DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)
den 14 november 1996 *

I mål C-333/94 P,

Tetra Pak International SA, med säte i Pully, Schweiz, företrätt av advokaterna Michel Waelbroeck och Alexandre Vandencasteele, Bryssel, samt av Vivien Rose, barrister, med delgivningsadress i Luxemburg hos advokatbyrån Ernest Arendt, 8—10, rue Mathias Hardt,

klagande,

angående överklagande av dom meddelad den 6 oktober 1994 av Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt (andra avdelningen) i mål T-83/91, Tetra Pak mot kommissionen (Rec. s. II-755), i vilket det förs talan om att denna dom skall upphävas,

i vilket den andra parten är:

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av Julian Currall, rättstjänsten, i egenskap av ombud, biträdd av Nicholas Forwood, QC, med delgivningsadress i Luxemburg hos Carlos Gómez de la Cruz, rättstjänsten, Centre Wagner, Kirchberg,

meddelar

* Rättegångsspråk: engelska.

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

sammansatt av ordföranden på första avdelningen L. Sevón, tillförordnad ordförande på femte avdelningen, samt domarna C. Gulmann, D. A. O. Edward, J.-P. Puissochet och P. Jann (referent),

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
justitiesekreterare: byrådirektören L. Hewlett,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att parterna har avgivit muntliga yttranden vid sammanträdet den 21 maj 1996,

och efter att den 27 juni 1996 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Tetra Pak International SA (nedan kallat Tetra Pak) har genom en ansökan, som inkom till domstolens kansli den 20 december 1994, med stöd av artikel 49 i EG-stadgan för domstolen överklagat domen av den 6 oktober 1994 i mål T-83/91, Tetra Pak mot kommissionen (Rec. s. II-755, nedan kallad den överklagade domen), i vilken förstainstansrätten ogillade bolagets talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 92/163/EEG av den 24 juli 1991 i ett förfarande för tillämpning av artikel 86 i EEG-fördraget (IV/31.043 — Tetra Pak II, EGT nr L 72, 1992, s. 1, nedan kallat det omtvistade beslutet).

2 Av förstainstansrättens konstateranden i den överklagade domen framgår (punkt 1—21) följande:

— Tetra Pak, som har sitt säte i Schweiz, samordnar en ursprungligen svensk och numera världsomspännande koncernpolitik. Tetra Pak-koncernen har specialiserat sig på utrustning som används vid förpackning i kartonger av flytande och halvflytande livsmedel. Koncernen sysslar såväl med aseptisk förpackning som med icke-aseptisk förpackning. Dess verksamhet består huvudsakligen i produktion av förpackningar av kartong och produktion av påfyllningsmaskiner.

— År 1983 användes 90 procent av förpackningarna av kartong för förpackning av mjölk och andra flytande mejeriprodukter. Denna andel uppgick år 1987 till omkring 79 procent. Ungefär 16 procent av förpackningarna användes för förpackning av fruktjuice. Återstående 5 procent användes för förpackning av andra produkter (vin, mineralvatten, tomatbaserade produkter, soppor, såser och barnmat).

— Inom den aseptiska sektorn producerar Tetra Pak det så kallade Tetra Brik-systemet som huvudsakligen är avsett för förpackning av UHT-mjölk. Inom denna sektor finns det bara en enda konkurrent till Tetra Pak, bolaget PKL, som tillverkar ett liknande aseptiskt förpackningssystem. Att ha tillgång till tekniken för aseptisk påfyllning utgör förutsättningen för tillträde såväl till marknaden för maskiner som till marknaden för aseptiska kartonger.

— Icke-aseptiska förpackningar kräver däremot en mindre avancerad utrustning. Kartongen Tetra Rex, som Tetra Pak använder på marknaden för icke-aseptiska kartonger, är en direkt konkurrent till kartongen Pure-Pak, som tillverkas av den norska koncernen Elopak.

— Under referensperioden gällde olika standardavtal för försäljning och uthyrning av maskiner samt leverans av kartonger mellan Tetra Pak och dess kunder i de olika medlemsstaterna i gemenskapen. Innehållet i de avtalsvillkor som påverkade konkurrensen har på följande sätt resumerats i punkt 24—45 i det omtvistade beslutet:

"2.1. *Villkoren för försäljning av Tetra Pak-utrustning (bilaga 2.1)*

(24) Standardförsäljningsavtal förekommer i följande fem länder: Grekland, Irland, Italien, Spanien och Förenade kungariket. Beträffande varje avtalsvillkor som har undersökts anges inom parentes det land eller de länder som berörs.

2.1.1. *Utrustningens yttre form*

(25) I Italien förbehåller sig Tetra Pak absolut kontroll över den sålda utrustningens yttre form och förbjuder köparen

i) att tillföra några tillbehör till maskinen,

ii) att ändra maskinen, genom att tillföra några delar eller avlägsna några delar och

iii) att flytta maskinen.

2.1.2. *Drift och underhåll av utrustningen*

(26) Fem avtalsvillkor rörande utrustningens drift och underhåll har till syfte att garantera Tetra Pak ensamrätt och rätt till kontroll i följande avseenden:

iv) Ensamrätt till underhåll och reparationer (i alla länder förutom i Spanien).

v) Ensamrätt till leverans av reservdelar (i alla länder förutom i Spanien).

vi) Rätt att avgiftsfritt ge service, utbildning, underhåll och teknisk uppdatering som kunden inte har begärt (Italien).

vii) Degressiv prissättning avseende en del av kostnaderna för service, underhåll och teknisk uppdatering (med en rabatt på upp till 40 procent av den månatliga grundavgiften) beroende på det antal kartonger som har använts i Tetra Paks samtliga maskiner av samma typ (Italien).

viii) Skyldighet att underrätta Tetra Pak om alla tekniska förbättringar eller ändringar av utrustningen och att förbehålla Tetra Pak äganderätten till dem (Italien).

