DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

14. november 1996 *

I sag C-333/94 P,

Tetra Pak International SA, Pully (Schweiz), ved advokaterne Michel Waelbroeck og Alexandre Vandencasteele, Bruxelles, samt Barrister Vivien Rose, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Ernest Arendt, 8-10, rue Mathias Hardt,

appellant,

angående appel af dom afsagt den 6. oktober 1994 af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans (Anden Afdeling) i sag T-83/91, Tetra Pak mod Kommissionen (Sml. II, s. 755), hvori der er nedlagt påstand om ophævelse af denne dom,

den anden part i appelsagen er:

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved Julian Currall, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtiget, bistået af Nicholas Forwood, QC, og med valgt adresse i Luxembourg hos Carlos Gómez de la Cruz, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagner-Centret, Kirchberg,

har

* Processprog: engelsk.

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

sammensat af formanden for Første Afdeling L. Sevón, som fungerende formand for Femte Afdeling, og dommerne C. Gulmann, D. A. O. Edward, J.-P. Puissochet og P. Jann (refererende dommer),

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer
justitssekretær: fuldmægtig L. Hewlett,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at parterne har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 21. maj 1996,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 27. juni 1996,

afsagt følgende

Dom

1 Ved appelskrift indleveret til Domstolens Justitskontor den 20. december 1994 har Tetra Pak International SA (herefter »Tetra Pak«) i medfør af artikel 49 i EF-statutten for Domstolen iværksat appel af dom af 6. oktober 1994 (sag T-83/91, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. II, s. 755, herefter »den anfægtede dom«), hvori Retten i Første Instans frifandt Kommissionen for påstanden om annullation af Kommissionens beslutning 92/163/EØF af 24. juli 1991 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 86 (IV/31.043 — Tetra Pak II, EFT 1992 L 72, s. 1, herefter »beslutningen«).

2 Følgende fremgår af Rettens gennemgang af sagen i den anfægtede dom (præmis 1-21):

— Tetra Pak, der har hjemsted i Schweiz, koordinerer den oprindeligt svenske, nu verdensomspændende koncerns politik. Tetra Pak-koncernen er specialiseret i udstyr til kartonemballering af flydende og halvflydende levnedsmidler. Den opererer såvel inden for aseptisk som ikke-aseptisk emballering. Dens virksomhed består i fremstilling af kartonemballage og påfyldningsmaskiner.

— I 1983 blev ca. 90% af kartonerne anvendt til emballering af mælk og andre flydende mejeriprodukter. I 1987 var andelen omtrent 79%. Omkring 16% af kartonerne anvendtes da til emballering af frugtsaft. De resterende 5% blev anvendt til emballering af andre produkter (vin, mineralvand, tomatbaserede produkter, supper, saucer og babymad).

— Inden for den aseptiske sektor producerer Tetra Pak det såkaldte »Tetra Brik«-system, der er beregnet til emballering af UHT-mælk. Inden for denne sektor har Tetra Pak kun én konkurrent, selskabet PKL, der producerer lignende aseptiske kartoner. Kendskab til en aseptisk påfyldningsteknik er adgangstegnet til såvel markedet for maskiner som for aseptiske kartoner.

— Ikke-aseptisk emballering kræver et mindre avanceret udstyr. »Tetra Rex«-kartonen, som Tetra Pak har anvendt på det ikke-aseptiske marked, er en direkte konkurrent til »Pure-Pak«-kartonen, som produceres af den norske koncern Elopak.

— I referenceperioden gjaldt forskellige standardkontrakter for salg og udlejning af maskiner samt for levering af kartoner mellem Tetra Pak og selskabets kunder i de forskellige EF-medlemsstater. De bestemmelser, der påvirker konkurrencen, er gengivet således i beslutningens punkt 24-45:

»2.1. *Vilkårene ved salg af Tetra Pak-udstyr (bilag 2.1)*

(24) Der findes standardsalgskontrakter i følgende fem lande: Grækenland, Irland, Italien, Spanien og Det Forenede Kongerige. For hver af de gennemgåede kontraktbestemmelser er det eller de berørte lande angivet i parentes.

2.1.1. *Udstyrets konfiguration*

(25) Tetra Pak forbeholder sig i Italien en ubegrænset ret til indsigt i det solgte udstyrs konfiguration, og det er forbudt køberen:

(i) at forsyne maskinen med accessorisk udstyr (Italien)

(ii) at foretage ændringer ved maskinen, at påsætte eller fjerne dele (Italien)

(iii) at flytte maskinen (Italien).

2.1.2. *Udstyrets drift og vedligeholdelse*

(26) Fem kontraktbestemmelser vedrørende udstyrets drift og vedligeholdelse tager sigte på at sikre Tetra Pak eneret og kontrolret på følgende områder:

(iv) eneret på vedligeholdelse og reparationer (samtlige lande undtagen Spanien)

(v) eneret på levering af reservedele (samtlige lande undtagen Spanien)

(vi) ret til uden vederlag og uopfordret at tilbyde assistance, efteruddannelse, vedligeholdelse og teknisk ajourføring (Italien)

(vii) degressiv betaling (indtil minus 40% af et månedligt grundgebyr) af en del af omkostningerne til assistance, vedligeholdelse og teknisk ajourføring i forhold til antallet af anvendte kartoner på samtlige Tetra Pak-maskiner af samme type (Italien)

(viii) en forpligtelse til at underrette Tetra Pak om enhver teknisk forbedring eller ændring af udstyret og til at overgive Tetra Pak ejendomsretten hertil (Italien).

