DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

15. februar 2005 *

I sag C-12/03 P,

angående appel i henhold til artikel 49 i EF-statutten for Domstolen, iværksat den 8. januar 2003,

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

appellant,

den anden part i appelsagen:

Tetra Laval BV, Amsterdam (Nederlandene), ved avocats A. Vandencasteele, D. Waelbroeck og M. Johnsson samt ved Rechtsanwälte A. Weitbrecht og S. Völcker,

sagsøger i første instans,

* Processprog: engelsk.

har

DOMSTOLEN (Store Afdeling)

sammensat af formanden for Første Afdeling, P. Jann, som fungerende afdelingsformand, og afdelingsformændene C.W.A. Timmermans og A. Rosas (refererende dommer) samt dommerne C. Gulmann, J.-P. Puissochet, R. Schintgen, N. Colneric, S. von Bahr og J.N. Cunha Rodrigues,

generaladvokat: A. Tizzano
justitssekretær: ekspeditionssekretær L. Hewlett,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 27. januar 2004,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 25. maj 2004,

afsagt følgende

Dom

1 I appelskriftet har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber nedlagt påstand om ophævelse af den dom, der blev afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 25. oktober 2002, Tetra Laval mod Kommissionen (sag T-5/02, Sml. II, s. 4381, herefter »den appellerede dom«), hvorved Retten annullerede Kommissionens beslutning 2004/124/EF af 30. oktober 2001 om en fusions uforenelighed med fællesmarkedet og EØS-aftalen (sag COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel) (EFT 2004 L 43, s. 13, herefter »den anfægtede beslutning«).

Forordning (EØF) nr. 4064/89

2 Artikel 2 i Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT L 395, s. 1, berigtiget version offentliggjort i EFT 1990 L 257, s. 13, og ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 1310/97 af 30.6.1997, EFT L 180, s. 1, herefter »forordningen«) bestemmer:

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

I denne vurdering tager Kommissionen hensyn til:

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

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

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

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

[...]«

Den anfægtede beslutning

3 Det fremgår af den anfægtede beslutning, at der anvendes fire forskellige slags emballage til flydende levnedsmidler: karton, plastikemballage (fremstillet af polyethylenterephthalat, herefter »PET«, og af polyethylen med høj massefylde, herefter »HDPE«), metaldåser og glas. Flere faktorer er afgørende for den type emballage, der anvendes til et produkt. De tekniske egenskaber ved produktet, ved emballeringsmaterialet og ved emballeringsteknikken er afgørende elementer i den forbindelse.

4 De produkter, der nærmere bestemt er omhandlet i den anfægtede beslutning, er de såkaldte »følsomme« produkter. Der er herved tale om flydende mejeriprodukter (herefter »LDP«), frugtjuice og nektar (herefter »juice«), drikkevarer tilsat frugtaroma uden kulsyre (herefter »FFD«), såvel som te- og kaffeholdige drikkevarer. Efter omstændighederne skal disse produkter beskyttes mod lys, hvilket eksempelvis

er tilfældet for mælk, eller mod ilt, hvilket er tilfældet for juice, og i mindre omfang FFD og te- og kaffeholdige drikkevarer. Da PET er et iltfølsomt materiale, der er transparent, er dette materiale mindre egnet til disse produkter end karton. Imidlertid sker der løbende teknologisk forskning inden for den såkaldte »barrierebehandling«, hvilket vil sige den behandling, der gøre det muligt at beskytte mod ilt og lys.

5 Emballeringsteknikken er ligeledes af afgørende betydning for valget af emballage. Visse syreholdige produkter, såsom mælk og juice, skal emballeres under aseptiske forhold, hvorfor de skal distribueres i et kølet system. Det fremgår af sagens akter, at emballering af denne type produkter i karton gør det muligt i højere grad at bibeholde de aseptiske betingelser, fordi emballeringen alene opfatter en enkelt etape hos producenten af det pågældende flydende levnedsmiddel. Denne virksomhed råder oftest over et integreret emballeringssystem. Virksomheden køber karton i ruller og foretager selv opskæring, formgivning, påfyldning og lukning af emballagen.

6 Emballering af et flydende produkt i PET omfatter derimod flere etaper, hvilket gør det sværere at bibeholde de aseptiske betingelser. Der fremstilles først præforme, dvs. plasttuber, der fremstilles på grundlag af plastikresin, herefter formes den tomme flaske ved at placere præformen i en såkaldt »Strecth Blow Moulding maskine« (herefter »SBM-maskiner«), der indeholder den egentlige form, og endelig foretages påfyldning og lukning af flaskerne. Disse forskellige etaper kan udføres af forskellige virksomheder. Der findes således »converters« (herefter »omdannere«), hvis virksomhed består i at fremstille og levere tom emballage til producenter af flydende levnedsmidler. Imidlertid er der en udvikling i gang med henblik på skabelsen af integrerede produktionslinier såvel som produktionsteknikker, der gør emballering under aseptiske forhold enklere.

7 I den anfægtede beslutning erklærede Kommissionen Tetra Laval BV's erhvervelse af selskabet Sidel SA (herefter »den anmeldte sammenslutning«) uforenelig med fællesmarkedet og aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde af

2. maj 1992 (EFT 1994 L 1, s. 3). Tetra Laval BV (herefter »Tetra«) er et holdingselskab i Tetra Laval-koncernen, som ligeledes omfatter selskabet Tetra Pak, der er den førende virksomhed i verden inden for fremstilling af kartonemballage, og som anses for at indtage en dominerende stilling på dette marked for så vidt angår aseptisk emballage, mens Sidel SA (herefter »Sidel«) er en virksomhed, der har en førende stilling på verdensplan inden for fremstilling og levering af SBM-maskiner og ligeledes er aktiv inden for »barriereteknologien«. Nævnte beslutning blev truffet i medfør af forordningens artikel 8, stk. 3.

8 I den anfægtede beslutning konkluderede Kommissionen, at markederne for emballeringssystemer til karton og PET er særskilte, men tæt forbundne markeder, der potentielt er overlappende, og som bl.a. omfatter en voksende fælles kundekreds. Kommissionen fandt videre, at der navnlig er særskilte markeder for SBM-maskiner med henholdsvis lav og høj kapacitet, og at disse markeder igen er opdelt i forhold til følsomme og ikke-følsomme produkter. Denne sondring i forhold til det endelige formål begrundes med forskellene i nævnte maskiners specifikke egenskaber, idet producenterne af disse maskiner kan udøve prisdiskrimination i forhold til dette slutbrug, hvilket kan ske på købstidspunktet. En sådan prisdiskrimination kan ikke afværges ved arbitrage.

9 Ifølge Kommissionen vil den anmeldte sammenslutning give Tetra et incitament til ved brugen af »løftestangsvirkningen« at udnytte sin dominerende stilling på markedet for udstyr og varer til kartonemballering for at overtale sine kunder på dette marked, der overgår til PET til emballering af visse følsomme produkter, til at vælge Sidels SBM-maskiner, og derved udelukke de meget mindre konkurrenter, og samtidig omdanne Sidels førende stilling på markedet for SBM-maskiner til følsomme produkter til en dominerende stilling. Tetra ville have lettere herved i kraft af sine tætte og stadige relationer med sine kunder, sin økonomiske styrke, sin knowhow, såvel som sit omdømme inden for det aseptiske og ultrarene område, i kraft af den styrke, teknologi og det kvalitetsomdømme, Sidel aktuelt besidder, og i kraft af den fordel i form af vertikal integration, som den anmeldte sammenslutning (herefter »den fusionerede enhed«) råder over inden for tre forskellige emballeringssystemer (karton, PET og HDPE).

10 Kommissionen konkluderede ligeledes, at under hensyn til den svage konkurrence på markedet for udstyr og forbrugsartikler til kartonemballage, ville Tetras sammenslutning med den førende producent på markedet for PET, som er et vækstmarked, og som er tæt forbundet med kartonmarkedet, eliminere en væsentlig kilde til potentiel konkurrence. Dette ville styrke Tetras dominerende stilling på markedet for kartonemballage og mindske selskabets incitament til at tilpasse sine priser og udvikle nye produkter som følge af den trussel, som PET udgør for selskabets stilling.

11 Tetra afgav visse tilsagn, herunder at opretholde en adskillelse mellem Tetra og Sidel i ti år, ikke samtidigt at tilbyde kartonprodukter og SBM-maskiner fremstillet af Sidel, og at iagttage de forpligtelser, der påhviler selskabet i medfør 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). Kommissionen fandt, at disse tilsagn ikke var tilstrækkelige med henblik på løsningen af de strukturelle konkurrenceproblemer, der ville opstå som følge af gennemførelsen af den anmeldte sammenslutning, og anførte, at det ville være nærmest umuligt at kontrollere, at tilsagnene blev respekteret. I den anfægtede beslutnings artikel 1 erklærede Kommissionen følgelig denne sammenslutning uforenelig med fællesmarkedet og EØS-aftalen.

Den appellerede dom

12 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 15. januar 2002 anlagde Tetra sag med påstand om annullation af den anfægtede beslutning. I den appellerede dom fandt Retten, at Kommissionen havde anlagt åbenbart urigtige skøn i konklusionerne vedrørende løftestangsvirkningen og styrkelsen af Tetras dominerende stilling på kartonmarkedet, og annullerede derfor beslutningen.

13 For så vidt angik Kommissionens opfattelse, hvorefter den anmeldte fusion ville have konkurrencebegrænsende konglomeratvirkninger, og navnlig ville give den fusionerede enhed kapaciteten og incitamentet til at gøre brug af løftestangsvirkningen ved at udnytte sin samlede stilling på kartonmarkedet for at få en dominerende stilling på markedet for SBM-maskiner, fastslog Retten, at en sådan dominerende stilling ifølge Kommissionen selv ikke ville være et resultat af fusionen selv, men af enhedens forventede adfærd. Retten bemærkede imidlertid, at når Kommissionen finder, at en fusion skal forbydes, fordi den inden for en forudseelig fremtid vil skabe eller styrke en dominerende stilling, påhviler det Kommissionen at fremlægge fyldestgørende beviser til støtte for en sådan konklusion.

14 Retten bemærkede endvidere, at med henblik på vurderingen af sandsynligheden for den fusionerede enheds adfærd skal Kommissionen tage hensyn til alle de omstændigheder, der kan ligge til grund for denne adfærd. Idet udnyttelsen af løftestangsvirkningen i forbindelse med en dominerende virksomhed som Tetra kunne udgøre misbrug af den eksisterende dominerende stilling, fastslog Retten, at Kommissionen burde vurdere sandsynligheden for konkurrencebegrænsende adfærd under hensyn til incitamentet til at udvise en sådan adfærd, men ligeledes under hensyntagen til de omstændigheder, der ville kunne begrænse eller endog hindre sådanne incitamenter, såsom sandsynligheden for retsforfølgning og sanktioner som følge af denne adfærd. Da Kommissionen ikke havde foretaget en sådan vurdering, kunne dens konklusioner ikke lægges til grund. Følgelig vurderede Retten spørgsmålet, om Kommissionen ikke desto mindre kunne begrunde sin opfattelse uden disse konklusioner.

15 Retten fastslog, at det i princippet var muligt for den fusionerede enhed at gøre brug af en løftestangsvirkning. Ikke desto mindre fastslog den, at Kommissionen havde overvurderet den sandsynlige vækst på PET-markedet, og — af de ovenfor anførte grunde — at de metoder til udnyttelse af en løftestangsvirkning, som Retten skulle tage stilling til, var begrænset til at omfatte sådanne metoder, som ikke var i strid med fællesskabsretten. Retten konkluderede, at Kommissionen i det hele havde tilsidesat sin forpligtelse til at godtgøre, at den eventuelle udøvelse af løftestangsvirkningen ville have ført til skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling på

de pågældende markeder i 2005. Hvad navnlig angår SBM-maskinerne fastslog Retten, at den anfægtede beslutning ikke indeholdt tilstrækkelige beviser for at begrunde Kommissionens definition af særskilte markeder for SBM-maskiner for henholdsvis følsomme og ikke-følsomme produkter.

16 For så vidt angår Kommissionens påstand om, at »[Tetras] nuværende dominerende stilling på markedet for kartonemballage« ville blive styrket ved fjernelsen af en kilde til begrænsninger for konkurrence på nabomarkederne på grund af fjernelsen af Sidels konkurrence på markedet for PET-emballage, fastslog Retten, at denne styrkelse skulle sandsynliggøres af Kommissionen og ikke automatisk fulgte af en dominerende stilling. Retten fastslog, at Kommissionen havde tilsidesat sin forpligtelse til at føre et sådant bevis.