2.1.3. *Kartongerna*

(27) Fyra avtalsvillkor rörande kartonger har också till syfte att garantera Tetra Pak ensamrätt till och rätt till kontroll av denna produkt:

ix) Skyldighet att endast använda Tetra Paks kartonger i maskinerna (i alla länder).

x) Skyldighet att köpa kartongerna uteslutande från Tetra Pak eller från en leverantör som har utsetts av Tetra Pak (alla länder).

xi) Skyldighet att underrätta Tetra Pak om alla tekniska förbättringar eller ändringar av kartongerna och att förbehålla Tetra Pak äganderätten till dem (Italien).

xii) Rätt till kontroll av den text som trycks på förpackningarna (Italien).

2.1.4. *Kontroller*

(28) Två villkor gäller särskilt kontrollen av att köparen uppfyller de förpliktelser som följer av avtalet:

xiii) Köparens skyldighet att lägga fram en månadsrapport (Italien).

xiv) Tetra Paks rätt till inspektion utan föregående anmälan (Italien).

2.1.5. *Överlåtelse av äganderätten eller nyttjanderätten till utrustningen*

(29) Två avtalsvillkor begränsar rätten till vidareförsäljning eller överlåtelse:

xv) Skyldighet att inhämta Tetra Paks samtycke till vidareförsäljning av utrustningen eller överlåtelse av nyttjanderätten till den (Italien), vidareförsäljning med äganderättsförbehåll (Spanien) och Tetra Paks återköpsrätt till ett på förhand fastställt totalpris (alla länder). Underlåtenhet att följa detta villkor kan ge upphov till en särskild påföljd (Grekland, Irland och Förenade kungariket).

xvi) Skyldighet att säkerställa att en utomstående köpare övertar den första köparens skyldigheter (Italien, Spanien).

2.1.6. *Garanti*

(30) xvii) Garantin för den sålda utrustningen gäller endast om alla avtalsvillkor har följts (Italien) eller förutsätter åtminstone att endast Tetra Paks kartonger används (andra länder).

2.2. *Villkor för uthyrning av Tetra Paks utrustning (bilaga 2.2)*

(31) Det förekommer standardhyresavtal i alla medlemsstater i gemenskapen, förutom i Grekland och Spanien.

Hyresavtalen innehåller med vederbörliga ändringar merparten av de villkor som återfinns i försäljningsavtalen. Andra villkor är specifika för uthyrning, men också de pekar i samma riktning, det vill säga mot en maximal förstärkning av banden mellan Tetra Pak och kunden.

2.2.1. *Utrustningens yttre form*

(32) Här återfinns villkoren i, ii och iii (villkor i i Italien, villkor ii i alla länder och villkor iii i Frankrike, Irland, Italien, Portugal och Förenade kungariket).

xviii) I en ytterligare bestämmelse förpliktas för övrigt hyrestagaren att uteslutande använda Tetra Paks lådor, ytterförpackningar och/eller containrar för transport av kartonger (Tyskland, Belgien, Italien, Luxemburg och Nederländerna) eller att företrädesvis låta Tetra Pak leverera på samma villkor (Danmark och Frankrike).

2.2.2. *Drift och underhåll av utrustningen*

(33) Här återfinns villkoren iv och v (alla länder) rörande ensamrätt.

Likaledes återfinns villkor viii enligt vilket Tetra Pak förbehålls äganderätten till de förbättringar som användaren gör (Belgien, Tyskland, Italien, Luxemburg och Nederländerna) eller hyrestagaren åtminstone förpliktas att bevilja Tetra Pak driftslicens (Danmark, Frankrike, Irland, Portugal och Förenade kungariket).

2.2.3. *Kartongerna*

(34) Här återfinns samma villkor ix (alla länder) och x (Italien) rörande ensamrätten till leverans, villkor xi enligt vilket Tetra Pak tillerkänns äganderätt till förbättringar (Danmark och Italien) eller åtminstone licens att utnyttja dem (Frankrike, Irland, Portugal och Förenade kungariket) samt villkor xii enligt vilket Tetra Pak förbehålls rätten att kontrollera den text eller det märke som kunden vill trycka på kartongerna (Tyskland, Spanien, Grekland, Italien, Nederländerna, Portugal och Förenade kungariket).

2.2.4. *Kontroller*

(35) Såsom i fråga om försäljning skall hyrestagaren lägga fram en månadsrapport (villkor xiii, alla länder) vid äventyr av förhöjda faktureringspriser (Belgien, Luxemburg och Nederländerna) och tillåta inspektion av de utrymmen där utrustningen har installerats (villkor xiv, alla länder) utan förvarning (alla länder förutom Danmark, Tyskland, Irland, Portugal och Förenade kungariket).

xix) Ett annat villkor ger möjlighet att — när som helst (Danmark och Frankrike) — undersöka det hyrande företagets bokföring (alla länder) och fakturor, brevväxling eller alla andra handlingar som är nödvändiga för att kontrollera antalet använda kartonger (beroende på landet).

2.2.5. *Överlåtelse av hyresrätten, uthyrning i andra hand och överlåtelse av nyttjanderätten eller nyttjande för tredje mans räkning*

(36) I fall av försäljning kan en senare överlåtelse av äganderätten endast ske på mycket strikta villkor.

xx) Bestämmelserna i hyresavtalen utesluter likaledes överlåtelse av hyresrätten, uthyrning i andra hand (alla länder) eller till och med att något beställningsarbete görs för tredje mans räkning (Italien).