2.1.3. *Kartonerne*

(27) Fire andre bestemmelser i kontrakterne tager ligeledes sigte på at sikre Tetra Pak eneret og kontrolret over dette produkt:

(ix) en forpligtelse til udelukkende at anvende Tetra Pak-kartoner på maskinerne (alle lande)

(x) en forpligtelse til udelukkende at købe papir hos Tetra Pak eller hos en af Tetra Pak udpeget leverandør (alle lande)

(xi) en forpligtelse til at underrette Tetra Pak om enhver teknisk forbedring eller ændring af kartonerne og til at overgive Tetra Pak ejendomsretten hertil (Italien)

(xii) ret til indsigt i den tekst, der påføres kartonerne (Italien).

2.1.4. *Kontrol*

(28) To bestemmelser vedrører mere specielt kontrollen med, at køberen overholder de kontraktmæssige forpligtelser:

(xiii) en forpligtelse for køberen til at indgive månedlige rapporter (Italien)

(xiv) ret for Tetra Pak til uden varsel at foretage inspektioner (Italien).

2.1.5. *Overdragelse af ejendomsretten til udstyret eller af brugsretten*

(29) To kontraktbestemmelser begrænser retten til videresalg eller overdragelse:

(xv) pligt til at indhente Tetra Pak's accept af videresalg af udstyret eller af overdragelse af brugsretten hertil (Italien), videresalg med ejendomsforbehold (Spanien), tilbagekøbsret til en forud fastsat pris forbeholdt Tetra Pak (alle lande). Overtrædelse af denne bestemmelse kan medføre en særlig bøde (Grækenland, Irland, Det Forenede Kongerige)

(xvi) pligt til at sikre, at den efterfølgende køber overtager de forpligtelser, der påhvilede den første køber (Italien, Spanien).

2.1.6. *Garanti*

(30) (xvii) garantien på det solgte udstyr gælder kun, for så vidt som samtlige bestemmelser i kontrakten overholdes (Italien), eller i det mindste, at der udelukkende anvendes Tetra Pak-kartoner (andre lande).

2.2. *Vilkårene for leje af Tetra Pak-udstyr (bilag 2.2)*

(31) Der findes standardlejekontrakter i samtlige EF-lande undtagen Grækenland og Spanien.

Med de nødvendige ændringer genfindes de fleste bestemmelser fra salgskontrakterne i lejekontrakterne. Der findes dog også betingelser, som særligt gælder ved leje, men de går altid i samme retning, nemlig en maksimal styrkelse af båndene mellem Tetra Pak og kunden.

2.2.1. *Udstyrets konfiguration*

(32) Her genfindes bestemmelserne (i), (ii) og (iii) (Italien: bestemmelse (i); alle lande: bestemmelse (ii); Frankrig, Irland, Italien, Portugal, Det Forenede Kongerige: bestemmelse (iii)).

(xviii) en supplerende bestemmelse forpligter i øvrigt lejeren til udelukkende at anvende Tetra Pak's kasser, yderemballage og/eller transportbeholdere (Tyskland, Belgien, Italien, Luxembourg, Nederlandene) eller til at give Tetra Pak fortrinsret til levering på samme vilkår som andre (Danmark, Frankrig).

2.2.2. *Udstyrets drift og vedligeholdelse*

(33) Her genfindes bestemmelse (iv) og (v) om eneret (alle lande).

Ligeledes genfindes bestemmelse (viii), der forbeholder Tetra Pak ejendomsretten til de af lejeren gennemførte forbedringer (Belgien, Tyskland, Italien, Luxembourg, Nederlandene), eller som i det mindste forpligter lejeren til at give Tetra Pak licens på udnyttelsen af forbedringen (Danmark, Frankrig, Irland, Portugal, Det Forenede Kongerige).

2.2.3. *Kartonerne*

(34) Her genfindes samme bestemmelser (ix) (alle lande) og (x) (Italien) vedrørende leveringseneret og bestemmelse (xi), som giver Tetra Pak ejendomsretten til forbedringer (Danmark, Italien) eller i det mindste licens på udnyttelsen deraf (Frankrig, Irland, Portugal, Det Forenede Kongerige), samt bestemmelse (xii), der forbeholder Tetra Pak ret til indsigt i den tekst eller de varemærker, som kunden ønsker at placere på kartonerne (Tyskland, Spanien, Grækenland, Italien, Nederlandene, Portugal, Det Forenede Kongerige).

2.2.4. *Kontrol*

(35) Ligesom det er tilfældet ved salg, skal lejeren indgive månedlige rapporter (bestemmelse (xiii) — alle lande), og der faktureres et fast beløb, hvis de udebliver (Belgien, Luxembourg, Nederlandene). Lejeren skal endvidere tillade inspektion af de lokaler, hvor udstyret er installeret (bestemmelse (xiv) — alle lande) — en inspektion, som kan ske uden varsel (alle lande undtagen Danmark, Tyskland, Irland, Portugal og Det Forenede Kongerige).

(xix) en anden bestemmelse giver Tetra Pak ret til når som helst (Danmark, Frankrig) at gennemgå lejerens regnskaber (alle lande) og (afhængigt af landet) lejerens fakturaer, korrespondance eller ethvert andet dokument, der er nødvendigt for at kontrollere antallet af anvendte kartoner.

2.2.5. *Overdragelse af lejekontrakten, fremleje, overdragelse af brugsretten eller benyttelse for tredjemands regning*

(36) I forbindelse med salg gælder der meget restriktive vilkår for senere overdragelse af ejendomsretten.

(xx) bestemmelserne i lejekontrakterne udelukker på tilsvarende vis overdragelse af lejekontrakten, fremleje (alle lande) eller endda arbejde for tredjemands regning (Italien).

