten att PET inte används i den nya barriärtekniken, särskilt inte vad gäller vissa känsliga produkter som mejeriprodukter i flytande form, utan det förutsätter utvecklingen av ett nytt konstharts. Med hänsyn till det ovan anförda konstaterar rätten att kommissionen inte har visat att det föreligger påtagliga för konkurrensen skadliga horisontella verkningar på marknaden för barriärteknik.

132 Härav följer att om åtagandena beaktas är koncentrationen för konkurrensen skadliga horisontella verkningar, vilka kommissionen hänvisar till i det omtvistade beslutet, endast mycket små, om inte obefintliga, på de olika ifrågavarande marknaderna för PET-förpackningsutrustning. Under dessa förhållanden måste den slutsatsen dras att kommissionen gjorde en uppenbart felaktig bedömning när den baserade sig på den modifierade koncentrationens horisontella verkningar för att komma till slutsatsen att den nya enheten skulle få en dominerande ställning på nämnda PET-förpackningsmarknader genom en hävstångseffekt.

3. Vertikala verkningar

a) Parternas argument

133 Sökanden har påpekat att kommissionens främsta farhågor har sin grund i den påstådda vertikala integreringen av den nya enheten på området för förpackningssystem av kartong, PET och HDPE. Eftersom Tetra/Sidel skulle få en betydande ställning på marknaden för SBM-maskiner skulle det, enligt kommissionen uppstå en distributionskonflikt (channel conflict) till följd av bearbetarnas partiella beroende av Sidel. Denna konflikt skulle göra det möjligt för den nya enheten att marginalisera bearbetarna genom att erbjuda deras kunder en helhet bestående av SBM-maskiner, förformer och nyckelinstallationer (turnkey installations), det vill säga integrerade produktionslinjer för PET-förpackningar, och på så sätt utestänga bearbetarna från denna verksamhet. Inte desto mindre har kommissionen erkänt att dessa farhågor endast skulle förverkligas om Sidel blev dominerande på marknaden för SBM-maskiner. Kommissionen har likaledes erkänt att Tetras kommersiellt motiverade beslut att lämna marknaden för förformer skulle eliminera alla de bekymmer som bearbetarna givit uttryck för, och att de befarade vertikala problemen i sig inte i något fall är tillräckliga för att den nya enheten skulle få en dominerande ställning på marknaderna för PET-utrustning eller förformer. Sökanden har härav dragit slutsatsen att den modifierade koncentrationen inte har några konkurrensbegränsande vertikala verkningar på PET-förpackningsmarknaden, att den inte förstärker Tetras redan befintliga vertikala integrering på kartongförpackningsmarknaderna och att den inte, i enlighet med vad kommissionen har erkänt, skapar någon dominerande

ställning på marknaden för EBM-maskiner för tillverkning av aseptiska HDPE-flaskor med handtag.

134 Kommissionen har vidhållit att den nya enhetens vertikala integrering skulle kunna leda till att bearbetarna utestängdes från marknaden. Även om enhetens vertikala integrering inte gjorde att enheten blev dominerande på marknaderna för förformer och PET-utrustning, skulle den genom integreringen få stora möjligheter att marginalisera bearbetarna, vilket utgör en viktig faktor när koncentrationens konglomeratverkningar skall bedömas. Åtagandena skulle inte eliminera alla dessa verkningar eftersom den nya enheten skulle kunna erbjuda ytterligare integrerade lösningar för PET utan att erbjuda förformer, exempelvis genom HTW-avtal (hole-through-the-wall-agreements). Varken den föreslagna överlåtelsen av Tetras verksamhet på området för förformer eller beviljandet av en licens för Sidels teknik skulle kunna eliminera bearbetarnas beroende av den nya enheten. De sistnämnda åtagandena skulle till och med kunna säkerställa att den nya enhetens starka ställning inom försäljning av SBM-maskiner till bearbetarna upprätthölls, eftersom det inte längre skulle finnas någon "distributionskonflikt" som skulle kunna uppmuntra dessa att köpa SBM-maskiner av Sidels konkurrenter.

b) Förstainstansrättens bedömning

135 Det skall i förväg framhållas att kommissionens bekymmer avseende den modifierade koncentrationen väsentligen rör Tetra, såsom kommissionen vid upprepade tillfällen har gjort gällande vid förhandlingen. Bekymren har sin grund i att Tetra, till skillnad från Sidel, är ett på vertikal nivå i stor utsträckning integrerat företag vad beträffar de aseptiska kartongförpackningsmarknaderna och att det följaktligen har som praxis, och har rykte om sig, att erbjuda sina kunder integrerade förpackningssystem. Enligt kommissionen skulle sökandens närvaro inom den nya enheten orsaka en betydande minskning av konkurrensen på marknaderna för PET-förpackningsutrustning.

136 Rätten konstaterar först att försäljningen av Tetras andelar på området för förformer fullständigt undanröjer det problem avseende bearbetarna som kommissionen ursprungligen framhöll.

137 Vad beträffar kommissionens oro i fråga om bearbetarna, som framförts efter det att åtagandena givits, det vill säga att det skulle bli lättare för dessa att köpa Sidel efter det att Tetra avhänt sig sina intressen på området för förformer och att den nya enhetens ställning därför skulle förstärkas, har kommissionen inte lagt fram några bevis härför i det omtvistade beslutet, med undantag av hänvisningen till enkätsvaren (skäl 428). Även om det inte kan uteslutas att vissa bearbetare kommer att vara mindre oroliga när de förser sig med SBM-maskiner hos den nya enheten om denna inte längre bedriver någon verksamhet på området för förformer, motsvarar en sådan lättnad långt ifrån en distributionskonflikt såsom den beskrivs i meddelandet om anmärkningar (punkterna 232—236 och 249 i meddelandet). Eftersom det för närvarande råder stark konkurrens på marknaden för förformer, skulle en sådan lättnad för vissa bearbetare på sin höjd i mycket liten utsträckning kunna minska möjligheterna för Sidels konkurrenter att sälja SBM-maskiner till sådana bearbetare.

138 Även om det är sant att den modifierade koncentrationen skulle göra det möjligt för Sidel att, med hjälp av Tetras närvaro på marknaden för tillslutningssystem för plastflaskor, erbjuda nästan integrerade produktionslinjer för PET-förpackningar är det uppenbart att de vertikala verkningarna av Sidels inträde på denna marknad, via den nya enheten, och att det samtidigt upphör att vara potentiell kund åt de övriga aktörer som redan är verksamma på denna marknad, med hänsyn till den relativt svaga ställning som Tetra har på nämnda marknad, endast skulle vara obetydliga. För övrigt skulle inte den modifierade koncentrationen förstärka den nya enhetens totala kapacitet, i jämförelse med den kapacitet som Sidel för närvarande har, att erbjuda sådana integrerade produktionslinjer för PET-förpackningar med hänsyn till att Tetra skulle avhända sig sin verksamhet inom förformer i PET. Härvidlag framgår det nämligen av Sidels verksamhetsrapport att nämnda produktionslinjers försäljning under år 2001 endast motsvarade 20 procent av Sidels SBM-maskinförsäljning och detta trots den påstådda "exponentiella ökning" på 30 procent under åren 1999—2000 som kommissionen har åberopat i sitt svaromål.

139 Det medges uttryckligen i det omtvistade beslutet, i fråga om de påstådda verkningarna på marknaden för EBM-maskiner, att mot bakgrund av Tetras svar från den 1 oktober 2001 på det ytterligare meddelandet om anmärkningar "skingrar de övriga operatörernas ställning farhågorna för en dominerande ställning på en potentiell marknad för maskiner avsedda för tillverkning av aseptiska [HDPE-]flaskor med handtag" (skäl 297, fotnoten på sidan 125). Det framgår alltså klart att den modifierade koncentrationen inte skulle kunna få några påtagligt skadliga verkningar för de på HDPE-marknaden verksamma bearbetarnas ställning. Denna marknad kommer att förbli en marknad med hård konkurrens även efter koncentrationen.

140 Det har följaktligen inte visats att den modifierade koncentrationen skulle medföra omfattande vertikala verkningar eller åtminstone påtagliga sådana på ifrågavarande marknader för PET-förpackningsutrustning. Under dessa förhållanden måste slutsatsen dras att kommissionen gjorde en uppenbart felaktig bedömning när den baserade sig på den modifierade koncentrationens vertikala verkningar för att komma till slutsatsen att den nya enheten skulle få en dominerande ställning på nämnda PET-marknader genom att utnyttja en hävstångseffekt.

4. Slutsats

141 Det framgår av det ovan anförda att kommissionen gjorde en uppenbart felaktig bedömning när den baserade sig på den modifierade koncentrationens horisontella och vertikala verkningar till stöd för sin bedömning att en dominerande ställning skulle skapas på ifrågavarande PET-marknader. Denna felaktiga bedömning medför emellertid inte att det omtvistade beslutet skall ogiltigförklaras eftersom de av kommissionen anförda konglomeratverkningarna i sig är tillräckliga för att motivera detta beslut.

C — *Grunden om avsaknad av förutsebara konglomeratverkningar*

1. Inledande anmärkningar

142 Det är ostridigt mellan parterna att den modifierade koncentrationen är en koncentration av konglomerattyp, det vill säga verkställd mellan företag som inte huvudsakligen har någon redan existerande konkurrensrelation, vare sig i egenskap av direkta konkurrenter eller i egenskap av leverantörer och kunder. Dessa koncentrationer medför inte några verkliga horisontella överlappningar mellan de i koncentrationen ingående parternas verksamheter eller några vertikala relationer mellan dessa parter i strikt mening. Följaktligen kan det inte generellt förutsättas att sådana koncentrationer ger upphov till konkurrensbegränsande verkningar. De kan emellertid i vissa fall komma att få sådana verkningar.

143 Kommissionen anser i det omtvistade beslutet väsentligen att den modifierade koncentrationen, på ett förutsebart sätt kommer att ge upphov till konkurrensbegränsande konglomeratverkan i tre riktningar. För det första gör koncentrationen det möjligt för den nya enheten att använda sin dominerande ställning på den totala kartongförpackningsmarknaden som hävstång för att förvärva en dominerande ställning på kartongförpackningsmarknaderna. För det andra skulle Tetras nuvarande dominerande ställning på marknaderna för aseptisk förpackningsutrustning förstärkas genom att det konkurrenshinder som utgörs av Sidel, vilket härrör från de närliggande PET-marknaderna, eliminerades. För det tredje skulle koncentrationen allmänt förstärka för den nya enhetens totala ställning på marknaderna för förpackning av känsliga produkter.

144 Kommissionen har vid förhandlingen betonat att den analys med vars hjälp den skall bedöma kommande verkningar av den anmälda koncentrationen till sin inneboende natur är framåtblickande. Kommissionen har framhållit att i ett ärende angående en koncentration som har en konglomeratverkan, har kommis-

sionen, liksom i ett ärende om klassisk horisontell koncentration, ett ansvar för att framtida konkurrensbegränsande beteenden som troligen kommer att bli följden av koncentrationen förebyggs och att dess analys av koncentrationen måste utföras med hänsyn till den anmälda koncentrationens parters befintliga medel och kapacitet. Det finns inga skäl till ett annat ställningstagande enbart av den omständigheten att i ett fall av koncentration av typen konglomerat, till skillnad från vad som gäller vid andra typer av koncentrationer, ett sådant beteende som sannolikt kommer att ge sig till känna inte är en direkt följd av sammanslagningen på en och samma marknad av marknadsandelar som hädanefter skall innehas av den nya enheten.

145 I tur och ordning skall de tre pelarna i kommissionens resonemang, det vill säga hävstångseffekten, elimineringen av den potentiella konkurrensen och en allmänn förstärkning av den nya enhetens ställning i konkurrenshänseende, prövas.

2. Den första pelaren om användandet av hävstångseffekten

a) Överväganden angående målets allmänna avgränsning

146 Rätten noterar inledningsvis att det i förordningen, särskilt i artikel 2.2 och 2.3, inte görs någon distinktion mellan å ena sidan koncentrationer som har horisontella och vertikala verkningar och å andra sidan sådan som har en konglomeratverkan. Härav följer att utan distinktion mellan dessa typer av transaktioner, kan en koncentration endast förbjudas om de båda kriterier som anges i artikel 2.3 är uppfyllda (se punkt 120 ovan). Därför skall en koncentration med konglomeratverkan, såsom alla andra koncentrationer (se punkt 120 ovan), godkännas av kommissionen om det inte har visats att den skapar eller förstärker en dominerande ställning inom den gemensamma mark-

naden eller en väsentlig del av den och medför att den effektiva konkurrensen på ett påtagligt sätt hämmas.

147 Emellertid uppstår ett visst antal specifika problem i samband med analysen av en koncentrations potentiella konkurrensbegränsande konglomeratverkningar, vilka hänför sig till koncentrationens karaktär. Dessa problem skall därför inledningsvis behandlas. Härvidlag kommer i tur och ordning konglomeratverkningarnas temporala aspekter och de aspekter som gäller konglomeratverkningarnas särskilda karaktär att studeras, vilka kan vara antingen strukturella, i den meningen att de är en direkt följd av att det skapas en ekonomisk struktur, eller beteendemässiga, i den meningen att de uppstår endast om den genom koncentrationen bildade enheten tillämpar viss handelspraxis.

i) Konglomeratverkningarnas temporala aspekter

148 Inledningsvis skall det prövas huruvida en koncentration som skapar en konkurrensstruktur som inte omedelbart leder till en dominerande ställning för den genom koncentrationen bildade enheten kan förbjudas med stöd av artikel 2.3 i förordningen när den med största sannolikhet gör det möjligt för denna enhet, genom att den förvärvande parten utnyttjar en hävstångseffekt utgående från den marknad på vilken den redan är dominerande, att i en relativt nära framtid erhålla en dominerande ställning på en annan marknad där den förvärvade parten för närvarande har en överlägsen ställning, och när ifrågavarande förvärv har påtagliga konkurrensbegränsande verkningar på de berörda marknaderna.

149 Sökanden har härvidlag framhållit det nödvändiga i att med säkerhet fastställa att koncentrationen gör det möjligt för sökanden att förvärva en dominerande ställning på ifrågavarande PET-förpackningsmarknader, det vill säga inte fastställa att en sådan ställning möjligen kan uppstå, utan förutsäga att den

omedelbart kommer att uppstå. I enlighet med vad som har framförts ovan i punkt 144 har kommissionen, med hänvisning till domen i det ovannämnda målet Kali & Salz, betonat att den analys som kommissionen är skyldig att utföra när den undersöker den anmälda koncentrationens förutsebara verkningar på referensmarknaden till sin natur måste vara framåtblickande.

150 Förstainstansrätten framhåller a priori att ett sammangående mellan två företag som är verksamma på olika marknader inte i normalfallet skapar eller förstärker en dominerande ställning så snart den har genomförts genom att de marknadsandelar som parterna har slås samman vid fusionen. De faktorer som har betydelse för konkurrenternas relativa ställning på en given marknad återfinns i allmänhet på denna marknad i sig. Dessa faktorer utgörs nämligen särskilt av de marknadsandelar som innehas av konkurrenterna och konkurrensvillkoren på nämnda marknad. Härav följer emellertid inte att konkurrensvillkoren på en marknad aldrig kan påverkas av faktorer utanför denna marknad.

151 Således kan det exempelvis inträffa, under förhållanden då ifrågavarande marknader är närliggande och en av parterna i en koncentration redan har en dominerande ställning på en av marknaderna, att de medel och den kapacitet som sammanförts genom koncentrationen omedelbart skapar förutsättningar för den nya enheten att med hjälp av en hävstångseffekt inom en relativt nära framtid skaffa sig en dominerande ställning på den andra marknaden. Detta skulle särskilt kunna bli fallet när ifrågavarande marknader har en tendens att konvergera och när, utöver en dominerande ställning som innehas av en av parterna i koncentrationen, den andra eller en av de andra parterna i koncentrationen innehar en överlägsen ställning på den andra marknaden.

152 Varje annan tolkning av artikel 2.3 i förordningen skulle riskera att beröva kommissionen möjligheten att utöva kontroll över de koncentrationer som uteslutande eller främst har en konglomeratverkan.

153 Om kommissionen, inom ramen för en framåtblickande analys av verkningarna av en koncentration av typ konglomerat, följaktligen, med anledning av de konglomeratverkningar som den konstaterar, kan dra slutsatsen att en dominerande ställning med största sannolikhet kommer att skapas eller förstärkas inom en relativt nära framtid och som kommer att få till följd att den effektiva konkurrensen på den berörda marknaden påtagligt hämmas, är den skyldig att förbjuda koncentrationen (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Kali & Saltz, punkt 221, Gencor mot kommissionen, punkt 162, och Airtours mot kommissionen, punkt 63).

ii) Aspekter avseende konglomeratverkningarnas särskilda karaktär

154 I detta sammanhang bör även en distinktion göras mellan, å ena sidan, en situation där en koncentration som har en konglomeratverkan omedelbart ändrar konkurrensvillkoren på den andra marknaden, vilket medför att en dominerande ställning skapas eller förstärks på denna genom den dominerande ställning som redan innehas på den första marknaden, och, å andra sidan, en situation där skapandet eller förstärkandet av en dominerande ställning på den andra marknaden inte är en omedelbar följd av koncentrationen utan sker först efter en viss tid och är ett resultat av den nya enhetens beteende på den första marknaden där den redan har en dominerande ställning. I det senare fallet är det inte den struktur som följer av koncentrationen i sig som skulle skapa eller förstärka en dominerande ställning, i den mening som avses i artikel 2.3 i förordningen, utan det är de ifrågavarande framtida beteendena.

155 De krav som ställs på kommissionens undersökning av den koncentration som har en konglomeratverkan är analoga med dem som fastställs av rättspraxis rörande skapandet av en kollektiv dominerande ställning (domarna i de ovannämnda målen Kali & Saltz, punkt 222, och Airtours mot kommissionen, punkt 63). Kommissionens undersökning av en koncentration, vars konkurrensbegränsande konglomeratverkan är förutsedd förutsätter en särskilt noggrann undersökning av bland annat de omständigheter som visar sig vara relevanta för bedömningen av koncentrationens verkan på konkurrensen på referensmark-

naden. I enlighet med vad förstainstansrätten redan har bekräftat har kommissionen en tung bevisbörda i de fall där den anser att en sådan koncentration skall förbjudas därför att den inom förutsebar tid kommer att skapa eller förstärka en dominerande ställning (domen i det ovannämnda målet Airtours mot kommissionen, punkt 63). Eftersom verkningarna av en koncentration av konglomerattyp ofta betraktas som neutrala, eller till och med gynnsamma, med avseende på konkurrensen på de berörda marknaderna, såsom i förevarande mål medges i den ekonomiska doktrin som nämns i de till parternas inlagor bifogade analyserna, krävs det, för att konkurrensbegränsande konglomeratverkningar skall kunna påvisas till följd av en sådan koncentration, att det görs en exakt prövning som stöds av övertygande bevis av de omständigheter som påstås ligga till grund för dessa verkningar (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Airtours mot kommissionen, punkt 63).

156 Uppkomsten, i förevarande mål, av en hävstångseffekt från marknaderna för aseptisk kartong, som beskrivs i det omtvistade beslutet, skulle ta sig uttryck i möjligheten för den nya enheten att tillämpa diverse praxis som består i att koppla ihop försäljningen av utrustning och förbrukningsvaror för kartongförpackningar med försäljningen av PET-förpackningsutrustning, inklusive tillämpning av köptvång (skälen 345 och 365), för det första, genom att enheten troligen skulle sätta dumpningspriser (predatory pricing, ovan i punkt 49 nämnda skäl 364), för det andra, genom att bedriva priskrig och, för det tredje, genom att ge lojalitetsrabatter. Genom att tillämpa denna praxis skulle den nya enheten kunna försäkra sig om att dess kunder på kartongförpackningsmarknaden i möjligaste mån tillgodosåg sina eventuella behov av PET-utrustning genom att göra sina inköp hos Sidel. I detta avseende bör noteras att det konstateras i det omtvistade beslutet att Tetra innehar en dominerande ställning på marknaderna för aseptisk kartong, det vill säga marknaderna för förpackningssystem av aseptisk kartong respektive aseptiska kartonger (skäl 231, se punkt 40 ovan) och att detta konstaterande inte har bestridits av sökanden.

157 Rätten erinrar om att så snart ett företag befinner sig i en dominerande ställning är det enligt fast rättspraxis skyldigt att i förekommande fall anpassa sitt beteende i enlighet härmed för att inte skada en effektiv konkurrens på marknaden, oavsett om kommissionen har fattat ett beslut härom eller inte (domstolens dom av den

9 november 1993 i mål 322/81, Michelin mot kommissionen, REG 1993, s. 3461, punkt 57, svensk specialutgåva, volym 7, s. 351, förstainstansrättens dom av den 10 juli 1990 i mål T-51/89, Tetra Pak mot kommissionen, REG 1990, s. II-309, punkt 23, och av den 22 mars 2000 i de förenade målen T-125/97 och T-127/97, Coca-Cola mot kommissionen, REG 2000, s. II-1733, punkt 80).