2.2.6. *Garanti*

(37) På denna punkt är hyresavtalen mindre precisa än försäljningsavtalen och kopplar garantin till att de 'instruktioner' följs som Tetra Pak har givit rörande 'underhåll' och 'ändamålsenlig skötsel' av maskinerna (alla länder). Begreppen 'instruktioner', 'underhåll' och 'ändamålsenlig skötsel' är emellertid tillräckligt vida för att de skall tolkas så, att de åtminstone omfattar användning uteslutande av Tetra Paks reservdelar, reparations-och underhållstjänster samt förpackningsmaterial. Denna tolkning har bekräftats av Tetra Paks skriftliga och muntliga svar på meddelandet om anmärkningar.

2.2.7. *Fastställelse av hyran och betalningsvillkor*

(38) Hyran består av följande delar (alla länder):

a) xxi) En 'grundhyra' som skall betalas när maskinen ställs till hyrestagarens förfogande. Detta hyresbelopp behöver inte nödvändigtvis vara lägre än försäljningspriset för samma maskiner och uppgår faktiskt till nästan hela beloppet av nuvarande och framtida hyror (över 98 procent i vissa fall).

b) En årshyra som skall betalas kvartalsvis i förskott.

c) xxii) En månatlig produktionsavgift som är degressiv i förhållande till antalet kartonger som använts i Tetra Paks samtliga maskiner av samma typ. Denna avgift ersätter den degressiva prissättningen — av motsvarande

värde — avseende en del av kostnaderna för underhåll vid försäljning (se villkor vii). I vissa länder (Tyskland, Frankrike och Portugal) tillämpas en specifik påföljd för det fall att denna avgift inte betalas inom den föreskrivna fristen.

2.2.8. *Hyrestid*

(39) Hyrestiden och villkoren för uppsägning varierar mellan de olika medlemsstaterna.

xxiii) Minimihyrestiden varierar mellan tre år (Danmark, Irland, Portugal och Förenade kungariket) och nio år (Italien).

2.2.9. *Påföljd*

(40) xxiv) Utöver sedvanligt skadestånd förbehåller sig Tetra Pak rätten att ålägga en hyrestagare som inte följer villkoren i avtalet en påföljd vars belopp Tetra Pak fritt fastställer upp till en övre gräns, beroende på hur allvarlig förseelsen är (Italien).

2.3. *Villkor för leverans av kartonger (bilaga 2.3)*

(41) Det förekommer standardleveransavtal i Grekland, Irland, Italien, Spanien och Förenade kungariket. Dessa är tvingande förutsatt att kunden köper en maskin i stället för att hyra den.

2.3.1. *Ensamrätt till leverans*

(42) xxv) Köparen förbinder sig att uteslutande från Tetra Pak anskaffa allt förpackningsmaterial som skall användas i en eller flera bestämda Tetra Pak-maskiner (alla länder) och i alla andra Tetra Pak-maskiner som senare anskaffas (Italien).

2.3.2. *Avtalets giltighetstid*

(43) xxvi) Avtalet undertecknas inledningsvis för en period av nio år och kan förlängas med en ny period av fem år (Italien) eller med den period som köparen har maskinen i sin besittning (Grekland, Irland, Spanien och Förenade kungariket).

2.3.3. *Fastställelse av priser*

(44) xxvii) Kartongerna levereras till de priser som gäller vid beställningstidpunkten. Det finns inget system för prisutjämning eller indexreglering (alla länder).

2.3.4. *Märkning*

(45) Även här återfinns Tetra Paks rätt att kontrollera (villkor xii) den text eller de märken som kunden vill trycka på förpackningarna."

— Läget inom den aseptiska sektorn var, enligt det omtvistade beslutet, monopolliknande, eftersom Tetra Pak hade en marknadsandel på mellan 90 och 95 procent. Dess enda verkliga konkurrent, PKL, hade nästan hela den återstående marknadsandelen, det vill säga mellan 5 och 10 procent.

— Läget inom den icke-aseptiska sektorn var oligopolistiskt. När det omtvistade beslutet antogs hade Tetra Pak en andel på mellan 50 och 55 procent av sektorn inom gemenskapen. Elopak hade år 1985 en marknadsandel på omkring 27 procent för maskiner och icke-aseptiska kartonger, åtföljt av PKL som hade en andel på omkring 11 procent av denna marknad. Resterande del av marknaden för kartonger fördelades mellan tre bolag och resterande del av marknaden för icke-aseptiska maskiner mellan ett tiotal små producenter.

— Den 27 september 1983 ingav Elopak Italia ett klagomål till kommissionen mot Tetra Pak Italiana och dess associerade bolag i Italien. I detta anklagades Tetra Pak Italiana för att ha ägnat sig åt handelsbruk som utgjorde missbruk av en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 i EEG-fördraget. Enligt Elopak bestod handelsbruket huvudsakligen i att kartonger såldes till underpris, i att det föreskrevs illojala leveransvillkor för påfyllningsmaskiner och i vissa fall i att denna utrustning såldes till vad som också utgjorde underpriser.

— Den 16 december 1988 beslutade kommissionen att inleda ett förfarande i detta ärende. I det omtvistade beslutet sammanfattade kommissionen överträdelserna på följande sätt:

"1) Fullföljandet av en försäljningspolitik som har lett till en märkbar begränsning av utbudet och till en avskärmning av nationella marknader inom EEG.

2) Användare av Tetra Pak-produkter i samtliga medlemsstater påtvingas en rad avtalsvillkor, som primärt syftar till att otillbörligt binda dessa användare till Tetra Pak och till att på konstlad väg utesluta en potentiell konkurrens.

3) En prissättning på kartonger som har visat sig vara diskriminerande mellan användare i olika medlemsstater och som i åtminstone Italien slår ut konkurrenterna.