2.2.6. *Garanti*

(37) Her er ordlyden mindre præcis end i salgskontrakterne: Garantien gælder kun, hvis Tetra Pak's 'forskrifter' med hensyn til maskinens 'pasning' og 'betjening' (alle lande) følges. Termerne 'forskrifter', 'pasning' og 'betjening' er imidlertid tilstrækkelig brede til, at de må fortolkes således, at de mindst omfatter kravet om udelukkende at anvende Tetra Pak's reservedele, reparations- og vedligeholdelsestjeneste samt emballagemateriale. Denne fortolkning bekræftes af Tetra Pak's skriftlige og mundtlige svar på meddelelsen af klagepunkterne.

2.2.7. *Lejefastsættelse og betalingsvilkår*

(38) Lejen omfatter følgende elementer (alle lande):

(a) (xxi) en 'grundleje', som erlægges, når maskinen stilles til lejerens rådighed. Denne grundleje er ikke nødvendigvis lavere end salgsprisen på de samme maskiner og andrager faktisk næsten hele den øjeblikkelige og fremtidige leje (over 98% i visse tilfælde)

(b)en 'kvartalsleje', som erlægges forud for hvert kalenderkvartal

(c) (xxii) en månedlig 'produktionsleje', som nedsættes i forhold til antallet af kartoner fremstillet i samtlige Tetra Pak-maskiner af samme type. Denne leje erstatter den degressive betaling — af tilsvarende værdi — for en del af vedligeholdelsesomkostningerne i forbindelse med salg (jf. bestemmelse (vii)). I visse lande (Tyskland, Frankrig, Portugal) skal der betales en særlig bøde, hvis produktionslejen ikke betales inden for den fastsatte frist.

2.2.8. *Lejekontraktens varighed*

(39) Lejekontraktens varighed og opsigelsesreglerne varierer fra medlemsstat til medlemsstat:

(xxiii) lejekontrakternes varighed varierer fra tre år (Danmark, Irland, Portugal, Det Forenede Kongerige) til ni år (Italien).

2.2.9. *Bødebestemmelsen*

(40) (xxiv) foruden den sædvanlige skadeserstatning forbeholder Tetra Pak sig ret til at idømme en lejer, der overtræder en hvilken som helst bestemmelse i kontrakten, en bøde, som inden for en øvre grænse fastsættes diskretionært af Tetra Pak i forhold til sagens alvor (Italien).

2.3. *Vilkårene for levering af kartoner (bilag 2.3)*

(41) Der findes standardleveringskontrakter i Grækenland, Irland, Italien, Spanien og Det Forenede Kongerige; de er obligatoriske, så snart kunden ikke lejer, men køber en maskine.

2.3.1. *Eneleveringsret*

(42) (xxv) køberen forpligter sig til udelukkende hos Tetra Pak at indkøbe det emballagemateriale, der anvendes på den eller de pågældende Tetra Pak-maskiner (alle lande) og på enhver anden Tetra Pak-maskine, køberen senere måtte anskaffe sig (Italien).

2.3.2. *Kontraktens varighed*

(43) (xxvi) kontrakten indgås indledningsvis for en periode på ni år og kan forlænges for en ny periode på fem år (Italien) eller for hele den periode, hvor køberen er i besiddelse af maskinen (Grækenland, Irland, Spanien, Det Forenede Kongerige).

2.3.3. *Prisfastsættelse*

(44) (xxvii) kartonerne leveres til den på bestillingstidspunktet gældende pris. Der findes ikke nogen regulerings- eller indekseringsordning (alle lande).

2.3.4. *Mærkning*

(45) Her genfindes Tetra Pak's ret til indsigt (bestemmelse (xii)) i den tekst eller de varemærker, som kunden ønsker at placere på kartonerne.«

— Udbudsstrukturen inden for den aseptiske sektor var ifølge beslutningen nærmest monopolagtig, idet Tetra Pak sad på 90-95% af dette marked. Selskabets eneste reelle konkurrent, PKL, besad næsten samtlige resterende markedsandele, dvs. 5-10%.

— Den ikke-aseptiske sektor var oligopolistisk. Da beslutningen blev vedtaget, sad Tetra Pak på 50-55% af denne sektor inden for Fællesskabet. Elopak havde i 1985 ca. 27% af det ikke-aseptiske marked for maskiner og kartoner, mens PKL fulgte efter med omtrent 11% af markedet. Resten af kartonmarkedet var fordelt på tre selskaber og resten af markedet for ikke-aseptiske maskiner på en halv snes små producenter.

— Den 27. september 1983 indgav Elopak Italia en klage til Kommissionen over Tetra Pak Italiana og de dertil knyttede selskaber i Italien, hvori Elopak beskyldte Tetra Pak for at have anvendt forretningsmetoder, der måtte anses for misbrug af en dominerende stilling i den i EØF-traktatens artikel 86 anvendte betydning. Disse metoder bestod efter Elopak's opfattelse især i salg af kartoner til underbudspriser, anvendelse af illoyale vilkår ved levering af maskiner til påfyldning af disse kartoner og — i visse tilfælde — salg af dette udstyr til tilsvarende underbudspriser.