158 Rätten framhåller vidare att kommissionen, som svar på de av förstainstansrätten vid förhandlingen ställda frågorna, inte förnekade att Tetras utnyttjande av en hävstångseffekt till följd av beteenden som inledningsvis har redogjorts för ovan kunde utgöra missbruk av den redan befintliga dominerande ställning som Tetra innehar på marknaderna för aseptisk kartong. Detta skulle även, enligt de farhågor som kommissionen givit uttryck för i sitt svaromål, kunna vara fallet om den nya enheten vägrade att delta i installeringen och den eventuella omvandlingen av Sidels SBM-maskiner, vägrade att tillhandahålla service och vägrade att respektera garantierna avseende dessa maskiner när de säljs av bearbetare. Den omständigheten att ett visst beteende kan utgöra ett självständigt åsidosättande av artikel 82 EG hindrar inte att detta beteende beaktas inom ramen för kommissionens bedömning av alla sätt på vilka en koncentration möjliggör ett utnyttjande av en hävstångseffekt.

159 Rätten konstaterar härvidlag att även om det i förordning nr 4064/89 föreskrivs ett förbud mot koncentrationer som skapar eller förstärker en dominerande ställning och får verkningar som påtagligt hämmar konkurrensen, förutsätter inte dessa villkor att det visas att den genom koncentrationen bildade enheten till följd av koncentrationen har ett beteende som innebär missbruk och således är rättsstridigt. Även om det således inte kan presumeras att gemenskapsrätten inte kommer att iakttas av parterna i en koncentration av konglomerattyp kan en sådan möjlighet inte uteslutas av kommissionen vid utövandet av dess kontroll av koncentrationer. Härav följer att när kommissionen bedömer verkningarna av en sådan koncentration, och därvid grundar sig på förutsebara beteenden som i sig kan utgöra missbruk av en dominerande ställning, ankommer det på kommissionen att bedöma om det, trots förbudet mot dessa beteenden, ändå inte är sannolikt att den genom koncentrationen bildade enheten kommer att bete sig på ett sådant sätt eller om beteendets rättsstridiga karaktär och/eller risken för att ett

sådant beteende skall upptäckas tvärtom gör en sådan strategi föga trolig. Även om det inom ramen för denna bedömning är lämpligt att beakta vilka incitamenten är för konkurrensbegränsande beteenden, så som dem i förevarande mål, som för Tetra är ett resultat av förutsebara kommersiella fördelar på marknaderna för PET-utrustning (skäl 359), är kommissionen även skyldig att undersöka i vilken mån nämnda incitament skulle minska eller till och med undanröjas på grund av att ifrågavarande beteenden är rättsstridiga, sannolikt blir upptäckta, blir föremål för rättsliga åtgärder av behöriga myndigheter på såväl gemenskapsnivå som nationell nivå och på grund av de ekonomiska sanktioner som skulle kunna bli följden.

160 Eftersom kommissionen inte har gjort någon sådan bedömning i det omtvistade beslutet, följer härav att i den mån kommissionens bedömning har grundats på att det är möjligt och till och med troligt att Tetra kommer att göra sig skyldig till ett sådant beteende på marknaderna för aseptiska kartonger, kan dess slutsatser i detta hänseende inte godtas.

161 Vidare utgör även den omständigheten att sökanden i förevarande mål har föreslagit åtaganden avseende sitt framtida beteende en faktor som kommissionen med nödvändighet borde ha beaktat i syfte att bedöma om det var sannolikt att den nya enheten skulle bete sig på ett sätt som gjorde det möjligt att skapa en dominerande ställning på en eller flera av ifrågavarande marknader för PET-utrustning. Det framgår emellertid inte av det omtvistade beslutet att kommissionen beaktade betydelsen av nämnda åtagande i sin bedömning av om en sådan ställning skulle kunna skapas i framtiden genom det förutsedda utnyttjandet av hävstångseffekten.

162 Det följer av det ovan anförda att det finns anledning att pröva om kommissionen gjorde sin framåtblickande analys av en sannolik hävstångseffekt med utgångspunkt i marknaderna för aseptisk kartong, och konsekvenserna av en sådan effekt från den nya enhetens sida, på tillräckligt övertygande bevis. Inom ramen för nämnda prövning skall, i förevarande mål, hänsyn tas endast till de beteenden som — åtminstone sannolikt — inte är rättsstridiga. Eftersom den förutsedda

dominerande ställningen inte heller skulle konkretiseras förrän efter viss tid, enligt kommissionen beräknad fram till år 2005, måste kommissionens framåtblickande analys, oaktat dess utrymme för skönsmässig bedömning, vara särskilt rimlig.

b) Parternas argument

i) Möjligheten att utnyttja en hävstångseffekt

163 Sökanden har gjort gällande att kommissionen inte har visat att den nya enheten kommer att kunna utnyttja en hävstångseffekt som gör det möjligt att uppnå en dominerande ställning på marknaderna för PET-utrustning, i synnerhet på marknaderna för SBM-maskiner med liten och stor kapacitet.

164 Sökanden har i första hand framhållit att kommissionen har erkänt att förpackningsutrustning för PET och förpackningsutrustning för kartong inte är komplementära produkter i ekonomisk mening utan snarare tekniska substitut (skäl 345). I detta fall är emellertid, och tvärt emot vad kommissionen har hävdat, det ekonomiska incitamentet att utnyttja en hävstångseffekt svagare än i fallet med komplementära produkter. För det första är det uppenbart att försäljningsincitamentet kopplat till olika produkter är svagare i denna situation. För det andra skulle det i detta fall inte bli någon påtaglig överlappning av de båda produkternas kunder. För det tredje skulle den omständigheten att ifrågavarande produkter inte är komplementära utesluta att det uppstod hinder på grund av att Tetras kartongmaskiner inte är kompatibla med de SBM-maskiner som säljs av andra tillverkare än Sidel.

165 Kommissionens ställningstagande är desto mer förvånande eftersom dess beslutspraxis visar att kommissionen ständigt har grundat sig på att varorna är

komplementära för att motivera dess oro över konglomeratverkan (se, bland annat, kommissionens beslut att förklara en koncentration förenlig med den gemensamma marknaden, av den 18 januari 1991 (ärende IV/M.0050 — AT&T/NCR) (EGT C 16, 1991, s. 20), av den 13 december 1991 (ärende IV/M.164 — Mannesmann/VDO) (EGT C 88, 1992, s. 13), av den 8 november 1996 (ärende IV/M.836 — Gilette/Duracell) (EGT C 364, 1996, s. 4), av den 29 september 2000 (ärende COMP/M.1879 — Boeing /Hughes) och kommissionens beslut att förklara en koncentration oförenlig med den gemensamma marknaden av den 3 juli 2001 (ärende COMP/M.2220 — General Electric/ Honeywell)).

166 Det förefaller inte övertygande att PET-marknadernas framtida tillväxt kommer att leda till att det uppstår en hävstångseffekt. Denna tillväxt härrör inte på ett påtagligt sätt från en övergång från kartong till PET, eftersom de flesta varor som nu förpackas i PET inte kan förpackas i kartong. De varor som kan förpackas antingen i kartong eller i PET motsvarar endast 5 procent av den totala användningen av PET. Dessutom har förpackning av öl i PET de mest påtagliga utsikterna att öka på grund av att det är möjligt att förpackning av öl i glasflaskor kommer att upphöra.

167 Dessutom är de stora kunder som i de flesta fall är ensamma om att samtidigt använda både kartongförpackningar och PET-förpackningar i stånd att motstå en eventuell hävstångseffekt.

168 Kommissionen anser att strukturella förutsättningar som gynnar en hävstångseffekt skapas av koncentrationen. Härvidlag baseras den på flera faktorer, det vill säga, för det första på Tetras dominerande ställning på marknaderna för aseptisk kartong och Sidels överlägsna ställning på marknaderna för PET-förpackningsutrustning, och för det andra på den obetydliga ställning som Tetras och Sidels konkurrenter innehar på dessa marknader samt för det tredje på "fördelen av att vara den som kommer först" (first-mover advantage), vilken tillkommer den nya enheten beroende på dess starka närvaro inom segmentet känsliga produkter som

är gemensamma för kartong- och PET-marknaderna. Kommissionen har framhållit den nya enhetens, i förhållande till konkurrenterna, mycket överlägsna ekonomiska styrka, dess trots åtagandena höga nivå av vertikal integrering och denna enhets gedigna sakkunskap och know-how i segmentet aseptisk förpackning.

169 En hävstångseffekt är inte bara möjlig när ifrågavarande produkter utgör komplement i ekonomisk mening utan också när de är kommersiella komplement, det vill säga när produkterna konsumeras av samma kundkrets. Så är fallet när, som i förevarande mål, ifrågavarande produkter är närbesläktade eller tillhör mycket näraliggande marknader. Prövningen av utnyttjandet av en hävstångseffekt som inbegriper produkter som har ett nära kommersiellt samband (som whisky och gin eller vitaminer för olika fysiologiska behov) ingår i det synsätt som återfinns i rättspraxis (förstainstansrättens dom av den 12 december 1991 i mål T-30/89, Hilti mot kommissionen, REG 1991, s. II-1439, fastställd efter överklagande genom domstolens dom av den 2 mars 1994 i mål C-53/92 P, Hilti mot kommissionen, REG 1994, s. I-667, och de ovannämnda domarna i målen Tetrapak II).

170 Eftersom Tetra enlig kommissionen innehar en odiskutabelt dominerande ställning på marknaderna för aseptisk kartong och kunderna därför kommer att fortsätta att efterfråga sådana förpackningar för att kunna arbeta parallellt med nya PET-linjer under den period då övergången till PET sker, har kommissionen anfört att sökandens förmåga att genom en hävstångseffekt påverka de "förlorade kunderna" i samband med den framtida övergången till detta material är uppenbar.

171 Vad beträffar överlappningen av kunder som tillhör parterna i koncentrationen anser kommissionen att även om de flesta tillverkarna av känsliga produkter för närvarande använder kartong skulle den potentiella korspotentialen mellan förpackningar i kartong och förpackningar i PET vara i storleksordningen 100 procent för dessa produkter om det fanns barriärtekniker som medgav kommersiell användning av PET för alla dessa produkter.

172 Kommissionen har gjort gällande att den i det omtvistade beslutet angivna förväntade tillväxten hos PET (se punkterna 32 och 33 ovan) baseras på en försiktig bedömning av PCI:s, Warricks och Pictets studier (nedan kallade de oberoende studierna) och på en mängd hållbara och samstämmiga bevis som kommissionen erhållit genom sin allmänna marknadsundersökning (skälen 141—143).

173 Bland andra faktorer som kan främja utnyttjandet av en hävstångseffekt, betonar kommissionen den ledarroll som den nya enheten skulle få med avseende på den omfattande övergången från kartong, där Tetra har en dominerande nästan monopolliknande ställning i segmentet aseptisk kartong, till PET.

ii) Instängningseffekter

174 Eftersom det enligt Tetra "inte är troligt" (skäl 367) att den nya enheten kommer att använda kopplad eller grupperad försäljning, grundar sig kommissionens oro i realiteten på den nya enhetens förmåga att använda sig av indirekta metoder som "incitament" eller "påtryckningar" (skäl 364) för att stänga PET-marknaderna. Dock kan sådana metoder inte vara konkurrensbegränsande eftersom de inte har den verkan att de stänger ifrågavarande marknader för PET-utrustning för de andra konkurrenterna. Kommissionens resonemang i detta hänseende är bristfällig.

175 För det första gör kommissionen en felaktig åtskillnad mellan marknaderna med utgångspunkt i den slutprodukt som skall förpackas. Definitionen för dessa påstådda olika marknader är likaledes felaktig därför att SBM-maskinerna är generiska och kan användas för vilken som helst av de känsliga produkterna. Tetra har i detta hänseende vid förhandlingen förklarat att SBM-maskinerna kan modifieras till en låg kostnad och anpassas till den produkt som skall förpackas. De kombinerade maskinerna och maskinerna för varmtappning används mycket litet inom sektorn för känsliga produkter.

176 För det andra utgör segmentet känsliga produkter endast en liten del av hela verksamheten på PET-förpackningsområdet. Härav följer att även om den nya enheten försökte marginalisera Sidels nuvarande konkurrenter på marknaden för känsliga produkter, var den inte i stånd att på ett avgörande sätt minska deras ekonomiska resurser.

177 För det tredje skulle det vara föga troligt, även om den av kommissionen förväntade starka tillväxten är korrekt, att koncentrationen skulle kunna hindra Sidels konkurrenter, särskilt SIG, från att ha incitament att fullfölja sin expansion.

178 För det fjärde har Tetra vid förhandlingen betonat att de tekniska hindren (väsentligen barriärtekniken mot ljus och syre) inte påverkar alla känsliga produkter på samma sätt. Således innebär tekniken inte längre några problem när det gäller förpackning i PET av fruktdrycker utan kolsyra och te- och kaffedrycker. Därför är varje i segmentet för icke känsliga produkter verksam aktör kapabel att gå in i segmenten för känsliga produkter där det inte ställs några specifika tekniska krav. Vad angår de segment som berörs av barriärbehandlingen är den nödvändiga barriärtekniken inte enbart tillgänglig hos den nya enheten, eftersom denna endast innehar 10—20 procent av den specifika marknaden för denna teknik.

179 För det femte har den överlappning som föreligger mellan Tetras och Sidels kunder överskattats. De få fallen av överlappning rör kunder som har en påtaglig köpkraft, vilken tillåter att de motstår eventuella påtryckningar.

180 Kommissionen har gjort gällande att det enligt artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 inte krävs att det visas att den planerade koncentrationen leder till en definitiv utestängning av konkurrenterna. Det rättsligt relevanta kriteriet är snarare

huruvida konkurrenterna skulle bli marginaliserade, det vill säga om den nya enheten i betydande omfattning skulle kunna agera oberoende i förhållande till konkurrenter, kunder och särskilt konsumenter (dom i det ovannämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkterna 38 och 39).

181 Tetras argumentation, som syftar till att påvisa avsaknaden av åtskilda produktmarknader för SBM-maskiner för känsliga respektive icke känsliga produkter, analyseras och förkastas med rätta i det omtvistade beslutet (skälen 176—188 och 346—358). Även de SBM-maskiner som påstås vara "generiska" måste anpassas avsevärt för sin specifika användning och behöver ytterligare komplexa delar. En uppdelning av PET-utrustningsmarknaden i särskilda delmarknader genom ett särskiljande av känsliga och icke känsliga produkter är berättigad (förstainstansrättens dom av den 21 oktober 1997 i mål T-229/94, Deutsche Bahn mot kommissionen, REG 1997, s. II-1689, punkt 56).

182 Vad gäller prisdiskrimineringen har kommissionen gjort gällande att det framgår av bevis som lagts fram att prisdiskriminering i förhållande till den slutliga användningen redan har praktiserats av Sidel.

183 I det omtvistade beslutet konstateras med rätta att det skulle kunna förhålla sig så att konkurrenterna inte längre är motiverade att utöka sin verksamhet inom sektorn för känsliga produkter. Nästan hela marknaden för PET-utrustning har ännu inte öppnats för dem eftersom marknaderna för SBM-maskiner i hög grad koncentreras till Sidel som innehar en marknadsandel på 60—70 procent. De konkurrenter som skulle finnas kvar efter koncentrationen skulle inte kunna stärka sin närvaro inom sektorn för känsliga produkter på grund av inträdeshinder av teknisk, kommersiell och strategisk natur.

184 Vad gäller barriärtekniken räknar kommissionen upp flera ytterligare komponenter som enligt kommissionen är nödvändiga för att en SBM-maskin skall kunna användas i en PET-kedja för känsliga produkter, samtidigt som den

särskilt vid förhandlingen har hävdat att en verkligt aseptisk installation även skulle kräva komplex barriärteknik mot syre för juice, fruktdrycker utan kolsyra och te- och kaffedrycker och, beträffande mejeriprodukter i flytande form, en ytterligare barriär mot ljus.

185 Vad angår det kommersiella hindret med anledning av den stora risken för smitta, skulle inte producenterna av känsliga produkter vilja ta några risker vad gäller leverantörer av aseptisk PET-utrustning vars goda rykte inte har bekräftats. Tetras odiskutabelt goda rykte inom aseptisk tappning utgör en mycket viktig fördel för den nya enheten.

186 Det finns även ett betydande strategiskt hinder mot inträde på PET-marknaden för känsliga produkter som beror på att mer än [80—90 procent] av producenterna av UHT-mjölk (det vill säga aseptisk) för närvarande utgör kunder på Tetras kartongförpackningsmarknad. Enligt det omtvistade beslutet täcker Tetras kundkrets nästa alla mejeriprodukter i flytande form och juice (skäl 361). Den nya enheten skulle således få en avsevärd fördel av att "vara den som kommer först" inom dessa sektorer. Härtill kommer den nya enhetens stora kundunderlag, dess enorma ekonomiska styrka, dess avsevärda resurser för forskning och utveckling samt dess betydande närvaro inom tre förpackningsmaterial, kartong, PET och HDPE, vilka alla används i olika hög grad till förpackning av känsliga produkter.

187 Vid förhandlingen har kommissionen framhållit den mycket starka ställning som Sidel innehar på marknaderna för SBM-maskiner med stor kapacitet (det vill säga som kan blåsa mer än 8 000 flaskor i timmen), där Sidel nu har SBM-maskinen med världens högsta prestanda, med en kapacitet som uppgår till mer än... flaskor i timmen. Kommissionen har även framhållit Sidels styrka i fråga om maskiner med liten kapacitet som befinner sig i den översta delen av detta marknadssegment, det vill säga precis under nämnda tröskel på 8 000 flaskor i minuten, och som använder en rotationsteknik som liknar den som används i maskiner med stor kapacitet.

c) Förstainstansrättens bedömning

188 Rätten noterar inledningsvis att det framgår av det omtvistade beslutet (särskilt i de ovan i punkt 39 och 54 nämnda skälen 213 och 389) att kommissionens konkurrensbedömning av en hävstångseffekt baseras på påståendet att det omedelbart skulle skapas en marknadsstruktur som skulle ge den genom koncentrationen bildade enheten motivationen och de nödvändiga verktygen för att kunna omvandla sin nuvarande överlägsna ställning på marknaderna för PET-utrustning, särskilt marknaden för SBM-maskiner med liten och stor kapacitet som används för känsliga produkter, till att skapa en dominerande ställning. Det framgår även av meddelandet om anmärkningar (punkt 289) och det omtvistade beslutet (det ovan i punkt 45 nämnda skäl 328) att det skulle vara möjligt att i en nära framtid uppnå en dominerande ställning på marknaderna för PET-utrustning, genom en hävstångseffekt som uppkommer till följd av Tetras dominerande ställning på marknaderna för aseptisk kartong, och inte till följd av den ställning som Sidel för närvarande innehar på marknaderna för SBM-maskiner.

189 Rätten konstaterar först att definitionen av de relevanta marknaderna i stort sett inte har bestridits av sökanden. Således skall det skiljas mellan marknaden för SBM-maskiner, vilken är uppdelad i maskiner med liten och stor kapacitet med hänsyn till antal flaskor i timmen (skäl 167), marknaden för barriärteknik (skälen 189—191), marknaden för tappning av PET-flaskor, vilken är uppdelad i aseptiska och icke aseptiska maskiner (skäl 201), marknaden för förformer av PET (skäl 206) och marknaderna för kringutrustning, utrustning för distributionsemballage och tjänster som är förbundna med diverse berörda sektorer (skäl 257).

190 Däremot har sökanden bestridit uppdelningen av marknaderna för SBM-maskiner med hänsyn till den slutliga användningen och särskilt angivandet av en specifik marknad för ifrågavarande känsliga produkter (skäl 188), det vill säga de produkter som är gemensamma för kartong- och PET-marknaderna (skäl 45). Tetra har, i syfte att bestrida att det finns en sådan uppdelning, väsentligen gjort

gällande att SBM-maskinerna är generiska och inte tillverkade för särskilda användningar. Härav följer enligt sökanden att en hävstångseffekt till följd av försäljningen av SBM-maskiner inte kan lyckas med hänsyn till antalet konkurrenter som är verksamma på marknaden för maskiner med liten kapacitet. Följaktligen prövas inte detta bestridande nedan förrän i samband med bedömningen av de förutsebara följderna av en eventuell hävstångseffekt på marknaderna för SBM-maskiner.

191 Rätten finner det lämpligt att först undersöka om genomförandet av koncentrationen gör det möjligt för den nya enheten att, åtminstone i princip, utnyttja hävstångseffekten.

i) Möjligheten att utöva en hävstångseffekt

192 Den analys som kommissionen gör av en förutsebar hävstångseffekt, som möjliggörs genom den modifierade koncentrationen, bygger i stor utsträckning på objektiva och väl fastställda faktiska omständigheter. Vad angår de nära sambanden mellan marknaderna för kartong- och PET-utrustning, bygger analysen på en rad omständigheter som, betraktade i sin helhet, på ett rättsligt övertygande sätt stöder kommissionens slutsats, vilken är följande: De båda marknaderna tillhör samma industriella sektor, eftersom PET kan användas till förpackning av de flesta produkter som förpackas i kartong, det vill säga känsliga produkter, i så hög grad att detta material kan betraktas som ett svagt substitut för kartong. De främsta leverantörerna av kartongförpackningar, det vill säga Tetra (åtminstone ända till försäljningen av dess förformer i PET och överlåtelsen av dess andelar i Dynaplast), SIG och Elopak finns alla på PET-marknaderna. Vissa kunder efterfrågar samtidigt kartongmaskiner och SBM-maskiner och deras antal kommer oundvikligen att öka i framtiden tillsammans med den förutsedda ökningen av PET för känsliga produkter (skäl 329).