4) En prissättning på maskiner

— som har visat sig vara diskriminerande mellan användare i olika medlemsstater,

— som i åtminstone Italien har visat sig vara diskriminerande även mellan användare i samma land

och

— som i åtminstone Italien och Förenade kungariket slår ut konkurrenterna.

5) Olika enskilda förfaranden som i åtminstone Italien syftar till att slå ut konkurrenterna och/eller deras teknologi från vissa marknader."

— Kommissionen förpliktade klaganden att upphöra med de konstaterade överträdelserna genom att vidta vissa åtgärder och ålade klaganden böter på 75 miljoner ecu.

3 I första instansen yrkade Tetra Pak att det omtvistade beslutet skulle ogiltigförklaras och att kommissionen skulle förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna i den instansen.

4 Förstainstansrätten ogillade Tetra Paks talan och förpliktade Tetra Pak att ersätta rättegångskostnaderna.

5 Tetra Pak har yrkat att domstolen skall

— upphäva den överklagade domen helt eller delvis,

— ogiltigförklara det omtvistade beslutet helt eller delvis,

— i andra hand upphäva eller väsentligen sätta ned de böter som Tetra Pak har ålagts, samt

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna för förevarande överklagande samt rättegångskostnaderna för förfarandet i förstainstansrätten.

Kommissionen har yrkat att domstolen skall

— ogilla överklagandet, eftersom delar av detta inte kan tas upp till prövning och då det i alla händelser är ogrundat,

— förplikta Tetra Pak att ersätta rättegångskostnaderna i denna instans.

6 Tetra Pak har åberopat fem grunder till stöd för sin talan.

Den första grunden

7 Med den första grunden har Tetra Pak gjort gällande att definitionen i domen av de berörda produktmarknaderna är motsägelsefull. Dessutom vilar denna definition på en felaktig rättslig grund.

8 Den första delen av denna grund rör punkterna 64 och 73 i domen, i vilka förstainstansrätten ansåg följande:

"64. 'Inbördes utbytbarhet' mellan system för aseptiska och system för icke-aseptiska förpackningar och system där man använder kartonger och system där man använder andra material, skall således bedömas med beaktande av samtliga konkurrensvillkor på den allmänna marknaden för förpackningssystem avsedda för flytande livsmedel. En sådan bedömning i just det föreliggande fallet leder till att klagandens tes, att den allmänna marknaden skall delas upp i olika delmarknader beroende på om de ifrågavarande förpackningssystemen används för förpackning av mjölk, för förpackning av andra mejeriprodukter än mjölk eller för förpackning av andra produkter än mejeriprodukter, på grund av de särskilda förhållanden som gäller vid förpackning av de olika produktkategorierna och som tar sig uttryck i att det eventuellt finns olika substitutionsutrustning, skulle innebära en uppdelning av marknaden som inte avspeglar de faktiska ekonomiska förhållandena. Såväl de

aseptiska som de icke-aseptiska maskinerna och kartongerna kännetecknas av en jämförbar utbuds-och efterfrågestruktur, oavsett användning, i och med att de tillhör en och samma sektor, nämligen förpackning av flytande livsmedel.

...

73. Undersökningen av marknaderna inom mjölkförpackningssektorn visar således att de fyra berörda marknader som har avgränsats i beslutet faktiskt utgör olika marknader."

9 Enligt Tetra Pak tar dessa båda uttalanden ut varandra. Antingen skall den allmänna marknaden för förpackningssystem för flytande livsmedel beaktas eller så finns det fyra olika marknader. Om den berörda marknaden hade varit den allmänna marknaden för förpackningssystem för flytande livsmedel, borde förstainstansrätten ha godtagit Tetra Paks argument att kommissionen felaktigt hade gjort skillnad mellan aseptiska och icke-aseptiska marknader. Om däremot de aseptiska och icke-aseptiska marknaderna skulle anses vara olika marknader, borde förstainstansrätten inte ha förkastat Tetra Paks argument att kommissionen felaktigt hade ansett att förpackningssystemen för andra produkter än mejeriprodukter hörde till den berörda produktmarknaden.

10 I detta avseende skall det framhållas att förstainstansrätten i punkt 60 i den överklagade domen uttalade att det ankom på denna att pröva om definitionen i det omtvistade beslutet av fyra aseptiska och icke-aseptiska marknader var korrekt. Därefter påpekade den i punkt 63 att enligt fast rättspraxis skall den berörda produktmarknaden definieras med beaktande av hela det ekonomiska sammanhanget, så att ifrågavarande företags faktiska ekonomiska styrka kan bedömas, och att det härvid är viktigt att först definiera de produkter som, utan att kunna ersättas av andra produkter, är tillräckligt utbytbara i förhållande till de produkter som företaget erbjuder, inte bara utifrån produkternas egna kännetecken utan även utifrån konkurrensvillkoren och utbuds-och efterfrågestrukturen på marknaden.

11 Således hade förstainstansrätten i punkt 64 i den överklagade domen ännu inte gjort något konstaterande beträffande marknaden i fråga. Den nöjde sig i det skedet med att fastställa att utbytbarheten mellan aseptiska och icke-aseptiska system skulle bedömas i förhållande till den allmänna marknaden för förpackningssystem för flytande livsmedel. Förstainstansrätten avvisade således Tetra Paks tes att marknaderna skulle särskiljas beroende på de förpackade produkterna. Det var först efter en ingående analys av läget på denna allmänna marknad som förstainstansrätten, i punkt 73 i den överklagade domen, kom till slutsatsen att de fyra berörda marknaderna, som hade avgränsats i det omtvistade beslutet, faktiskt utgjorde olika marknader.