— Den 16. december 1988 besluttede Kommissionen at indlede en procedure i denne sag. Overtrædelserne blev i beslutningen sammenfattet således:

»1) forfølgelse af en afsætningspolitik, der tager sigte på i vidt omfang at begrænse udbuddet og afskærme de nationale markeder i Fællesskabet

2) brugerne af Tetra Pak-produkter i samtlige medlemsstater påtvinges en række kontraktbestemmelser [...], der primært har til formål uretmæssigt at binde disse brugere til Tetra Pak og kunstigt udelukke enhver potentiel konkurrence

3) en prisfastsættelsespraksis for kartoner, som indebærer forskelsbehandling af brugerne i de forskellige medlemsstater, og som, i hvert fald i Italien udelukker konkurrenterne

4) en prisfastsættelsespraksis for maskiner:

— som indebærer forskelsbehandling af brugerne i de forskellige medlemsstater

— som ligeledes, i hvert fald i Italien, indebærer forskelsbehandling af brugerne i samme land

— som, i hvert fald i Italien og Det Forenede Kongerige, udelukker konkurrenterne

5) diverse enkeltstående metoder, der har til formål, i hvert fald i Italien, at udelukke konkurrenter og/eller deres teknologi på bestemte markeder.«

— Kommissionen pålagde Tetra Pak at bringe overtrædelserne til ophør gennem visse foranstaltninger og pålagde selskabet en bøde på 75 mio. ECU.

3 I førsteinstansen nedlagde Tetra Pak påstand om annullation af beslutningen og om, at Kommissionen tilpligtedes at betale sagens omkostninger.

4 Retten frifandt Kommissionen og pålagde sagsøgeren at betale sagens omkostninger.

5 Tetra Pak har nedlagt følgende påstande for Domstolen:

— Den anfægtede dom ophæves helt eller delvis.

— Beslutningen annulleres helt eller delvis.

— Subsidiært annulleres den bøde, der er pålagt Tetra Pak, eller bøden nedsættes betydeligt.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger såvel i forbindelse med appelsagen som i forbindelse med sagen for Retten.

Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Appellen forkastes, idet sagen delvis ikke kan antages til realitetsbehandling, og sagsøgte under alle omstændigheder må frifindes.

— Tetra Pak tilpligtes at betale sagens omkostninger.

6 Til støtte for appellen har Tetra Pak fremført fem anbringender.

Det første anbringende

7 Som sit første anbringende har Tetra Pak gjort gældende, at dommens afgrænsning af de pågældende produktmarkeder er selvmodsigende. Endvidere er afgrænsningen foretaget ud fra et forkert retligt kriterium.

8 Det første led af dette anbringende vedrører dommens præmis 64 og 73, hvori Retten udtalte følgende:

»64. 'Indbyrdes substituerbarhed' mellem systemer til aseptisk og ikke-aseptisk emballering på den ene side og systemer til kartonemballering og emballering ved hjælp af andre materialer på den anden side, skal således bedømmes under hensyn til de samlede konkurrencevilkår på det almindelige marked for emballering af flydende levnedsmidler. En vurdering af de konkrete forhold i sagen fører herefter til det resultat, at man må afvise sagsøgerens antagelse, nemlig at det generelle marked skal opdeles i særskilte delmarkeder under hensyn til, om de pågældende emballeringsmetoder anvendes til emballering af mælk, til andre mejeriprodukter end mælk, eller til andre produkter end mejeriprodukter, som følge af de særlige forhold, der gør sig gældende ved emballering af de forskellige produktkategorier, og som manifesterer sig ved, at der eventuelt skal anvendes forskelligt substitutionsudstyr, idet disse indebærer en opsplitning af markedet, der ikke er i overensstemmelse med de faktiske økonomiske forhold. Såvel de aseptiske som de ikke-

aseptiske maskiner og kartoner er kendetegnet ved en ensartet udbuds- og efterspørgselsstruktur, uanset anvendelse, i og med at de tilhører en og samme sektor, nemlig emballering af flydende levnedsmidler.

...

73. Undersøgelsen af markederne inden for mælkeemballeringssektoren viser således, at de fire relevante markeder, som er afgrænset i beslutningen, faktisk udgør særskilte markeder.«

9 Ifølge Tetra Pak er disse to udtalelser indbyrdes uforenelige. Enten må man gå ud fra det almindelige marked for emballering af flydende levnedsmidler, eller også er der fire særskilte markeder. Hvis det relevante marked havde været det almindelige marked for emballering af flydende levnedsmidler, skulle Retten have tiltrådt Tetra Pak's argument om, at Kommissionen med urette havde sondret mellem det aseptiske marked og det ikke-aseptiske marked. Hvis derimod det aseptiske og det ikke-aseptiske marked skulle anses for særskilte markeder, skulle Retten ikke have forkastet Tetra Pak's argument om, at Kommissionen med urette havde inddraget emballering af andre produkter end mejeriprodukter under det relevante produktmarked.

10 Retten udtalte i præmis 60 i den anfægtede dom, at den skulle tage stilling til, om definitionen af de fire markeder, aseptiske og ikke-aseptiske, i beslutningen var korrekt. Retten bemærkede dernæst i præmis 63, at de relevante produktmarkeder ifølge fast praksis skulle defineres under hensyn til de økonomiske forhold under ét, således at den pågældende virksomheds faktiske økonomiske styrke kunne vurderes, og at det var af betydning først at afgrænse de produkter, der, uden at kunne erstattes af andre, dog var tilstrækkeligt substituerbare i forhold til de produkter, virksomheden tilbød, ikke alene ud fra særlige karakteristika ved de omhandlede varer, men ligeledes under hensyn til konkurrencevilkårene og efterspørgsels- og udbudsstrukturen på det pågældende marked.

11 I den anfægtede doms præmis 64 havde Retten endnu ikke taget stilling til det relevante marked. På dette stadium af sagens behandling fastslog Retten blot, at den indbyrdes substituerbarhed mellem systemer til aseptisk og ikke-aseptisk emballering skulle bedømmes på baggrund af det almindelige marked for emballering af flydende levnedsmidler. Retten forkastede således Tetra Pak's anbringende om, at markederne skulle afgrænses i forhold til hinanden på grundlag af, hvilke produkter der emballeredes. Først efter en detaljeret gennemgang af situationen på det almindelige marked nåede Retten i præmis 73 i den anfægtede dom frem til, at de fire relevante markeder, som var afgrænset i beslutningen, faktisk udgjorde særskilte markeder.