193 Vad beträffar PET-sektorns tillväxt har sökanden, vilket konstateras i det omtvistade beslutet (skäl 72), och i enlighet med vad sökanden medgav vid

förhandlingen, erkänt att en viss tillväxt är väntad vad gäller känsliga produkter som fruktdrycker utan kolsyra och te- och kaffedrycker. Däremot har de övriga känsliga produkternas tillväxtnivå ifrågasatts av sökanden i likhet med den omständigheten att kommissionen har vägrat att ta hänsyn till verkningarna av den förutsebara ökade användningen av PET till förpackning av öl.

194 När kommissionen i det omtvistade beslutet förkastade det argument som parterna i koncentrationen framfört, enligt vilket användningen av PET inte kommer att öka på ett påtagligt sätt under perioden fram till år 2005 på grund av tekniska hinder, grundar sig kommissionen likaledes på övertygande faktiska omständigheter. Det framgår av det omtvistade beslutet (särskilt skälen 73—88) att den aseptiska tappningsteknik och barriärteknik som för närvarande finns att tillgå gör det möjligt att använda PET till alla känsliga produkter och att tekniken kommer att fortsätta att förbättras. Det största hindret för utvecklandet av denna teknik i förevarande mål beror på de aktuella kommersiella svårigheterna i samband med teknikens tillämpning, särskilt på mejeriprodukter i flytande form.

195 Förstainstansrätten anser härvidlag att kommissionen på ett rättsligt övertygande sätt har visat att PET-sektorn kommer att uppvisa en förutsebar tillväxt som möjliggör den angivna hävstångseffekten. Den varierande tillväxtnivån hos de olika känsliga produkterna skall emellertid behandlas senare i samband med prövningen av kommissionens försäkran om att tillväxten kommer att utgöra ett incitament för den nya enheten att utnyttja hävstångseffekten.

196 Förstainstansrätten anser att sökandens argumentation inte är övertygande enligt vilken det inte finns någon möjlighet att utnyttja en hävstångseffekt från en marknad kan utnyttjas på en annan marknad när en vara som hör till en marknad och en vara som hör till en annan marknad, liksom i förevarande mål, rent tekniskt är utbytbar. Det framgår genom en analog tolkning av domen i det ovannämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen och domarna av den 12 december 1991 och den 2 mars 1994 i de ovannämnda målen Hilti mot kommissionen att en hävstångseffekt kan erhållas när ifrågavarande produkter är av det slag att en kund anser det lämpligt att använda dem samtidigt i samma

syfte, det vill säga i förevarande mål förpackningar till vissa drycker. Denna bedömning ifrågasätts inte i den tidigare beslutspraxisen från kommissionen som Tetra har hänvisat till (se punkt 165 ovan), eftersom dessa beslut rörde koncentrationer där sakomständigheterna var mycket olika dem i förevarande mål. Kommissionen gjorde inget fel när den i detta mål grundade sig på sådana faktorer som att ifrågavarande produkter användes av samma kundgrupp, det vill säga producenter av känsliga produkter, i samma syfte, det vill säga dessa dryckers förpackning, och på den omständigheten att den marknadsundersökning som kommissionen genomförde, utan att det har bestridits av sökanden, bekräftar nämnda producenters vilja att samtidigt använda båda slagen av förpackningar. Kommissionen har härvidlag med rätta understrukit att omfattningen av det av producenterna uppfattade behovet av PET i huvudsak är en fråga om saluförande, även om kostnadsfrågan inte kan ignoreras (skäl 333). Dessa kommer med största sannolikhet att, i enlighet med vad kommissionen har påpekat vid förhandlingen, vara föga benägna att helt och hållet överge kartong, utan de kommer troligen att känna ett behov av att överföra en del av sin produktion till PET, vilket bekräftar bandet mellan dessa varor i förevarande mål.

197 Under dessa förhållanden framstår det som klart, med avseende på den mycket starka dominerande ställning som Tetra har på marknaderna för aseptisk kartong, med omkring 80 procent av marknadsandelarna (skäl 219) och den dominerande ställning som företaget har på den totala kartongförpackningsmarknaden, det vill säga de sammanlagda marknaderna för aseptisk kartong respektive icke aseptisk kartong, med en marknadsandel på omkring (60—70 procent) (skäl 231), att en stor andel av de producenter av känsliga produkter som kommer att besluta sig för att överföra en del av sin produktion från kartong till PET är Tetras nuvarande kunder. I det omtvistade beslutet konstateras, särskilt vad beträffar mejeriprodukter i flytande form, utan att denna punkt har bestridits av sökanden, att "konsumtionen av exempelvis mjölk i små flaskor och smaksatt mjölk borde öka snabbt" och att "förpackningskapaciteten avseende dessa produkter således inte nödvändigtvis måste ersätta den befintliga kapaciteten" (skäl 99). Kommissionen gjorde inte någon uppenbart felaktig bedömning när den drog slutsatsen att kostnaderna för övergången, åtminstone i de fall där det rör sig om installation av nya produktionslinjer i mejerierna, till PET inte nödvändigtvis i allt för hög grad borde försena utvecklingen mot användning av PET. Kommissionen betonade följaktligen på ett korrekt sätt den fördel av att vara "den som kommer först", vilket är fallet för den nya enheten

vad gäller dess produkter. Härtill kommer i synnerhet den ekonomiska styrkan hos parterna i koncentrationen, särskilt Tetras, Tetras utomordentliga och Sidels mycket erkända anseende på kartongförpacknings- respektive PET-förpackningsmarknaderna samt det breda sortimentet av produkter och tjänster, inklusive den kundservice som företagen erbjuder.

198 Den möjlighet som den nya enheten skulle ha att utnyttja en hävstångseffekt har inte tillbakavisats genom sökandens argumentation om att det inte finns någon påtaglig överlappning mellan de kunder som tillhör vardera parten i koncentrationen. Kommissionen gjorde inte någon uppenbart felaktig bedömning när den med utgångspunkt i den aktuella överlappning som konstaterats och mot bakgrund av den förutsedda ökade användningen av PET för känsliga produkter, ansåg att antalet kunder som samtidigt använder kartongförpackningsutrustning och PET-utrustning kommer att öka och att det, åtminstone teoretiskt, skulle kunna motsvara en mycket påtaglig överlappning i fråga om förpackningar för känsiga produkter (skäl 341).

199 Följaktligen gjorde inte kommissionen någon uppenbart felaktig bedömning när den ansåg att den nya enheten skulle ha möjlighet att utnyttja en hävstångseffekt.

200 Det skall således undersökas huruvida den nya enheten kommer att få incitament att använda sig av denna möjlighet till följd av den förutsedda ökade användningen av PET.

ii) Sannolik tillväxtnivå

201 Det framgår av det omtvistade beslutet, såsom kommissionen har bekräftat vid sammanträdet att incitamentet för den nya enheten att utnyttja en hävstångseffekt i stor utsträckning beror på PET-marknadernas förutsedda tillväxt. Det bör

således undersökas om den förutsebara volymen på känsliga produkter förpackade i PET under perioden fram till år 2005, i jämförelse med den totala framtida volymen av produkter förpackade i PET, omöjliggör eller åtminstone på ett påtagligt sätt minskar detta incitament i enlighet med vad sökanden har hävdat.

202 Kommissionen anser att "användningen av PET inom gemensamma produktsegment kommer att öka anmärkningsvärt under de kommande fem åren" (skäl 103). När kommissionen formulerade sin bedömning av nämnda tillväxt använde den sig av sin egen marknadsstudie, Canadeanstudien och de oberoende studierna (skäl 104). Det är lämpligt att först undersöka de relevanta förutsägelser som gjorts i dessa studier.

203 För den period som omfattar åren 2000—2005 förutsägs i Canadeanstudien en ökad användning av PET i storleksordningen 0,7 procent för förpackning av mejeriprodukter i flytande form och 0,6 procent för förpackning av juice (tabell 5, skäl 105). Vad gäller fruktdrycker utan kolsyra och te- och kaffedrycker, förutsägs en "snabbare ökning", på 1,5 respektive 5,1 procent (skäl 107). Kommissionen hänvisar även till en oberoende studie som utfördes av Canadean år 2000 angående PET:s inträde i segmentet juice. Trots att studien visar att PET-förpackningar var obefintliga i detta segment år 2000 anser kommissionen att "om Europa följer andra regioners exempel är tillväxtpotentialen enorm" (skäl 126).

204 I PCI-studien med titeln "PET:s potential vid förpackning av mejeriprodukter i flytande form — 2001" (The Potential for PET in the Packaging of Liquid Dairy Products — 2001) anses det att PET inte kan ta nya marknadsandelar inom UHT-mjölk och att de kommer att uppnå 9,2 procent av marknaden för ej smaksatt färsk mjölk och 25 procent i fråga om övriga mjölkbaserade drycker, det vill säga smaksatt mjölk, mjölkdrycker och yoghurt. Vad gäller sektorn för färsk mjölk ur bassortimentet, förutsägs inte i PCI-studien att PET inte "kommer att kunna ersätta de befintliga förpackningarna, huvudsakligen kartong och HDPE, främst därför att det handlar om ett segment som totalt sett är priskänsligt" (den i skäl 129 nämnda PCI-studien, s. 12).

205 I Warrickstudien, med titeln "Warrickrapporten om förpackningsmarknaderna, 'Marknader för aseptisk förpackning i världen och i Västeuropa — 2000'" (Warrick Research Report Packaging Markets, "Aseptic Packaging Markets World and Western Europe — 2000") förutsägs för den period som omfattar åren 1999—2003 en tillväxt uppgående till 2,4 procent per år på denna marknad, vilket innebär totalt 28 miljarder förpackade liter (Warrick, s. 4). Medan det noteras att mjölk och juice motsvarar omkring 80 procent av volymen aseptiskt förpackade produkter (se även skäl 131) är den förutsedda årliga tillväxten för UHT-mjölk och smaksatt mjölk i storleksordningen 0,8 respektive 1 procent och en liten tillbakagång förutsägs för de övriga mjölkbaserade dryckerna (Warrick, s. 6). Det förutses att aseptiska förpackningar kommer att öka med omkring 50 procent under den period som omfattar åren 1999—2003 och ökningen kommer huvudsakligen att gälla PET, vars användning skulle kunna fördubblas för att nå 2 miljoner förpackningar per år (Warrick, s. 32, se även skäl 136). Denna ökning kommer särskilt att gälla drickfärdigt te (Warrick, s. 16). Emellertid är det de aseptiska kartongförpackningarna som utgör 70 procent av förpackningarna och som motsvarar 90 procent av de förpackade produkterna uttryckta i volym (Warrick, s. 15). Det förutses en ökad användning av dessa aseptiska förpackningar med ungefär 2 procent per år, och år 2003 kommer den att uppgå till 30,8 miljarder förpackningar. Den idealiska tillämpningen av aseptiska PET-förpackningar kommer att röra sådana produkter ur det dyrare sortimentet som inte kräver en fullständig barriär, som te- och kaffedrycker (inklusive sportdrycker) samt eventuellt juice och drycker baserade på juice (Warrick, s. 4). Merparten av den förutsedda ökningen kommer således att avse dessa produkter (Warrick, s. 32).

206 Enligt Pictetstudien med titeln "Analysrapport, Pictet — 'Förpackningsmaskiner i Europa, övergången till PET' — september 2000" ("Analysts' Report, Pictet 'European Packaging Machinery, Move into PET' — september 2000") innebär PET fördelar vid tappning i stor skala av konsumtionsvaror som mineralvatten och kolsyrade drycker, och den framtida efterfrågan i världen på PET kommer att öka med 10 procent per år, i hög grad tack vare användningen av flaskor för produkter som är känsliga för syre (Pictet, s. 5 och 12). Enligt denna rapport "kommer behållare av PET att ha uppenbara konkurrensfördelar i jämförelse med aseptisk kartong [och] plast kommer snabbt att vinna terräng till nackdel för kartonger" (Pictet, s. 11, se även skäl 138). Medan det inte har tillhandahållits några siffror för den ökade användningen av PET för mjölk, förutses en ökning på 12—25 procent under perioden 1996—2006 vad gäller juice.

207 I det omtvistade beslutet konstateras, i likhet med i meddelandet om anmärkningar (punkt 90), att det framgår av den av kommissionen utförda marknadsstudien att "tredje part har visat sig mycket optimistisk i fråga PET:s framtida tillväxt när förbättringarna av barriärtekniken väl har genomförts" (skäl 143). Vid en sådan eventualitet förväntar sig ett stort antal aktörer en tillväxt på över 50 procent under perioden fram till år 2005 vad avser mjölk och juice till nackdel för kartong. Härvidlag har kommissionen vid förhandlingen preciserat att den inte helt och hållet delar denna optimism utan tvärtom har antagit en betydligt försiktigare hållning i sina prognoser (se punkt 33 ovan).

208 I det omtvistade beslutet hänvisas även till vissa tidigare prognoser som gjorts av Tetra och Sidel. Således förutsåg Sidel i en framställning i maj 2000 att försäljningen av PET för juice samt te- och kaffedrycker skulle komma att öka med mer än... (skäl 139), medan företagets verkställande direktör, i en intervju som beviljades tidskriften *PET planet* och publicerades under loppet av samma månad förklarade att han förutsåg en ökning med... procent med anledning av "nya användningsområden för materialet som inbegriper öl, mjölk, juice..." (skäl 139). Vad Tetra beträffar, hänvisas det i det omtvistade beslutet till en förutsedd tillväxt på [20—30 procent] per år under de kommande åren på marknaden för aseptisk tappning av PET-förpackningar (skäl 140).

209 På grundval av dessa omständigheter förutser kommissionen en stor tillväxt i segmenten mejeriprodukter i flytande form och juice under den period som omfattar åren 2000—2005, vilken kommer att ge PET en marknadsandel på åtminstone 10—15 procent i fråga om färsk mjölk och 25 procent i fråga om smaksatt mjölk och mjölkbaserade drycker (se punkt 33 ovan). Vad gäller UHT-mjölk, som motsvarar omkring 50 procent av mjölkmarknaden, har kommissionen medgett att PET:s framtida tillväxt är "osäker" (skäl 147) men den förutser ändå att den kommer att uppgå till 1 procent. Genom att ta det högsta tal som angivits som troligt för färsk mjölk, det vill säga 15 procent, och genom att ta hänsyn till sina prognoser för de övriga mjölkbaserade dryckerna, har kommissionen dragit slutsatsen att PET år 2005 kommer att tjäna som förpackningsmaterial för omkring 3 miljarder liter per år, det vill säga 9 procent av den europeiska marknaden för mejeriprodukter i flytande form (se punkt 33 ovan). Vad gäller juice har kommissionen, samtidigt som den förutser en allmän tillväxt som genererar en marknadsandel på 20 procent av den totala marknaden

under perioden fram till år 2005, medgivit att denna framtida tillväxt främst kommer att bero på övergången från glas till PET. Vad beträffar smaksatta fruktdrycker och te och kaffedrycker anser kommissionen att PET också fortsättningsvis kommer att förvärva marknadsandelar till nackdel för kartong och under perioden fram till år 2005 uppnå 30 procent i vart och ett av dessa segment.

210 Kommissionen har vid förhandlingen preciserat att dess resonemang inte bygger på prognoser med exakt precision utan det godtas att det kommer att ske en påtaglig framtida tillväxt. Kommissionen har också vid detta tillfälle medgett att den med hänsyn till den kvarstående osäkerheten i fråga om den kommersiella tillämpningen av den nödvändiga barriärtekniken inte kan insistera på att användningen av PET kommer att öka påtagligt på marknaden för UHT-mjölk och att till och med den svaga tillväxt som förutses i det omtvistade beslutet skulle kunna visa sig vara överdriven. Kommissionen har emellertid framhållit det fullständigt rimliga i prognoserna om en sannolikt betydande ökad användning av detta material under perioden fram till år 2005 i segmenten färsk mjölk, juice, fruktdrycker utan kolsyra och särskilt segmenten te- och kaffedrycker.

211 Förstainstansrätten konstaterar att det inte kan fastställas att användningen av PET verkligen kommer att öka i fråga om UHT-mjölk, vilket följaktligen rör omkring halva marknaden för mejeriprodukter i flytande form.

212 Vad avser resten av marknaden för mejeriprodukter i flytande form slår rätten fast att det i PCI-rapporten, den enda oberoende studien där tyngdpunkten läggs på marknaderna för mejeriprodukter i flytande form, förutsägs en tillväxt som innebär att användningen av PET kommer att uppgå till 9,2 procent av marknaden för ej smaksatt färsk mjölk år 2005 (PCI, s. 64). Härtill kommer den omständigheten att det i Warrickrapporten anses att aseptiska förpackningar endast kommer att öka minimalt vad gäller smaksatt mjölk, det vill säga 1 procent och att det kommer att ske en lätt tillbakagång i fråga om övriga mjölkbaserade drycker, medan det i Pictetrapporten inte läggs fram några specifika prognoser avseende mejeriprodukter i flytande form. På grundval av dessa faktorer måste slutsatsen dras att kommissionen inte såsom den har gjort gällande i sitt svaromål har visat att prognoserna i fråga om mejeriprodukter i flytande form bygger på en försiktig analys av oberoende studier eller på ett antal

hållbara och samstämmiga bevis som kommissionen har erhållit genom sin marknadsundersökning. De uppskattningar av tillväxten som kommissionen har erhållit (punkt 209 ovan) är nämligen inte särskilt övertygande. Däremot är PCI-rapporten den enda omständighet som eventuellt skulle kunna anföras som stöd för prognosen om en marknadsandel för PET på 25 procent avseende övriga mjölkbaserade drycker (det vill säga smaksatt mjölk och mjölk- och yoghurtdrycker) under perioden fram till år 2005 (PCI, s. 63 och 64). Om emellertid denna tillväxt skulle förverkligas skulle den berörda volymen endast öka med 62 000 ton under år 2000, och uppnå 92 800 ton år 2005, en ökning som inte är särskilt påtaglig i jämförelse med de omkring 120 miljoner ton mjölk som produceras varje år i gemenskapen (PCI, s. 9). På ett allmänt plan förklaras det inte i det omtvistade beslutet på ett alldeles korrekt sätt hur PET under perioden fram till år 2005 skulle kunna gå om HDPE som det material som utgör den främsta konkurrenten till kartong, särskilt i den stora sektorn för förpackning av färsk mjölk. Härvidlag bör noteras att kommissionen varken har bestridit den sammanlagda siffran 17,3 procent för år 2000 avseende användningen av HDPE för mejeriprodukter i flytande form som Canadean har tillhandahållit (se tabell 3, skäl 66) eller den prognos enligt vilken denna siffra skulle kunna nå upp till 19,5 procent under perioden fram till år 2005 (se tabell 5 i skäl 105).

213 Vad beträffar juice är kommissionens prognos än mindre övertygande. Efter att själv ha medgivit att ifrågavarande tillväxt främst skulle röra övergången från glas till PET företar inte kommissionen någon som helst analys av glasmarknaden. I avsaknad av en sådan analys kan förstainstansrätten inte godkänna kommissionens prognoser angående juice. En sådan analys hade varit oundgänglig för att göra det möjligt för förstainstansrätten att kontrollera vilken den sannolika ökningen är beträffande övergången från glas till kartong, PET och HDPE. Denna analys var desto mer oundgänglig med avseende på skillnader i tillväxtnivå och fastställda analysperioder och mellan de relevanta prognoser som gjorts, dels i Canadean- och Warrickstudierna, dels i Pictetstudien.

214 Härav följer att de av kommissionen i det omtvistade beslutet meddelade tillväxtprognoserna med avseende på mejeriprodukter i flytande form och juice inte har kunnat bevisas på ett rättsligt övertygande sätt. Visserligen är en viss tillväxt trolig i dessa segment, särskilt beträffande de dyrare produkterna, men det saknas övertygande bevis på denna tillväxts storlek.

215 Det framgår däremot av de oberoende studierna att det under perioden fram till år 2005, med största sannolikhet kommer att ske en inte försumbar ökning av användningen av PET för förpackning av fruktdrycker utan kolsyra, inklusive sportdrycker. Eftersom den tillväxtnivå som förutsägs i det omtvistade beslutet inte på allvar har ifrågasatts av sökanden vid förhandlingen och tillväxtnivån inte för den skull är överdriven i förhållande till den som har angivits i nämnda studier skall slutsatsen dras att kommissionen inte har gjort något fel i detta hänseende.

216 Med hänsyn till den omständigheten att användningen av PET sannolikt kommer att öka under perioden fram till år 2005, om än på ett mindre klart sätt än kommissionen har förutsett, kan det emellertid inte uteslutas att det kommer att finnas ett incitament att utnyttja en hävstångseffekt. Rätten skall således undersöka på vilka sätt en sådan hävstångseffekt skulle kunna åstadkommas av den nya enheten.

iii) Sätt att uppnå en hävstångseffekt

217 De sätt att uppnå hävstångseffekten som uppräknas i skäl 364 i det omtvistade beslutet (nämnd ovan i punkt 49) grundas på den dominerande ställning som Tetra innehar på marknaderna för aseptisk kartong. Hävstångseffekten skulle, särskilt med avseende på Tetras åtagande om att överlåta sin verksamhet på området för förformer, kunna uppnås genom två kategorier av åtgärder. För det första skulle effekten kunna uppnås genom påtryckningar som skulle leda till att utrustning och förbrukningsvaror till kartongförpackningar genom kopplad eller grupperad försäljning säljs tillsammans med PET-utrustning. Dessa påtryckningar skulle kunna utövas mot den grupp av Tetras kunder som behöver kunna fortsätta att använda kartongförpackningar till en del av sin produktion och särskilt mot kunder som har långfristiga avtal med Tetra på grund av sina behov av kartongförpackningar (skäl 365, nämnt i punkt 50 ovan). För det andra skulle stimulansåtgärder kunna vidtas som underpriser, priskrig och lojalitetsrabatter.