Appellen

17 Til støtte for sin appel har Kommissionen fremsat fem anbringender. Det første anbringende angår retlig fejl for så vidt angår det krævede bevisniveau og omfanget af den judicielle kontrol, der er udøvet af Retten. Det andet anbringende vedrører tilsidesættelse af fusionsforordningens artikel 2 og artikel 8, for så vidt som Retten for det første pålagde Kommissionen at tage hensyn til betydningen af den ulovlige karakter af visse former for adfærd for den fusionerede enheds incitamenter til at udnytte løftestangsvirkningen og for det andet at tage hensyn til tilsagnene om ikke at udøve misbrugsadfærd som en eventuel korrigerende foranstaltning. Det tredje anbringende vedrører en retlig fejl begået af Retten som følge af anvendelsen af et fejlagtigt kriterium for den retlige prøvelse og tilsidesættelse af nævnte forordnings artikel 2, idet Retten ikke bekræftede afgrænsningen af særskilte markeder for SBM-maskiner afhængigt af deres slutbrug. Det fjerde anbringende vedrører tilsidesættelse af forordningens artikel 2, fordrejning af de faktiske omstændigheder og manglende hensyntagen til Kommissionens argumenter, idet Retten ikke anerkendte

rigtigheden af Kommissionens vurdering vedrørende styrkelsen af Tetras dominerende stilling inden for karton. Det femte anbringende vedrører tilsidesættelse af forordningens artikel 2, stk. 3, for så vidt som Retten forkastede Kommissionens konklusioner vedrørende Tetras skabelse af en dominerende stilling på markedet for SBM-maskiner.

18 I sit ankesvarskrift har Tetra med henblik på bevisførelsen anmodet om, at appellen fremlægges i den franske sprogversion. Domstolen har forkastet denne anmodning ved kendelse af 24. juli 2003.

Om det første anbringende

19 Med sit første anbringende har Kommissionen gjort gældende, at Retten — samtidig med at den hævdede, at den lagde kriteriet om et åbenbart urigtigt skøn til grund for sin vurdering — i virkeligheden lagde et andet kriterium til grund, nemlig kravet om fremlæggelse af »fyldestgørende beviser« (»convincing evidence«). Derved tilsidesatte Retten artikel 230 EF, idet den ikke anerkendte den skønsbeføjelse som Kommissionen er tillagt for så vidt angår faktuelt og økonomisk komplekse spørgsmål. Retten tilsidesatte ligeledes forordningens artikel 2, stk. 2 og 3, idet den lagde en formodning om lovlighed til grund med hensyn til fusioner af konglomerattypen. Under henvisning til eksemplet med prøvelsen af Kommissionens prognoser om en væsentlig vækst for brugen af PET-emballage til følsomme produkter har Kommissionen gjort gældende, at Retten har fordrejet de faktiske omstændigheder, ikke på tilstrækkelig måde har begrundet forkastelsen af Kommissionens argumenter og har undladt at tage hensyn til betragtninger, argumenter og beviser, som Kommissionen har fremhævet i den anfægtede beslutning såvel som i sit svarskrift, og endog har undladt at henvise hertil.

20 I den appellerede doms præmis 119 har Retten gengivet de prøvelseskriterier, der skal lægges til grund ved vurderingen af en fusionsbeslutning truffet af Kommissionen:

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

21 I den appellerede doms præmis 120 fortolkede Retten forordningens artikel 2, stk. 3, således:

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

22 Kommissionens første anbringende angår adskillige præmisser i den appellerede dom. Det er imidlertid relevant at gengive uddrag af disse præmisser vedrørende den anmeldte fusions karakter af konglomerat, der i dommens præmis 142 er defineret som »en fusion mellem virksomheder, som ikke befinder sig i et eksisterende konkurrencemæssigt forhold, hverken som direkte konkurrenter eller som leverandører og kunder«, og det anføres videre, at fusioner af denne type ikke giver anledning til egentlige horisontale overlapninger mellem de fusionerende parters aktiviteter eller til et vertikalt forhold mellem parterne i dette begrebs egentlige forstand. Det kan således som udgangspunkt generelt antages, at sådanne fusioner ikke skaber negative konkurrencemæssige virkninger.

23 I den appellerede doms præmis 146 fastslog Retten følgende for så vidt angår forordningens anvendelse på konglomerater:

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

24 For så vidt angår de konkurrencemæssige virkninger som følge af en fusion med konglomeratvirkninger og Kommissionens analyse i den forbindelse bemærkede Retten, at:

»148 Det skal for det første vurderes, om en fusion, der skaber en konkurrencemæssig struktur, der ikke umiddelbart giver den fusionerede enhed en

dominerende stilling, alligevel kan forbydes i medfør af forordningens artikel 2, stk. 3, når fusionen med al sandsynlighed vil give enheden mulighed for, som følge af den opkøbende parts udnyttelse af løftestangsvirkningen fra et marked, hvor denne part allerede er dominerende, inden for en relativt nær fremtid at opnå en dominerende stilling på et andet marked, hvor den opkøbte part i øjeblikket indtager en førende position, og når den pågældende overtagelse har væsentlige negative konkurrencemæssige virkninger på de relevante markeder.

[...]

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

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

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

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

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

155 Kommissionens analyse af en fusion, der har konglomeratvirkninger, er undergivet krav, der svarer til dem, der blev formuleret af Domstolen og

Retten for så vidt angår skabelsen af en kollektivt dominerende stilling (Kali & Salz-dommen, præmis 222, og dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, præmis 63). Kommissionens analyse af en fusion, der forventes at have konkurrencebegrænsende konglomeratvirkninger, forudsætter således en omhyggelig undersøgelse af de omstændigheder, som er relevante med henblik på vurderingen af fusionens virkninger for konkurrencevilkårene på referencemarkedet. Som Domstolen og Retten har fastslået, påhviler der Kommissionen en stor bevisbyrde, når den finder, at en sådan transaktion bør forbydes, fordi den vil skabe en situation med dominerende stilling inden for en overskuelig fremtid (dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, præmis 63). Eftersom virkningerne af en fusion af konglomerattypen generelt antages at være neutrale eller sågar fordelagtige for konkurrencen på de pågældende markeder, således som det bekræftes i nærværende sag af den økonomiske teori, der er citeret i de analyser, der er vedlagt som bilag til parternes skriftlige indlæg, kræves det, for at kunne sandsynliggøre, at der vil opstå konkurrencebegrænsende konglomeratvirkninger af en sådan fusion, at der foretages en nøjagtig vurdering, understøttet af vægtige oplysninger, af de omstændigheder, der hævdes at skabe sådanne virkninger (jf. analogt dommen i sagen Airtours mod Kommissionen, præmis 63).«

Parternes argumenter

25 Kommissionen har gjort gældende, at Retten såvel ved den prøvelse, den foretog, som ved det bevisniveau, den krævede af Kommissionen, har tilsidesat de principper, der blev fastsat af Domstolen i Kali & Salz-dommen. Kommissionen har i den forbindelse anført, at følgende præmisser i nævnte dom er relevante:

»220 Som nævnt ovenfor er det i forordningens artikel 2, stk. 3, fastsat, at fusioner, der skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den

effektive konkurrence hæmmes betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, skal erklæres uforenelige med fællesmarkedet.

221 Ved afgørelsen af, om der er tale om en kollektiv dominerende stilling, skal Kommissionen således på grundlag af en analyse af den forventede situation på referencemarkedet vurdere, om den fusion, den skal tage stilling til, fører til en situation, hvor den effektive konkurrence på det relevante marked hæmmes betydeligt af de virksomheder, der deltager i fusionen, og en eller flere udenforstående virksomheder, som, bl.a. på grund af bestående indbyrdes relationer, tilsammen kan følge samme markedsstrategi og i vidt omfang handle uafhængigt af de øvrige konkurrenter, af deres kunder og, i sidste instans, af forbrugerne.

222 Dette forudsætter en omhyggelig undersøgelse, bl.a. af omstændigheder, som i den konkrete situation findes relevante med henblik på vurderingen af fusionens virkninger på konkurrencevilkårene på referencemarkedet.

223 I den forbindelse må det imidlertid bemærkes, at de materielle bestemmelser i forordningen, navnlig dens artikel 2, tillægger Kommissionen et vist skøn, herunder for så vidt angår økonomiske vurderinger.

224 Følgelig skal Fællesskabets retsinstansers kontrol af udøvelsen af dette skøn, som er væsentligt som led i reglerne om fusioner, foretages under hensyntagen til den skønsmargen, som er knyttet til de bestemmelser med økonomiske aspekter, der indgår i regelsættet om fusioner.«

26 Kommissionen har således på grundlag af principperne fastsat i Kali & Salz-dommen såvel som den prøvelse, Domstolen foretog i den sag, der lå til grund for dommen, konkluderet, at den har pligt til at foretage en omhyggelig undersøgelse af det relevante marked, til at basere sin vurdering på forhold, der afspejler den materielle rigtighed af faktiske omstændigheder, der ikke er klart ubetydelige, og som støtter de konklusioner, der drages, og at den har pligt til at drage konklusioner baseret på et logisk ræsonnement.

27 Kommissionen har i den forbindelse for det første anført, at kravet om »fyldestgørende beviser« (»convincing evidence«) er materielt forskellig både hvad angår graden og arten fra såvel pligten til at lægge »tilstrækkeligt afgørende og sammenhængende oplysninger« (»convincing evidence«) til grund, således som det blev fastslået i Kali & Salz-dommen, som fra princippet om, at Kommissionens vurdering skal lægges til grund, medmindre det godtgøres, at den er åbenbart fejlagtig. Denne bevisgrad er forskellig, fordi — i modsætning til kravet om fyldestgørende beviser (»convincing evidence«) — kravet om tilstrækkeligt afgørende og sammenhængende oplysninger ikke udelukker muligheden for, at en anden institution ville have draget en anden konklusion, hvis den havde haft kompetence til at afgøre spørgsmålet. Arten af de beviser, Retten krævede, adskiller sig ligeledes derved, at den indebærer, at Fællesskabets retsinstanser omdannes til en anden form for organ, der kan tage stilling til sagen i dens helhed, og som er beføjet til at sætte sin egen vurdering i stedet for Kommissionens. Retten modsagde sig selv ved at henvise til betingelsen om åbenbart urigtigt skøn, samtidig med at den lagde et andet kriterium til grund.

28 Kommissionen har videre gjort gældende, at en vid skønsmargen indgår i enhver fremtidsanalyse. Det gælder således om at fastslå sandsynligheden for visse udviklinger på markedet inden for en overskuelig tidsperiode på grundlag af de aktuelle forhold på markedet, observerede tendenser samt andre egnede indikatorer. Opstilling af et krav om, at Kommissionens vurdering i praksis skal hvile på ubestridte eller næsten enslydende beviser — uanset disses værdi — vil berøve Kommissionen den opgave, den har, som består i at vurdere beviselementerne og på grundlag af begrundede overvejelser tillægge visse kilder større vægt end andre.

29 Kommissionen har endelig gjort gældende, at det beviskriterium, som Retten lagde til grund, vil have til virkning, at Kommissionen har pligt til at godkende fusioner i de tilfælde, hvor beviserne ikke når det krævede niveau, hvilket de facto ville føre til en generel formodning for visse fusioners lovlighed eller i det mindste til, at de favoriseres på forhånd. Forordningens artikel 2, stk. 2 og 3, pålægger imidlertid Kommissionen en dobbelt forpligtelse med det formål at forbyde fusioner, der skaber eller styrker en dominerende stilling, og parallelt hermed — men omvendt — at tillade fusioner, hvis de ikke skaber eller styrker en sådan stilling. Denne pligt viser fællesskabslovgivers ønske om i lige grad at beskytte såvel de fusionerende parters private interesser som den offentlige interesse, som består i opretholdelsen af en effektiv konkurrence og beskyttelse af forbrugerne. Denne parallelle forpligtelse indebærer, at der skal gælde parallelle beviskrav for Kommissionen, idet den skal kunne godtgøre, at dens analyse er velbegrundet i såvel det ene som det andet tilfælde.

30 Som en illustration af den retlige prøvelse, Retten foretog i den appellerede dom, har Kommissionen bl.a. henvist til vurderingen af væksten i brugen af PET-emballage til følsomme produkter. Vedrørende dette forhold fastslog Retten følgende:

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

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

212 For så vidt angår den resterende del af markedet for LDP skal det fastslås, at PCI-undersøgelsen [med titlen »PET's potentiale med hensyn til emballering af flydende mejeriprodukter — 2001« (»The Potential for PET in the Packaging of Liquid Dairy Products — 2001«)], der er den eneste uafhængige undersøgelse, der tager stilling til LDP-markedet, forudser en vækst, hvorefter PET vil blive anvendt for 9,2% af markedet for frisk ikke-aromatiseret mælk i 2005 (PCI, s. 64). Hertil kommer det forhold, at for så vidt angår aseptisk emballering forudser Warrick-undersøgelsen [med titlen »Warrick-forskningsrapporten om emballagemarkederne — markederne for aseptisk emballage i verden og i Vesturopa — 2000« (»Warrick Research Report Packaging Markets — Aseptic Packaging Markets World and Western Europe — 2000«)] alene en minimal vækst på 1% for aromatiseret mælk og et lille fald for andre mælkebaserede produkter, mens Pictet-undersøgelsen [med titlen »Pictet-analyserapporten — europæiske emballeringsmaskiner, overgangen til PET — september 2000« (»Analysts' Report Pictet — European Packaging Machinery, Move into PET«)] ikke giver nogen specifik prognose for LDP. På grundlag af disse oplysninger har Kommissionen ikke godtgjort, hvad den i sit svarskrift hævder at have godtgjort, nemlig at dens prognoser for LDP er baseret på en forsigtig analyse af uafhængige undersøgelser eller på en solid sammenhængende mængde af oplysninger indsamlet af den gennem dens markedsundersøgelser. De forudsigelser om vækst, som Kommissionen har lagt til grund (jf. præmis 209 ovenfor), er virkelig ikke særligt overbevisende. PCI-undersøgelsen derimod indeholder de eneste oplysninger, der kan støtte en prognose om en markedsandel på 25% for PET for andre mælkebaserede drikkevarer (dvs. aromatiseret mælk og drikkevarer baseret på mælk og yoghurt) frem til 2005 (PCI, s. 63 og 64). Hvis denne vækst finder sted, ville den relevante mængde imidlertid kun stige med 62 000 tons i 2000 og nå 92 800 tons i 2005, en stigning, der ikke er særligt væsentlig i relation til de rundt regnet 120 mio. tons mælkeprodukter, der bliver produceret inden for Fællesskabet hvert år (PCI, s. 9). Mere generelt forklarer den anfægtede beslutning ikke på tilstrækkelig måde, hvordan PET kunne erstatte HDPE som det væsentligste materiale, der kan konkurrere med karton i 2005,

navnlig inden for det vigtige marked for emballering af frisk mælk. Det skal understreges, at Kommissionen hverken har bestridt det overordnede tal på 17,3% for anvendelsen af HDPE til LDP, som er præsenteret af [forskningsinstituttet] Canadean for 2000 (jf. tabel 3 i betragtning 66), eller forventningen om, at dette tal kunne stige til 19,5% i 2005 (jf. tabel 5 i betragtning 105).