12 Andet led af det første anbringende, hvorved det gøres gældende, at Retten har anvendt et forkert retligt kriterium, har tre aspekter. For det første har Tetra Pak gjort gældende, at markedet for maskiner og kartoner til emballering af andre produkter end mælkeprodukter ikke skulle have været inddraget under det relevante marked. Retten skulle have undersøgt — ligesom Domstolen gjorde i dom af 9. november 1983 (sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 37) — om de pågældende produkter var særligt egnede til at opfylde vedvarende behov, og kun i ringe omfang kunne erstattes af andre produkter. Ifølge Tetra Pak burde Retten ikke — som den gjorde i dommens præmis 65, 74 og 75 — have nøjedes med først at fastslå, at emballering af mælk udgjorde en langt mere omfattende virksomhed end emballering af andre produkter end mejeriprodukter, og dernæst, at ikke-aseptiske kartoner til emballering af frugtsaft kun udgjorde en »marginal andel« af markedet.

13 Som Domstolen imidlertid netop fastslog i præmis 37 i ovennævnte dom i sagen Michelin mod Kommissionen, er konkurrencevilkårene og efterspørgsels- og udbudsstrukturen på det pågældende marked relevante kriterier ved afgørelsen af, om visse produkter kan erstattes af andre. Det er således med rette, at Retten i den foreliggende sag har taget hensyn til efterspørgselsstrukturen. Først konstaterede Retten i dommens præmis 65, at hovedparten af både aseptiske og ikke-aseptiske kartoner benyttedes til emballering af mælk, og at Kommissionen ikke var forpligtet til at foretage en særskilt analyse af sektoren for emballering af andre produkter end mælk. Endelig lagde Retten i præmis 75 vægt på den stort set uændrede efterspørgsel efter aseptiske og ikke-aseptiske kartoner, der anvendtes til emballering af frugtsaft, for at vise, at der også på dette område var ringe muligheder for substitution.

14 For det andet har Tetra Pak gjort gældende, at Retten har anlagt en urigtig retlig vurdering, da den i præmis 71 i den anfægtede dom fandt, at det var tilstrækkeligt at konstatere, at andre aseptiske emballagematerialer end karton besad en marginal markedsandel, som begrundelse for at udelukke, at der kunne være substituerbarhed med aseptiske systemer, der anvendte karton.

15 Det bemærkes, at Retten i præmis 71 i den anfægtede dom fastslog, at andre emballagematerialer end karton i perioden fra 1976 til 1991 kun havde kunnet tilkæmpe sig en marginal andel af markedet for emballering af UHT-mælk. Som allerede anført er denne stort set uændrede efterspørgsel et relevant kriterium ved afgørelsen af, om karton kan substitueres med andre materialer.

16 For det tredje har Tetra Pak anfægtet Rettens argumentation i præmis 66, 67 og 68 i den anfægtede dom. Retten udtalte, at »kriteriet om, at produkterne er tilstrækkeligt substituerbare«, skulle anvendes på »emballeringssystemer som sådanne, hvilket er markedet for de hjælpevarer, hvor Tetra Pak's stilling skal vurderes, og ikke det endelige marked, der i nærværende sag er markedet for emballerede, flydende levnedsmidler«. Retten tilføjede imidlertid i præmis 67, at Kommissionen nødvendigvis måtte tage hensyn til, hvilken betydning efterspørgslen hos de endelige forbrugere havde for efterspørgslen i mellemleddet, emballeringsvirksomhederne, og at Kommissionen havde konstateret, at ændring af forbrugernes valg af produktemballage ville være en langvarig og kostbar proces, som kunne strække sig over adskillige år. Retten gav i præmis 68 Kommissionen medhold i dens argumentation om, at små, men væsentlige ændringer i den relative pris på de forskellige emballagetyper ikke ville være tilstrækkelige til at få forbrugerne til at skifte til en anden type mælk, idet de forskellige mælketyper ikke er fuldstændigt substituerbare.

17 Ifølge Tetra Pak har Retten anlagt en urigtig retlig vurdering, da den ved afgrænsningen af det relevante marked kun tog hensyn til muligheden for substitution på kort sigt, idet Retten burde have undersøgt, om systemer til aseptisk emballering kun i lidet mærkbart omfang var udsat for konkurrence fra systemer til ikke-

aseptisk emballering. Ifølge Tetra Pak godtgør Rettens bemærkninger i præmis 69 og 70 i den anfægtede dom ikke, at der ikke skulle være nogen mærkbar konkurrence mellem de to emballeringssystemer.

18 Det er ubestridt, at Retten i den pågældende del af den anfægtede dom undersøgte, om de aseptiske systemer var tilstrækkeligt substituerbare med de ikke-aseptiske systemer. På grundlag af en række kriterier fastslog Retten, at dette ikke var tilfældet.

19 Selv om Retten i denne forbindelse tog hensyn til, at der ville være tale om en langvarig og kostbar proces, var det kun for således at beskrive muligheden for at påvirke forbrugsvanerne. Ud fra de øvrige faktorer, som Retten fandt relevante, såsom ekstraudgifterne i forbindelse med overgang fra ét emballeringssystem til et andet på grund af forskellene på distributionssystemerne, nødvendigheden af en kompliceret teknologi til fremstilling af maskiner til aseptisk emballering af UHT-mælk i kartoner og vanskelighederne for producenterne af ikke-aseptiske maskiner ved at komme ind på markedet for aseptiske systemer, fandtes det godtgjort, at der ikke var tilstrækkelig substituerbarhed, selv på mellemlang og lang sigt. I modsætning til, hvad der er gjort gældende af Tetra Pak, undersøgte Retten således ikke kun substituerbarheden på kort sigt.