12 Den andra delen av den första grunden, i vilken förstainstansrätten anklagas för att ha stött sig på en felaktig rättslig grund, innefattar tre punkter. För det första har Tetra Pak hävdat att marknaden för maskiner och kartonger för förpackning av andra produkter än mjölkprodukter borde ha utelämnats från den berörda marknaden. Förstainstansrätten borde, liksom domstolen gjorde i domen av den 9 november 1983 i mål 322/81, Michelin mot kommissionen (Rec. s. 3461, punkt 37), ha prövat om de berörda produkterna var särskilt ägnade att tillfredsställa konstanta behov och svårligen kunde utbytas mot andra produkter. Enligt Tetra Pak borde förstainstansrätten inte ha nöjt sig med att, som den gjorde i punkterna 64, 74 och 75 i den överklagade domen, först konstatera att förpackningssektorn för mjölk var mycket större än förpackningssektorn för andra produkter än mejeriprodukter och sedan konstatera att icke-aseptiska kartonger för förpackning av fruktjuice endast utgjorde en "marginell andel av marknaden".

13 Precis som domstolen konstaterade i punkt 37 i den ovan nämnda domen i målet Michelin mot kommissionen, är dock konkurrensförhållandena och utbuds-och efterfrågestrukturen på marknaden relevanta kriterier för att avgöra om vissa produkter är utbytbara mot andra. Förstainstansrätten gjorde således rätt när den beaktade efterfrågestrukturen. Den konstaterade först, i punkt 65 i den överklagade domen, att den övervägande andelen kartonger, såväl aseptiska som icke-aseptiska, användes för förpackning av mjölk och att kommissionen inte hade varit skyldig att göra en särskild analys av förpackningssektorn för andra produkter än mjölk. Slutligen stödde sig förstainstansrätten i punkt 75 på den stabila efterfrågan på aseptiska och icke-aseptiska kartonger för förpackning av fruktjuice för att visa att utbytbarheten även inom detta område var begränsad.

14 För det andra anser Tetra Pak att det rörde sig om felaktig rättstillämpning när förstainstansrätten i punkt 71 i den överklagade domen ansåg att det räckte att konstatera att aseptiska förpackningar av andra material än kartong hade en marginell marknadsandel för att det skulle vara uteslutet att byta ut dem mot system i vilka kartong används.

15 Det skall påpekas att förstainstansrätten i punkt 71 i den överklagade domen konstaterade att under perioden mellan åren 1976 och 1991 hade andra förpackningsmaterial än kartong endast lyckats erövra en marginell marknadsandel av förpackningsmarknaden för UHT-mjölk. Såsom tidigare har påpekats är denna stabila efterfrågan ett relevant kriterium för att avgöra om kartong är utbytbart mot andra material.

16 För det tredje har Tetra Pak ifrågasatt förstainstansrättens resonemang i punkt 66—68 i den överklagade domen. Förstainstansrätten påpekade nämligen där att "kriteriet avseende om produkter i tillräcklig grad kan ersättas" skall tillämpas "på själva förpackningssystemen, vilka utgör den mellanliggande produktmarknad utifrån vilken Tetra Paks ställning skall bedömas, och inte på slutprodukterna, i detta fall de förpackade, flytande livsmedlen". Förstainstansrätten tillade dock i punkt 67 att kommissionen borde ha beaktat vilka återverkningar de slutliga konsumenternas efterfrågan hade på förpackares mellanliggande efterfrågan och att kommissionen hade konstaterat att en förändring av konsumenternas vanor i fråga om val av produktförpackningar skulle vara en lång och kostsam process som skulle sträcka sig över flera år. Förstainstansrätten återgav i detta hänseende, i punkt 68, kommissionens resonemang att små men markanta prisskillnader mellan olika förpackningar inte skulle vara tillräckliga för att åstadkomma byten mellan de olika typer av mjölk som de används för, eftersom dessa inte är fullständigt utbytbara.

17 Enligt Tetra Pak rörde det sig om en felaktig rättstillämpning när förstainstansrätten i sin definition av den berörda marknaden endast beaktade möjligheten av byten på kort sikt, när den borde ha prövat om de aseptiska förpackningssystemen endast i mycket liten utsträckning utsattes för konkurrens från icke-aseptiska

förpackningssystem. Enligt Tetra Pak fastställs det inte i förstainstansrättens överväganden i punkterna 69 och 70 i den överklagade domen att det saknas en märkbar konkurrens mellan de båda förpackningssystemen.

18 Det är ostridigt att förstainstansrätten i ifrågavarande del av den överklagade domen prövade om de aseptiska systemen var tillräckligt utbytbara mot icke-aseptiska system. Genom att stödja sig på olika kriterier fastställde förstainstansrätten att så inte var fallet.

19 Om förstainstansrätten i detta sammanhang tog hänsyn till en lång och kostsam process, var det endast för att på så sätt beteckna möjligheten att påverka konsumenternas vanor. De andra faktorer som förstainstansrätten ansåg som relevanta, såsom de extra kostnader som på grund av skillnaderna mellan distributionssystemen skulle uppkomma vid en övergång från ett förpackningssystem till ett annat, behovet av en komplicerad teknologi för att tillverka maskiner som gör det möjligt att under aseptiska förhållanden förpacka UHT-mjölk i kartonger och svårigheterna för producenter av icke-aseptiska system att få tillträde till marknaden för aseptiska system, visade att det saknades tillräcklig utbytbarhet, till och med på medellång och lång sikt. I motsats till vad Tetra Pak har gjort gällande, inskränkte sig förstainstansrätten således inte till att pröva ersättligheten på kort sikt.