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

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

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

31 Kommissionen har i det væsentlige kritiseret Retten for ikke at have påvist, at Kommissionens vurderinger af væksten i brugen af PET for det første hvilede på et faktuelt fejlagtigt grundlag, for det andet på vurderinger af ikke-godtgjorte faktiske omstændigheder eller på konklusioner baseret på åbenbart ubetydelige forhold, for det tredje på usammenhængende eller fejlagtigt grundlag, eller videre, for det fjerde, på undladelsen af at tage relevante oplysninger i betragtning. Retten forkastede uden begrundelse Kommissionens vurdering af beviser, forvanskede de faktiske forhold ved eksempelvis i den appellerede doms præmis 213 at fastslå, at Kommissionen ikke havde foretaget en analyse af markedet for glas, og ved at påtvinge egne vurderinger, der stred imod Kommissionens, og som åbenlyst var fejlagtige, ved eksempelvis i den appellerede doms præmis 289 at fastslå, at »[f]risk mælk er ikke et produkt, for hvilket de markedsføringsfordele, som PET tilbyder, har nogen særlig betydning«, eller videre ved i dommens præmis 288 og 328 at fastslå, at omkostningerne ved PET er højere end for karton.

32 Tetra har gjort gældende, at Kommissionens første anbringende alene er en semantisk diskussion af de ord, der er anvendt i den appellerede dom, og ikke angår den materielle vurdering, som Retten foretog. Kommissionens argumenter er udsigtsløse, fordi der ikke findes en sammenhængende terminologi for så vidt angår det krævede bevisniveau.

33 Tetra har ligeledes anført, at den terminologi, som Domstolen anvendte i Kali & Salz-dommen, og som Kommissionen har henvist til for så vidt angår spørgsmålet om beviskrav, ikke hindrede Domstolen i at foretage en tilbundsgående vurdering i den sag af såvel de faktiske omstændigheder, som Kommissionen havde gjort gældende til støtte for sine argumenter, som af de konklusioner, Kommissionen drog heraf i den pågældende beslutning.

34 Ifølge Tetra har Retten respekteret Kommissionens skønsmargen og overskred ikke grænserne for sin retlige prøvelse, da den forkastede begrundelsen for den anfægtede beslutning, men blot konstaterede, at Kommissionen ikke havde godtgjort eksistensen af en løftestangsvirkning.

35 Tetra har gjort gældende, at Kommissionen har fortolket den appellerede doms præmis 153 fejlagtigt, fordi den heraf har udledt, at der herved fastsættes et asymmetrisk bevisniveau og en de facto-formodning for lovlighed af fusioner. Retten har vedrørende dette punkt blot gengivet betingelserne for udøvelse af pligten til at føre bevis for virkningerne af sådanne transaktioner.

36 For så vidt angår det eksempel, som Kommissionen har fremhævet vedrørende Rettens analyse af væksten i brugen af PET til emballering af følsomme produkter, har Tetra foretaget en sammenlignende analyse af appelskriftet og den appellerede dom for at vise, at Kommissionen har gengivet dommen forkert eller vildledende, herunder ved at tage visse citater ude af deres sammenhæng.

Domstolens bemærkninger vedrørende det første anbringende

37 Med sit første anbringende har Kommissionen anfægtet den appellerede dom, for så vidt som Retten heri pålagde Kommissionen, når den træffer en beslutning, hvorved den erklærer en fusion uforenelig med fællesmarkedet, et beviskrav og krav til kvaliteten af beviser, den har fremlagt til støtte for sin argumentation, der er uforenelig med den vide beføjelse, Kommissionen råder over, når den foretager økonomiske vurderinger. Kommissionen foreholder således Retten, at den har tilsidesat artikel 230 EF ved at overskride grænsen for den prøvelseskompetence, den er tillagt i retspraksis, og følgelig har anvendt forordningens artikel 2, stk. 2 og 3, på fejlagtig måde i den foreliggende sag ved at opstille en formodning for lovlighed af visse fusioner.

38 I den forbindelse bemærkes det, at Retten i den appellerede doms præmis 119 korrekt gengav betingelserne for den retlige prøvelse af en beslutning truffet af Kommissionen vedrørende fusioner, således som de er fastsat i Kali & Salz-dommen. I sidstnævnte doms præmis 223 og 224 fastslog Domstolen, at de materielle

bestemmelser i forordningen, navnlig dens artikel 2, tillægger Kommissionen et vist skøn, herunder for så vidt angår økonomiske vurderinger. Følgelig skal Fællesskabets retsinstansers kontrol af udøvelsen af dette skøn, som er væsentligt som led i reglerne om fusioner, foretages under hensyntagen til den skønsmargen, som er knyttet til de bestemmelser med økonomiske aspekter, der indgår i regelsættet om fusioner.

39 Selv om Domstolen har anerkendt, at Kommissionen er tillagt et vidt skøn for så vidt angår økonomiske vurderinger, indebærer det ikke, at Fællesskabets retsinstanser skal afholde sig fra at kontrollere Kommissionens fortolkning af oplysninger af økonomisk art. Fællesskabets retsinstanser skal bl.a. ikke blot tage stilling til den materielle nøjagtighed af de beviser, der henvises til, oplysningernes troværdighed og sammenhæng, men ligeledes kontrollere, om disse oplysninger udgør alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning i forbindelse med en vurdering af en kompleks situation, og om disse oplysninger taler til støtte for Kommissionens konklusioner. En sådan kontrol er så meget desto mere afgørende, når der er tale om en fremtidsanalyse, der kræves i forbindelse med vurderingen af en fusion, der skaber konglomeratvirkninger.

40 Det er således med rette, at Retten bl.a. med henvisning til Kali & Salz-dommen i den appellerede doms præmis 155 fastslog, at Kommissionens analyse af en fusion, har konglomeratvirkninger, er undergivet krav, der svarer til dem, der er fastsat i retspraksis vedrørende skabelsen af en kollektivt dominerende stilling, og analysen forudsætter således en omhyggelig undersøgelse af de omstændigheder, som er relevante med henblik på vurderingen af fusionens virkninger for konkurrencevilkårene på referencemarkedet.

41 Selv om Retten i samme præmis 155 fastslog, at godtgørelsen af konkurrencebegrænsende konglomeratvirkninger af en fusion som den anmeldte forudsætter en nøjagtig vurdering støttet på fyldestgørende beviser (»convincing evidence«), tilføjede Retten på ingen måde en betingelse om bevisniveauet, men genkaldte blot

bevisets væsentligste funktion, som er at understøtte en hypotese eller, således som det er tilfældet i den foreliggende sag, en fusionsbeslutning.

42 Fremtidsanalyser som dem, der er nødvendige på området for fusionskontrol, skal udføres med stor omhu, fordi der ikke er tale om en vurdering af begivenheder, der har fundet sted i fortiden, hvorom man ofte har adgang til adskillige oplysninger, der bidrager til forståelsen af årsagerne, og heller ikke en vurdering af nutidige begivenheder, men derimod tale om at forudsige de begivenheder, der med større eller mindre sandsynlighed vil indtræde i fremtiden, hvis der ikke vedtages en beslutning om forbud eller en præcisering af betingelserne for fusionen.

43 Fremtidsanalysen består således i at vurdere, på hvilken måde en fusion kan ændre de faktorer, der bestemmer konkurrenceforholdene på et givent marked, med henblik på at afgøre, om fusionen vil medføre en væsentlig hindring for en effektiv konkurrence. En sådan analyse forudsætter, at der opstilles forskellige alternative årsags- og virkningskæder, med henblik på at de kæder, der er mest sandsynlige, lægges til grund.

44 Analysen af en fusion af konglomerattypen er en fremtidsanalyse, hvorved der for det første lægges en bestemt tidsperiode i fremtiden til grund, og for det andet tages hensyn til den løftestangsvirkning, der er nødvendig, for at det kan fastslås, at der er tale om en væsentlig hindring af den effektive konkurrence, og denne type analyse indebærer, at årsags- og virkningskæderne er svært definerbare, usikre og vanskelige at fastslå. I den forbindelse er kvaliteten af de beviser, som Kommissionen fremlægger for at fastslå behovet for en beslutning, hvorved fusionen erklæres uforenelig med fællesmarkedet, af særlig betydning, fordi disse beviser skal understøtte Kommissionens vurderinger, hvorefter den økonomiske udvikling — såfremt en sådan beslutning ikke ville blive vedtaget — sådan som Kommissionen forudser den, er sandsynlig.

45 Det fremgår af disse forskellige forhold, at Retten ikke begik nogen retlig fejl ved at gengive betingelserne for den retlige kontrol, den udøver, eller ved at præcisere kvaliteten af de beviser, som Kommissionen skal fremlægge, når den skal godtgøre, at betingelserne i forordningens artikel 2, stk. 3, er opfyldt.

46 For så vidt angår den retlige kontrol, som Retten konkret udøvede i nærværende sag, fremgår det ikke af de eksempler, som Kommissionen har givet vedrørende væksten i brugen af PET-emballage til følsomme produkter, at Retten skulle have overskredet grænserne for Fællesskabets retsinstansers kontrol af en administrativ beslutning. I modsætning til det, Kommissionen har gjort gældende, er den appellerede doms præmis 211 blot en mere præcis omformulering — i form af Rettens konstatering — af de indrømmelser, Kommissionen fremkom med under retsmødet, og som er sammenfattet i dommens præmis 210, hvorefter dens prognoser i beslutningen var sat for højt for så vidt angår væksten i brugen af PET til emballering af UHT-mælk. I dommens præmis 212 begrundede Retten sin vurdering, hvorefter de beviser, som Kommissionen havde fremlagt, var uden værdi, idet den anførte, at ud af de tre uafhængige rapporter, som Kommissionen havde fremlagt, var det kun PCI-rapporten, der indeholdt oplysninger om brugen af PET til emballering af mælk. Retten fortsatte i præmis 212 med at påvise, at de beviser, som Kommissionen havde fremlagt, virkelig ikke var særligt overbevisende, idet Retten understregede, at den vækst, der var forudset i PCI-rapporten, var ubetydelig, og at der ikke var sammenhæng mellem Kommissionens prognoser vedrørende anvendelsen af PET og de ubestridte oplysninger i andre rapporter om anvendelsen af HDPE. For så vidt angår den appellerede doms præmis 213 begrænsede Retten sig til at henvise til den ufuldstændige karakter af Kommissionens analyse, som gjorde det umuligt at kontrollere sidstnævntes prognoser under hensyn til de forskelle, der fandtes mellem disse prognoser og prognoserne i andre rapporter.

47 Kommissionen har — som et eksempel blandt andre nævnte — bestridt Rettens vurdering i den appellerede doms præmis 289, hvorefter »[f]risk mælk er ikke et produkt, for hvilket de markedsføringsfordele, som PET tilbyder, har nogen særlig betydning«, såvel som Rettens konklusioner vedrørende omkostningerne for PET i forhold til karton, som fremgår af den appellerede doms præmis 288 og 328. Det bemærkes i den forbindelse, at der er tale om en vurdering af faktiske

omstændigheder, som Domstolen ikke kan tage stilling til inden for rammerne af en appelsag. Det er således — uden at Domstolen tager stilling til, om Rettens konklusioner er velbegrundede i den forbindelse — tilstrækkeligt at fastslå, at Retten kunne støtte sin opfattelse på forskellige oplysninger i den anfægtede beslutning.

48 Det følger af disse eksempler, at Retten foretog den kontrol, som påhvilede den, og som er beskrevet i denne doms præmis 39. Retten redegjorde for og begrundede årsagerne til, at Kommissionens konklusioner forekom den at være urigtige, i det omfang de hvilede på utilstrækkelige, ufuldstændige, betydningsløse og usammenhængende oplysninger.

49 Derved iagttog Retten betingelserne for Fællesskabets retsinstansers retlige kontrol og overholdt således artikel 230 EF.

50 Følgelig fremgår det ikke af ovenstående gennemgang, at Retten skulle have tilsidesat forordningens artikel 2, stk. 2 og 3.