218 Om ett företag som i likhet med Tetra innehar en dominerande ställning på marknaderna för aseptisk kartong ägnar sig åt påtryckningar, som köptvång eller stimulansåtgärder, såsom underpriser och lojalitetsrabatter, vilka inte är objektivt motiverade skulle detta normalt sett utgöra ett missbruk av denna ställning. I enlighet med vad förstainstansrätten redan har konstaterat kan inte kommissionen såsom den gör i det omtvistade beslutet presumera att sådana strategier används för att motivera ett beslut som innebär att en företagskoncentration som anmälts i enlighet med förordning nr 4064/89 förbjuds (se punkterna 154—162 ovan). Härav följer att de sätt för att uppnå en hävstångseffekt som kan beaktas av förstainstansrätten är begränsade till dem som åtminstone sannolikt inte utgör ett missbruk av en dominerande ställning på marknaderna för aseptisk kartong.

219 Sammanfattningsvis skall således strategierna avseende kopplade köp eller gruppköp som inte i sig är påtvingade, objektivt motiverade lojalitetsrabatter på kartongförpackningsmarknaderna och erbjudanden om fördelaktiga priser på förpackningsutrustning för kartong eller PET som inte utgör några underpriser i enlighet med domstolens fasta rättspraxis (domstolens dom av den 3 juli 1991 i mål C-62/86, AKZO mot kommissionen, REG 1991, s. I-3359, särskilt punkterna 102, 115, 156 och 157, svensk specialutgåva, volym 11, s. 249, dom av den 14 november 1996 i det ovannämnda målet Tetra Pak mot kommissionen, punkterna 41—44, som fastställer domen av den 6 oktober 1994 i det ovannämnda målet Tetra Pak mot kommissionen, och förslag till avgörande av generaladvokaten M. Fennelly under domstolens dom av den 16 mars 2000 i de förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports m.fl. mot kommissionen, REG 2000, s. I-1365, s. I-1371, särskilt punkterna 123—130). I detta sammanhang skall rätten undersöka om kommissionen har tagit hänsyn till det åtagande om en separation mellan Sidel och de Tetra Pak närstående företagen, vilket i princip skulle gälla under en tioårsperiod och enligt vilket det inte skall läggas fram något "erbjudande som samtidigt avser Tetra Paks kartongprodukter och Sidels SBM-maskiner".

220 Såsom framgår av det omtvistade beslutet har Tetra vidare begärt att kommissionen skall notera att företagets kvarstående skyldigheter enligt artikel 3.3 i

kommissionens beslut 92/163/EEG av den 24 juli 1991, om ett förfarande för tillämpning av artikel [82] i [EG-]fördraget (IV/31.043 — Tetra Pak II) (EGT L 72, 1992, s. 1), har följande lydelse:

"Tetra Pak skall avstå från att tillämpa såväl underpriser som diskriminerande priser och ingen kund skall beviljas någon form av rabatt på produkterna eller fördelaktigare betalningsvillkor som inte motiveras av en objektiv motprestation. För förpackningarna skall rabatterna således bara avse kvantitetsrabatter per beställning och de skall inte kunna ackumuleras för förpackningar av olika slag."

221 Härav följer att Tetra klart har uttalat sin vilja att fullt ut fullgöra de särskilda skyldigheter som företaget åläggs genom artikel 82 EG till följd av dess dominerande ställning på marknaderna för aseptisk kartong. Tetra har även upprepat att det godtar alla relevanta skyldigheter som företaget har ålagts till följd av konstaterandet i beslut 92/163 att artikel 82 EG har åsidosatts vad beträffar dessa marknader. Vidare har Tetra åtagit sig att inom ramen för detta ärende inte lämna något gemensamt erbjudande på sina kartongprodukter och SBM-maskiner.

222 Följaktligen skulle den enda praktiska möjligheten för den nya enheten att bedriva kopplad eller grupperad försäljning bestå i erbjudanden som Tetra lämnar till sina nuvarande kunder på kartongmarknaden, vilka inte skulle kunna vara tvingande eller påtvingade och som endast skulle kunna röra dels kartongförpackningsutrustning och/eller kartongprodukter, dels PET-förpackningsutrustning med undantag av SBM-maskiner. Rätten noterar även härvidlag att, oavsett den vikt som kommissionen, i det omtvistade beslutet (skälen 177 och 369) och i sina skriftliga och muntliga yttranden, har lagt vid betydelsen av den nya enhetens förmåga att erbjuda nästan hela den utrustning som behövs för att installera en integrerad produktionslinje för PET, framgår det av åtagandena att det inte skulle vara möjligt för enheten att lämna ett gemensamt erbjudande till en kund avseende kartongförpackningsutrustning och en integrerad produktionslinje för PET, åtminstone såvitt erbjudandet inbegriper en SBM-maskin från Sidel.

223 Även om kommissionens slutsats i det omtvistade beslutet angående den påstådda prisdiskriminering som Sidel tidigare skulle ha praktiserat, med hänsyn till parternas skriftliga yttranden och kommissionens muntliga yttranden avseende den ekonometriska analys som ger stöd åt slutsatsen, inte är ett uttryck för en uppenbart felaktig bedömning, kan den inte utgöra ett tillräckligt starkt bevis för att den nya enheten skulle fortsätta att bete sig på ett liknande sätt. Den nya enheten skulle, till skillnad från vad som gällde Sidel före koncentrationen, vara bunden inte endast av åtagandena utan även av de olika skyldigheter som begränsar Tetras beteende.

224 Således måste slutsatsen dras att de möjligheter som den nya enheten har att utnyttja en hävstångseffekt är ganska begränsade. Det är lämpligt att ta hänsyn till detta vid undersökningen av de förutsebara konsekvenserna av ett sådant beteende från den nya enhetens sida.

225 Rätten gör, vid undersökningen av de förutsebara konsekvenserna av utnyttjandet av en hävstångseffekt, en distinktion mellan de olika marknaderna för PET-utrustning och de specifika marknaderna för SBM-maskiner.

iv) De förutsebara konsekvenserna av utnyttjandet av en hävstångseffekt utövas på marknaderna för PET-utrustning med undantag av SBM-maskiner.

Inledande överväganden

226 Utan inverkan på sökandens bestridande av kommissionens definition av särskilda marknader för varje känslig produktkategori som kan förpackas i kartong eller PET (se skälen 45 och 188) framgår det tydligt av det omtvistade

beslutet att kommissionens val att inskränka sin analys till att endast avse känsliga produkter kommer sig av att det för närvarande åtminstone är tekniskt möjligt att förpacka dessa produkter såväl i PET som i kartong och att den förutsedda ökade användningen av PET gör det sannolikt att en övergång kommer att äga rum från det första materialet till det andra. I slutsatsen av analysen av hävstångseffekten förutser kommissionen att den nya enhetens "ledande ställning"... "på marknaden för PET-förpackningsutrustning" kommer att omvandlas till "en dominerande ställning" (skäl 389). Eftersom denna analys behandlar de olika maskiner som används till förpackning av känsliga produkter är det lämpligt att analysera konsekvenserna av en eventuell hävstångseffekt på de olika marknaderna för PET-utrustning som har identifierats i det omtvistade beslutet.

227 Även om det framgår av det omtvistade beslutet, såsom det har tydliggjorts särskilt vid förhandlingen av kommissionen, att dess främsta principiella bekymmer i konkurrenshänseende rör skapandet av en framtida dominerande ställning på marknaderna för SBM-maskiner, särskilt maskiner med stor kapacitet, har kommissionen insisterat på det möjliga skapandet av en dominerande ställning på var och en av de marknader för PET-utrustning på vilka den nya enheten kommer att vara verksam. Rätten skall, i förhållande till de objektiva omständigheterna avseende dessa PET-marknader, undersöka om det finns tillräckligt övertygande bevis för att denna prognos är rimlig.

228 Med hänsyn till Tetras åtagande att avhända sig verksamheten inom PET-förformer utgörs de berörda marknaderna av dem för barriärteknik, maskiner för aseptisk och icke aseptisk tappning av PET-förpackningar samt tillslutningssystem för plastflaskor. Det är även lämpligt att beakta Sidels intressen på marknaderna för såväl kringutrustning, främst transportband och förpackningsutrustning för distribution, som "maskiner för palletisering", vars betydelse för den attraktiva serie produkter (och tjänster) som skulle kunna erbjudas av den nya enheten, framhölls av kommissionen vid förhandlingen.

Barriärtekniken

229 I det omtvistade beslutet undersöks främst den ställning som parterna i koncentrationen har på området för plasmateknik, eftersom denna tillämpas på PET-flaskor med hjälp av specialiserade maskiner i ett särskilt skede efter blåsningen av flaskan (skäl 272). Detta synsätt är berättigat och i stor utsträckning obestritt av sökanden. Det har baserats på en marknadsstudie angående den anmälda koncentrationen som kommissionen utförde enligt vilken sådan "flerskiktsteknik" som Tetra använder, kallad Sealica, inte är någon "vinnande teknik", det vill säga, framtidens teknik, vilket däremot är fallet vad gäller plasma. Rätten skall således studera parternas ställning på området för plasmateknik och de förutsebara konglomeratverkningarna på denna ställning som ett genomförande av den modifierade koncentrationen skulle få.

230 Kommissionen har i detta avseende medgivit att Sidel hittills inte har haft någon större framgång med sin så kallade "Actisteknik" (skäl 273). Vidare har kommissionen inte bemött sökandens konstaterande vid förhandlingen om att det främst handlar om en teknik som är avsedd för ölförpackningar och att Sidel har stött på problem vid utvecklandet av denna teknik. Kommissionen har begränsat sig till att framhålla betydelsen av Actis Lite-tekniken, till vilken det också hänvisas i samma skäl, åtminstone i fråga om juice. Kommissionen har för Tetras del hänvisat till två olika slags tekniker (skäl 274), det vill säga den så kallade "Glaskintekniken", en plasmateknik, och Sealica samtidigt som den noterade det affärsmässiga beslutet att överge den sistnämnda tekniken, ett beslut som för övrigt har genomförts senare i ett av åtagandena. Kommissionen har konstaterat att "kombinationen av parternas olika slags teknik på den totala marknaden för barriärteknik skulle ge den genom koncentrationen bildade enheten en marknadsandel på [10—20 procent] uttryckt i antal barriärbehandlade flaskor producerade under år 2000" (skäl 275). Kommissionen har preciserat vid förhandlingen att denna uppskattning baseras på den uppskattning som parterna i koncentrationen har gjort (punkt 156 i anmälan) samtidigt som vissa slag av så kallad "ettskiktsteknik" (det vill säga förbättrade plaster som redan har barriäregenskaper) har uteslutits medan parterna i koncentrationen har gjort gällande att dessa borde inbegripas i uppskattningen (skälen 192 och 195 samt fotnoterna på sidorna 93 och 95).

231 Kommissionen har emellertid förklarat att marknadens komplexitet förhindrar att kommissionen bekräftar eller vederlägger påståendet som parterna i koncentrationen gjort enligt vilket en kombination av Sidels Actis-teknik och Tetras Glaskinteknik även, om det var möjligt, inte skulle utgöra en förbättrad "vinnande" plasmabarriär (skäl 279). Inte desto mindre har kommissionen dragit slutsatsen att "kombinationen av tekniker... avsevärt [skulle] förbättra" den nya enhetens ställning, "men... inte [i] så hög grad att det skulle leda till att en dominerande ställning skapades på denna marknad" (skäl 282).

232 Förstainstansrätten anser att det är tydligt att en marknadsandel på [10—20 procent] är mycket långt ifrån att motsvara en dominerande ställning på nämnda marknad. Rätten erinrar i detta avseende om att det i ingressen till förordning nr 4064/89 (skäl 15) uppges att "[k]oncentrationer som på grund av de berörda företagens begränsade marknadsandel inte riskerar att hämma en effektiv konkurrens kan antas vara förenliga med den gemensamma marknaden. Detta torde vara fallet bl.a. när de berörda företagens marknadsandel... [inte] överstiger 25 procent". I det omtvistade beslutet tillhandahålls inte något ytterligare bevis, möjligen med undantag av diverse hänvisningar till den nya enhetens ekonomiska styrka och det anseende som Tetras och Sidels påstådda omfattande forskningsprojekt har, vars betydelse kommissionen har framhållit flera gånger vid förhandlingen och som skulle kunna göra kommissionens påstående motiverat.

233 Det har nämligen inte visats i det omtvistade beslutet att sökanden befinner sig i en bättre ställning i förhållande till sina olika konkurrenter på denna marknad. Parterna i koncentrationen har gjort gällande i anmälan att det finns minst 20 andra nuvarande och potentiella konkurrenter som arbetar ensamma, tillsammans eller på basis av licenser, för att finna en högprestationsteknik. Bland dessa konkurrenter finns företag med resurser som är jämförbara med den nya enhetens. Förstainstansrätten konstaterar att dessa upplysningars sanningsvärde i huvudsak bekräftas av det omtvistade beslutet (se särskilt skälen 69 och 87).

234 Under dessa förhållanden skulle upptäckten av morgondagens teknik normalt vara den enda omständighet som kan tillåta ett företag eller en sammanslutning

av företag som är verksamma på denna marknad att skaffa sig en dominerande ställning. Kommissionen gjorde således ett fel när den bedömde, åtminstone på grundval av de omständigheter som den hänvisar till i beslutet, att den modifierade koncentrationen avsevärt skulle förbättra den nya enhetens ställning vad beträffar barriärtekniken.

235 Härav följer att de bevis som tillhandahålls i det omtvistade beslutet angående marknaden för barriärteknik inte är tillräckligt rättsligt övertygande för att visa att för det fall det förutsedda utnyttjande av hävstångseffekten skedde, skulle dess förutsebara verkningar få en sådan räckvidd att den nya enheten gavs en sådan ställning att den skulle kunna erhålla en dominerande ställning på denna marknad under perioden fram till år 2005.

Tappningsmaskiner för PET-förpackningar

236 Vad angår tappningsmaskiner för PET-förpackningar har kommissionen upprätthållit den distinktion som den gjorde bland annat i domen i målet Tetra Pak II mellan de aseptiska och icke aseptiska förpackningssystemen (skälen 201 och 204). Detta konstaterande har inte bestridits av sökanden (skäl 51), som för övrigt har insisterat på att tappningsmaskinerna för PET-förpackningar skall uppdelas mellan dessa båda skilda produktmarknader (punkt 312 i anmälan, skäl 200).

237 Även om det är ostridigt att aseptisk tappning är möjlig att utföra med behållare i glas och PET- och HDPE-förpackningar har kommissionen anmärkt att kartong är det dominerande materialet för aseptisk förpackning (skäl 46). Denna tappningsmetod används enligt kommissionen främst till vissa känsliga produkter, "det vill säga juice (eller drycker baserade på juice) och mejeriprodukter i flytande form", även om dessa produkter "också kan förvaras i icke aseptiska förpackningar, i vilket fall de måste distribueras kylda", medan "de flesta andra produkter inte förpackas aseptiskt och inte behöver distribueras kylda" (skäl 47).

Härav följer att på en stor del av den marknad för känsliga produkter som definierats av kommissionen i det omtvistade beslutet, det vill säga känsliga produkter som tillhör "gemensamma produktsegment" (skäl 45), används icke aseptiska metoder vid tappning av berörda produkter. Rätten skall således undersöka den ställning som parterna i koncentrationen har på marknaden för maskiner för icke aseptisk tappning av PET-förpackningar.

— Maskiner för icke aseptisk tappning av PET-förpackningar

238 Det tillhandahålls endast några få upplysningar i det omtvistade beslutet om marknaden för maskiner för icke aseptisk tappning av PET-förpackningar. Beslutet innehåller för det första under rubriken "Sidels överlägsenhet inom PET-förpackningsutrustning", en avdelning om "Sidels gedigna erfarenhet på området för icke aseptisk tappning av PET-förpackningar och kombinerade innovativa maskiner" som omfattar skälen 249—255. För det andra har kommissionen konstaterat att Sidel tillverkar maskiner för icke aseptisk tappning (skäl 250). För det tredje hänvisas det, vad gäller kombinerade maskiner, det vill säga SBM-maskiner och maskiner för integrerad tappning i en enda maskin vars metod beskrivs som innovativ (skäl 243), till Sidels maskinserie med namnet Combi SRU (icke aseptisk ultraren tappning) i fråga om känsliga produkter (skälen 173 och 254). Det konstateras i det omtvistade beslutet (skäl 84) att Sidel redan har sålt tre kombinerade maskiner av denna typ till Förenta staterna för tappning av mjölk med extra lång hållbarhetstid (extended shelf life). Slutligen erkänns det i det omtvistade beslutet att Tetra inte är närvarande på marknaden för maskiner för icke aseptisk tappning och att Sidel innehar en marknadsandel som uppgår till mindre än 10 procent (tabell 8, skäl 299).

239 Det framgår inte av dessa upplysningar att den nya enheten, vars ställning på intet sätt har förstärkts genom det tillskott som Tetra utgör, under perioden fram till år 2005, någonsin skulle vara i stånd att skaffa sig en dominerande ställning på denna marknad. Även om Sidel är det första företag som kan erbjuda en

kombinerad icke aseptisk PET-förpackningsmaskin för icke känsliga produkter, en omständighet som erkänns i själva anmälan (punkt 380), och det framgår av de vid förhandlingen tillhandahållna upplysningarna att dessa maskiner fortfarande nästan uteslutande används i detta segment (56 kombinerade maskiner sålda i världen av diverse producenter i jämförelse med endast två sålda i segmentet aseptisk tappning, det vill säga med uteslutande av mjölk med extra lång hållbarhetstid, varav en av Sidel) finns det ingen omständighet i det omtvistade beslutet som gör det möjligt att dra slutsatsen att denna fördel för Sidel i så hög grad skulle förstärkas genom koncentrationen, det vill säga på ett spektakulärt sätt, att företaget under perioden fram till år 2005 skulle lyckas uppnå en dominerande ställning på marknaden för icke aseptiska tappningsmaskiner. Tetra har även vid förhandlingen hävdat, utan att motsägas av kommissionen på denna punkt, att alla tillverkare av icke aseptiska tappningsmaskiner redan erbjuder kombinerade icke aseptiska maskiner.

— Maskiner för aseptisk tappning av PET-förpackningar

240 Både Tetra och Sidel startade sin verksamhet på marknaden för maskiner för aseptisk tappning av PET-förpackningar genom förvärv år 1999. Under åren 1998—2002 ökade denna marknad med [70—80 procent] och kommissionen anser på grundval av upplysningar som finns i anmälan att den kommer att fortsätta att öka med åtminstone [20—30 procent] under de kommande åren (skäl 250). Kommissionen har genom att studera de marknadsandelar som innehas av Tetra och Sidel i den maskinpark som redan installerats i EES, andelar som definieras i termer av kapacitet med motiveringen att detta är den mest pålitliga beräkningsmetoden för att beskriva deras verkliga ställning på denna nya och växande marknad, funnit att den nya enheten skulle "få en stark ställning inom maskiner för aseptisk tappning av PET-förpackningar, eftersom den är en av denna marknads tre främsta aktörer med en tredjedel av den installerade kapaciteten, en förstklassig teknik vad gäller aseptisk tappning av PET-förpackningar, ett välkänt varumärke inom den aseptiska sektorn och en internationell säljkraft" (skäl 290). I sina svar på de skriftliga frågorna medger dock

kommissionen att denna marknadsandel närmare bestämt skall förstås så att den endast uppgår till [25—35 procent]. Kommissionen erkänner att Procomac är den "obestridde ledaren" på denna marknad genom att företaget stod för [... procent] av försäljningen under perioden 1998—2000, vilket innebär [30—40 procent] av den maskinpark som installerades år 2000 (skälen 288 och 289). Kommissionen erkänner även att Procomac sålde 5 maskiner av de 21 som såldes under de två första kvartalen år 2001, vilket kan jämföras med de tre maskiner som Sidel sålde (skäl 289, fotnoten på sidan 121) och att flera nya konkurrenter har kommit in på denna marknad sedan 1998 och har "tagit en marknadsandel på [40—50 procent] av den nya försäljningen mellan 1998 och 2000" (skäl 288).

241 Rätten konstaterar först att om Tetras och Sidels verksamhet på denna marknad förenas får de inte möjlighet att direkt erhålla en ställning som ledare på denna marknad eftersom förenandet endast i relativt blygsam utsträckning (det vill säga med [0—10 procent]) förstärker den andel som för närvarande innehas av Sidel (se punkt 130 ovan). Med hänsyn till Procomacs styrka och den intensiva konkurrensen på marknaden, särskilt med hänsyn till nytillkomna aktörer, är det också föga troligt att den nya enheten, på grundval av de marknadsandelar som för närvarande innehas av Tetra och Sidel, i en relativt nära framtid kan erhålla en dominerande ställning på denna marknad med hjälp av den hävstångseffekt som kan erhållas från marknaderna för aseptisk kartong. Detta har åtminstone indirekt erkänts av kommissionen i det omtvistade beslutet då kommissionen endast nämner "den starka ställning" som den nya enheten skulle få på denna marknad (skäl 290).