20 Av samtliga dessa skäl kan överklagandet inte vinna bifall på denna grund.

Den andra grunden

21 Med sin andra grund har Tetra Pak i huvudsak ifrågasatt det resultat som förstainstansrätten kom fram till i punkt 122 i den överklagade domen, vilken lyder på följande sätt:

"Av vad som anförts ovan framgår att i förevarande fall kan Tetra Paks uppträdande på de icke-aseptiska marknaderna anses falla inom tillämpningsområdet för artikel 86 i fördraget, utan att det är nödvändigt att fastställa att det har en domi-

nerande ställning på nämnda marknader var för sig, eftersom detta företags överlägsna ställning på de icke-aseptiska marknaderna, tillsammans med det nära sambandet mellan dessa marknader och de aseptiska marknaderna, gör att Tetra Pak kan uppträda oberoende i förhållande till andra ekonomiska aktörer på de icke-aseptiska marknaderna, vilket motiverar att Tetra Pak enligt artikel 86 har ett särskilt ansvar för att upprätthålla en effektiv och icke snedvriden konkurrens på dessa marknader."

22 Enligt Tetra Pak är det utifrån den rättspraxis som förstainstansrätten nämnde i punkterna 114 och 115 i den överklagade domen inte möjligt att dra den slutsatsen att ett uppträdande på en annan marknad än den dominerade marknaden, vilket inte syftar till att förstärka ställningen på den sistnämnda marknaden, omfattas av artikel 86 i fördraget. Tetra Pak har hävdat att en sådan slutsats inte heller kan motiveras av sambandet mellan de olika marknaderna, såsom detta har fastställts av kommissionen och förstainstansrätten.

23 I sin argumentation har Tetra Pak särskilt hänfört sig till det förhållandet att domstolen i sin tidigare rättspraxis alltid har prövat antingen missbruk på den dominerade marknaden som hade verkningar på en annan marknad, eller missbruk på en marknad på vilken företaget inte hade en dominerande ställning, men där företaget genom detta missbruk stärkte sin ställning på den dominerade marknaden.

24 Det skall först framhållas att förstainstansrättens bedömning i punkt 113 i den överklagade domen, att artikel 86 inte innehåller några uttryckliga krav på att missbruket skall ske på produktmarknaderna, inte kan ifrågasättas. Förstainstansrätten kunde således, i punkt 115 i den överklagade domen, påstå att det materiella tillämpningsområdet för det särskilda ansvar som åvilar ett företag som har en dominerande ställning på marknaden skall bedömas mot bakgrund av de särskilda förhållanden i varje enskilt fall som visar på en försvagad konkurrens.

25 I detta avseende är den rättspraxis som förstainstansrätten nämnde relevant. I domen av den 6 mars 1974 i mål 6/73 och 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano och Commercial Solvents Corporation mot kommissionen (Rec. s. 223), och av den 3 oktober 1985 i mål 311/84, CBEM (Rec. s. 3261), ges exempel på missbruk som har verkningar på andra marknader än de dominerade marknaderna. I domen av den 3 juli 1991 i mål C-62/86, AKZO mot kommissionen (Rec. s. I-3359), och av den 1 april 1993 i mål T-65/89, BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen (Rec. s. II-389), ansåg gemenskapsdomstolarna att ett visst uppträdande på andra marknader än de dominerade, vilket hade verkningar på de sistnämnda, utgjorde missbruk. Förstainstansrätten gjorde således rätt när den, i punkt 116 i den överklagade domen, av denna rättspraxis drog slutsatsen att klagandens påståenden, att gemenskapsdomstolarna hade uteslutit alla möjligheter att tillämpa artikel 86 på ett företag i dominerande ställning som vidtar en åtgärd på en annan marknad än den dominerade marknaden, skulle förkastas.

26 Av de skäl som generaladvokaten har redogjort för i punkt 61 i sitt förslag till avgörande, kan Tetra Pak inte heller stödja sig på domen av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen (Rec. s. 461), eller på den ovannämnda domen i målet Michelin mot kommissionen.

27 Det är riktigt att tillämpningen av artikel 86 förutsätter att det finns ett samband mellan den dominerande ställningen och det uppträdande som påstås utgöra missbruk, vilket normalt inte föreligger när ett uppträdande på en annan marknad än den dominerade marknaden har verkningar för denna förstnämnda marknad. Vad beträffar sådana olika men närliggande marknader som de i förevarande fall, kan endast särskilda omständigheter motivera att artikel 86 tillämpas på ett konstaterat uppträdande på den närliggande, icke dominerade, marknaden som har verkningar på samma marknad.

28 Härvid ansåg förstainstansrätten, i punkt 118 i den överklagade domen, först att det var relevant att Tetra Pak hade 78 procent av hela kartongförpackningsmarknaden för såväl aseptiska som icke-aseptiska kartonger, vilket var sju gånger mer än dess närmaste konkurrent. I punkt 119 i den överklagade domen framhöll förstainstansrätten Tetra Paks överlägsna ställning inom den icke-aseptiska sektorn.

Därefter konstaterade den, i punkt 121 i den överklagade domen, att Tetra Paks ställning på de aseptiska marknaderna, där den hade 90 procent av marknadsandelarna, var monopolliknande. Den påpekade att denna ställning även gynnade Tetra Pak som leverantör av icke-aseptiska system. Slutligen drog förstainstansrätten i punkt 122 den slutsatsen att det i detta fall var motiverat att tillämpa artikel 86 på grund av läget på de olika marknaderna och det nära sambandet mellan dessa.