51 Det følger af samtlige ovenstående bemærkninger, at det første anbringende ikke kan tages til følge.

Om det andet anbringende

52 Med sit andet anbringende har Kommissionen gjort gældende, at Retten har tilsidesat forordningens artikel 2 og 8, idet den pålagde Kommissionen at tage

hensyn til betydningen af, at visse former for adfærd er ulovlige, for de incitamenter, som den fusionerede enhed ville have til at gøre brug af løftestangsvirkningen, og til — som en eventuel korrigerende foranstaltning — at tage hensyn til tilsagn om ikke at udvise misbrugsadfærd.

53 De anfægtede dele af den appellerede dom findes i den del, der indeholder vurderingen af anbringendet om, at der ikke er forudseelige konglomeratvirkninger, og Retten tog i denne del nærmere bestemt stilling til sandsynligheden for udnyttelse af løftestangsvirkningen. Ifølge Kommissionens argumentation ville den fusionerede enhed have kapaciteten til at udnytte sin dominerende stilling på markedet for aseptisk karton og ville have haft et incitament til ved hjælp af løftestangsvirkningen at omdanne den stærke stilling, som den havde på markedet for PET-udstyr, navnlig på markedet for SBM-maskiner med lav og høj kapacitet, der anvendes til følsomme produkter, til en dominerende stilling.

54 Metoderne til udnyttelse af løftestangsvirkningen er beskrevet på følgende måde i den anfægtede beslutnings betragtning 364 (gengivet i den appellerede doms præmis 49):

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

55 For at imødekomme Kommissionens kritik foreslog Tetra at afgive forskellige tilsagn. Kommissionen vurderede imidlertid, at disse tilsagn ikke kunne anses for at gøre det muligt effektivt at løse de konkurrencemæssige problemer, den havde

påvist. For så vidt angår de adfærdsmæssige tilsagn er begrundelsen i den anfægtede beslutning, der fremgår af dennes betragtning 429-432 under overskriften »Adskillelse af Sidel fra Tetra og tilsagn i henhold til artikel 82«, følgende:

»429 Tilsagnet af adfærdsmæssig karakter, dvs. adskillelsen af Sidel fra Tetra Pak, sammen med bekræftelsen af allerede eksisterende tilsagn i henhold til artikel 82 er navnlig afgivet med henblik på betænkelighederne med hensyn til, om den fusionerede enhed er i stand til at udnytte sin dominerende stilling inden for kartonemballering til at opnå en dominerende stilling inden for PET-emballeringsudstyr. Dette tilsagn og de allerede eksisterende tilsagn i henhold til artikel 82 er imidlertid af rent adfærdsmæssig karakter. Som sådanne er de ikke egnede til at genskabe betingelserne for en vedvarende effektiv konkurrence, da de ikke imødegår den permanente ændring af markedsstrukturen som følge af den anmeldte transaktion, som giver anledning til disse betænkeligheder.

430 Sidels »adskillelse« fra Tetra Pak-virksomhederne ændrer ikke den kendsgerning, at Sidels bestyrelse — som udtrykkeligt erkendt i selve tilsagnet — vil »blive holdt ansvarlig direkte af Tetra Laval-koncernens bestyrelse«. Det kan ikke forventes, at en sådan adskillelse vil forhindre Sidel i at gennemføre Tetra Laval-koncernens forretningsstrategi. Desuden vil Sidels retlige status kunne ændres, dvs. Sidel kunne blive omdannet fra et børsnoteret selskab til et privat selskab som Tetra Laval, hvilket praktisk talt vil gøre det umuligt at kontrollere »adskillelsesforanstaltningerne«.

431 Tilsagnet om ikke at »kombinere« produkterne samt bekræftelsen af de allerede eksisterede tilsagn i henhold til artikel 82 udgør blot løfter om ikke at udøve en bestemt adfærd og ikke handle i strid med fællesskabsretten. Sådanne løfter af adfærdsmæssig karakter står i modsætning til Kommissionens politik vedrørende løsninger og til selve formålet med fusionsfor-

ordningen [...], og er særdeles vanskelige, hvis ikke umulige, at kontrollere effektivt.

432 Ud over at disse tilsagn er komplekse at gennemføre og kontrollere, kan de generelt ikke anses for effektivt at kunne løse de konkurrenceproblemer, der er påvist.«

56 Med sin argumentation har Kommissionen anfægtet den appellerede doms præmis 156-162, som følger umiddelbart efter dennes præmis 148-155, som Kommissionen ligeledes har anfægtet, og som blev vurderet af Domstolen i forbindelse med vurderingen af det første anbringende. I nævnte præmisser udtalte Retten sig på følgende måde:

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

157 Det skal bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at en virksomhed, der har en dominerende stilling, er forpligtet til om fornødent at tilpasse sin adfærd til denne situation for ikke at skade mulighederne for en effektiv konkurrence på markedet, uanset om Kommissionen måtte have truffet en beslutning herom (Domstolens dom af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 57, samt Rettens dom af 10.7.1990, sag T-51/89, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. II, s. 309, præmis 23, og af 22.3.2000, forenede sager T-125/97 og T-127/97, Coca-Cola mod Kommissionen, Sml. II, s. 1733, præmis 80).

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

159 I den forbindelse skal det bemærkes, at selv om forordningen bestemmer, at fusioner, der skaber eller styrker en dominerende stilling, der har væsentlige negative konkurrencemæssige virkninger, forbydes, indebærer disse betingelser ikke, at det samtidig skal godtgøres, at den fusionerede enhed som følge af fusionen vil foretage ulovligt misbrug. Selv om der ikke af denne grund kan opstilles en formodning for, at parterne i en fusion af konglomerattypen ikke vil handle i overensstemmelse med fællesskabsretten, kan Kommissionen ikke se bort fra en sådan mulighed, når den foretager fusionskontrol. Således skal Kommissionen, når den ved

vurderingen af en sådan fusions virkninger tager udgangspunkt i den forventede adfærd, som i sig selv med sandsynlighed vil udgøre misbrug af en eksisterende dominerende stilling, vurdere, om det trods forbuddet mod en sådan adfærd ikke desto mindre er sandsynligt, at den enhed, der er resultatet af fusionen, vil handle på en sådan måde, eller omvendt, om adfærdens ulovlige karakter og/eller risikoen for at blive opdaget vil gøre en sådan strategi usandsynlig. Mens det således er korrekt, at Kommissionen i forbindelse med sin vurdering tager højde for incitamenterne til at udøve konkurrencebegrænsende adfærd, som f.eks. de incitamenter, der er tale om i nærværende sag for Tetra i forbindelse med de forretningsmæssige fordele, som kan forudses på markedet for PET-udstyr (betragtning 359), skal Kommissionen imidlertid også vurdere, i hvilket omfang disse incitamenter vil blive reduceret, eller sågar forsvinde, fordi den pågældende adfærd er ulovlig, fordi der er risiko for opdagelse, fordi de kompetente myndigheder, både på fællesskabs- og nationalt niveau kan træffe visse foranstaltninger, og fordi adfærden kan resultere i økonomiske sanktioner.

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

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

162 Det følger af det foregående, at det er nødvendigt at vurdere, om Kommissionen baserede sin analyse af sandsynligheden for udnyttelse af løftestangsvirkningen fra markederne for aseptisk karton, og af konsekvenserne af den fusionerede enheds udnyttelse af løftestangsvirkningen, på tilstrækkeligt fyldestgørende beviser. I forbindelse med denne vurdering skal der i nærværende sag alene tages hensyn til former for adfærd, som, i det mindste sandsynligvis, ikke ville være ulovlige. Ydermere bemærkes, at eftersom den forventede dominerende stilling først ville opstå efter udløbet af en vis periode, ifølge Kommissionen efter 2005, skal dens analyse af den fremtidige stilling, med forbehold for en vis skønsmargin, være særligt plausibel.«

57 Ved den tilbundsgående vurdering af måderne for udøvelse af løftestangsvirkningen fastslog Retten følgende:

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

218 Imidlertid vil adfærd udøvet af en virksomhed med en dominerende stilling som Tetras på markedet for aseptiske kartoner, som går ud på pression i form af bundet salg eller incitamenter i kraft af underbudspriser eller loyalitetsrabatter, og som ikke er objektivt berettigede, sædvanligvis udgøre misbrug af denne stilling. Som Retten allerede har fastslået, kan Kommissionen ikke gå ud fra en formodning om, at sådanne strategier vil blive

anvendt, således som den har gjort det i den anfægtede beslutning, som begrundelse for en beslutning om forbud mod en fusion, der er blevet anmeldt til den i overensstemmelse med forordningen (jf. præmis 154-162 ovenfor). Det følger heraf, at de måder, hvorpå løftestangsvirkningen kunne udnyttes, som kan tages i betragtning af Retten, er begrænset til de måder, som i det mindste sandsynligvis ikke vil udgøre misbrug af en dominerende stilling på markederne for aseptisk karton.

219 Det er derfor nødvendigt kun at tage højde for strategierne for bundne eller sammenknyttede salg, som ikke i sig selv er påtvungne, for loyalitetsrabatter, der er objektivt retfærdiggjort på kartonmarkederne, og for tilbud om nedsatte priser for karton eller PET-emballeringsudstyr, som ikke er underbudspriser i den forstand, hvori dette begreb anvendes i fast retspraksis (Domstolens dom af 3.7.1991, sag C-62/86, AKZO mod Kommissionen, Sml. I, s. 3359, navnlig præmis 102, 115, 156 og 157, dom af 14.11.1996, Tetra Pak mod Kommissionen[, sag C-333/94 P, Sml. I, s. 5951], præmis 41-44, som bekræfter Rettens dom af 6.10.1994, Tetra Pak mod Kommissionen[, sag T-83/91, Sml. II, s. 755], og forslag til afgørelse fremsat af generaladvokat Fennelly i Domstolens dom af 16.3.2000, forenede sager C-395/96 P og C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1365, på s. 1371, navnlig punkt 123-130). I den forbindelse skal det vurderes, om Kommissionen tog højde for forpligtelsen vedrørende adskillelsen mellem Sidel og Tetra Pak-selskaberne, som i princippet blev aftalt for en tiårig periode, og hvorefter »der ikke vil blive fremsat nogen samlede tilbud vedrørende Tetra Paks kartonprodukter sammen med Sidels SBM-maskiner«.

220 Det fremgår desuden klart af den anfægtede beslutning, at Tetra anmodede Kommissionen om at tage dens eksisterende [tilsagn] i betragtning, som påhviler den i henhold til artikel 3, stk. 3, i Kommissionens beslutning 92/163 [...], som bestemmer:

»Tetra Pak undlader at anvende eliminerende eller diskriminatoriske priser, og ingen kunde må for maskiners som for kartoners vedkommende tilbydes nogen form for rabat på produkterne eller særligt favorable betalingsvilkår,

som ikke er begrundet i en objektiv modydelse. For kartonernes vedkommende må rabatterne således kun begrundes i ordremængden, og der må ikke foretages en sammenlægning af de forskellige kartontyper.«

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

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

223 Det bemærkes endvidere, at selv om den anfægtede beslutnings konklusion om den prisdiskrimination, som Sidel hævdes at have udøvet tidligere, ikke er udtryk for et åbenbart urigtigt skøn, når henses til parternes skriftlige indlæg og Kommissionens mundtlige indlæg vedrørende den underliggende

økonometriske analyse, kan denne konklusion ikke udgøre et tilstrækkeligt fyldestgørende bevis for, at den fusionerede enhed vil forsætte med at opføre sig på samme måde. I modsætning til Sidel før fusionen, vil den fusionerede enhed være bundet ikke blot af [tilsagnene], men også af de forskellige bånd, der begrænser Tetras adfærd.

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

Parternes argumenter

58 Kommissionen har for det første gjort gældende, at Rettens vurdering for så vidt angår konglomeratvirkninger og Tetras ulovlige adfærd er i strid med forordningens artikel 2 og fusionskontrollen generelt.

59 Kommissionen har først og fremmest anført, at denne vurdering er i strid med en rationel fortolkning af artikel 2. Hvis artikel 82 EF havde været tilstrækkelig med henblik på at hindre misbrug, havde det ikke været nødvendigt at vedtage bestemmelser om forudgående fusionskontrol. Kommissionen har nærmere bestemt anfægtet den appellerede doms præmis 218, hvor Retten fastslog, at »Kommissionen ikke gå ud fra en formodning om, at sådanne [ulovlige] strategier vil blive anvendt«, idet Kommissionen heroverfor har gjort gældende, at formodningen for, at en dominerende virksomhed kan anse det for rationelt at udelukke sine konkurrenter og/eller udnytte sine kunder, og således i visse tilfælde tilsidesætte artikel 82 EF, er en integreret del af forordningen.