242 Det finns emellertid flera omständigheter som åberopas i det omtvistade beslutet vilka, vid första anblick, stöder kommissionens påstående att det under perioden fram till år 2005 kommer att skapas en dominerande ställning på denna marknad. Det gäller Tetras interna analys enligt vilken "[d]et verkar som om det finns en ledarställning att erövra för ett företag som agerar med bestämdhet" (skäl 289 i vilket det hänvisas till en handling som Tetra bifogat anmälan), och att Tetra har maskiner för aseptisk tappning av typen LFA-20 ON och Sidel av typen Combi SRA (se punkt 130 ovan).

243 Vad beträffar Tetras analys har emellertid enbart den omständigheten att företaget anser det möjligt att nå en ledande ställning på marknaden, och således

ersätta Procomac som överlägset företag, inget som helst bevisvärde utan att det framförs andra omständigheter till stöd för denna analys och i vart fall visas det härigenom inte att en sådan ledande ställning med tiden skulle kunna omvandlas till en dominerande ställning. Visserligen har kommissionen framhållit Tetras ojämförliga anseende på området för aseptisk tappning av kartongförpackningar, vilket skulle kunna göra köp av maskiner för aseptisk tappning av kartong som produceras av den nya enheten attraktiva, åtminstone för dem av Tetras nuvarande och före detta kunder på marknaden för aseptisk kartong som har för avsikt att gå över till PET, även om tekniken för kartong inte är direkt tillämplig på tappningsmaskiner för PET. Det omtvistade beslutet innehåller emellertid inte någon undersökning av den fördel som företaget Serac har på detta område, vilket företag åtminstone potentiellt är av jämförlig kommersiell betydelse.

244 Företaget Serac är enligt anmälan ett företag som, till skillnad från såväl Tetra som Sidel, är en av pionjärerna inom aseptisk tappning av PET-förpackningar och som för närvarande innehar en stark och erkänd ställning på detta område med en marknadsandel som år 2000 uppgick till [... procent] (punkterna 244 och 250). Dessutom innehar Serac även en överlägsen ställning på marknaden för aseptisk tappning av HDPE-förpackningar med en marknadsandel som uppgår till [... procent] (punkt 323). Eftersom det i det omtvistade beslutet anges att de tekniska skillnader som för närvarande gör att marknaderna för tappning av PET-förpackningar och HDPE-förpackningar är uppdelade "kan komma att suddas ut i framtiden" genom att Tetra utvecklar maskiner som LFA-20 ON, "vilka kan gå över från aseptisk tappning av HDPE-förpackningar till aseptisk tappning av PET-förpackningar och vice versa" (skäl 202), borde kommissionen åtminstone ha undersökt Seracs uppenbara fördel på detta område. Detta gäller i än högre grad mot bakgrund av Tetras relativt blygsamma ställning på marknaden för aseptisk tappning av PET-förpackningar (skäl 284), av den omständigheten att Tetra åtminstone inte fram till dagen för anmälan har kunnat sälja någon maskin för aseptisk tappning av HDPE-förpackningar, möjligen med undantag av en maskin som används på försök (punkt 322 i anmälan), och av den omständigheten att maskinen LFA-20 ON också används på försök (se punkt 130 ovan).

245 Kommissionen har i vart fall gjort ett fel genom att underlåta att undersöka den grundläggande omständighet som består i den intensiva konkurrensen på marknaden för aseptisk tappning av PET-förpackningar, en marknad som enligt en icke bestridd prognos kommer att betecknas av en stark fortsatt tillväxt. Det

framgår inte på denna punkt i det omtvistade beslutet på vilket sätt den nya enheten, genom de olika sätt som gör det möjligt för den att utnyttja hävstångseffekten (se punkterna 217—224 ovan), skulle lyckas hindra andra nya konkurrenter från att komma in på marknaden. Det har med andra ord inte visats, även om det kan konstateras att den kombinerade försäljningen av SBM-maskiner och maskiner för aseptisk tappning av PET-förpackningar har ökat, att antalet försäljningar av denna typ skulle kunna nå upp till en nivå som utgör ett hot mot den starka konkurrens som redan råder på denna marknad och som främst utgörs av Procomac (se punkt 240 ovan).

246 Därför måste slutsatsen dras att kommissionens prognos om det framtida skapandet av en dominerande ställning på marknaderna för aseptiska tappningsmaskiner inte är rimlig.

247 Vad gäller de kombinerade maskinerna för aseptisk tappning av PET-förpackningar, har kommissionen i det omtvistade beslutet bestämt sig för att inte behandla dem som en separat marknad (skäl 175). Även om det i dag endast finns en Sidelmaskin av denna typ, det vill säga Combi SRA som har installerats hos en spansk juiceproducent (skäl 85), framgår det klart att, med hänsyn till dessa maskiners fördelar (det vill säga, väsentligen dem som räknas upp i skäl 174, att de tar mindre plats och att de kräver mindre personal än en klassisk produktionslinje för PET-förpackningar), skulle en kommersiell framgång för denna maskin förstärka Sidels nuvarande ställning på marknaden för aseptisk tappning av PET-förpackningar. Det är emellertid mycket mindre uppenbart att dessa fördelar skulle räcka för att göra det möjligt för den nya enheten att erhålla en dominerande ställning på den sistnämnda marknaden genom försäljning av maskiner av typen Combi SRA.

248 Rätten noterar härvidlag att kommissionen inte har bestridit två relevanta påpekanden om dessa maskiner som sökanden gjorde vid förhandlingen. För det första har Tetra gjort gällande att en av nackdelarna med de kombinerade maskinerna som, åtminstone hittills, har bidragit till att försena deras försäljning i sektorn för aseptisk tappning består i att det är obligatoriskt att upprätthålla aseptiska förhållanden under utbyte av gjutformar. För det andra används dessa maskiner på ett mindre flexibelt sätt än vid kombinationen av en SBM-maskin

och en tappningsmaskin för PET-förpackningar i en normal PET-produktionslinje.

249 Kommissionen har inte heller i det omtvistade beslutet bestridit (skäl 174) det påstående som Tetra gör i sitt svar på meddelandet om anmärkningar och enligt vilket vissa av den nya enhetens betydande konkurrenters kombinerade maskiner, det vill säga Krones och Procomac/Sipa, "i stort sett har samma fördelar". Dessutom har Tetra i sitt svar på meddelandet om anmärkningar likaledes gjort gällande, och företaget har upprepat sin ståndpunkt vid förhandlingen, att Procomac/Sipa har sålt den enda övriga kombinerade aseptiska maskin som har installerats i Europa. Detta påstående har inte bestridits i det omtvistade beslutet och kommissionen har endast i sitt muntliga yttrande noterat att det rörde sig om en maskin som endast var av typen kvasi-kombi. I vart fall är det kommissionen själv som har framhållit de investeringar som diverse företag som är verksamma på marknaden för aseptisk tappning är i färd med att genomföra för utvecklandet av kombinerade aseptiska maskiner. Med hänsyn till konkurrensens nuvarande nivå på denna marknad är det möjligt att åtminstone en av konkurrenterna i en nära framtid kommer att saluföra en kombinerad maskin som är jämförbar med Sidels Combi SRA.

250 När det slutligen gäller frågan om varmtappningsmaskiner, vars betydelse, åtminstone för den tyska marknaden, har framhållits av kommissionen vid förhandlingen, noterar rätten för det första att kommissionen i det omtvistade beslutet har erkänt att dessa maskiner "används i liten utsträckning inom EES" (skäl 171). Det förefaller som om Sidel endast har sålt fem maskiner i EES (skäl 170) av en total försäljning som i anmälan uppskattas till åtta maskiner (punkt 315). För det andra har kommissionen ansett att dessa maskiner inte utgör en marknad som bör vara åtskild från marknaden för aseptiska tappningsmaskiner. Förstainstansrätten noterar, för det första, att maskiner för varmtappning endast motsvarar en liten del av marknaden för aseptiska tappningsmaskiner och, för det andra, att det är föga troligt att denna marknadsandel ökar påtagligt på grund av nackdelarna med tekniken (smakförändringar). Följaktligen kan inte kommissionen grunda sig på den nya enhetens marknadsandel vad avser varmtappningsmaskiner i syfte att visa att en framtida dominerande ställning kommer att förvärvas på marknaden för maskiner för aseptisk tappning av PET-förpackningar.

— Slutsats angående maskiner för tappning av PET-förpackningar

251 Det följer av det ovan anförda att det i det omtvistade beslutet inte tillhandahålls några rättsligt övertygande bevis avseende marknaderna för aseptisk och icke aseptisk tappning av PET-förpackningar, som visar att genomförandet av den modifierade koncentrationen gör det sannolikt, till följd av att en hävstångseffekt huvudsakligen utnyttjas i förhållande till de av Tetras nuvarande kartongkunder som vill gå över till PET vid förpackning av känsliga produkter, att det i framtiden, senast omkring år 2005, kommer att skapas en dominerande ställning på dessa marknader.

System för tillslutning av plastflaskor och kringutrustning till PET-förpackningar

252 Vad gäller marknaden för tillslutning av plastflaskor, framgår det av den relativt svaga ställning som Tetra har på denna marknad, vilket innebär en marknadsandel på endast [10—20 procent] (se punkt 44 ovan), att det är mycket osannolikt att hävstångseffekten skulle vara tillräcklig, åtminstone i en nära framtid, för att omvandla denna ställning till en dominerande ställning. Även om Sidels nuvarande ställning på en del av de olika marknaderna för kringutrustning till PET-förpackningar är starkare än Tetras på nämnda marknad för tillslutning av flaskor, har kommissionen inte bestridit sökandens påstående att ifrågavarande marknadsandelar generellt inte överstiger [20—30 procent] (skäl 257). I det omtvistade beslutet besvaras för övrigt inte vad som anförs i anmälan om att utrustningen i fråga inte är särskilt tekniskt komplicerad och i vart fall enkelt kan tillhandahållas av "ett stort antal företag som säljer utrustning" (punkt 347).

253 Det är således tydligt att det inte har kunnat visas att det är sannolikt att det under perioden fram till år 2005 kommer att skapas en dominerande ställning till förmån för den nya enheten på dessa marknader.

Allmän slutsats om marknaderna för PET-utrustning med undantag av SBM-maskiner

254 Det framgår av det ovan anförda att det i det omtvistade beslutet inte tillhandahålls tillräckligt övertygande bevis för att det skall kunna visas att det, till följd av att en hävstångseffekt från marknaderna för aseptisk kartong utnyttjas under perioden fram till år 2005, skulle skapas en dominerande ställning till förmån för den nya enheten på marknaderna för barriärteknik, maskiner för aseptisk och icke aseptisk tappning, system för tillslutning av plastflaskor samt kringutrustning.

255 Kommissionen har vid förhandlingen i hög grad insisterat på den omständigheten att förstärkandet av den nya enhetens ställning på dessa marknader för PET-utrustning skulle ha sitt ursprung i en "kaskadeffekt" med ursprung i den ställning som förvärvats på marknaderna för SBM-maskiner. Rätten konstaterar emellertid att denna analys inte framgår klart i det omtvistade beslutet och således inte har visats på ett rättsligt övertygande sätt. I vart fall är den nya enhetens förutsebara ställning på marknaderna för PET-utrustning med undantag av SBM-maskiner, i likhet med vad som konstaterats ovan, tillräckligt svag för att den, även om en sådan kaskadeffekt var förutsebar, inte på ett grundläggande sätt skulle förändra denna ställning.

256 I avsaknad av övertygande bevis måste slutsatsen dras att det första villkoret i artikel 2.3 i förordningen inte är uppfyllt såvitt avser nämnda marknader för PET-utrustning.

257 Rätten skall därefter studera kommissionens bedömning angående skapandet av en dominerande ställning på marknaderna för SBM-maskiner.

v) Marknaderna för SBM-maskiner

SBM-maskinernas generiska karaktär

258 Rätten skall inledningsvis undersöka de omständigheter som kommissionen grundade sig på när den gjorde en åtskillnad mellan specifika delmarknader för SBM-maskiner med utgångspunkt i känsliga produkter, vilket har ifrågasatts av sökanden på grund av dessa maskiners generiska karaktär.

259 Kommissionen konstaterar först i det omtvistade beslutet att "även om utrustning påstås vara generisk såsom SBM-maskiner, är det motiverat att undersöka marknaden för utrustningen med avseende på det slutliga konsumtionssegmentet" vilket "rekommenderas i än högre grad när de olika kompletta förpackningssystemen jämförs för att det skall kunna avgöras om de kan tillhöra samma produktmarknad eller ej" (skäl 43). Kommissionen anförde därefter att varje produkt i flytande form som skall förpackas har sina "egna kännetecken som möjliggör eller inte möjliggör användning av ett givet slags förpackning" och drog därefter slutsatsen att användning av segmentering efter slutlig användning är att föredra som instrument för analys av marknaderna för förpackningsutrustning för livsmedel i flytande form (det i punkt 30 nämnda skäl 44). Kommissionen gör således en åtskillnad mellan de känsliga produkter som tillhör "gemensamma produktsegment" och övriga produkter, på grundval av att de förstnämnda kan förpackas, åtminstone i tekniskt hänseende, såväl i kartong som i PET, till skillnad från de icke känsliga produkterna som mineralvatten och kolsyrade drycker som inte kan förpackas i kartong (skäl 58). Samtidigt som kommissionen har godtagit att "SBM-maskiner till största delen är 'generiska'" (skäl 177) gör den i samma skäl gällande att "en produktionslinje för PET, varav SBM-maskiner endast utgör en komponent, i allmänhet är speciellt anpassad för produkter som förpackas av kunden", vilket särskilt gäller känsliga produkter, ett argument som upprepas vid bedömningen av hävstångseffektens konsekvenser (skäl 369). Kommissionen nämner exemplet med Sidels SRS G Combi som är "konstruerad för förpackning av kolsyrade drycker [och som] inte kan utgöra en alternativ lösning för en producent av drycker som önskar förpacka juice" (skäl 177), vilka skulle behöva en aseptisk Combi SRA-maskin. Under åberopande av

sitt tillkännagivande av den 9 december 1997 om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (EGT C 372, s. 5, punkt 43) slår kommissionen därefter fast att de båda kriterier som normalt krävs för att det skall konstateras att det finns en särskilt kundgrupp och således en snävare produktmarknad är uppfyllda i detta ärende, nämligen att det är möjligt att entydigt fastställa vilken grupp en enskild kund tillhör vid det tillfälle då han köper en SBM-maskin samt att handel mellan kunder eller att tredje man gör arbitragevinster avseende dessa maskiner inte skulle kunna förekomma. (skäl 178).

260 Förstainstansrätten konstaterar inledningsvis att den tyngdpunkt som i det omtvistade beslutet läggs på känsliga produkter som tillhör "gemensamma produktsegment" grundas på ett objektivt kriterium, det vill säga att dessa produkter tillhör kategorin produkter förpackade i kartong, och den åtminstone tekniska möjligheten att förpacka dem i PET, vilket med hänsyn till den förväntade tillväxtnivån (se punkterna 201—216 ovan) troligen kommer att bli en ganska utbredd kommersiell verklighet under perioden fram till 2005, åtminstone vad gäller fruktdrycker utan kolsyra och te- och kaffedrycker.

261 I det omtvistade beslutet tillhandahålls inte några tillräckligt övertygande bevis för de kännetecken som påstås vara säregna för de SBM-maskiner som används för förpackning av känsliga produkter. Visserligen kan en kombinerad maskin som konstruerats speciellt för tappning av kolsyrade drycker inte användas för juice. Detta bevisar emellertid på intet sätt att SBM-maskiner, med liten och stor kapacitet, även om de har anpassats före försäljningen enligt köparens önskemål inte, såsom sökanden väsentligen har gjort gällande, förblir generiska maskiner, det vill säga maskiner som lämpar sig för förpackning av olika sorters produkter.

262 Vad beträffar det av kommissionen framförda påståendet att förpackningsgjutformarna är specifikt anpassade till den produkt som avses, varvid sökanden inte har bestridit att antalet gjutformar är avgörande för maskinens kapacitet,

bevisar inte denna specifika karaktär att SBM-maskinerna, vars gjutformar endast utgör en beståndsdel, på ett påtagligt sätt skiljer sig från varandra. Det framgår av anmälan att den genomsnittliga livslängden för en form endast är omkring tre år, medan en SBM-maskins livslängd är femton år (punkt 304). Även om Sidel tillverkar sina egna gjutformar, bestrids inte i det omtvistade beslutet de upplysningar som lämnats i anmälan om marknaden för gjutformar, enligt vilka Sidel inte är verksamt på denna marknad (i egenskap av leverantör av gjutformar till tredje part) och konkurrensen bland de företag som är verksamma där är mycket hård, särskilt från SIG, som på sin hemsida påstår sig inneha en överlägsen ställning (punkt 309).

263 I det omtvistade beslutet ifrågasätts inte heller det påstående som gjorts i anmälan enligt vilket en kund, i en stor installation, kan använda flera SBM-maskiner och kombinera dem för att tillgodose sina olika produktionsbehov. Det omtvistade beslutet innehåller inte någon undersökning av huruvida den av vissa kunder efterfrågade flexibiliteten vad avser gjutformar för SBM-maskiner kan förklaras av behoven i samband med sådan användning.

264 Kommissionen har i svaromål åberopat en rad ändringar som skulle kunna utföras på en SBM-maskin för att öka dess prestanda eller göra den mer användbar i en integrerad produktionslinje för PET-förpackningar, såsom tillägg av ett speciellt filtreringssystem med tryckluft eller behandling med ultraviolett ljus för att minska smittorisken innan förformerna kommer in i SBM-maskinen. Kommissionen har vid förhandlingen preciserat att dessa ändringar visar att en SBM-maskin som används i en tappningslinje för PET har mycket speciella kännetecken till vilka det hänvisas i det omtvistade beslutet (skäl 177). Tetra har dock, i samband med bestridandet av de specifika egenskaper som kommissionen tillskriver SBM-maskinerna, påpekat att dessa ändringar inte motsvarar mer än 5 procent av kostnaden för en SBM-maskin.

265 Rätten konstaterar inledningsvis att det inte har gjorts några hänvisningar till dessa upplysningar i det omtvistade beslutet. Även om det i beslutet på ett korrekt sätt framhålls hur betydelsefulla de kunders krav är vilka särskilt behöver en

produktionslinje för aseptisk tappning av PET-förpackningar, det vill säga, huvudsakligen en garanti om aseptiska förhållanden, kan inte denna omständighet motivera definierandet av en särskild delmarknad för SBM-maskiner som används i en tappningslinje för ifrågavarande känsliga produkter. Enbart den omständigheten att varje SBM-maskin måste installeras i en produktionslinje för PET-förpackningar för att bli användbar för köparen, motiverar inte att specifika egenskaper hos annan PET-utrustning i den produktionslinjen, särskilt dem avseende aseptisk tappning av PET-förpackningar, överförs på SBM-maskinerna i sig.

266 SBM-maskinernas generiska karaktär är desto mer godtagbar med hänsyn till att kommissionen inte har kunnat tillbakavisa Tetras påstående om den relativt blygsamma kostnaden i jämförelse med kostnaden för en SBM-maskin av standardmodell, särskilt när det gäller en SBM-maskin med stor kapacitet för ändringar som i förekommande fall är önskvärda för att göra en sådan maskin mer kompatibel med användningen av maskiner för aseptisk och icke aseptisk tappning av PET-förpackningar och eventuellt med maskiner för aseptisk tappning som kan skifta från PET till HDPE.

267 Det är vidare ostridigt mellan parterna att de kombinerade maskinerna, vars användning för aseptisk tappning fortfarande är mycket begränsad (se ovan punkterna 248 och 249) inte utgör en separat marknad, såsom även framgår av det omtvistade beslutet.

268 Vad beträffar möjligheterna att entydigt fastställa vilken grupp en enskild kund tillhör vid det tillfälle då han köper en SBM-maskin och huruvida det åtminstone för närvarande inom EES saknas möjligheter för en sådan kund att få ett bättre pris, genom att använda sig av arbitrage mellan tillgängliga leverantörer, framgår det klart att dessa möjligheter, om de anses fastställda, skulle kunna tillämpas i lika hög grad på SBM-maskiner som används för icke känsliga produkter som på dem som används till förpackning av känsliga produkter. Att det är möjligt för den nya enheten att identifiera den grupp som en kund tillhör beror på att många av kunderna på kartongmarknaden som kommer att gå över till PET är Tetras nuvarande kunder. Emellertid utesluter inte denna möjliga fördel, som är en följd av fördelen av att vara "den som kommer först", vilken på ett förutsebart sätt

tillkommer den nya enheten, att dessa kunder kan vända sig till andra leverantörer av SBM-maskiner om de inte längre är nöjda med de villkor som erbjuds av nämnda enhet.

269 På grundval av de bevis som tillhandahålls i det omtvistade beslutet har kommissionen således gjort ett fel dels genom att konstatera att SBM-maskinerna "till största delen är generiska" (skäl 177), dels genom att göra en åtskillnad mellan dem beroende på deras slutliga användning. I det omtvistade beslutet tillhandahålls nämligen inte tillräckliga bevis för att motivera särskilda delmarknader bland SBM-maskinerna i förhållande till deras slutliga användning. De enda delmarknader som skall beaktas är följaktligen dem för maskiner med liten och stor kapacitet.