29 Det kan inte ifrågasättas att det samband som förstainstansrätten konstaterade är relevant. Det förhållandet att de olika material som är i fråga används för förpackning av samma flytande grundprodukter visar att Tetra Paks kunder inom en sektor även är potentiella kunder inom en annan sektor. Detta bekräftas av statistik av vilken det framgår att ungefär 35 procent av Tetra Paks kunder år 1987 samtidigt köpte aseptiska och icke-aseptiska system. Det är i detta avseende också relevant att påpeka att Tetra Pak och dess viktigaste konkurrent, PKL, fanns på de fyra marknaderna. Eftersom Tetra Pak nästan helt dominerade de aseptiska marknaderna, kunde det även räkna med en gynnad ställning på de icke-aseptiska marknaderna. Tack vare sin ställning på de förstnämnda marknaderna kunde Tetra Pak koncentrera sina ansträngningar på de andra marknaderna och handla oberoende av andra ekonomiska aktörer.

30 Det var mot bakgrund av de tidigare beskrivna omständigheterna sammantagna, inte var för sig, som förstainstansrätten kunde tillskriva detta företag en möjlighet att handla oberoende i förhållande till övriga ekonomiska aktörer på dessa marknader, utan att det var nödvändigt att styrka Tetra Paks dominerande ställning på de icke-aseptiska marknaderna.

31 Med hänsyn till dessa omständigheter var det med all rätt som förstainstansrätten i detta fall medgav att artikel 86 i fördraget var tillämplig, med beaktande av att Tetra Paks monopolliknande ställning på de aseptiska marknaderna och dess överlägsna ställning på de icke-aseptiska marknaderna — vilka var olika men mycket närliggande — placerade detta företag i en situation som var jämförbar med en dominerande ställning på samtliga ifrågavarande marknader.

32 Ett företag som befinner sig i en sådan situation har med nödvändighet möjlighet att förutse att dess uppträdande kan omfattas av artikel 86 i fördraget. Under dessa förhållanden, och i motsats till vad klaganden har påstått, har rättssäkerhetskraven iakttagits.

33 Av vad som anförts ovan följer att överklagandet inte kan bifallas på den andra grunden.

Den tredje grunden

34 Med den tredje grunden har Tetra Pak gjort gällande att det rörde sig om felaktig rättstillämpning när förstainstansrätten ansåg att kopplingsförsäljningen av kartonger och förpackningsmaskiner stred mot artikel 86, fastän det fanns ett naturligt samband mellan dessa produkter och fastän kopplingsförsäljningen överensstämde med handelsbruket.

35 Tetra Pak har nämligen tolkat artikel 86 andra stycket d i fördraget som ett förbud endast mot ett uppträdande som består i att ställa som villkor, för att ingå ett avtal, att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser, som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

36 Det skall för det första påpekas att förstainstansrätten uttryckligen förkastade det argument som Tetra Pak framförde för att styrka ett naturligt samband mellan maskinerna och kartongerna. Förstainstansrätten konstaterade nämligen i punkt 82 i den överklagade domen att "undersökningen av handelsbruket gör det inte möjligt att sluta sig till att det finns ett oupplösligt samband mellan de maskiner som är avsedda för förpackning av en produkt och kartongerna. Det finns nämligen sedan lång tid tillbaka oberoende producenter, som inte själva producerar maskiner, utan som är specialiserade på tillverkning av icke-aseptiska kartonger avsedda att använ-

das i maskiner som har producerats av andra företag". Även om förstainstansrättens bedömning avsåg handelsbruk, utesluter den samtidigt förekomsten av det av Tetra Pak åberopade naturliga sambandet, eftersom det bekräftas att andra företag kan producera kartonger avsedda att användas i Tetra Paks maskiner. Vad gällde aseptiska kartonger konstaterade förstainstansrätten, i punkt 83 i den överklagade domen, att "i förhållande till gemenskapsrättens konkurrensregler står det varje oberoende producent fullständigt fritt att tillverka konsumtionsvaror avsedda att användas i apparater tillverkade av andra producenter, om de inte därigenom kränker en konkurrents immateriella rättigheter". För att förkasta argumentet om ett påstått naturligt samband påpekade förstainstansrätten även i punkt 138 att det inte ankom på Tetra Pak att på eget initiativ påtvinga vissa åtgärder med stöd av tekniska överväganden eller överväganden som gäller produktansvar, skydd för folkhälsan och skydd för sitt anseende. Samtliga dessa överväganden visar att förstainstansrätten ansåg att det inte bara var Tetra Pak som kunde producera kartonger avsedda att användas i dess maskiner.

37 Det skall härefter framhållas att listan över missbruk i artikel 86 andra stycket i fördraget inte är uttömmande. Följaktligen kan en kopplingsförsäljning av två produkter, till och med när den överensstämmer med handelsbruk eller när det finns ett naturligt samband mellan de båda produkterna i fråga, likväl utgöra missbruk i den mening som avses i artikel 86 om den inte är objektivt motiverad. Förstainstansrättens resonemang i punkt 137 i den överklagade domen är således inte på något sätt felaktigt.

38 Av dessa skäl kan överklagandet inte heller bifallas på den tredje grunden.

Den fjärde grunden

39 Med denna grund har Tetra Pak gjort gällande att det rörde sig om felaktig rättstillämpning när förstainstansrätten i punkt 150 i den överklagade domen ansåg att Tetra Paks prissättning inom den icke-aseptiska sektorn innebar att konkurrenterna slogs ut, utan att medge att det först var nödvändigt att fastställa att Tetra Pak rimligen kunde räkna med att återhämta de förluster som det sålunda accepterade.

40 Tetra Pak anser att möjligheten att återhämta förluster på grund av försäljning som innebär att konkurrenterna slås ut ingår i en utmanövrerande prissättning. Detta följer klart av punkt 71 i den ovannämnda domen i målet AKZO mot kommissionen. Eftersom kommissionen och förstainstansrätten tillstod att försäljning till pris under självkostnadspriset endast har skett på de icke-aseptiska marknaderna, på vilka det inte har konstaterats att Tetra Pak har en dominerande ställning, hade Tetra Pak alltså ingen verklig möjlighet att senare återhämta sina förluster.