60 Kommissionen finder videre, at Rettens vurdering er fejlagtig, idet den hviler på en sondring mellem forskellige former for fusioner, som er ubegrundet og i strid med forordningens artikel 2. Kommissionen har i den forbindelse kritiseret den appellerede doms præmis 154, hvori Retten fastslog, at det ikke er den struktur, der følger af fusionen i sig selv, som skaber eller styrker en dominerende stilling i forordningens artikel 2, stk. 3's forstand, men snarere den fusionerede enheds fremtidige adfærd. Kommissionen har gjort gældende, at denne vurdering er i strid med præmis 94 i dommen i sagen Gencor mod Kommissionen, hvor Retten fastslog, at en fusion havde umiddelbar virkning når »[s]kabelsen af omstændigheder, der ikke alene ville gøre det muligt, men også økonomisk fornuftigt at udvise en sådan adfærd, [...] imidlertid [ville] have været en direkte og umiddelbar konsekvens af fusionen, når henses til, at denne kunne have hæmmet den effektive konkurrence på markedet betydeligt ved at ændre strukturen af de berørte markeder på lang sigt«. Kommissionen har gjort gældende, at det er ubegrundet at sondre, således som Retten gjorde det i den appellerede dom, alt efter om skabelsen af en dominerende stilling på det andet marked sker umiddelbart eller på mellemlang sigt. Hvis det ikke forholdt sig således, ville man risikere, at vertikale fusioner eller fusioner med konglomeratvirkninger ikke ville blive omfattet af nævnte forordning, fordi det er den type fusioner, som giver den fusionerede enhed kapaciteten til at benytte — og misbruge — sin dominerende stilling på et marked såvel som incitamentet til at gøre det med henblik på at udelukke sine konkurrenter på et andet marked. Kommissionen har konkluderet, at der i nærværende sag var grundlag for at antage, at fusionen medførte en umiddelbar ændring af strukturen af og betingelserne for konkurrencen.

61 Kommissionen har endelig anført, at der er uoverstigelige juridiske og praktiske problemer forbundet med vurderingen af den afskrækkende virkning af den ulovlige karakter af visse former for misbrugspraksis inden for handelsverdenen. Kommissionen ville ikke skulle tage stilling til de strukturelle forhold, men analysere en virksomheds tilbøjelighed til at overholde loven. En sådan analyse er i strid med lighedsprincippet og formodningen for uskyld. Kriteriet er ligeledes ubrugbart, fordi risikoen meget vanskeligt kan kvantificeres og afhænger af intensiteten af konkurrencepolitikken i hver medlemsstat. Under hensyn til det bevisniveau, som Retten kræver, har Kommissionen konkluderet, at det ville være umuligt for den at kontrollere vertikale fusioner og fusioner af konglomerattypen i henhold til forordningen på korrekt måde.

62 Kommissionen har for det andet gjort gældende, at Retten har tilsidesat forordningens artikel 2 og artikel 8, stk. 2, idet den fastslog, at Kommissionen skulle have taget hensyn til Tetras adfærdsmæssige tilsagn. Kommissionen har sammenholdt Rettens synspunkt, der fremgår af den appellerede doms præmis 161, med præmis 316 og 317 i dommen i sagen Gencor mod Kommissionen, hvor Retten udelukkede hensynet til adfærdsmæssige tilsagn, når det fremgår, at fusionen kan skabe eller styrke en dominerende stilling. Kommissionen har anført, at selv om ikke-strukturelle tilsagn kan være relevante i visse tilfælde, kan tilsagn, som blot består i et almindeligt løfte om at udvise en bestemt adfærd, eksempelvis løftet om ikke at misbruge en dominerende stilling, der er skabt eller styrket som følge af et fusionsprojekt, ikke anses for som sådan at kunne gøre en fusion forenelig med fællesmarkedet.

63 Kommissionen finder, at Retten har fordrejet den anfægtede beslutning ved i den appellerede doms præmis 161 at fastslå, at det ikke fremgår af beslutningen, at Kommissionen i sin analyse havde taget Tetras tilsagn i betragtning. Kommissionen har understreget, at den analyserede virksomhedens tilsagn, men at den havde forkastet dem (den anfægtede beslutnings betragtning 423-451). Retten kunne ikke lovligt fastslå, at nævnte beslutning var behæftet med et åbenbart urigtigt skøn, fordi det af beslutningen fremgik, at fusionen skulle forbydes, uden først at tage stilling til Kommissionens argumenter, hvorefter disse tilsagn ikke var egnede og under alle omstændigheder utilstrækkelige til at løse de konkurrencemæssige problemer, der fulgte af den anmeldte sammenslutning.

64 Heroverfor har Tetra for det første gjort gældende, at Retten ikke har begået nogen retlig fejl ved at pålægge Kommissionen at tage hensyn til den ulovlige karakter af misbrugsadfærd. Det kriterium, der blev lagt til grund af Retten i den appellerede doms præmis 159, var kriteriet om en virksomheds rationelle og forventede adfærd. Denne adfærd skal vurderes under hensyn til incitamenterne til at udvise ulovlig adfærd, men samtidig også under hensyn til faktorer, der kan mindske eller ligefrem fjerne sådanne incitamenter.

65 Tetra har understreget, at sammenligningerne med dommen i sagen Gencor mod Kommissionen ikke er relevante. Ifølge Tetra blev den kollektive dominerende stilling i den sag skabt umiddelbart ved den horisontale fusion, hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag, hvor den dominerende stilling først kan opstå efter en vis tid og er betinget af forudgående misbrug.

66 Efter Tetras opfattelse hviler Kommissionens fortolkning af forordningen på den fejlagtige hypotese, at forordningen har til formål at hindre misbrug. Det følger imidlertid af ordlyden af forordningens artikel 2, stk. 2, at den har til formål at forbyde skabelsen af enhver dominerende stilling, som i sig selv og uden at der er tale om misbrug, indebærer, at der opstår en væsentlig konkurrencehindring.

67 Tetra har gjort gældende, at virksomheden ikke kan se årsagen til, at der skulle findes uoverstigelige juridiske og praktiske hindringer for vurderingen af betydningen af den ulovlige karakter af visse former for adfærd, og heller ikke, hvorfor en sådan vurdering skulle indebære vanskeligheder, der er forskellige fra de vanskeligheder, der kendetegner vurderingen af incitamenterne til at udøve misbrug. Tetra har anført, at Kommissionen anser sig for fuldt ud i stand til at kvantificere sandsynligheden for opdagelse af en overtrædelse af artikel 81 EF og artikel 82 EF, og at den tager hensyn hertil ved fastsættelsen af bødestørrelser.

68 Hvad for det andet angår hensynet til Tetras tilsagn har Tetra gjort gældende, at den appellerede doms præmis 161 i det højeste fastslår, at Kommissionen burde have taget hensyn til de foreslåede tilsagn i forbindelse med vurderingen af den fusionerede enheds forventede fremtidige adfærd. Tetra har anført, at Retten ikke selv foretog en vurdering af de foreslåede tilsagn, og at den ikke på noget sted i den appellerede dom — i modsætning til det, Kommissionen har gjort gældende — pålagde Kommissionen »at tage hensyn til adfærdsmæssige tilsagn, der bestod i simple løfter om ikke at udvise bestemte former for misbrugsadfærd«.

69 Tetra har gjort gældende, at Kommissionens fortolkning af dommen i sagen Gencor mod Kommissionen ikke er korrekt. I modsætning til Kommissionens fortolkning fastslog Retten i den doms præmis 319, at det er uden betydning, hvorledes tilsagnene skal klassificeres, og at adfærdsmæssige tilsagn også kan hindre skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling.

70 Tetra har endelig anført, at i modsætning til det, Kommissionen har gjort gældende, vurderede Kommissionen ikke konkret betydningen af de tilsagn, som Tetra havde foreslået, men begrænsede sig til at fremsætte en principiel indvending mod at anse adfærdsmæssige tilsagn som foranstaltninger, der er egnede til effektivt at hindre skabelsen af en dominerende stilling i forordningens forstand.

Domstolens bemærkninger vedrørende det andet anbringende

71 Det skal indledningsvis bemærkes, at den appellerede doms præmis 148-162, som Kommissionen har anfægtet i såvel første som andet appelanbringende, udgør et samlet hele, hvori Retten beskrev visse særlige aspekter af konglomeratvirkninger, bl.a. de tidsmæssige aspekter, og heraf udledte visse generelle regler for det bevis, som Kommissionen skal fremlægge, når den bestemmer, at fusionen skal erklæres uforenelig med fællesmarkedet.

72 I den forbindelse fastslog Retten under henvisning til behovet for »fyldestgørende beviser« (»convincing evidence«), at der påhviler Kommissionen en pligt til at foretage en vurdering af samtlige relevante oplysninger.

73 En sådan vurdering skal ske i lyset af forordningens formål, der er at forebygge skabelsen eller styrkelsen af dominerende stillinger, der på væsentlig måde kan hindre den effektive konkurrence på det fælles marked eller en væsentlig del heraf.

74 Den adfærd, der er nævnt i den anfægtede beslutnings betragtning 364, var ifølge denne beslutning et væsentligt led i udnyttelsen af løftestangsvirkningen, og det var således med rette, at Retten fastslog, at sandsynligheden for, at denne adfærd ville blive udvist, skulle vurderes udtømmende, dvs. under hensyn til — således som det er udtrykt i den appellerede doms præmis 159 — såvel incitamenterne til at udøve sådan adfærd som til faktorer, der vil bevirke, at disse incitamenter vil blive reduceret, eller sågar forsvinde, herunder den eventuelt ulovlige karakter af den pågældende adfærd.

75 Det ville imidlertid være i strid med forordningens forebyggende formål at kræve af Kommissionen, således som det er fastslået i den appellerede doms præmis 159, sidste punktum, at den for hver fusion skal vurdere, i hvilket omfang incitamenterne til at udøve konkurrencebegrænsende adfærd vil blive reduceret, eller sågar forsvinde, fordi den pågældende adfærd er ulovlig, fordi der er risiko for opdagelse, fordi de kompetente myndigheder, både på fællesskabsniveau og nationalt niveau, kan træffe visse foranstaltninger, og fordi adfærden kan resultere i økonomiske sanktioner.

76 En vurdering som den, Retten krævede, forudsætter således en udtømmende og detaljeret gennemgang af lovgivningen i de forskellige nationale retssystemer, der kan finde anvendelse, og den håndhævelsespolitik, der forfølges inden for disse. For at være et brugbart redskab ville en sådan vurdering desuden forudsætte en høj grad af sandsynlighed for så vidt angår de faktiske omstændigheder, der kan tænkes forfulgt som en del af en konkurrencebegrænsende adfærd.

77 Det følger heraf, at en vurdering, der skal foretages med henblik på at påvise, at en tilsidesættelse af artikel 82 EF er sandsynlig, og give sikkerhed for, at denne

tilsidesættelse vil blive undergivet sanktioner i flere forskellige retssystemer, ville være alt for spekulativ på tidspunktet for undersøgelsen af en påtænkt fusion, og den ville ikke gøre det muligt for Kommissionen at støtte sin vurdering på samtlige relevante faktiske omstændigheder med henblik på at afgøre, om disse omstændigheder taler for en økonomisk udvikling såsom løftestangsvirkningen.

78 Følgelig begik Retten en retlig fejl, da den forkastede Kommissionens konklusioner om den fusionerede enheds konkurrencebegrænsende adfærd, der ville kunne skabe en løftestangsvirkning, alene med den begrundelse, at Kommissionen ikke havde vurderet sandsynligheden for en sådan adfærd under hensyn til adfærdens ulovlige karakter, og følgelig sandsynligheden for opdagelse, deres forfølgelse på såvel fællesskabsniveau som nationalt niveau og de retlige sanktioner, der ville kunne pålægges som følge heraf. Da den appellerede dom imidlertid ligeledes støttes på den manglende hensyntagen til Tetras tilsagn, skal resten af det andet anbringende vurderes.

79 For så vidt angår argumentet om, at Retten skulle have ændret opfattelse i forhold til dommen i sagen Gencor mod Kommissionen, skal det fastslås, at i modsætning til det, Kommissionen har gjort gældende, fraveg Retten ikke det synspunkt, der fremgår af nævnte doms præmis 94, hvorefter der er tale om en væsentlig hindring af den effektive konkurrence, såfremt de pågældende markeders struktur ændres på varig måde, når en fusion har til virkning direkte og umiddelbart at skabe betingelser, der gør det muligt og økonomisk rationelt at udøve misbrug.

80 I den forbindelse bemærkes, at den situation, der forelå i den sag, der lå til grund for dommen i sagen Gencor mod Kommissionen, var helt forskellig fra den situation, den anfægtede beslutning i denne sag vedrører. Således som det fremgår af nævnte doms præmis 91, ville resultatet af transaktionen i førstnævnte sag have været, at der blev skabt en duopolistisk dominerende stilling på platin- og rhodiummarkederne, hvilket ville have haft den konsekvens, at den effektive konkurrence ville blive hæmmet betydeligt.

81 Det var således fusionstransaktionen, der ville have ændret strukturen på de pågældende markeder i den nævnte sag, og derved gjort misbrugsadfærd mulig og økonomisk rationel.

82 I nærværende sag kunne den anmeldte fusion ganske vist i mindre omfang ændre strukturen på kartonmarkedet, for så vidt som den fusionerede enhed kunne styrke den dominerende stilling, som Tetra længe havde haft på dette marked, og som i øvrigt havde været genstand for en kommissionsbeslutning i medfør af artikel 82 EF. Imidlertid var det ikke så meget den effektive konkurrence på kartonmarkedet, som Kommissionen tilsigtede at beskytte ved at forbyde fusionen, men derimod konkurrencen på markedet for PET-udstyr, nærmere bestemt markedet for SBM-maskiner med lav og høj kapacitet til følsomme produkter.

83 I den forbindelse skal det bemærkes, at strukturen på sidstnævnte marked ikke ville blive umiddelbart og direkte berørt af den anmeldte sammenslutning, men først ville kunne blive det som følge af udnyttelse af løftestangsvirkningen og navnlig ved den fusionerede enheds misbrug på kartonmarkedet.