Förutsebara instängningseffekter

270 Rätten konstaterar inledningsvis att de två särskilda marknader som kommissionen har identifierat vad gäller SBM-maskiner uppvisar anmärkningsvärda olikheter i fråga om den nivå och den styrka hos den aktuella konkurrens på dessa marknader för SBM-maskiner som Sidel måste möta. Rätten skall därför separat undersöka följderna av den förutsebara hävstångseffekt som utgår från kartongförpackningsmarknaderna och som den nya enheten kan utnyttja på de särskilda marknaderna för SBM-maskiner med liten, respektive stor kapacitet.

— Marknaden för SBM-maskiner med liten kapacitet

271 Vad angår SBM-maskiner med liten kapacitet erinrar rätten om att koncentrationen på intet sätt skulle förstärka den marknadsandel som Sidel för närvarande har (se punkt 128 ovan). Slutsatsen i det omtvistade beslutet, enligt

vilken den nya enheten "är långt ifrån den främste aktören" på denna marknad och "flera konkurrenter skulle finnas kvar på marknaden men med små marknadsandelar som inte skulle överstiga [10—20 procent]" (skäl 269), utgör mot bakgrund av Tetras åtagande att sälja av Dynaplast, vilket är ett företag som är verksamt på denna marknad, inte ett övertygande bevis på att det är sannolikt att det i framtiden skulle skapas en dominerande ställning för den nya enheten på denna marknad. Kommissionen har vidhållit i sina skriftliga yttranden — samtidigt som den har hänvisat till det omtvistade beslutet vari konstateras att Sidels konkurrenter skulle kunna bli utkonkurrerade från marknaden för SBM-maskiner med liten kapacitet (skäl 370) — att det inte är nödvändigt att slå fast att Sidels konkurrenter kommer att utestängas från marknaden i den mån det visas att de kommer att bli marginaliserade där. Kommissionen har vid förhandlingen insisterat på att den anmälda koncentrationen efter en kaskad-effekt skulle kunna göra det möjligt för den nya enheten att erhålla en dominerande ställning på denna marknad eftersom Sidels kunder är utspridda och företaget redan har en överlägsen ställning på vissa delar av marknaden, särskilt i fråga om maskiner med liten kapacitet som emellertid har hög prestanda inom sin kategori och är försedda med rotationsteknik, det vill säga den teknik som används i alla maskiner med stor kapacitet med undantag av Sasibs maskiner, ett företag som nyligen har förvärvats av SIG och vars maskiner använder en två-stegs linjär teknik med en kapacitet på... flaskor per timme (punkt 48 i anmälan).

272 Rätten skall, i syfte att undersöka kommissionens slutsats avseende denna marknad, studera den marknadsandel som den nya enheten kommer att få efter genomförandet av den modifierade koncentrationen. Det framgår härvidlag av det omtvistade beslutet att kommissionen medgav att Sidel har en "marknadsandel på [30—40 procent] uttryckt i kapacitet och sålda enheter inom EES år 2000" av marknaden för SBM-maskiner med liten kapacitet (skäl 233). Kommissionen har framhävt den omständigheten att Sidels konkurrenter, varav DS är den största med en marknadsandel på omkring [10—20 procent] (skäl 233), är "mycket mindre" än Sidel. I den mån kommissionen på andra ställen i det omtvistade beslutet åberopar "den ledande ställning, med [60—70 procent] av SBM-maskinerna" som för närvarande innehas av Sidel, har kommissionen tydligen underlåtit att ta hänsyn till Tetras åtagande angående Dynaplast (skäl 370).

273 I anmälan uppges att den marknadsandel avseende SBM-maskiner med liten kapacitet som Sidel hade under perioden 1998—2000 utan undantag låg under

40 procent och att denna andel i likhet med Tetras — det sistnämnda kom in på marknaden via sitt förvärv av Dynaplast, vilket nådde sin höjdpunkt år 2000 då det skaffade sig en marknadsandel på 24 procent — endast var "uppskattningar" som till och med skulle kunna vara överdrivna (punkt 56). Under åberopande av namnen på tolv andra konkurrenter varav alla, enligt parterna i koncentrationen, var kapabla att tillhandahålla en SBM-maskin som lämpar sig för behoven hos vilken köpare som helst av en maskin med liten kapacitet, har dessa parter insisterat på att det inte enbart råder en betydande utan en intensiv konkurrens på marknaden (punkterna 57 och 71). För övrigt har Tetra, i sitt svar på meddelandet om anmärkningar (punkt 51), påpekat att två nya stora konkurrenter därefter hade kommit in på marknaden år 2000, varav den ena, Uniloy, innehar en överlägsen ställning på marknaden för EBM-maskiner, medan den andra, Husky, innehar en liknande ställning på marknaden för maskiner som producerar förformer, en ställning vars betydelse erkänns i det omtvistade beslutet (skäl 321, fotnoten på sidan 138).

274 I det omtvistade beslutet erkänns endast, utan att hänsyn tas till dessa upplysningar som är mycket relevanta och utan någon ytterligare precisering, att Sidel sedan 1998 har noterat en tillbakagång på "endast [0—10 procent]" på marknaden för maskiner med liten kapacitet (skäl 238). Denna enda omständighet räcker inte som stöd för kommissionens slutsats om den påstådda obetydliga konkurrens som den nya enheten skulle komma att möta, särskilt som den inte har Dynaplasts medel och kapacitet. Det har vidare, varken i det omtvistade beslutet eller i kommissionens skriftliga yttranden, tillhandahållits någon bedömning av den sannolika utvecklingen av Dynaplasts marknadsandel, en andel som ständigt har vuxit fram till år 2000. Tetra har vid förhandlingen som svar på förstainstansrättens frågor rörande Dynaplasts verksamhet, ett företag som under den relativt korta period som det var under Tetras kontroll (1994—2000) har kunnat erhålla en relativt stor marknadsandel, gjort gällande att denna inledande framgång kunde tillskrivas Tetras ekonomiska styrka och den omständigheten att Tetra var i stånd att erbjuda intressanta samköp av SBM-maskiner och PET-förformer. Eftersom Tetra hade åtagit sig att avhända sig sin verksamhet inom förformer och Sidel inte är verksamt inom förformer, skulle en sådan strategi inte längre stå till buds för den nya enheten. Denna begränsning skulle inte gälla enhetens konkurrenter, däribland särskilt det nytillkomna kanadensiska företaget Husky som är överlägset i världen vad beträffar tillverkning av maskiner för produktion av förformer.

275 I det omtvistade beslutet finns inte några omständigheter som visar att den nya enheten skulle kunna överta en särskilt stor andel av Dynaplasts före detta kunder, eller, med andra medel i en tillräckligt nära framtid, särskilt under perioden fram till år 2005, skaffa sig tillräckligt med nya kunder för att det skulle bli möjligt att nå en dominerande ställning på marknaden för SBM-maskiner med liten kapacitet. En sådan ställning är ännu omöjligare att förutse med beaktande av omfattningen av och den för närvarande växande konkurrensen på denna marknad.

276 Kommissionen har såväl i sina skriftliga framställningar som i sina muntliga yttranden, genom att lägga tyngdpunkten på Sidels starka ställning på marknaden för maskiner med stor kapacitet och genom att, åtminstone partiellt, slå ihop försäljning av SBM-maskiner med liten kapacitet och förpackning av icke känsliga produkter, framhållit den nya enhetens styrka "på framtidens PET-marknader (det vill säga marknaderna för 'känsliga' drycker)" (skäl 369). Enligt det omtvistade beslutet medför den marknadsandel som den nya enheten skulle få på "marknaden för SBM-maskiner (oberoende av användningsområde)... att endast en liten del av marknaden förblir konkurrensutsatt", medan "... marknaderna för icke känsliga produkter är mättade och endast borde få en svag tillväxt" (skäl 370). Slutsatsen att marknaderna är mättade baseras på en redogörelse som finns i Sidels årsredovisning för år 1999 och en studie av BNP-Paribas angående Sidel av den 9 oktober 2000.

277 Betydelsen av marknaden för maskiner med liten kapacitet kan dock inte förringas på detta sätt, vare sig i allmänhet eller beträffande känsliga produkter. Det framgår av handlingarna i målet att det åtminstone inte till dags dato har funnits någon större skillnad i användning mellan maskiner med liten kapacitet och maskiner med stor kapacitet vad gäller förpackning av icke känsliga produkter. Allt beror på kundernas behov såsom sökanden har gjort gällande vid förhandlingen. Av alla drycker som för närvarande förpackas i PET tillhör 95 procent kategorin icke känsliga produkter. Det tillhandahålls emellertid ingen analys av fördelningen mellan SBM-maskiner med stor och liten kapacitet i förhållande till produkter i det omtvistade beslutet. I anmälan anges det att maskiner med stor kapacitet normalt säljs till stora kunder såsom..., vilka producerar stora volymer av kolsyrade drycker och vatten (punkt 93). I sitt svar

på meddelandet om anmärkningar har Tetra påpekat att den snabbaste maskin som Sidel har sålt hade en kapacitet på... flaskor per timme och såldes år... till..., en producent som huvudsakligen producerar mineralvatten (punkt 44), och att det i nämnda meddelande ignorerades att maskiner med liten kapacitet som har en mängd olika användningsområden även används till förpackning av känsliga produkter (punkt 45).

278 Förstainstansrätten kan inte med precision uppskatta storleken på försäljningen av SBM-maskiner med liten och stor kapacitet för förpackning av dessa produkter. Det är sannolikt, med hänsyn till den mycket stora volym av produkter som redan förpackas i PET (mer än 35 miljarder liter år 1999 för vatten och kolsyrade drycker enligt tabell 2 i skäl 56), att försäljningen av dessa två typer av maskiner, även fortsättningsvis efter genomförandet av den modifierade koncentrationen kommer att vara mycket stor vad gäller förpackningar för icke känsliga produkter. Påståendet att PET-förpackningsmarknaden skulle vara mättad har inte fastställts på ett rättsligt övertygande sätt. Utan att beakta den enorma potentiella marknad för PET som öl utgör, bekräftas det i de oberoende studier som nämns i det omtvistade beslutet att användningen av PET-förpackningar, i synnerhet för mineralvatten, kommer att fortsätta att växa regelbundet. Härav följer att det inte finns något som helst bevis för att efterfrågan på SBM-maskiner med liten kapacitet påtagligt kommer att minska under den period som omfattar åren 2000—2005.

279 Den analys som görs i det omtvistade beslutet av förpackningar för känsliga produkter är inte heller övertygande. Enligt uppgifter som sökanden har lämnat i sitt svar på meddelandet om anmärkningar används maskiner med liten kapacitet hittills i stor utsträckning, kanske till största delen, för känsliga produkter. Således uppgick medelhastigheten på de maskiner som Dynaplast sålde, vilka används till förpackning av sådana produkter, till över... flaskor i timmen (punkt 45), medan medelhastigheten för Sidels maskiner uppgick (åtminstone för juice) till... flaskor i timmen. Sökanden har preciserat att användningen av maskiner med liten kapacitet förklaras av den omständigheten att känsliga drycker för närvarande är och i de flesta fall kommer att fortsätta att vara "nischprodukter" med mindre produktionsvolymer än andra produkter. Kommissionen har i det omtvistade beslutet svarat med att dra slutsatsen att alla SBM-maskiner som har en högre kapacitet än 8 000 flaskor per timme, vilka

används för detta ändamål, skall betraktas som maskiner med stor kapacitet och att användningen av maskiner med liten kapacitet kan förklaras av att kunderna inte vill köpa maskiner med stor kapacitet när de skaffar sig utrustning för första gången i syfte att förpacka känsliga produkter i PET (skälen 184 och 185). Även om den sistnämnda bedömningen inte är klart oriktig, kvarstår dock att en stor del av de SBM-maskiner som används till förpackning av känsliga produkter med största sannolikhet kommer att vara maskiner med liten kapacitet. Denna etablerade användning förefaller desto mera trolig, såsom sökanden har gjort gällande vid förhandlingen, vad gäller mer specialiserade drycker som te- och kaffedrycker samt fruktdrycker utan kolsyra, vilka i viss mån kommer att öka med beaktande av att deras produktionsvolymer är mer begränsade än vad som är fallet i fråga om mejeriprodukter i flytande form och juice. En stor del av den förutsebara tillväxten inom förpackning av känsliga produkter i PET under perioden fram till år 2005 kommer troligen att röra produkter beträffande vilka användning av maskiner med liten kapacitet är särskilt lämplig.

280 Det har således inte utförts någon tillräcklig analys i det omtvistade beslutet av den nuvarande och framtida användningen av SBM-maskiner med liten kapacitet. Det framgår tydligt att i och med att Tetra lämnar marknaden kommer den nya enhetens ställning att väsentligen vara oförändrad i förhållande till Sidels nuvarande ställning. Sidel kommer emellertid vara långt ifrån att erhålla en dominerande ställning på marknaden. Även om den nya enheten kommer att förbli det största företaget på denna marknad, med en marknadsandel på omkring [30—40 procent], kommer den att möta konkurrens från åtminstone tolv andra företag, för att inte tala om de nya konkurrenter som nyss har kommit in på marknaden (se ovan punkt 272).

281 I det omtvistade beslutet tillhandahålls således inte tillräckligt övertygande bevis för att det skall kunna visas att den nya enheten, till följd av en hävstångseffekt i förhållande till Tetras nuvarande kunder på kartongmarknaden som önskar köpa en SBM-maskin med liten kapacitet eller en PET-förpackningslinje som inbegriper en SBM-maskin med liten kapacitet, kommer att kunna hävda sig gentemot sina konkurrenter, särskilt inte gentemot dem vars kunder huvudsakligen består av producenter av icke känsliga drycker och öl, i så hög grad att den kan lyckas omvandla sin nuvarande ställning till en dominerande ställning under perioden fram till år 2005. Denna slutsats gäller i ännu högre grad eftersom ett erbjudande avseende samköp från den nya enhetens sida inte kan inbegripa en sådan maskin.

282 Vad beträffar argumentet att det skulle kunna bli möjligt att erhålla en dominerande ställning på marknaden för maskiner med liten kapacitet tack vare en kaskadeffekt som skulle ha sitt ursprung i det framtida skapandet av en dominerande ställning på marknaden för maskiner med stor kapacitet, räcker det att slå fast att eftersom den möjligheten inte behandlas i den analys som utförs i det omtvistade beslutet, kan förstainstansrätten inte pröva det.

283 Följaktligen måste slutsatsen dras, i fråga om SBM-maskiner med liten kapacitet, att i den mån kommissionen förutser att det är sannolikt att det under perioden fram till år 2005 kommer att skapas en dominerande ställning på denna marknad, har den gjort en uppenbart felaktig bedömning.

— Marknaden för SBM-maskiner med stor kapacitet

284 Rätten konstaterar inledningsvis att kommissionen med rätta har framhållit Sidels överlägsna ställning på denna marknad. Med en marknadsandel på [60—70 procent], uttryckt i kapacitet, är Sidel såsom kommissionen har påpekat under förhandlingen, tre gånger större än var och en av sina konkurrenter och nästan [45—55 procent] större än konkurrenterna sammantaget på denna marknad. Företaget har således med god marginal en ledande ställning på denna marknad. Sidel innehar emellertid inte en dominerande ställning (skäl 248) och Tetra skulle inte tillföra den nya enheten något vad denna marknad beträffar.

285 Det är således nödvändigt att först bedöma huruvida den modifierade koncentrationen skulle göra det möjligt för den nya enheten att, genom en hävstångseffekt som verkar i förhållande till Tetras nuvarande kunder på kartongmarknaderna, under perioden fram till år 2005 vinna ett tillräckligt

antal ytterligare kunder på PET-marknaden för att erhålla en dominerande ställning på marknaden för SBM-maskiner med stor kapacitet och huruvida, i så fall, den återstående konkurrensen skulle bli påtagligt försvagad.

286 Visserligen skulle den nya enheten vad gäller fruktdrycker utan kolsyra och tesamt kaffedrycker och förmodligen även juicer, åtminstone sådana ur det dyrare sortimentet, kunna erbjuda de kunder på kartongmarknaderna som önskar överföra en del av sin produktion till PET att köpa maskiner för aseptisk tappning av PET-förpackningar eller kombinerade maskiner som kopplas till andra viktiga komponenter i en produktionslinje för PET, såsom exempelvis tillslutning av förpackningar. Erbjudandena avseende dessa produkter kan var attraktiva med hänsyn till den för kunderna viktiga garantin om aseptiska förhållanden och Tetras goda anseende på området för aseptisk tappning, särskilt i egenskap av leverantör av aseptisk kartongförpackningsutrustning. Detta skulle i än högre grad vara fallet om dessa kunder hade långfristiga avtal med Tetra.

287 Det finns emellertid några faktorer som minskar den förutsebara betydelsen av dessa fördelar, varav de flesta inte analyseras i tillräcklig mån i det omtvistade beslutet.

288 För det första har fördelen med att vara "den som kommer först" övervärderats i detta mål. Omfattningen av den förutsebara ökade användningen av PET bland Tetras nuvarande kunder på marknaderna för aseptisk kartong är inte stor (se punkterna 201—216 ovan). Således är det föga troligt att de mejerier som är kunder önskar överge kartong för att övergå till PET med hänsyn till avsaknaden av en barriär mot ljus som kan användas kommersiellt på ett tillfredsställande sätt och den höga prisnivån på detta material i jämförelse med kartong och HDPE (se punkt 34 ovan). Om det skulle ske en betydande övergång till plast, förklaras det inte i det omtvistade beslutet i tillräcklig mån varför denna övergång inte, i sin helhet eller delvis, skulle kunna ske till HDPE i stället för till PET. Denna slutsats bekräftas av den omständigheten att kommissionen inte längre insisterar på en sannolik betydande ökad användning av PET under perioden fram till år 2005 för UHT-mjölk, vilket är ett mycket viktigt segment för mejeriprodukter i flytande form. Det bör vidare noteras att den nuvarande marknadsandelen för DPE, det material som för närvarande är den främsta konkurrenten till kartong,

beträffande mejeriprodukter i flytande form, borde öka under perioden fram till år 2005 i de viktiga segmenten UHT-mjölk och färsk mjölk, enligt såväl Canadeanstudien som den oberoende PCI-studien.

289 Vad närmare beträffar färsk mjölk, förklaras inte förhållandet mellan HDPE och PET i tillräcklig mån i det omtvistade beslutet. Med hänsyn till skillnaden i kostnad, med en fördel för HDPE som uppgår till 10 procent, är det minst lika troligt att Tetras befintliga kunder som önskar överföra en del av sin produktion av färsk mjölk till plast väljer HDPE i stället för PET. Färsk mjölk är nämligen inte en produkt för vilken fördelarna med PET vad avser saluförandet är särskilt betydelsefulla. Det förklaras inte heller i det omtvistade beslutet varför Tetra, som agerar i egenskap av bearbetare på HDPE-marknaden, skulle vara mer angeläget om att dessa kunder övergår till PET i stället för att helt enkelt genom hole-through-the-wall-agreements sälja HDPE-flaskor till dem, som blåses i plast i enlighet med deras behov i likhet med vad Tetra, enligt anmälan, för närvarande gör i Förenade kungariket (punkt 326). Rätten noterar härvidlag att den nya enheten skulle kunna leverera en betydande del av en tappningslinje för HDPE-förpackningar, såsom EBM-maskiner och maskiner för aseptisk eller icke aseptisk tappning av HDPE-förpackningar. Eftersom barriärtekniken inte heller är relevant i fråga om färsk mjölk som distribueras i en kyld distributionskedja är det svårt att tänka sig att den nya enhetens utnyttjande av en hävstångseffekt skulle betraktas som en användbar strategi för dessa produkter, då många av den nya enhetens konkurrenter skulle vara kapabla att erbjuda såväl SBM-maskiner som andra komponenter i den icke aseptiska produktionslinjen för PET-förpackningar som ett mejeri skulle behöva om det ville övergå från produktion av färsk mjölk i kartong till PET.

290 Det tillhandahålls inte någon analys av glasmarknaden vad gäller juice, trots att "kommissionen förväntar sig... en betydande övergång från glas till PET och en mer begränsad övergång från kartong till PET" (skäl 148). Sökanden har dock gjort gällande att den omständigheten att dess konkurrenter SIG, Krones och KHS (Klöckner), som alla tre är verksamma på förpackningsmarknaderna inom glas och PET, placeras i en ställning där de kan åtnjuta den i förhållande till de

kunder som övergår från glas till PET viktiga fördelen av att vara "den som kommer först". Under dessa förhållanden har inte kommissionen på ett rättsligt övertygande sätt visat räckvidden av den fördel för "den som kommer först" som den nya enheten skulle besitta med avseende på den ökning, vars nivå är osäker, som sannolikt kommer att ske under den period som omfattar åren 2000—2005 av användningen av PET till förpackning av juice.