20 Det første anbringende skal herefter forkastes.

Det andet anbringende

21 Med sit andet anbringende har Tetra Pak i det væsentlige anfægtet det resultat, som Retten nåede frem til i præmis 122 i den anfægtede dom, der har følgende ordlyd:

»Af det således anførte fremgår, at det af sammenhængen følger, at Tetra Pak's adfærd på de ikke-aseptiske markeder må antages at være omfattet af traktatens artikel 86, uden at det er nødvendigt at føre bevis for en dominerende stilling på

disse markeder isoleret set, for så vidt som virksomhedens ledende position på de ikke-aseptiske markeder, sammenholdt med den nære forbindelse, der består mellem disse to markeder og de aseptiske markeder, sikrede Tetra Pak en uafhængig adfærd i forhold til andre erhvervsdrivende på de ikke-aseptiske markeder, hvilket i henhold til artikel 86 kan begrunde, at virksomheden har en særlig forpligtelse til at opretholde en effektiv, ufordrejet konkurrence på disse markeder.«

22 Ifølge Tetra Pak er det ikke muligt at udlede af den retspraksis, som Retten henviser til i præmis 114 og 115 i den anfægtede dom, at en adfærd på et andet marked end det dominerede marked er omfattet af traktatens artikel 86, når adfærden ikke har til formål at styrke stillingen på det dominerede marked. Tetra Pak gør gældende, at en sådan konklusion end ikke kan begrundes i sammenhængen mellem de forskellige markeder, som Kommissionen har påvist og Retten fastslået.

23 I sin argumentation har Tetra Pak særligt henvist til, at Domstolen i tidligere praksis altid har undersøgt enten misbrug, der fandt sted på det dominerede marked, og hvis virkninger slog igennem på et andet marked, eller misbrug på et marked, hvor virksomheden ikke havde en dominerende stilling, men som styrkede virksomhedens stilling på det dominerede marked.

24 Det bemærkes for det første, at Rettens antagelse i dommens præmis 113 af, at artikel 86 ikke indeholder nogen angivelse af de kriterier, hvorefter misbruget på produktmarkedet skal fastslås, er uomtvisteligt. Retten kunne derfor med rette i præmis 115 i den anfægtede dom fastslå, at det materielle anvendelsesområde for de særlige forpligtelser, der påhviler en virksomhed i en dominerende stilling, skal vurderes under hensyn til de særlige omstændigheder i den enkelte sag, der kunne vise en svækkelse af konkurrencen.

25 Den retspraksis, hvortil Retten henviser, er relevant. Dommen af 6. marts 1974 (forenede sager 6/73 og 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano og Commercial Solvents mod Kommissionen, Sml. s. 223) og af 3. oktober 1985 (sag 311/84, CBEM, Sml. s. 3261) er eksempler på misbrug, der har virkninger på andre markeder end de dominerede markeder. I dommen af 3. juli 1991 (sag C-62/86, AKZO mod Kommissionen, Sml. I, s. 3359) og af 1. april 1993 (sag T-65/89, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, Sml. II, s. 389) fandt Fællesskabets retsinstanser, at visse former for adfærd på andre markeder end det dominerede marked, som havde virkninger på dette, udgjorde misbrug. Det er derfor med rette, at Retten i dommens præmis 116 på grundlag af denne retspraksis konkluderede, at sagsøgerens anbringender om, at Fællesskabets retsinstanser havde udelukket enhver mulighed for at anvende artikel 86 på en handling, der er begået af en virksomhed, der indtager en dominerende stilling på et særskilt marked i forhold til det, virksomheden dominerer, måtte forkastes.

26 Af de af generaladvokaten i punkt 61 i forslaget til afgørelse nævnte grunde kan Tetra Pak heller ikke støtte sit anbringende på dommen af 13. februar 1979 (sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461) eller ovennævnte dom i sagen Michelin mod Kommissionen.

27 Det er korrekt, at det er en forudsætning for at anvende artikel 86, at der er en sammenhæng mellem den dominerende stilling og det påståede misbrug, som normalt ikke foreligger, når adfærd på et andet marked end det dominerede har virkninger på det ikke-dominerede marked. Når det drejer sig om særskilte markeder, der er indbyrdes forbundne, som i den foreliggende sag, er det kun berettiget at anvende artikel 86 på en adfærd, som er påvist på det ikke-dominerede, forbundne marked, og som har virkninger på dette marked, når der foreligger særlige omstændigheder.

28 Som anført i den anfægtede doms præmis 118 fandt Retten det i denne forbindelse relevant, at Tetra Pak besad 78% af det samlede marked for emballering i både aseptiske og ikke-aseptiske kartoner, eller syv gange mere end virksomhedens største konkurrent. I præmis 119 i den anfægtede dom fremhævede Retten Tetra Pak's førende stilling inden for den ikke-aseptiske sektor. Retten fastslog derefter i

præmis 121 i den anfægtede dom, at Tetra Pak havde en monopollignende stilling på de aseptiske markeder, hvor selskabet havde markedsandele på nærved 90%. Retten udtalte, at denne situation ligeledes sikrede Tetra Pak en privilegeret stilling som leverandør af ikke-aseptiske systemer. Endelig konkluderede Retten i præmis 122, at det af sammenhængen fulgte, at det var berettiget at anvende artikel 86 på baggrund af situationen på de forskellige markeder og den nære forbindelse mellem markederne.