84 Det følger af ovenstående bemærkninger, at den situation, der blev vurderet i dommen i sagen Gencor mod Kommissionen, ikke i tilstrækkelig grad kan sammenlignes med den situation, som Retten skulle tage stilling til i den appellerede dom, og at den derfor ikke kunne udlede brugbare konklusioner på dét grundlag. Den markedsstruktur, hvori Kommissionen gennem den anfægtede beslutning søgte at bevare en effektiv konkurrence, blev i den sag, der lå til grund for dommen i sagen Gencor mod Kommissionen, direkte ændret ved fusionen, mens markedsstrukturen i den foreliggende sag først ville blive ændret efter udnyttelse af løftestangsvirkningen.

85 For så vidt angår spørgsmålet om hensyntagen til Tetras adfærdsmæssige tilsagn, fastslog Retten i den appellerede doms præmis 161 med rette, at det forhold, at Tetra tilbød tilsagn vedrørende virksomhedens fremtidige adfærd, er en faktor, som

Kommissionen burde have taget i betragtning i forbindelse med vurderingen af, om det var sandsynligt, at den fusionerede enhed ville handle på en måde, der ville medføre skabelsen af en dominerende stilling på et eller flere af de pågældende markeder for PET-udstyr.

86 I den forbindelse skal Domstolen henvise til de betragtninger, som Retten fremførte i præmis 318 og 319 i dommen i sagen Gencor mod Kommissionen. I modsætning til det, Kommissionen har gjort gældende, følger det ikke af den dom, at Retten udelukkede en hensyntagen til adfærdsmæssige tilsagn. Tværtimod fastslog Retten i præmis 318 det princip, at de tilsagn, der tilbydes af de deltagende parter, skal gøre det muligt for Kommissionen at konkludere, at den pågældende fusion ikke skaber eller styrker en dominerende stilling som omhandlet i forordningens artikel 2, stk. 2 og 3. I præmis 319 fastslog Retten derefter på grundlaget af dette princip, at det er uden betydning, om det tilbudte tilsagn må anses for strukturelt eller adfærdsmæssigt, og at det ikke på forhånd kan udelukkes, at tilsagn, der ved første øjekast er af adfærdsmæssig karakter, som f.eks. afståelse fra at benytte et varemærke i en bestemt periode, overladelse af en del af den fusionerede enheds produktionskapacitet til konkurrerende tredjemænd eller mere generelt adgang til afgørende faciliteter på ikke-diskriminerende vilkår, også kan hindre skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling.

87 For så vidt angår vurderingen af Kommissionens hensyntagen til de adfærdsmæssige tilsagn begrænsede Retten sig til i den appellerede doms præmis 161 at fastslå, at der intet er i den anfægtede beslutning, der viser, at Kommissionen tog højde for virkningerne af disse tilsagn i sin vurdering af skabelsen af en sådan stilling i fremtiden ved udnyttelse af løftestangsvirkningen.

88 Det fremgår imidlertid ikke, at Retten skulle have fordrejet den anfægtede beslutning eller have begrundet den appellerede dom på utilstrækkelig måde på dette punkt.

Det fremgår af nævnte beslutnings betragtning 429-432, at Kommissionen under henvisning til ovennævnte princip afviste at godtage sådanne tilsagn, idet den i betragtning 429 fandt, at »[s]om sådanne er de ikke egnede til at genskabe betingelserne for en vedvarende effektiv konkurrence, da de ikke imødegår den permanente ændring af markedsstrukturen som følge af den anmeldte transaktion, som giver anledning til disse betænkeligheder«, og i betragtning 431, at »[s]ådanne løfter af adfærdsmæssig karakter står i modsætning til Kommissionens politik vedrørende løsninger og til selve formålet med fusionsforordningen [...] og er særdeles vanskelige, hvis ikke umulige, at kontrollere effektivt«.

89 Det følger af ovenstående gennemgang af det andet anbringende, at selv om Retten begik en retlig fejl ved at forkaste Kommissionens konklusioner vedrørende den fusionerede enheds adfærd, der kunne frembringe en løftestangsvirkning, var det imidlertid med rette, at Retten i den appellerede doms præmis 161 fastslog, at Kommissionen burde have taget Tetras tilsagn i betragtning ved vurderingen af den fusionerede enheds fremtidige adfærd. Selv om dette anbringende således delvist kan tages til følge, kan det imidlertid ikke anfægte den appellerede dom, for så vidt som den anfægtede beslutning derved blev annulleret, i det omfang denne annullation bl.a. hviler på Kommissionens afvisning af at tage hensyn til nævnte tilsagn.

Om det tredje anbringende

90 Med sit tredje anbringende har Kommissionen gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl ved at lægge et fejlagtigt prøvelseskriterium grund og tilsidesatte forordningens artikel 2, i det omfang den i den appellerede doms præmis 269 fastslog, at »[d]en anfægtede beslutning indeholder ikke tilstrækkeligt fyldestgørende oplysninger med henblik på at begrunde definitionen af særskilte undermarkeder for SBM-maskiner med henvisning til deres endelige anvendelsesformål«, og følgelig, at »de eneste undermarkeder, som det er nødvendigt at tage i betragtning, [er] markederne for lav- og højkapacitetsmaskiner«.

Parternes argumenter

91 Kommissionen har gjort gældende, at definitionen af markeder for SBM-maskiner er et væsentligt element i den anfægtede beslutning. Den har gjort gældende, at den del af det pågældende marked, der udgøres af kunder, der er fælles for PET og karton, og over for hvem Tetra kan udnytte sin dominerende stilling på kartonmarkedet ved hjælp af løftestangsvirkningen, er af afgørende betydning for sandsynligheden for eliminering af konkurrenter og den fusionerede enheds dominans på dette marked.

92 Kommissionen har anført, at den i betragtning 176-183 til den anfægtede beslutning, suppleret ved betragtning 347-358 og 381-383, definerede særskilte markeder for SBM-maskiner afhængigt af, om de bliver brugt til emballering af følsomme eller ikke-følsomme produkter på grundlag af faktorer vedrørende udbud og efterspørgsel. For så vidt angår efterspørgslen er betragtning 178 affattet således:

»Under alle omstændigheder kan en særskilt kundekategori for det relevante produkt udgøre et snævrere, specifikt produktmarked, når der anvendes andre priser over for disse kunder. Dette vil normalt være tilfældet, når følgende to betingelser er opfyldt: det skal klart kunne afgøres, hvilken gruppe en enkelt kunde tilhører på det tidspunkt, hvor han køber de pågældende produkter; og b) handel mellem kunderne eller arbitrage gennem tredjeparter må ikke være mulig.«

93 I den appellerede doms præmis 259 sammenfattede Retten Kommissionens argumentation i den anfægtede beslutning, uden at denne sammenfatning blev bestridt af Kommissionen:

»I den anfægtede beslutning fandt Kommissionen for det første, at »selv for et såkaldt »generisk« udstyr som SBM-maskiner er det begrundet at vurdere markedet

for udstyr under henvisning til det relevante anvendelsesformål«, som er »endnu mere relevant, når hele emballeringssystemer sammenlignes med henblik på at afgøre, om de tilhører samme produktmarked eller ej« (betragtning 43). Kommissionen anførte videre, at hvert flydende produkt, der skal emballeres, har sine »egne særlige karakteristika, som er afgørende for, om en given emballage kan anvendes eller ej«, og konkluderede på grundlag heraf, at opdelingen afhængigt af anvendelsesformål er et relevant analytisk værktøj med henblik på vurderingen af markedet for udstyr til emballering af flydende levnedsmidler (betragtning 44, gengivet i præmis 30 ovenfor). Kommissionen sondrede således mellem følsomme produkter, der tilhører »fælles produktsegmenter«, og andre produkter, på grundlag af muligheden for at emballere førstnævnte produkter, i det mindste teknisk set, i både karton og PET, i modsætning til ikke-følsomme produkter, såsom vand og kulsyreholdige drikkevarer, som ikke kan emballeres i karton (betragtning 58). Kommissionen anførte i den betragtning, hvori den ganske vist erkendte, at »hovedparten af SBM-maskiner er »generiske«« (betragtning 177), at »en PET-emballeringslinje, hvoraf SBM-maskinen kun er et element, er sædvanligvis skræddersyet til de pågældende produkter, der bliver påfyldt af kunden«, hvilket navnlig er tilfældet for følsomme produkter, et argument, som er gentaget i Kommissionens vurdering af løftestangsvirkningen (betragtning 369). Kommissionen henviste som eksempel til Sidels »SRS G Combi«, der er »designet til kulsyreholdige drikkevarer, og som ikke kan udgøre en substitut for en drikkevareproducent, der ønsker at påfylde juice« (betragtning 177), hvortil kræves en »Combi SRA«-maskine. Under henvisning til Kommissionens meddelelse af 9. december 1997 om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (EFT C 372, s. 5, punkt 43) anførte Kommissionen videre, at de to betingelser, der normalt skal være opfyldt med henblik på at konkludere, at der er tale om en særskilt kundekategori og derfor et snævrere produktmarked, er opfyldt i nærværende sag: Det er muligt klart at afgøre, hvilken gruppe en enkelt kunde tilhører på det tidspunkt, hvor SBM-maskinerne sælges til ham, og handel mellem kunder eller arbitrage gennem tredjemand er ikke muligt (betragtning 178).«

94 I den appellerede doms præmis 260-269 fastslog Retten følgende:

»260 Retten bemærker for det første, at den betydning, der i den anfægtede beslutning er tillagt følsomme produkter, der tilhører »fælles produktseg-

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

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

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

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

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

265 Retten finder for det første, at den anfægtede beslutning ikke nævner disse oplysninger. Selv om beslutningen på korrekt måde understreger betydningen af de individuelle krav, som brugere, der især har behov for en aseptisk PET-påfyldningslinje, stiller, nemlig en grundlæggende garanti for et aseptisk miljø, kan dette ikke begrunde definitionen af et særskilt undermarked for SBM-maskiner, der anvendes til påfyldning af de pågældende følsomme produkter. Den omstændighed alene, at hver SBM-maskine skal installeres i en PET-linje for at kunne anvendes af køberen, kan ikke begrunde, at særlige karakteristika ved andet udstyr til PET i denne PET-produktionslinje tilskrives SBM-maskinerne selv.

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

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

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

269 På grundlag af de oplysninger, der er lagt til grund i den anfægtede beslutning, må det fastslås, at Kommissionen begik en fejl, for det første fordi den fandt, at »hovedparten af SBM-maskiner er generiske« (betragtning 177), og for det andet fordi den sondrede mellem dem i henhold til deres endelige anvendelsesformål. Den anfægtede beslutning indeholder

ikke tilstrækkeligt fyldestgørende oplysninger med henblik på at begrunde definitionen af særskilte undermarkeder for SBM-maskiner med henvisning til deres endelige anvendelsesformål. Følgelig er de eneste undermarkeder, som det er nødvendigt at tage i betragtning, markederne for lav- og højkapacitetsmaskiner.«

95 Kommissionen har gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 265 at kræve, at Kommissionen i den anfægtede beslutning skulle have redegjort for samtlige de tekniske oplysninger, den havde indsamlet i løbet af sin undersøgelse. Kommissionen har i den forbindelse anført, at spørgsmålet, om begrundelsen for en beslutning opfylder betingelserne i artikel 253 EF, ikke blot skal vurderes ud fra beslutningens ordlyd, men også i forhold til konteksten, og bl.a. graden af forudgående kendskab til relevante omstændigheder og den frist, den råder over, for at træffe beslutningen.

96 Kommissionen har videre gjort gældende, at Retten har overskredet grænserne for domstolskontrol, fordrejet den anfægtede beslutning og har sat sin egen vurdering i stedet for Kommissionens uden overhovedet at begrunde tilsidesættelsen af Kommissionens analyse, ved i den appellerede doms præmis 265 at fastslå, at den krævede garanti for et aseptisk miljø ikke kan begrunde definitionen af et særskilt undermarked for SBM-maskiner, der anvendes til påfyldning af de pågældende følsomme produkter. På samme måde har Retten ved den appellerede doms præmis 266 tilsidesat Kommissionens vurdering af betydningen af de ændringer, der skulle foretages af SBM-maskiner for at gøre dem anvendelige til aseptisk emballering, ved blot at henvise til spørgsmålet om omkostningerne forbundet med den nødvendige tilpasning uden at vurdere andre omstændigheder, som Kommissionen havde taget i betragtning, bl.a. spørgsmålet, om leverandørerne af disse maskiner til de traditionelle kunder inden for sektorerne for vand og ikke-alkoholiske kulsyreholdige drikkevarer råder over den nødvendige knowhow for at foretage sådanne ændringer og yde de nødvendige garantier.

97 Kommissionen har ligeledes anfægtet det forhold, at dens argumentation, hvorefter prisdiskrimination kan være et bevis for særskilte undermarkeder, blev forkastet. I den appellerede doms præmis 223 fastslog Retten, at den prisdiskrimination, som

Sidel hævdes at have udøvet tidligere, ikke kan udgøre et tilstrækkeligt fyldestgørende bevis for, at den fusionerede enhed vil forsætte med at opføre sig på samme måde, fordi den fusionerede enhed i modsætning til Sidel før fusionen vil være bundet ikke blot af tilsagnene, men også af de forskellige bånd, der begrænser Tetras adfærd. Kommissionen har gjort gældende, at Retten i den forbindelse har begået en retlig fejl af tre grunde. For det første fordi prisdiskrimination er selve beviset for, at der gælder forskellige betingelser — for så vidt angår udbud og efterspørgsel — for salg af et produkt til forskellige kunder og derfor er bevis for, at der er tale om særskilte markeder. For det andet fordi Retten pålagde Kommissionen ikke at tage hensyn til ulovlig adfærd, selv om den ville være økonomisk rationel. For det tredje fordi Retten, således som det fremgår af den appellerede doms præmis 161 og 162, ikke tog hensyn til Tetras dominerende stilling på kartonmarkedet, men tog udgangspunkt i sin konstatering af, at den fusionerede enhed ikke ville indtage en dominerende stilling på PET-markedet, og at prisdiskrimination på dette marked derfor ikke ville kunne udgøre misbrug af dominerende stilling som omhandlet i artikel 82 EF.