291 Vad gäller fruktdrycker utan kolsyra och te- och kaffedrycker, är det ostridigt mellan parterna att volymen på de förpackade produkterna kommer att förbli ganska begränsad. Även med en ökning under perioden fram till år 2005 på 20—30 procent för de förstnämnda produkterna och 25—30 procent för de sistnämnda (det vill säga som totalt uppgår till 1,8 miljarder liter förpackade produkter per år), skulle den fördel för "den som kommer först" som den nya enheten skulle komma i åtnjutande av vara begränsad. Vidare förklaras inte i beslutet, trots att Canadeans prognos angående användningen av kartong i dessa segment inte ifrågasätts (en användningsgrad på 37 respektive 46 procent förutses fram till år 2005 för dessa produkter i jämförelse med 42 respektive 53 procent år 2000), varför sådana ökningar i användningen av PET skulle göra det möjligt för den nya enheten att genom en hävstångseffekt i förhållande till Tetras nuvarande kunder på kartongmarknaderna erhålla en tillräcklig ytterligare marknadsandel av SBM-maskiner med stor kapacitet för att erhålla en dominerande ställning. Denna förklaring är i ännu högre grad nödvändig eftersom det åtminstone är troligt att en stor del av de maskiner som används i nya produktionslinjer för PET-förpackningar avsedda för dessa nischprodukter är maskiner med liten kapacitet, en marknad på vilken konkurrensen är mycket påtaglig (se ovan punkterna 271—283).

292 För det andra skulle Tetras åtagande att inte erbjuda samköp av sina kartongprodukter och SBM-maskiner minska räckvidden av en hävstångseffekt. En av Tetras nuvarande kunder på kartongmarknaderna skulle kunna bli lockad av det attraktiva priset på en annan komponent i en PET-förpackningslinje än en SBM-maskin, särskilt den viktigaste komponenten, det vill säga maskinen för aseptisk tappning av PET-förpackningar, samtidigt som den köper en SBM-maskin hos en av Sidels nuvarande konkurrenter. Även om det är sant att detta val inte står kunderna till buds om det samköpserbjudandet rör en kombinerad

maskin, tillhandahålls inte i beslutet några bevis som gör det möjligt att fastställa att användningen av dessa maskiner, åtminstone vad angår marknaden för aseptisk tappning — som i sin helhet skulles beröras mest av den förutsedda ökade användningen av PET i segmenten känsliga produkter — kommer att vara tillräckligt spridd för att den nya enheten på ett effektivt sätt genom försäljning av kombinerade maskiner skall kunna kringgå sitt åtagande att inte samtidigt lämna anbud på kartongförpackningsutrustning och SBM-maskiner.

293 För det tredje begick kommissionen ett fel när den konstaterade att, bortsett från SIG kommer "[i]ngen annan leverantör av förpackningsutrustning... att kunna erbjuda både kartong- och PET-utrustning" (skäl 372). Ett nytt exempel på att PET introduceras för färsk mjölk är enligt det omtvistade beslutet det tjeckiska mejeriet OLMA. Det är dock Elopak som tillhandahåller den ifrågavarande "nya PET-förpackningslinjen" (skäl 94). Vidare erkänns det i det omtvistade beslutet att Elopak har "ingått allianser med tillverkare av PET-utrustning för att tillgodose sina kunders behov" (fotnoten på sidan 146, skäl 329). Det framgår således klart att minst två av Tetras stora konkurrenter på marknaderna för kartongförpackningsutrustning redan är i stånd att erbjuda produkter i både kartong och PET och detta utan de begränsningar vad gäller utbudet av ifrågavarande PET-utrustning som skulle tillämpas på kopplade erbjudanden från den nya enhetens sida. Med hänsyn särskilt till den ökande överlappning mellan marknaderna för kartong- och PET-förpackningsutrustning som förutses i det omtvistade beslutet saknas det en tillräcklig analys av den potentiella betydelsen av fördelen av att vara "den som kommer först", vilken SIG och Elopak redan åtnjuter.

294 Förstainstansrätten är likaledes förhindrad att bedöma de förutsebara verkningarna av en hävstångseffekt som utnyttjas av den nya enheten, på grund av att det i det omtvistade beslutet saknas en tillräcklig analys av den konkurrens som Sidel möter på marknaden för maskiner med stor kapacitet. Den konkurrens som dess tre främsta konkurrenter, det vill säga SIG, SIPA och Krones utövar är underskattad. Dessa konkurrenter har kunnat stärka sin ställning på marknaden från [10—20 procent] till [35—45 procent] på tre år (1997—2000) genom att var

och en har erhållit nya jämförbara marknadsandelar, vilket sannerligen inte saknar betydelse. Eftersom marknaden uppenbarligen är en marknad som är föremål för en ökande och åtminstone ganska påtaglig konkurrens borde det i det omtvistade beslutet på ett mer detaljerat sätt ha undersökts om konkurrensen har kapacitet att motstå tillämpandet av en eventuell hävstång från den nya enhetens sida.

295 Endast SIG:s ställning undersöks och detta på ett summariskt sätt. I det omtvistade beslutet konstateras att SIG saknar den "fullständiga serie PET-utrustning som den nya enheten förfogar över" samt "barriärtekniken som är väsentlig för varje inträde i de nya segmenten för PET-produkter" (skäl 372). Detta påstående kan inte, utan andra preciseringar som saknas i detta fall, anses förenligt med innehållet i anmälan som särskilt visar SIG:s allt annat än försumbara ställning på marknaderna för maskiner för aseptisk och icke aseptisk tappning av PET-förpackningar, på den senare marknaden genom det nyligen förvärvade Sasib. Med hänsyn vidare till den omständigheten att det finns "mer än tjugo företag" (skäl 87) som förfogar över olika tekniska lösningar när det gäller den barriär mot syre som behövs för juice, är det långt ifrån tydligt i det omtvistade beslutet på vilket sätt SIG skulle vara förhindrat att konkurrera med den nya enheten på denna marknad där tillväxten utryckt i volymer troligen kommer att vara störst. Såvitt ökningen har sitt ursprung i glasförpackningar kommer SIG att ha fördelen av att vara "den som kommer först", vilken den nya enheten inte kommer att kunna åtnjuta. Kommissionen har för övrigt inte vid förhandlingen bestridit sökandens påstående om att SIG även förfogar över den för fruktdrycker utan kolsyra samt te- och kaffedrycker nödvändiga barriär-tekniken.

296 Härtill kommer att Tetra i sina skriftliga och muntliga yttranden har framhållit att SIG vid en presentation som ägde rum i april 2002 i samband med den första världskongressen för PET beskrev sig som en leverantör med kapacitet att erbjuda en komplett PET-förpackningslinje. Det framgår av presentationen att SIG, till skillnad från den nya enheten såsom den kommer att te sig till följd av Tetras åtagande att avhända sig sin verksamhet inom förformer, hädanefter kommer att vara närvarande på marknaden för förformer. Det framgår vidare av

anmälan att SIG innehar en mycket betydande ställning på marknaden för tillverkningar av gjutformar för SBM-maskiner och att företaget har mer än 50 års erfarenhet vad gäller gjutformar (punkt 309).

297 Härav följer, på grundval av de omständigheter som har åberopats i det omtvistade beslutet, att kommissionen begick ett fel när den underskattade betydelsen av SIG:s nuvarande ställning på marknaderna för maskiner med stor kapacitet och förringade den ställning som de främsta övriga konkurrenterna till den nya enheten, i synnerhet SIPA och Krones, har på denna marknad.

298 Rätten tar även hänsyn till att SBM-maskiner med stor kapacitet, precis som de med liten kapacitet, faktiskt är generiska. Det är således möjligt att den nya enhetens konkurrenter har en betydande ställning inom försäljning av SBM-maskiner med stor kapacitet till producenter av icke känsliga drycker och till bryggare. Denna ställning skulle göra det möjligt för dem att motstå ett eventuellt utnyttjande av en hävstångseffekt från den nya enhetens sida som riktar sig mot försäljning av SBM-maskiner med stor kapacitet, baserad på den nya enhetens ställning på marknaderna för aseptisk kartong. Slutsatsen i beslutet, enligt vilken detta nämligen inte skulle kunna var fallet, är inte i tillräcklig mån rättsligt underbyggd.

299 Eftersom dessutom hävstångseffekten, vilken särskilt skulle påverka marknaden för maskiner med stor kapacitet, enligt kommissionen blev förutsebar genom tillväxten i PET-sektorn skall det härvidlag understrykas att öl utgör en påtaglig del av den förutsedda ökningen inom denna sektor. Enbart den omständigheten att öl inte kan förpackas i kartong räcker inte för att motivera att denna särskilt känsliga produkt överhuvudtaget inte beaktades (användning av PET till förpackning av öl kräver nämligen, enligt skäl 41, barriärbehandling mot både ljus och syre) med avseende på PET-marknadernas utveckling. Detta är i än högre grad fallet med hänsyn till att en ökad användning av PET vid förpackning av öl inte endast förutses av sökanden utan även i Pictetstudien.

300 Enligt anmälan förutses en ökad användning av PET-förpackningar för öl i storleksordningen 10 procent per år under de kommande fem åren (punkt 86). Genom att 5 procent av världens ölproduktion kommer att övergå till förpackningar i form av PET-flaskor kommer denna marknads betydelse att visa sig i 15 miljarder förpackningar per år, vilket skulle göra att den blev jämförlig med den nuvarande marknaden för kolsyrade drycker som säljs i PET-förpackningar i Europa (punkt 15). Denna prognos stöds, åtminstone delvis av de oberoende studier som kommissionen nämner i syfte att motivera sina egna prognoser om tillväxt i de gemensamma produktsegmenten. Enligt Pictetstudien håller den vidsträckta marknaden för öl på att öppnas för PET (the vast beer market is about to open for PET, s. 10). I anmälan preciseras även att PET redan används i Europa för förpackning av öl av vissa stora bryggerier såsom..., tack vare barriärteknik av flerskiktstyp som Tetras och Sidels konkurrenter tillhandahåller (främst Schmabach-Lubeca) (punkterna 119 och 157).

301 Eftersom öl inte förpackas i kartong, skulle det inte finnas någon möjlighet för den nya enheten att utnyttja en hävstångseffekt i förhållande till de bryggerier som går över från glasflaskor och metallburkar till PET-flaskor. Eftersom några av de stora konkurrenterna till den nya enheten på marknaden före SBM-maskiner (det vill säga SIG, Krones och KHS (Klöckner)) likaledes är verksamma på förpackningsmarknaderna för glasflaskor och metallburkar kommer de att få fördelen av att vara "den som kommer först" i förhållande till de bryggerier som överför en del av sin produktion till PET. Om en påtaglig tillväxt under perioden fram till år 2005 blev verklighet i fråga om öl, skulle incitamenten för den nya enhetens konkurrenter att stanna kvar på marknaden för SBM-maskiner bli starkare. I det omtvistade beslutet tillhandahålls dock ingen analys av den potentiella betydelsen av dessa utsikter.

302 Det bör även observeras att den nödvändiga barriärtekniken för förpackning av öl i PET skulle kunna modifieras för att kunna tillämpas på känsliga produkter som befinner sig i gemensamma produktsegment, åtminstone vad gäller juice

(punkterna 119 och 157). Sökanden har vid förhandlingen upprepat detta argument och därvid hävdat att öl innebär mycket svåra tekniska problem vid användning av PET (särskilt risken för att koldioxid läcker ut ur förpackningen), men eftersom dessa problem är överkomliga skulle ifrågavarande teknik kunna användas för andra, såväl aseptiska som icke aseptiska, tillämpningar av PET. I det omtvistade beslutet analyseras inte heller denna potentiellt mycket viktiga faktor.

303 Inom ramen för den av kommissionen utförda framåtblickande analysen vad beträffar de övriga känsliga produkterna, borde kommissionen ha förklarat orsakerna till att den möjliga ökningen av PET-förpackningar för öl inte gjorde det motiverat med en analys av den inverkan som ökningen skulle kunna få på den nya enhetens incitament att utnyttja en hävstångseffekt i förhållande till känsliga produkter som befinner sig i de gemensamma produktsegment som definieras i kommissionens analys.

304 Rätten konstaterar slutligen att sökanden med rätta tog upp frågan om bearbetarna vid förhandlingen. I den mån dessa inte är verksamma på marknaderna för aseptiska kartongförpackningar kan inte den nya enhetens genomförande av en affärsstrategi som syftar till att utnyttja en hävstångseffekt hindra dem i särskilt hög grad när de inom ramen för hole-in-the-wall-agreements levererar färdiga PET-flaskor och eventuellt SBM-maskiner, som tidigare har köpts av tillverkaren, till producenter av känsliga produkter, inklusive Tetras nuvarande kunder på kartongmarknaderna, som skulle välja att överföra en del av sin produktion till PET. Denna industris nuvarande struktur, det vill säga den som är en följd av den affärsstrategi som tillämpas av leverantörerna av PET förpackningsutrustning som går ut på att koncentrera sig på försäljning av PET-utrustning snarare än att erbjuda kompletta produktionslinjer med eller utan förformer, underlättar bearbetarnas verksamhet och erkänns i det omtvistade beslutet (skälen 293 och 294). Detta förklarar inte varför en betydande ökning under perioden fram till år 2005 i den nya enhetens angivna försäljning av kompletta produktionslinjer i jämförelse med dess nuvarande nivå (det vill säga 20 procent av Sidels försäljning av SBM-maskiner år 2001) skulle kunna räcka för att tränga undan bearbetarna.

305 Kommissionen har gjort gällande att bearbetarna "i viss mån är beroende" av Sidel för sina köp av SBM-maskiner och att de "skulle fortsätta att vara beroende av den genom koncentrationen bildade enheten" (skäl 310). Sidel tillade vid förhandlingen att avsaknaden av bearbetare på kartongmarknaderna innebär en olägenhet om de önskar sälja SBM-maskiner till Tetras nuvarande kunder på kartongmarknaderna. Med beaktande av den befintliga konkurrensens nuvarande nivå, inklusive konkurrensen på marknaden för SBM-maskiner med stor kapacitet, är dock slutsatsen angående bearbetarnas beroendeställning i förhållande till Sidel inte övertygande. Om den nya enhetens försäljningsvillkor blev mindre attraktiva skulle bearbetarna alltid ha möjlighet att kunna köpa sådana maskiner hos Sidels nuvarande konkurrenter (se punkt 137 ovan), särskilt SIG, medan SIG och Elopak även skulle kunna erbjuda kartongutrustning för det fall bearbetarnas kunder skulle vilja ha samtidig leverans av PET- och kartongförpackningsutrustning.

306 När det handlar om marknaden för SBM-maskiner med stor kapacitet motiverar följaktligen inte de omständigheter som kommissionen har baserat sig på dess slutsats enligt vilken såväl den nya enhetens konkurrenter som bearbetarna skulle trängas undan under perioden fram till år 2005 genom att den nya enheten skulle utnyttja en hävstångseffekt i förhållande till Tetras nuvarande kunder på kartongmarknaderna, vilka under denna period har för avsikt att övergå helt eller delvis till användning av PET för förpackning av känsliga produkter.

Slutsats angående SBM-maskinerna

307 Rätten drar således slutsatsen att det inte i det omtvistade beslutet på ett rättsligt övertygande sätt visas att den nya enheten under perioden fram till år 2005 skulle

kunna skaffa sig en dominerande ställning på marknaderna för maskiner med liten och stor kapacitet och att de villkor som krävs enligt artikel 2.3 i förordningen således är uppfyllda beträffande dessa marknader.

vi) Allmän slutsats angående utnyttjandet av hävstångseffekten

308 Det följer av det ovan anförda att kommissionen gjorde en uppenbart felaktig bedömning när den baserade sig på konsekvenserna av en hävstångseffekt som utnyttjades av den nya enheten för att underbygga sin slutsats att det under perioden fram till år 2005 skulle skapas en dominerande ställning på marknaderna för PET-förpackningsutrustning, särskilt på marknaderna för SBM-maskiner med stor och liten kapacitet som används för känsliga produkter.

309 Eftersom de villkor som krävs enligt artikel 2.3 i förordningen inte är uppfyllda vad gäller den av kommissionen förutsedda hävstångseffekten kommer rätten att pröva om dessa villkor är uppfyllda vad gäller den andra pelaren i kommissionens resonemang angående kartongmarknaderna.

3. Den andra pelaren angående den minskade potentiella konkurrensen på kartongmarknaderna

a) Inledande överväganden

310 Det konstateras i det omtvistade beslutet att den modifierade koncentrationen skulle göra det möjligt för Tetra att förstärka "sin nuvarande dominerande ställning på kartongförpackningsmarknaderna genom att eliminera en viktig

källa till konkurrenstryck" (skäl 390). I detta mål har således frågan uppkommit huruvida det är tillåtet för kommissionen, när den vill förbjuda en koncentration med motiveringen att den skulle förstärka en nuvarande dominerande ställning, nämligen i förevarande mål den förvärvande partens ställning på marknaderna för aseptisk kartong, att stödja sig på elimineringen eller, såsom kommissionen preciserade vid förhandlingen, åtminstone på en betydande minskning av den potentiella men växande konkurrensen från den förvärvade parten på en närliggande marknad, i förevarande mål Sidel, som är ett företag som har en betydande ställning på PET-marknaderna.

311 Kommissionen har åberopat rättspraxis enligt målen Tetrapak II till stöd för sin analys av betydelsen av att en sådan potentiell konkurrens försvagas. Kommissionen har vid förhandlingen preciserat att åtagandena på intet sätt skulle minska de för konkurrensen skadliga verkningar som skulle kunna uppstå ur denna försvagning och att koncentrationen således skulle göra det möjligt för Tetra att känna sig mycket mindre hotat på marknaderna för aseptisk kartong, vilket skulle motsvara en förstärkning av den sistnämndas dominerande ställning eftersom konkurrensen på dessa marknader redan är mycket begränsad.

312 Förstainstansrätten konstaterar härvidlag att när kommissionen grundar sig på ett undanröjande eller en påtaglig minskning av den potentiella konkurrensen, även beträffande konkurrens som har tendens att öka, för att motivera förbudet mot den anmälda koncentrationen, måste de omständigheter som kommissionen anser utgör en förstärkning av den dominerande ställningen, grundas på övertygande bevis. Enbart den omständigheten att det förvärvande företaget redan har en mycket tydlig dominerande ställning på den berörda marknaden, även om detta utgör en viktig omständighet såsom det konstateras i det omtvistade beslutet, är inte tillräcklig i sig för att motivera slutsatsen att en minskning av detta företags potentiella konkurrens innebär en förstärkning av dess ställning.

b) Parternas argument

313 Det konstateras enligt sökanden i det omtvistade beslutet att marknaderna för PET- och kartongförpackningsutrustning fortfarande är åtskilda, bland annat på grund av den svaga korselasticiteten hos efterfrågan i förhållande till priserna mellan de båda materialen. Sökanden har hävdat att faktorer som hänför sig till saluförandet och barriärtekniken är och förblir avgörande för valet av förpackning och kommer i framtiden att förhindra att sådan korselasticitet av priserna mellan PET och kartong ökar.

314 Kommissionens specifika argument angående de strategier som Tetra skulle kunna tillämpa via den nya enheten för att förstärka sin dominerande ställning på kartongmarknaderna är felaktiga. I synnerhet är det med orätt som kommissionen har påstått att den nya enheten skulle få ett incitament att inte sänka sina priser och att upphöra att vara innovativ på kartongmarknaderna.

315 Den anmälda koncentrationen skulle vad priser beträffar inte ha någon inverkan på de incitament som den nya enheten skulle få att sänka kartongpriserna eftersom det, för det första, finns risk för att de kunder på kartongmarknaderna som övergår till PET kommer att göra sina inköp hos någon av Sidels konkurrenter och, för det andra, att den nya enheten med säkerhet kommer att sälja ett kartongförpackningssystem i stället för en SBM-maskin.

316 Vad innovation beträffar skulle den nya enheten inte heller ha någon verkan på innovationstakten på kartongmarknaderna. För det första skulle avsaknaden av innovation på kartongsidan väsentligen gynna Tetras nuvarande konkurrenter på kartongmarknaderna. För det andra ligger den främsta drivkraften till innovation inom kartong i konsumenternas preferenser och i marknadsföringsstrategier och inte i PET:s inträde på förpackningsmarknaderna, såsom har visat sig i det förgångna.

317 Enligt kommissionen erkänns i det omtvistade beslutet inte endast att den nya enheten helt enkelt skulle kunna leda till att minskningen av dess styrka på kartongmarknaderna gick långsammare utan det anförs att den anmälda enheten skulle "förstärka" Tetras dominans på dessa marknader (skäl 399). Under åberopande av rättspraxis enligt domarna i målen Tetra Pak II har kommissionen hävdat att förebyggandet av att en dominerande ställning skall försvagas till förmån för en utomstående konkurrenskälla kan betecknas som "förstärkande" i enlighet med artikel 2 i förordningen.

318 Kommissionen har hävdat att trots den omständigheten att förpackningssystemen för kartong och PET inte tillhör samma marknad skulle de kunna konvergera i framtiden och det förekommer redan påtaglig interaktion dem emellan. Eftersom marknaderna för aseptisk kartong i förevarande mål i hög grad är koncentrerade, är konkurrensen på dessa redan försvagad i sådan utsträckning att varje ytterligare minskning, även den som härrör från yttre källor, skulle kunna få en påtaglig inverkan. Kommissionen har hävdat att kartong och PET i framtiden kommer att användas till att förpacka samma produkter. PET skulle således utöva en press på marknaderna för aseptisk kartong utan att det för den skull var nödvändigt att de båda materialen tillhörde samma relevanta produktmarknad.