41 Det skall framhållas att det faktiskt var i den ovannämnda domen i målet AKZO mot kommissionen som domstolen fastslog att det finns två olika analysmetoder när det handlar om att pröva om ett företag har tillämpat underpriser. För det första skall priser som är lägre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna alltid anses som missbruk. I det fallet är ett annat syfte än att slå ut en konkurrent inte tänkbart, eftersom varje producerad och såld enhet medför en förlust för företaget. För det andra skall priser som är lägre än de genomsnittliga sammanlagda kostnaderna, men högre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna, endast anses som missbruk när det kan styrkas att avsikten är att slå ut konkurrenterna.

42 I punkt 150 i den överklagade domen gjorde förstainstansrätten samma prövning som domstolen i den ovannämnda domen i målet AKZO mot kommissionen. I fråga om försäljningen av icke-aseptiska kartonger i Italien mellan åren 1976 och 1981 konstaterade förstainstansrätten att priserna var betydligt lägre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna. Det var därför inte nödvändigt att bevisa att avsikten var att slå ut konkurrenterna. År 1982 låg priserna på dessa kartonger mellan de genomsnittliga rörliga kostnaderna och de genomsnittliga sammanlagda kostnaderna. Av den anledningen bemödade sig förstainstansrätten i punkt 151 i den överklagade domen, för övrigt utan att i detta avseende kritiseras av klaganden, om att fastställa att Tetra Pak hade för avsikt att slå ut en konkurrent.

43 Det var likaledes med rätta som förstainstansrätten, i punkt 189—191 i den överklagade domen, följde exakt samma resonemang i fråga om försäljningen av icke-aseptiska maskiner i Förenade kungariket mellan åren 1981 och 1984.

44 Det skall tilläggas att under omständigheterna i förevarande fall skulle det inte vara lämpligt att som ytterligare bevisning kräva att det dessutom visades att Tetra Pak hade en verklig möjlighet att återhämta sina förluster. Det måste nämligen vara möjligt att vidta sanktionsåtgärder mot underprissättning så snart det finns en risk för att konkurrenterna slås ut. Förstainstansrätten konstaterade i punkt 151 och 191 i den överklagade domen att det fanns en sådan risk i detta fall. Målsättningen, som är att bevara en konkurrens som inte är snedvriden, medger inte att man inväntar att en sådan strategi leder till att konkurrenterna faktiskt slås ut.

45 Av dessa skäl kan överklagandet inte bifallas på den fjärde grunden.

Den femte grunden

46 I sista hand har Tetra Pak gjort gällande att förstainstansrätten inte behandlade dess argument avseende de förmildrande omständigheter som kommissionen borde ha beaktat när den fastställde bötesbeloppet. Tetra Pak anser att förstainstansrätten i punkt 239 i den överklagade domen har inskränkt sig till att pröva om överträdelserna hade skett uppsåtligen eller av vårdslöshet. Enligt Tetra Pak borde förstainstansrätten dessutom ha beaktat de särskilda omständigheterna i detta fall, bland annat att något liknande inte har prövats tidigare. Eftersom förstainstansrätten blandade ihop frågan huruvida överträdelsen var uppsåtlig eller ofrivillig med frågan om huruvida avsaknaden av tidigare liknande fall utgjorde en förmildrande omständighet, anser Tetra Pak att böterna skall upphävas eller åtminstone sättas ned påtagligt.

47 I detta avseende skall det först påpekas att förstainstansrätten i punkt 228 i den överklagade domen faktiskt beaktade Tetra Paks argument angående det hittills oprövade, såväl vad gäller produktmarknaden som motiveringen för att tillämpa artikel 86 i fördraget inom den icke-aseptiska sektorn.

48 I punkt 239 i den överklagade domen gjorde förstainstansrätten därefter en avvägning mellan överträdelsens allvar och de omständigheter som klaganden hade åberopat. Den ansåg att även om det utifrån vissa aspekter kunde vara ganska komplicerat att avgöra vilka de berörda produktmarknaderna var och vilket tillämpningsområde som artikel 86 hade, kunde Tetra Pak, med hänsyn till sin monopolliknande ställning på de aseptiska marknaderna och sin överlägsna ställning på de icke-aseptiska marknaderna, inte undgå att vara medveten om att uppträdandet i fråga stred mot reglerna i fördraget. Förstainstansrätten drog därav den slutsatsen att de konkurrensbegränsningar som missbruket i fråga ledde till var så uppenbara och av så särskilt allvarlig natur att de motiverade att bötesbeloppet vidhölls, trots den påstått nya karaktären av vissa rättsliga bedömningar i det omtvistade beslutet.

49 Med denna motivering har förstainstansrätten i erforderlig utsträckning behandlat klagandens argument avseende de förmildrande omständigheter som denne kunde åberopa.

50 Överklagandet kan därför inte heller vinna bifall på den femte grunden.

51 Av vad som anförts ovan följer att överklagandet skall ogillas i sin helhet.

Rättegångskostnader

52 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna, som i enlighet med artikel 118 är tillämplig i mål om överklagande, skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna om detta har yrkats. Eftersom klaganden är tappande part, skall denne förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna i denna instans.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

följande dom:

1) Överklagandet ogillas.

2) Klaganden förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

Sevón Gulmann Edward

Puissochet Jann

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 14 november 1996.

R. Grass

Justitiesekreterare

J. C. Moitinho de Almeida

Ordförande på femte avdelningen