98 Kommissionen har endelig kritiseret Rettens konklusion, hvorefter kunderne vil have mulighed for at overgå til andre leverandører end Tetra. Kommissionen har anført, at Retten har ignoreret dens argumenter om, at der ikke er mulighed for arbitrage for samme leverandørs maskiner (køb af brugte maskiner og overdragelse inden for samme virksomhed af en maskine fra en afdeling, der fremstiller »ikke-følsomme produkter« til en afdeling, der fremstiller »følsomme produkter«).

99 Tetra har overordnet gjort gældende, at dette anbringende skal afvises, idet det vedrører vurderinger af de faktiske omstændigheder.

100 Tetra har anført, at det er Kommissionen selv, der i den anfægtede beslutnings betragtning 177 fastslog, at SBM-maskiner er »generiske«, og at det er PET-emballeringslinjen, der er særligt tilpasset de produkter, der fremstilles af kunden. Tetra har gjort gældende, at Kommissionen med urette har gjort forhold gældende,

der ikke er omhandlet i nævnte beslutning, fordi en beslutning, således som det følger af retspraksis, skal indeholde alle de faktiske og retlige oplysninger, som Kommissionen har lagt til grund, for at sikre en effektiv domstolskontrol af denne beslutning. Den anfægtede beslutning indeholder imidlertid ingen henvisning til, at det skulle være nødvendigt at anse SBM-maskiner for et led i en bestemt type emballeringskredsløb. Under alle omstændigheder har Retten taget stilling til de argumenter, Kommissionen fremsatte under sagen for Retten. Således er præmis 266 i den appellerede dom en besvarelse af et nyt argument, som Kommissionen fremsatte i sit svarskrift.

101 Tetra har gjort gældende, at Kommissionen har gengivet den appellerede doms præmis 223 ude af sin sammenhæng. I den præmis henviste Retten nemlig ikke til muligheden for at gøre diskrimination gældende som bevis for særskilte markeder, men begrænsede sig til at vurdere, om Sidels tidligere adfærd var et tilstrækkeligt fyldestgørende bevis for, at den fusionerede enhed i fremtiden fortsat ville udvise en tilsvarende adfærd. Det er først i den appellerede doms præmis 258-269, at Retten tog stilling til spørgsmålet om markedsdefinitionen.

Domstolens bemærkninger vedrørende det tredje anbringende

102 Indledningsvis skal det fastslås, at Kommissionens argument vedrørende den omstændighed, at Retten i den appellerede doms præmis 265 fastslog, at den anfægtede beslutning ikke indeholdt en række tekniske forklaringer vedrørende de påståede meget særlige egenskaber ved SBM-maskiner, der anvendes i et PET-påfyldningkredsløb, fordi Kommissionen først fremkom med disse forklaringer i sit svarskrift og under retsmødet, ikke kan tages til følge. Det følger af ordlyden af dommens præmis 266 og 267, at Retten ikke kun lagde manglen i den anfægtede beslutning på fyldestgørende beviser for de påståede særlige egenskaber ved disse maskiner til grund for sin vurdering, men at den også tog hensyn til de argumenter, som Kommissionen gjorde gældende i sit svarskrift såvel som under retsmødet, og tog stilling hertil.

103 Argumentet om, at Retten skulle have afvist at anse prisdiskrimination for et bevis for eksistensen af særskilte undermarkeder, skal ligeledes forkastes som irrelevant. Det fremgår således af ordlyden af den appellerede doms præmis 259, sidste punktum, og præmis 268, at i forbindelse med definitionen af særskilte markeder udtalte Retten sig ikke om det direkte bevis for prisdiskrimination, men koncentrerede sin analyse om de betingelser, hvorunder der kan føres bevis for en mulighed for prisdiskrimination. Disse betingelser blev defineret i den anfægtede beslutnings betragtning 178, nemlig at det klart skal kunne afgøres, hvilken gruppe en enkelt kunde tilhører på det tidspunkt, hvor han køber de pågældende produkter, og at handel mellem kunderne eller arbitrage gennem tredjeparter må ikke være mulig.

104 Hvad angår de øvrige argumenter fremsat af Kommissionen til støtte for sit tredje anbringende, hvorved den har bestridt Rettens vurdering af SBM-maskiners generiske karakter, af muligheden for at afgøre, hvilken gruppe en kunde tilhører, og af betingelsen om, at handel mellem kunderne eller arbitrage gennem tredjeparter må ikke være mulig, skal det bemærkes, at disse argumenter ikke kan antages til realitetsbehandling, da de anfægter Rettens vurdering af beviser, som ikke kan prøves af Domstolen under en appelsag.

105 Det følger af disse bemærkninger, at det tredje anbringende delvist må afvises, delvis forkastes.

Om det fjerde anbringende

106 Med sit fjerde anbringende har Kommissionen gjort gældende, at Retten har tilsidesat forordningens artikel 2, har fordrejet de faktiske omstændigheder og har undladt at tage hensyn til visse af Kommissionens argumenter, idet Retten forkastede dens konklusion om, at Tetra ville styrke sin dominerende stilling på kartonmarkedet, som ubegrundet.

107 Den anfægtede beslutnings betragtning 390-401 har til formål at vise, at den dominerende stilling, som Tetra indtager på kartonmarkedet, kunne blive styrket af den anmeldte sammenslutning, fordi den potentielle konkurrence — repræsenteret ved den største leverandør på PET-markedet, dvs. Sidel — ville forsvinde fra markedet for emballering af følsomme produkter. Således udsat for en mindre intensiv konkurrence ville Tetra ikke have noget incitament til at sænke priserne for sine kartonemballager og kunne blive fristet til at ophøre med sin produktudvikling.

108 Således som Retten fastslog i den appellerede doms præmis 311 og 317, har Kommissionen henvist til Rettens dom af 6. oktober 1994, Tetra Pak mod Kommissionen, bekræftet efter appel ved Domstolens dom af 14. november 1996, Tetra Pak mod Kommissionen, nævnt ovenfor (herefter »Tetra Pak II-dommene«), til støtte for sin vurdering af, at svækkelse af den potentielle konkurrence ville bevirke, at Tetra ville føle sig meget mindre truet på markederne for aseptisk karton, hvilket vil svare til en styrkelse af virksomhedens dominerende stilling på disse markeder i den forstand, hvori begrebet er anvendt i forordningens artikel 2.

109 I den appellerede doms præmis 312 fastslog Retten følgende:

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

110 I dommens præmis 322 fastslog Retten, at der i princippet ikke er noget til hinder for anvendelsen af teorien om »nære forbindelser« (»associative links«) i forbindelse med fusionskontrol, hvilken teori blev anerkendt i forbindelse med anvendelsen af artikel 82 EF i Tetra Pak II-dommene. Den sag, der lå til grund for disse domme, vedrørte adfærd på et bestemt marked, som blev anset for at udgøre misbrug af dominerende stilling på et tilknyttet marked. I nærværende sag er der tale om nabomarkeder. Retten fandt imidlertid i den appellerede doms præmis 323, at henvisningen til nævnte retspraksis ikke var relevant, fordi »nærværende sag alene vedrører virkningen af elimineringen, eller den væsentlige reduktion af den potentielle konkurrence, der ifølge Kommissionen er betydelig og voksende«.

111 Ligeledes i præmis 323 fastslog Retten i den forbindelse, at »blandt de kriterier, der fremgår af forordningens artikel 2, stk. 1, som Kommissionen skal tage i betragtning ved vurderingen af anmeldte fusionstransaktioner, er »alle de berørte markeders struktur samt den [...] potentielle konkurrence fra virksomheder«. Retten bemærkede videre, at:

»Kommissionen begik således ikke en fejl, idet den vurderede betydningen for kartonmarkederne af en reduktion af den potentielle konkurrence fra markederne for PET-udstyr. Kommission skal imidlertid påvise, at en sådan reduktion, hvis den eksisterer, ville styrke Tetras dominerende stilling i relation til dens konkurrenter på markederne for aseptisk karton.«

112 I den appellerede doms præmis 324 bemærkede Retten — således som det fremgår af dens egen undersøgelse — at væksten i anvendelsen af PET til emballering af følsomme produkter sandsynligvis vil være væsentligt mindre markant end det, Kommissionen har antaget. Det er derfor ikke muligt på grundlag af de oplysninger, der er lagt til grund i den anfægtede beslutning, med den sikkerhed, der er nødvendig med henblik på at begrunde et forbud mod en fusion, at afgøre, om gennemførelsen af den modificerede fusion vil sætte Tetra i en situation, hvor

virksomheden vil være mere uafhængig end tidligere i forhold til sine konkurrenter på markederne for aseptisk karton.

113 I den appellerede doms præmis 325 vurderede Retten de to faktiske omstændigheder vedrørende Tetras fremtidige adfærd, som Kommissionen havde lagt til grund for at påvise de hævdede negative virkninger af den anmeldte fusion for markederne for aseptisk karton.

114 I den appellerede doms præmis 326-328 tog Retten stilling til de oplysninger vedrørende priskonkurrencen, som Kommissionen havde fremlagt, og fastslog i præmis 328, sidste punktum, at den anfægtede beslutnings konklusion, hvorefter Tetra ville være under mindre pres for at sænke kartonpriserne, hvis virksomheden erhvervede Sidel, ikke hvilede på et tilstrækkeligt fyldestgørende grundlag.

115 I den appellerede doms præmis 329-331 vurderede Retten de oplysninger, som Kommissionen havde fremlagt til støtte for, at den anmeldte fusion ville medføre, at Tetra skulle have ringere incitament til at foretage produktudvikling. I dommens præmis 332 fastslog Retten, at det ikke på tilstrækkeligt fyldestgørende måde var godtgjort i den anfægtede beslutning, at den fusionerede enhed skulle have et ringere incitament end Tetra aktuelt har til at foretage produktudvikling inden for kartonsektoren.

116 I den appellerede doms præmis 333 konkluderede Retten følgende:

»Det følger heraf, at de forhold, der er fremhævet i den anfægtede beslutning, ikke på tilstrækkeligt fyldestgørende måde godtgør, at virkningerne af den [anmeldte] fusion for Tetras stilling, navnlig på markederne for aseptisk karton, ved at eliminere Sidel som potentiel konkurrent, ville være af en sådan art, at betingelserne i

forordningens artikel 2, stk. 3, er opfyldt. Det følger af ovenstående, at det ikke er blevet godtgjort, at den fusionerede enheds stilling ville blive styrket i forhold til dens konkurrenter på kartonmarkederne.«

Parternes argumenter

117 Med sit fjerde anbringende, der omfatter flere dele, har Kommissionen anfægtet den appellerede doms præmis 312 og 323. Den har først og fremmest gjort gældende, at den måde, hvorpå Retten fremlagde spørgsmålet om betydningen af potentiel konkurrence, førte til en fordrejning af de faktiske omstændigheder. Ifølge Kommissionen er den potentielle konkurrence uden relation til den konkurrencemæssige forbindelse, der eksisterer mellem den virksomhed, der anses for dominerende, og andre virksomheder, der er til stede på det pågældende marked. Det afgørende spørgsmål er, om den strukturelle eliminering af en væsentlig kilde til potentiel konkurrence gør den dominerende virksomhed endnu mere fri for enhver begrænsning, bl.a. i forhold til sine kunder og konkurrenter.

118 Kommissionen har videre gjort gældende, at de to forhold, der er nævnt i den appellerede doms præmis 312, nemlig eliminering eller væsentlig reduktion af potentiel konkurrence, og at den overtagende virksomhed allerede indtager en klart dominerende stilling på det pågældende marked, er tilstrækkelige med henblik på at begrunde konklusionen om styrkelsen af en sådan stilling.

119 Kommissionen har desuden anført, at Retten begik en retlig fejl ved at forkaste Kommissionens vurdering af den sandsynlige vækst i anvendelse af PET til behandling af følsomme produkter, og ved udelukkende at lægge sin egen prognose til grund, hvorefter »væksten [...] sandsynligvis vil være væsentligt mindre markant end det, Kommissionen har antaget«.

120 Endelig har Kommissionen gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl i den appellerede doms præmis 316-328 ved ikke at tage højde for Kommissionens argumenter om virkningerne for priserne som følge af elimineringen af Sidel og ved i dommens præmis 329-332 at forkaste Kommissionens konklusion, hvorefter der ville være ringere incitament for den fusionerede enhed til at foretage produktudvikling inden for kartonsektoren, end der aktuelt er det for Tetra.