319 Vad angår Tetras prispolitik har kommissionen hävdat att den nya enheten i ökad utsträckning kan agera oberoende av sina konkurrenter. Enheten skulle kunna attrahera de kunder som vill övergå från kartong till PET och samtidigt upprätthålla de höga kartongpriserna eller höja dem med större självsäkerhet än Tetra hade kunnat gör utan koncentrationen. Den nya enheten skulle i vart fall få ett mycket mindre incitament att konkurrera för att behålla nämnda lönsamma kunder eftersom Sidel skulle kunna attrahera de flesta av Tetras nuvarande "förlorade" kunder på kartongmarknaderna.

320 Innovationstakten på området för kartongförpackningar skulle hädanefter främst bestämmas av konkurrensen från PET. När Tetra tillhandahåller specifika förpackningar åt sina kunder är det i syfte att göra det möjligt för dem att konkurrera med produkter förpackade i PET-flaskor. Kommissionen har särskilt framhållit att den förbättrade produktionstakten vid framställning av kartongförpackningsutrustning, vars betydelse erkänns i Warricks oberoende studie, skulle kunna göra det möjligt för Tetra att på ett bättre sätt stå emot det konkurrenshot som PET innebär.

c) Förstainstansrättens bedömning

321 Innan rätten undersöker räckvidden av den potentiella konkurrens som skulle kunna elimineras eller minskas genom att den anmälda koncentrationen genomförs skall den kontrollera huruvida den av kommissionen åberopade rättspraxisen enligt domarna i målen Tetra Pak II är relevant. Det skall på förhand observeras att sökanden inte har bestridit slutsatserna i det omtvistade beslutet, enligt vilka Tetra fortfarande innehar en dominerande ställning på marknaderna för aseptisk kartong och en överlägsen ställning på marknaderna för icke aseptisk kartong (se punkt 40 ovan).

322 Rätten konstaterar först, i enlighet med vad som har gjorts gällande i det omtvistade beslutet (skälen 224, 226 och 227), att det i princip inte finns något hinder mot att inom ramen för kontrollen av koncentrationer tillämpa teorin om omständigheter som har ett nära samband, en teori vars exceptionella tillämpning inom ramen för artikel 82 EG har erkänts av rättspraxis enligt domarna i målen Tetra Pak II. Kommissionens analys, som ligger till grund för den andra pelaren, handlar om det förstärkande av Tetras nuvarande dominerande ställning på marknaderna för aseptisk kartong som är en följd av undanröjandet av den potentiella konkurrens som företräds av Sidel på de närliggande PET-förpackningsmarknaderna. Eftersom de frågor som gav upphov till domarna i målen Tetra Pak II just rörde ett visst beteende på marknaderna för icke aseptisk kartong, vilket i exceptionellt hög grad utgjorde ett missbruk enligt artikel 82 EG av Tetras dominerande ställning på marknaderna för aseptisk kartong eftersom

de båda kategorierna av marknader var mycket närliggande och Tetra placerades "i en situation som motsvarade en dominerande ställning på samtliga ifrågavarande marknader" (dom av den 14 november 1996 i det ovannämnda målet Tetra Pak mot kommissionen, punkt 31).

323 Hänvisningen till rättspraxis i domarna i målen TetraPak II är emellertid inte relevant i förevarande mål, eftersom detta mål endast rör verkningarna av ett undanröjande eller en påtaglig minskning av en viss potentiell konkurrens som enligt kommissionen är betydande och ökande. Det är tillräckligt att härvidlag erinra om att bland de kriterier i artikel 2.1 i förordning 4064/89 som kommissionen skall ta hänsyn till när den gör sin bedömning av anmälda koncentrationer finns "strukturen på alla de berörda marknaderna och den... potentiella konkurrensen från företag...". Kommissionen begick följaktligen inte något fel när den undersökte betydelsen för kartongmarknaderna av en minskning av den potentiella konkurrens som kommer från marknaderna för PET-utrustning. Det ankommer emellertid på kommissionen att visa att en sådan minskning, om den existerar, skulle kunna förstärka Tetras dominerande ställning i förhållande till konkurrenterna på marknaderna för aseptisk kartong.

324 När kommissionen hävdar att en stor del av konkurrenstrycket kommer att försvinna som en konsekvens av den modifierade koncentrationen, baserar den det på den av kommissionen förväntade avsevärt ökade användningen av PET till förpackning av känsliga produkter. Det framgår dock av bedömningen av den första pelaren angående hävstångseffekten (se punkterna 201—216 ovan) att denna ökade användning, med undantag av fruktdrycker utan kolsyra och te- och kaffedrycker sannolikt kommer att bli mycket mindre tydlig än vad kommissionen har räknat med. Vad gäller fruktdrycker utan kolsyra och te- och kaffedrycker erkänns i själva beslutet att deras potentiella inverkan på kartongförpackningars ställning är mer begränsad med hänsyn till att dessa segment är "mindre viktiga" till sin karaktär än den potentiella inverkan som andra känsliga produkter har (skäl 393). Det är således inte möjligt, på grundval av de bevis som åberopas i det omtvistade beslutet, att avgöra med den säkerhet som krävs för att motivera ett förbud av en koncentration, huruvida genomförandet av den modifierade koncentrationen skulle placera Tetra i en situation där företaget skulle kunna vara mer oberoende än tidigare i förhållande till sina konkurrenter på marknaderna för aseptisk kartong.

325 Rätten framhåller härvidlag att de faktiska omständigheter avseende Tetras framtida beteende på vilka kommissionen baserar sin utsago, i syfte att visa den anmälda koncentrationens påstådda negativa verkningar på marknaderna för aseptisk kartong under alla omständigheter har visats på ett rättsligt övertygande sätt. Således har det inte visats, för den händelse det konkurrenstryck som kommer från PET-marknaderna skulle undanröjas eller minska, att Tetra skulle vara föranlett att inte sänka priserna på sina kartongförpackningar och inte längre företa några innovationer.

326 Vad gäller priskonkurrensen konstaterar rätten att det i det omtvistade beslutet inte förekommer något ifrågasättande av den oberoende Warrickstudien som det hänvisas till och enligt vilken kostnaden för "PET för närvarande är 30—40 procent högre än för kartong" och "för att kunna vara konkurrenskraftig med avseende på den totala kostnaden" borde priset på PET-förpackningar "vara lägre än 5—10 procent av priset på aseptisk kartong för att kompensera kartongförpackningssystemens lägre distributionskostnad" (skäl 90).

327 Vad gäller de "mer priskänsliga" kunderna på kartongmarknaderna som uppgav till kommissionen i samband med marknadsundersökningen att "de endast skulle gå över från kartong till PET om kartongpriserna steg avsevärt, med 20 procent eller mer" (skäl 397), framgår det tydligt att en sänkning av kartongpriset inte är nödvändig för att hålla kvar dem på kartongmarknaderna. Genom att det i beslutet enbart konstateras att "[s]amma kunder... troligen [skulle] bli avskräckta från att gå över från kartong till PET om en sänkning av kartongpriset skulle öka prisskillnaden mellan en kartongförpackningslinje och en PET-förpackningslinje" (skäl 397), ges ingen förklaring till varför Tetra skulle vara tvunget att i avsaknad av en koncentration företa sådana prissänkningar i syfte att behålla nämnda kunder. Dessa kunder skulle inte gå över till PET såvida inte kartongpriset steg med åtminstone 20 procent, eller motsvarande sänkning av PET-priset ägde rum. Det konstaterande, enligt vilket Tetra i avsaknad av en koncentration "med kraft skulle försvara sin ställning... i vissa fall [genom] en sänkning av kartongpriset" (skäl 398) baseras således inte på övertygande bevis. I den mån kommissionen vid

förstainstansrätten har åberopat möjligheten att Tetra, efter det att koncentrationen har genomförts, enklare kommer att kunna höja sina priser på marknaderna för aseptisk kartong i förhållande till vissa kunder, har kommissionen inte särskilt förklarat varför detta inte skulle tillåta Tetras konkurrenter på kartongmarknaderna som även är verksamma på PET-marknaderna, som SIG och Elopak, att dra nytta härav.

328 Vad gäller de producenter av drycker som trots att PET är betydligt dyrare än kartong kommer att gå över från kartong till PET av kommersiella skäl, skulle dessa "icke priskänsliga" kunder inte nödvändigtvis låta sig övertygas om att behålla kartongförpackningar därför att priset sänktes på detta material. Det visas inte i det omtvistade beslutet varför de bolag som är verksamma på PET-utrustningsmarknaderna, vilka bolag i avsaknad av den modifierade koncentrationen "skulle bedriva livlig konkurrens för att ta marknadsandelar från kartong" (skäl 398), skulle ändra sitt beteende till följd av ifrågavarande koncentration. I en situation då det konkurrenstryck som utövas av Sidel försvinner förklaras det på intet sätt i det omtvistade beslutet varför de övriga bolag som är verksamma på PET-utrustningsmarknaderna — när Sidels konkurrenter inte marginaliseras till följd av en framgångsrik hävstångseffekt — inte längre skulle vara i stånd att framhäva fördelarna med PET för Tetras kunder på kartongmarknaderna. Slutsatsen i beslutet, enligt vilken Tetra skulle utsättas för mindre konkurrenstryck att sänka sina kartongpriser för det fall Tetra skulle förvärva Sidel, baseras således inte på övertygande bevis.

329 Vad angår påståendet om att Tetra skulle känna ett minskat behov av att göra innovationer efter det att den modifierade koncentrationen genomförts, framgår det av det omtvistade beslutet, och av förklaringar i kommissionens skriftliga och muntliga yttranden, att det för närvarande främst är genom innovation som konkurrensen bedrivs på de olika kartongmarknaderna. De av Tetra tidigare introducerade "nya mer lättanvända kartongförpackningar, som kartongförpackningen 'gable top' med skruvlock" (skäl 398) visar att det i realiteten är nödvändigt med innovationer. Enligt Tetras yttranden, som ingavs vid förhandlingen och som inte på denna punkt har bestridits av kommissionen, berodde inte sådana innovationer på konkurrenstryck från PET-förpackningsmarknaderna

utan tvärtom på efterfrågan från konsumenterna av de produkter som förpackas i kartong. Även om förvärvet av Sidel skulle minska pressen från den indirekta men växande konkurrensen på PET-utrustningsmarknaderna att göra innovationer, åtminstone i fråga om förpackningar för fruktdrycker utan kolsyra och te- och kaffedrycker, där en icke försumbar tillväxt kan förväntas under perioden fram till år 2005, ges inget svar i det omtvistade beslutet på frågan varför efterfrågan från kunder som håller fast vid kartong inte i framtiden skulle fortsätta att främja innovationer framför allt på marknaderna för aseptisk kartong. Även om kommissionen på ett korrekt sätt har betonat i synnerhet Tetras möjligheter att öka produktionstakten för sin kartongförpackningsutrustning, visas inte i det omtvistade beslutet att incitamentet till en sådan utveckling skulle försvinna genom förvärvet av Sidel. Detta är desto mindre troligt eftersom det inte har bestridits att Tetras verksamhet på kartongmarknaden är mycket lönsam. Det är således föga troligt att Tetra, till följd av att den modifierade koncentrationen genomförs, skulle vara mindre benäget att fortsätta att investera i varje möjlig innovation vad beträffar den serie med utrustning och produkter som företaget erbjuder sina kunder på kartongmarknaderna.

330 Denna slutsats bekräftas av att den nya enhetens konkurrenter fortsatt är närvarande på marknaderna för aseptisk kartong. Även om Tetras andel för närvarande är mycket stark på den marknaden har kommissionen erkänt att dess ställning är "något svagare" (skäl 220) än den som innehades år 1991. Det ges ingen som helst förklaring till varför Tetras konkurrenter, särskilt SIG, "dess främsta konkurrent" (skäl 400), som har en marknadsandel på [10—20 procent] inte skulle kunna dra nytta av ett eventuellt beslut från den nya enhetens sida om att bli mindre innovativ. En sådan förklaring var desto mer nödvändig eftersom SIG är verksamt särskilt på marknaderna för kartongförpackningsutrustning och PET-förpackningsutrustning och till skillnad från den nya enheten inte skulle drabbas av någon begränsning i samband med erbjudanden som samtidigt avser kartong och SBM-maskiner. Enbart den omständigheten att Tetra besitter "savoir-faire" och en "överlägsen teknik" för aseptisk kartong inom sektorn och att SIG inte för närvarande kan "konkurrera med Tetras förpackningssystem för aseptisk kartong på kontinuerlig rulle" (skäl 218) räcker under dessa förhål-

landen inte för att visa att SIG eller Tetras övriga konkurrenter inte skulle kunna vara i stånd att utnyttja ett eventuellt beslut från den nya enhetens sida om att vara mindre innovativ på området för kartongförpackningar. Kommissionens hänvisning vid förhandlingen till de betydande kostnaderna för innovation på ifrågavarande marknader, även om den var relevant och förmodligen riktig, kan inte i sig motivera kommissionens slutsats att Tetras konkurrenter inte skulle vara i stånd att utnyttja ett beslut från den nya enhetens sida om att vara mindre innovativ.

331 Det är likaledes felaktigt, som kommissionen har konstaterat, att bortsett från Tetra är SIG "det enda övriga företag i världen som både tillverkar och säljer kartongförpackningsutrustning och PET-förpackningsutrustning" (skäl 400), eftersom, vilket framgår av det omtvistade beslutet (skäl 94 och fotnoten på sidan 146, skäl 329), även koncernen Elopak är i stånd att göra detta tack vare de avtal som ingåtts med andra bolag som är verksamma på PET-förpackningsmarknaderna (se, i detta avseende, punkt 291 ovan). Trots att kommissionen när den antog det omtvistade beslutet kände till att Elopak hade denna kapacitet, har den inte förmått förklara varför den ansåg att det var utan betydelse i det omtvistade beslutet.

332 Följaktligen framgår det inte på ett rättsligt övertygande sätt av det omtvistade beslutet att den nya enheten skulle vara mindre benägen än Tetra för närvarande är att vara innovativ på området för kartongförpackningar.

333 Härav följer att de omständigheter som åberopats i det omtvistade beslutet inte på ett rättsligt övertygande sätt visar att verkningarna av den modifierade koncentrationen på den ställning som innehas av Tetra, främst på marknaderna för aseptisk kartong genom att Sidel undanröjs som potentiell konkurrent, skulle vara av den art att villkoren i artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 är uppfyllda. Det framgår nämligen av det ovan anförda att det inte har visats att den nya enhetens ställning i förhållande till konkurrenterna på kartongmarknaderna skulle förstärkas.

4. Den tredje pelaren angående den allmänt förstärkande verkan

334 Den sista pelaren i kommissionens resonemang angående den modifierade koncentrationens konglomeratverkan rör den ställning som den nya enheten sammanlagt skulle få i sektorerna för förpackning av känsliga produkter, det vill säga "en dominerande ställning på två mycket närliggande marknader (kartong- och PET-förpackningsutrustning) och en betydande närvaro på en tredje marknad (HDPE)" (skäl 404). Den nya enheten skulle således enligt kommissionen vara i stånd att stärka sin dominerande ställning på marknaderna för kartong- och PET-förpackningsutrustning genom att resa hinder för inträde på dessa marknader och genom att tränga undan sina konkurrenter.

335 Förstainstansrätten konstaterar härvidlag att denna pelare i det omtvistade beslutet rör den ställning som den nya enheten sammanlagt skulle besitta inom förpackning av känsliga produkter. Dessa verkningar av den anmälda koncentrationen kan dock inte betraktas åtskilda från analysen i det omtvistade beslutet av de två första pelarna i kommissionens resonemang. Eftersom bedömningen av dessa båda pelare innehåller uppenbart oriktiga bedömningar (se punkterna 146—333 ovan) skall även den tredje pelaren ogillas utan att det finns anledning till någon detaljerad prövning.

5. Sammanfattande slutsats angående grunden om avsaknad av förutsebar konglomeratverkan

336 Det följer av det ovan anförda att det inte visas på ett rättsligt övertygande sätt i det omtvistade beslutet att den modifierade koncentrationen skulle medföra

påtagliga konkurrensbegränsande konglomeratverkningar. I synnerhet visas det inte på ett rättsligt övertygande sätt att det skulle skapas någon som helst dominerande ställning på ifrågavarande olika marknader för PET-förpackningsutrustning eller att Tetras nuvarande ställning på marknaderna för aseptisk kartong skulle förstärkas. Slutsatsen måste således dras att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att förbjuda den modifierade koncentrationen på grundval av omständigheter som åberopas i det omtvistade beslutet angående den förutsebara konglomeratverkan.

III — *Övergripande slutsats*

337 Under dessa förhållanden skall talan bifallas på grunderna om avsaknad av konkurrensbegränsande horisontella verkningar, vertikala verkningar och konglomeratverkningar utan att det finns anledning att pröva de övriga grunderna.

338 Det omtvistade beslutet skall följaktligen ogiltigförklaras.

Rättegångskostnader

339 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Sökandena har yrkat att kommissionen skall förpliktas att, förutom att bära sin rättegångskostnad, ersätta

sökandenas rättegångskostnad. Eftersom kommissionen har tappat målet, skall sökandenas yrkande bifallas.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (första avdelningen)

följande dom:

1) **Kommissionens beslut K(2001) 3345 slutlig av den 30 oktober 2001 att förklara en företagskoncentration oförenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalet (ärende nr COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel) skall ogiltigförklaras.**

2) **Kommissionen skall bära sin rättegångskostnad och ersätta sökandenas rättegångskostnad.**

Vesterdorf Pirrung Forwood

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 25 oktober 2002.

H. Jung B. Vesterdorf

Justitiesekreterare Ordförande

Innehållsförteckning

Tillämpliga bestämmelser II-4390

Bakgrund till tvisten II-4395

Det omtvistade beslutet II-4399

Sektorn för förpackning av livsmedel i flytande form II-4399

Marknaden för ifrågavarande produkter II-4400

Den ifrågavarande geografiska marknaden II-4404

Konkurrensrättslig bedömning av den anmälda koncentrationen II-4404

Åtagandena II-4414

Förfarande II-4415

Parternas yrkanden II-4419

Rättslig bedömning II-4419

I — Grunden om åsidosättande av rätten att få tillgång till handlingarna i ärendet . II-4420

A — Parternas argument II-4420

B — Förstainstansrättens bedömning II-4423

1. Inledande anmärkningar II-4423

2. Grundens första del rörande Ivaldirapporten II-4424

3. Grundens andra del rörande enkätsvaren II-4426

4. Slutsats II-4431

II — Grunderna om åsidosättande av artikel 2 i förordningen II-4432

A — Inledande anmärkningar II-4432

B — Grunden om den modifierade koncentrationens konkurrensbegränsande horisontella och vertikala verkningar II-4433

1. Inledande anmärkningar II-4433

2. Horisontella verkningar II-4434

a) Parternas argument II-4434

b) Förstainstansrättens bedömning II-4435

3. Vertikala verkningar II-4438

a) Parternas argument II-4438

b) Förstainstansrättens bedömning II-4439

4. Slutsats II-4441

C — Grunden om avsaknad av förutsebara konglomeratverkningar II-4442

1. Inledande anmärkningar II-4442

2. Den första pelaren om användandet av hävstångseffekten II-4443

a) Överväganden angående målets allmänna avgränsning II-4443

i) Konglomeratverkningarnas temporala aspekter II-4444

ii) Aspekter avseende konglomeratverkningarnas särskilda karaktär .. II-4446

b) Parternas argument II-4450

i) Möjligheten att utnyttja en hävstångseffekt II-4450

ii) Instängningseffekter II-4453

c) Förstainstansrättens bedömning II-4457

i) Möjligheten att utöva en hävstångseffekt II-4458

ii) Sannolik tillväxtnivå II-4461

iii) Sätt att uppnå en hävstångseffekt II-4467

iv) De förutsebara konsekvenserna av utnyttjandet av en hävstångseffekt utövas på marknaderna för PET-utrustning med undantag av SBM-maskiner II-4470

Inledande överväganden II-4470

Barriärtekniken II-4472

Tappningsmaskiner för PET-förpackningar II-4474

— Maskiner för icke aseptisk tappning av PET-förpackningar. II-4475

— Maskiner för aseptisk tappning av PET-förpackningar II-4476

— Slutsats angående maskiner för tappning av PET-förpackningar ... II-4481

System för tillslutning av plastflaskor och kringutrustning till PET-förpackningar II-4481

Allmän slutsats om marknaderna för PET-utrustning med undantag av SBM-maskiner II-4482

v) Marknaderna för SBM-maskiner II-4483

SBM-maskinernas generiska karaktär II-4483

Förutsebara instängningseffekter II-4487

— Marknaden för SBM-maskiner med liten kapacitet II-4487

— Marknaden för SBM-maskiner med stor kapacitet II-4493

Slutsats angående SBM-maskinerna II-4502

vi) Allmän slutsats angående utnyttjandet av hävstångseffekten II-4503

3. Den andra pelaren angående den minskade potentiella konkurrensen på kartongmarknaderna II-4503

a) Inledande överväganden II-4503

b) Parternas argument II-4505

c) Förstainstansrättens bedömning II-4507

4. Den tredje pelaren angående den allmänt förstärkande verkan II-4513

5. Sammanfattande slutsats angående grunden om avsaknad av förutsebar konglomeratverkan II-4513

III — Övergripande slutsats II-4514

Rättegångskostnader II-4514