29 Det kan ikke bestrides, at sammenhængen mellem markederne, som Retten tillagde vægt, har relevans. Det forhold, at de omhandlede forskellige materialer anvendes til emballering af de samme flydende råvarer, viser, at Tetra Pak's kunder inden for én sektor også er potentielle kunder inden for en anden. Denne mulighed understøttes af statistiske oplysninger, hvoraf det fremgår, at ca. 35% af Tetra Pak's kunder i 1987 købte såvel aseptiske som ikke-aseptiske systemer. I denne forbindelse er det tillige relevant at bemærke, at Tetra Pak og selskabets største konkurrent, PKL, opererede på alle fire markeder. Eftersom Tetra Pak næsten fuldstændig dominerede de aseptiske markeder, kunne selskabet ligeledes være sikker på en privilegeret stilling på de ikke-aseptiske markeder. Takket være Tetra Pak's stilling på de aseptiske markeder kunne selskabet koncentrere sin indsats om de ikke-aseptiske markeder og handle uafhængigt af de øvrige erhvervsdrivende.

30 Det er på baggrund af de ovenfor beskrevne omstændigheder betragtet ikke hver for sig, men under ét, at Retten — uden, at det var nødvendigt at påvise, at Tetra Pak havde en dominerende stilling på de ikke-aseptiske markeder — kunne antage, at Tetra Pak havde udvist en uafhængig adfærd i forhold til andre erhvervsdrivende på disse markeder.

31 Retten findes herefter med rette at have fastslået, at traktatens artikel 86 fandt anvendelse i den foreliggende sag, under hensyn til, at Tetra Pak's monopollignende stilling på de aseptiske markeder og dets førende stilling på de ikke-aseptiske markeder, der selv om de er særskilte markeder, er nært forbundne, satte virksomheden i en situation, der kunne sammenlignes med en dominerende stilling på alle de berørte markeder.

32 En virksomhed, der befinder sig i en sådan situation, må nødvendigvis kunne forudse, at dens adfærd vil kunne henføres under traktatens artikel 86. De krav, der følger af retssikkerhedshensyn, må herefter — i modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende — anses for at være opfyldt.

33 Det andet anbringende må herefter forkastes.

Det tredje anbringende

34 Som sit tredje anbringende gør Tetra Pak gældende, at Retten har anlagt en urigtig retlig vurdering, da den fastslog, at koblingssalg af kartoner og emballeringsmaskiner var i strid med artikel 86, når der var en naturlig forbindelse mellem disse produkter, og koblingssalgene var i overensstemmelse med handelssædvane.

35 Tetra Pak fortolker traktatens artikel 86, stk. 2, litra d), således, at den kun indeholder et forbud mod, at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten accepterer tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand.

36 Det bemærkes for det første, at Retten udtrykkeligt forkastede Tetra Pak's argument om, at der skule være en naturlig forbindelse mellem maskinerne og kartonerne. I præmis 82 i den anfægtede dom konstaterede Retten, at »en undersøgelse af handelssædvaner ikke godtgør, at maskiner til emballering af et bestemt produkt er uløseligt forbundne med kartonerne hertil [...]. Uafhængige producenter, der ikke selv fremstiller maskiner, men som er specialiserede i fremstilling af ikkeaseptiske kartoner til anvendelse i maskiner, fremstillet af andre virksomheder, har faktisk eksisteret længe«. Under henvisning til handelssædvane afvises det, at der skulle være den af Tetra Pak påberåbte naturlige forbindelse, idet det påpeges, at

andre virksomheder kan fremstille kartoner til anvendelse i Tetra Pak's maskiner. Med hensyn til de aseptiske kartoner konstaterede Retten i præmis 83 i den anfægtede dom, at »det i relation til fællesskabsrettens konkurrenceregler står enhver uafhængig fabrikant frit for at fremstille forbrugsgods bestemt til anvendelse i produkter, der er fremstillet af andre, medmindre han herved krænker en patentrettighed eller andre industrielle eller intellektuelle ejendomsrettigheder«. Retten anførte endvidere i præmis 138 som begrundelse for at forkaste argumentet om en naturlig forbindelse, at det ikke tilkom Tetra Pak på eget initiativ at træffe foranstaltninger på baggrund af betragtninger angående teknik, produktansvar, hensynet til den offentlige sundhed og beskyttelse af koncernens omdømme. Alle disse betragtninger viser, at Retten var af den opfattelse, at Tetra Pak ikke var den eneste virksomhed, der kunne fremstille kartoner til anvendelse i Tetra Pak's maskiner.

37 Det skal dernæst fremhæves, at opregningen af former for misbrug i traktatens artikel 86, stk. 2, ikke er udtømmende. Selv når koblingssalg af to produkter er i overensstemmelse med handelssædvane, eller når der er en naturlig forbindelse mellem de pågældende to produkter, kan det derfor alligevel udgøre misbrug i artikel 86's forstand, hvis det ikke er objektivt begrundet. Rettens argumentation i den anfægtede doms præmis 137 er således ikke behæftet med nogen mangler.

38 Af disse grunde må det tredje anbringende ligeledes forkastes.

Det fjerde anbringende

39 Med dette anbringende har Tetra Pak gjort gældende, at Retten har anlagt en urigtig retlig vurdering, da den i den anfægtede doms præmis 150 fandt, at de priser, Tetra Pak anvendte i den ikke-aseptiske sektor, var grove underbudspriser, uden at finde det nødvendigt først at påvise, at Tetra Pak med rimelighed kunne forvente at få genoprettet de tab, selskabet havde lidt.

40 Tetra Pak er af den opfattelse, at muligheden for at dække de tab, der skyldes grove underbudspriser, er en del af begrebet udelukkelsesprispolitik. Dette fremgår klart af ovennævnte dom i sagen AKZO mod Kommissionen, præmis 71. Men eftersom Kommissionen og Retten anerkendte, at der kun var sket salg til priser under kostprisen på de ikke-aseptiske markeder, hvor det ikke var konstateret, at Tetra Pak havde en dominerende stilling, havde Tetra Pak således ingen reel mulighed for senere at få dækket sit tab.

41 Det bemærkes, at Domstolen netop i ovennævnte dom i AKZO-sagen anerkendte, at der findes to forskellige metoder til at efterprøve, om en virksomhed har anvendt underbudspriser. For det første må priser, der er lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger, altid betragtes som misbrug. I dette tilfælde et det utænkeligt, at der kan være et andet økonomisk formål end at eliminere en konkurrent, idet hver enhed, der fremstilles og sælges, påfører virksomheden et tab. For det andet må priser, der er lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger, men højere end de gennemsnitlig variable omkostninger, anses for misbrug, når det kan godtgøres, at der er en plan om at eliminere en konkurrent.

42 I præmis 150 i den anfægtede dom foretog Retten den samme undersøgelse som Domstolen i ovennævnte dom i AKZO-sagen. For så vidt angik ikke-aseptiske kartoner, der blev solgt i Italien mellem 1976 og 1981, konstaterede Retten, at priserne var langt lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger. Det var derfor ikke nødvendigt at føre bevis for, at Tetra Pak havde til hensigt at eliminere sine konkurrenter. I 1982 lå priserne på disse kartoner mellem gennemsnittet af de variable omkostninger og gennemsnittet af de samlede omkostninger. Dette er grunden til, at Retten i præmis 151 i den anfægtede dom forsøgte — hvilket ikke i øvrigt er blevet kritiseret af sagsøgeren — at påvise, at Tetra Pak havde til hensigt at eliminere en konkurrent.

43 Det er tillige med rette, at Retten i præmis 189, 190 og 191 i den anfægtede dom fulgte nøjagtig den samme metode med hensyn til salg af ikke-aseptiske maskiner i Det Forenede Kongerige mellem 1981 og 1984.

44 Det bemærkes, at under de i sagen foreliggende omstændigheder findes det ikke påkrævet endvidere at kræve som yderligere bevis, at det påvises, at Tetra Pak havde en reel chance for at genindvinde sine tab. Udbud til underbudspriser skal kunne sanktioneres, så snart der er risiko for eliminering af konkurrenterne. I den foreliggende sag konstaterede Retten i præmis 151 og 191 i den anfægtede dom, at der forelå en sådan risiko. Af hensyn til formålet, som er at sikre, at konkurrencen ikke fordrejes, kan man ikke vente på, at en sådan strategi fører til, at konkurrenterne faktisk elimineres.

45 Af disse grunde må det fjerde anbringende forkastes.

Det femte anbringende

46 Tetra Pak har endelig gjort gældende, at Retten ikke har taget stilling til Tetra Pak's argumenter for, at Kommissionen skulle have taget visse formildende omstændigheder i betragtning, da den fastsatte bødens størrelse. Tetra Pak er af den opfattelse, at Retten i præmis 239 i den anfægtede dom kun undersøgte, om overtrædelserne var begået forsætligt eller uagtsomt. Ifølge Tetra Pak burde Retten endvidere have taget hensyn til de særlige omstændigheder i den foreliggende sag, herunder til, at sagen angik spørgsmål uden fortilfælde. Under hensyn til, at Retten blandede spørgsmålet, om overtrædelsen var forsætlig eller utilsigtet, sammen med spørgsmålet, om det forhold, at der ikke har været fortilfælde, udgør en formildende omstændighed, mener Tetra Pak, at bøden bør ophæves eller i det mindste nedsættes betydeligt.

47 Det bemærkes for det første, at Retten i præmis 228 i den anfægtede dom faktisk har taget stilling til Tetra Pak's argument om, at såvel metoden til afgrænsning af produktmarkederne som begrundelsen for at anvende traktatens artikel 86 i den aseptiske sektor var ny.

48 Retten foretog derefter i præmis 239 en afvejning af overtrædelsens grovhed og de af sagsøgeren påberåbte omstændigheder. Retten fandt, at selv om afgrænsningen af de relevante produktmarkeder og af anvendelsesområdet for artikel 86 i visse henseender ikke var helt ligetil, måtte Tetra Pak i betragtning af selskabets monopollignende stilling på de aseptiske markeder og dets førende stilling på de ikke-aseptiske markeder være vidende om, at den pågældende adfærd var i strid med traktatens regler. Retten konkluderede derfor, at når det hensås til, at de konkurrencebegrænsende virkninger af misbruget havde været så åbenbare og usædvanligt grove, måtte det anses for berettiget at opretholde bøden til trods for, at visse retlige vurderinger i beslutningen angiveligt var nye.

49 Med denne begrundelse tog Retten i tilstrækkeligt omfang stilling til sagsøgerens argument vedrørende de formildende omstændigheder, som sagsøgeren kunne påberåbe sig.

50 Det femte anbringende må derfor ligeledes forkastes.

51 Appellen må herefter forkastes i sin helhed.

Sagens omkostninger

52 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, som i medfør af artikel 118 finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der nedlægges påstand herom. Da sagsøgeren har tabt sagen, må det pålægges sagsøgeren at betale appelsagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

1) Appellen forkastes.

2) Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Sevón Gulmann Edward

Puissochet Jann

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 14. november 1996.

R. Grass J. C. Moitinho de Almeida

Justitssekretær Formand for Femte Afdeling