121 Tetra har anført, at den appellerede doms præmis 312 ikke er behæftet med fejl. Tetra bemærker, at ifølge forordningen kan en fusion forbydes, hvis den indebærer skabelse eller styrkelse af en dominerende stilling. Eftersom en dominerende stilling pr. definition vedrører en dominerende virksomheds stilling på et bestemt marked, dvs. i forhold til sine konkurrenter, er det uforståeligt, at Kommissionen mener sig i stand til at behandle den dominerende virksomheds dominerende stilling adskilt fra den stilling, som virksomhedens konkurrenter indtager på samme marked.

122 Ifølge Tetra svarer en påstand om, at de to faktorer, der er nævnt i den appellerede doms præmis 312, skulle være tilstrækkelige til at begrunde en konklusion om styrkelse af en dominerende stilling — således som Kommissionen har gjort det — til at opstille en regel per se, hvorefter enhver mindskelse af den potentielle konkurrence altid vil styrke en dominerende stilling. Forordningens artikel 2, stk. 3, stiller imidlertid krav om, at det ikke blot godtgøres, at en dominerende stilling styrkes som følge af fusionen, men ligeledes, at den effektive konkurrence bliver væsentligt hindret som følge af denne styrkelse. Ingen af disse betingelser kan anses for formodningsvis opfyldt, navnlig ikke når der er tale om en sag — således om det er tilfældet i den foreliggende sag — hvor den potentielle konkurrence, der påberåbes, er den konkurrence, som fra det ene marked udøves på det andet marked, der er forskelligt fra det første, men et nabomarked.

123 Under alle omstændigheder har Kommissionen nævnt en række forskellige faktorer i den anfægtede beslutning, og den kan derfor ikke bebrejde Retten for at have taget stilling til disse faktorer i den appellerede dom. For så vidt angår den forventede vækst i brugen af PET har Tetra henvist til de argumenter, som den allerede har fremført vedrørende dette emne.

124 Hvad endelig angår argumenterne om, at Retten ikke skulle have lagt Kommissionens konklusioner om virkningerne af fusionen for Tetras incitamenter for så vidt angår pris og produktudvikling til grund, har Tetra gjort gældende, at Kommissionens kritik vedrører Rettens faktiske vurderinger, hvilket falder uden for Domstolens kontrol inden for rammerne af en appelsag.

Domstolens stillingtagen til det fjerde anbringende

125 Således som det fremgår af forordningens artikel 2, stk. 1, skal Kommissionen med henblik på vurderingen af, om en fusion er forenelig med det fælles marked, tage hensyn til en række forhold, såsom de berørte markeders struktur, den reelle eller potentielle konkurrence fra virksomheder, de deltagende virksomheders position på markedet, deres økonomiske og finansielle styrke, leverandørernes og brugernes valgmuligheder, deres adgang til forsyninger eller afsætningsmarkeder, hindringer for adgang til markedet og udbuds- og efterspørgselsudviklingen.

126 Det var således med rette og ikke i strid med forordningens artikel 2, at Retten i den appellerede doms præmis 312 fastslog, at det forhold alene, at den overtagende virksomhed allerede indtager en klart dominerende stilling på det pågældende marked, kan udgøre en vigtig faktor, således som anført i den anfægtede beslutning, men det er ikke i sig selv tilstrækkeligt til at begrunde en konklusion om, at en reduktion af den potentielle konkurrence, som denne virksomhed måtte stå over for, udgør en styrkelse af dens stilling.

127 Den potentielle konkurrence, som en producent af substitutionsprodukter ville kunne udøve på en del af det berørte marked — i denne sag den konkurrence i forhold til aseptisk kartonemballage, som Sidel repræsenterer i kraft af sin stilling som leverandør af PET-emballage på markedet for følsomme produkter — er blot en

omstændighed blandt alle de omstændigheder, der skal tages i betragtning ved vurderingen af, om en fusion indebærer en risiko for at styrke en dominerende stilling. I den forbindelse kan det ikke udelukkes, at en mindskning af denne potentielle konkurrence kompenseres af andre forhold, som vil føre til, at den konkurrencemæssige stilling for den virksomhed, der allerede havde en dominerende stilling, forbliver uændret.

128 Det fremgår af den sammenfatning af parternes argumenter, som Retten foretog i den appellerede doms præmis 313-320, at Tetra har bestridt påstanden om styrkelse af den fusionerede enheds dominerende stilling på markederne for aseptisk karton, idet selskabet bl.a. har gjort gældende, at manglende produktudvikling på kartonområdet i det væsentlige ville komme Tetras aktuelle konkurrenter på kartonmarkederne til gode. Det var således med rette, at Retten i den appellerede doms præmis 323 i forbindelse med diskussionen og vurderingen af parternes argumenter på dette punkt fastslog, at Kommission skal påvise, at en reduktion af den potentielle konkurrence, hvis den eksisterer, ville styrke Tetras dominerende stilling i relation til dens konkurrenter på markederne for aseptisk karton.

129 Retten lagde herved de potentielle reaktioner fra Tetras konkurrenter på kartonmarkederne, der ligeledes er aktive på PET-markedet, til grund for i den appellerede doms præmis 327 at gendrive Kommissionens vurdering, hvorefter Tetra ville have et incitament til, efter fusionens gennemførelse, at hæve sine priser på markederne for aseptisk karton, og i dommens præmis 330 argumentationen om, at den fusionerede enhed kunne beslutte at produktudvikle i mindre omfang.

130 Det led i Kommissionens fjerde anbringende, hvormed den har gjort gældende, at den potentielle konkurrence er uden forbindelse med det konkurrencemæssige forhold mellem den virksomhed, der anses for dominerende, og andre virksomheder, der er til stede på det berørte marked, kan således ikke tiltrædes.

131 Hvad angår vurderingen af den sandsynlige vækst i anvendelsen af PET til behandling af følsomme produkter bemærkes det, at Kommissionens argumenter i den forbindelse blev undersøgt i forbindelse med vurderingen af det første appelanbringende i denne doms præmis 46, ved undersøgelsen af, om Retten havde tilsidesat artikel 230 EF, idet den skulle have undladt at lægge kriteriet om åbenbart fejlagtig vurdering til grund og ikke skulle have iagttaget den skønsmargen, som Kommissionen er tillagt for så vidt angår komplekse faktuelle og økonomiske spørgsmål. For så vidt som Kommissionen med dette led i anbringendet anfægter Rettens konklusioner i den forbindelse, skal det fastslås, at der er tale om en kritik af den bevisvurdering, som Retten foretog, hvilket ikke kan prøves af Domstolen i forbindelsen med en appelsag.

132 Det samme gælder det led i Kommissionens anbringende, hvormed den har anfægtet den appellerede doms præmis 316-328 og 329-332, hvori Retten vurderede de beviser, som Kommissionen havde fremlagt vedrørende henholdsvis virkningerne for priserne som følge af Sidels eliminering og den fusionerede enheds ringere incitament til produktudvikling inden for kartonsektoren.

133 Det følger af samtlige disse bemærkninger, at det fjerde anbringende dels skal afvises, dels forkastes.

Om det femte anbringende

134 Med sit femte anbringende har Kommissionen foreholdt Retten at have tilsidesat forordningens artikel 2, stk. 3, ved at forkaste Kommissionens konklusioner om skabelsen af en dominerende stilling på markedet for SBM-maskiner.

Parternes argumenter

135 Kommissionen har gjort gældende, at Rettens konklusion, der fremgår af den appellerede doms præmis 307, hvorefter »den anfægtede beslutning ikke på tilstrækkelig fyldestgørende måde sandsynliggør, at den fusionerede enhed i 2005 ville opnå en dominerende stilling på markedet for lav- og højkapacitets-SBM-maskiner«, hviler på retlige fejl, der er anfægtet i de foregående anbringender, nemlig inddragelsen af SBM-maskiner til ikke-følsomme produkter og til øl på samme marked som SBM-maskiner til følsomme produkter, og den omstændighed, at Retten lagde til grund, at Tetras tilsagn om ikke at binde salget af nævnte maskiner til salget af karton var tilstrækkelige. Som supplerende argument har Kommissionen gjort gældende, at det er nødvendigt at påvise de fejl, som Retten skulle have begået for så vidt angår skabelsen af en dominerende stilling på markedet for SBM-maskiner.

136 For så vidt angår SBM-maskiner med lav kapacitet har Kommissionen først og fremmest gjort gældende, at Retten ikke har taget hensyn til visse relevante oplysninger i den anfægtede beslutning, såsom forbedringen af Sidels stilling på en del af markedet (beslutningens betragtning 266) og den umiddelbare styrkelse af dens stilling i kraft af kombinationen af dens stærke stilling i form af markedsandele på den ene side, og dens økonomiske styrke, markedsstyrke, overlegne position med hensyn til aseptisk emballage, »first-mover«-fordelen i forhold til kunderne på markedet for kartonemballage og Tetras allerede dominerende stilling inden for denne sektor (den anfægtede beslutnings betragtning 376-387).

137 Kommissionen har desuden gjort gældende, at Retten har lagt vægt på irrelevante faktiske omstændigheder. Således er betydningen af SBM-maskiner med lav kapacitet til emballering af ikke-følsomme produkter ikke en relevant omstændighed, hvis Kommissionens markedsdefinition lægges til grund. På samme måde er Rettens bemærkning i den appellerede doms præmis 279 om, at »en væsentlig del af SBM-maskinerne, der anvendes til emballering af følsomme produkter, med al sandsynlighed vil være lavkapacitetsmaskiner«, ikke relevant i forbindelse med vurderingen af Tetras mulighed for at udnytte sin dominerende stilling på markedet

for kartonemballage til at opnå en dominerende stilling på markedet for SBM-maskiner med lav kapacitet.

138 For så vidt angår maskiner med høj kapacitet har Kommissionen gjort gældende, at Retten har undladt at tage hensyn til relevante oplysninger, og navnlig i den appellerede doms præmis 284 til væksten i Sidels markedsandel i kraft af den anmeldte fusion. Kommissionen har ligeledes gjort gældende, at Retten med urette tog hensyn til muligheden for en lavere vækst end den forventede vækst i anvendelsen af PET til følsomme produkter, såvel som til den mulighed, at kunder, der fremstiller følsomme produkter, overgår til PEHD i stedet for til PET, til trods for at disse omstændigheder er uden betydning med henblik på afgørelsen af, om Tetra får en »first-mover advantage« i forhold til de kunder, der vælger PET.

139 På samme måde udelod Retten i sit ræsonnement visse omstændigheder og fordrejede de faktiske omstændigheder for så vidt angår de kunder, der ville skifte fra glas. For det første tog Retten ikke hensyn til den omstændighed, at en kunde, der anvender denne form for emballage, kun sjældent anvender udelukkende denne type materiale. For det andet gav Retten en fejlagtig beskrivelse af de faktiske omstændigheder, da den fastslog, at Tetra/Sidels aktuelle konkurrenter på området for glasemballering ville nyde godt af en »first-mover advantage«, idet Retten derved undlod at tage højde for den omstændighed, at leverandørerne af udstyr til glas og metal ikke har tætte og vedvarende forbindelser med producenterne af drikkevarer, fordi næsten al fremstilling af emballage i glas og metal foretages af omdannere.

140 For så vidt angår konkurrenternes stilling har Kommissionen anført, at Retten fordrejede den anfægtede beslutning ved i den appellerede doms præmis 294 at fastslå, at beslutningen ikke indeholdt en tilstrækkelig analyse af den konkurrence på markedet for højkapacitetsmaskiner, som Sidel stod over for, og undervurderede den konkurrence, som dette selskabs tre væsentligste konkurrenter frembød. Ifølge Kommissionen indeholder nævnte beslutning en grundig analyse af stillingen

indbyrdes for den fusionerede enhed og dens konkurrenter, bl.a. i betragtning 232-248, 293-300, 303-310 og 369-387. Desuden var Rettens konstateringer vedrørende de faktiske omstændigheder forkerte, idet Retten for det første fastslog, at konkurrenten SIG havde en fordel, fordi den var aktiv på down-stream-markedet for præforme, selv om denne virksomhed ifølge Kommissionen ikke var aktiv på down-stream-markedet, som en leverandør af præforme, der tilbyder sine produkter til virksomheder, der går over til PET-emballering, og for det andet, at denne virksomhed ville have en »first mover advantage« i kraft af sin virksomhed på området for glas, til trods for, at den fremstiller maskiner og ikke er aktiv på down-stream-markedet for glasflasker.

141 Endelig finder Kommissionen, at Rettens konklusion i den appellerede doms præmis 305, hvorefter »betragtningen om [omdannernes] afhængighed af Sidel [...] ikke [er] overbevisende« — hvilket udelukkende hviler på en betragtning om »det nuværende konkurrenceniveau« — ikke indeholder en klar og tilstrækkelig begrundelse for at forkaste den komplekse vurdering, som Kommissionen havde foretaget i den forbindelse i den anfægtede beslutnings betragtning 303-310.

142 Tetra har gjort gældende, at de forskellige — øjensynligt indbyrdes usammenhængende — kritikpunkter, som Kommissionen har fremsat ved sit femte anbringende, skal afvises af to grunde. For det første har Kommissionen henvist til omstændigheder, der ikke var nævnt i den anfægtede beslutning, og for det andet har den direkte anfægtet Rettens vurdering af faktiske omstændigheder.

Domstolens stillingtagen til det femte anbringende

143 Det følger af en analyse af Kommissionens argumenter, at hovedparten af disse vedrører Rettens bevisvurdering, hvilket ikke er undergivet Domstolens kontrol i

forbindelse med en appel. Dette er tilfældet, når Kommissionen kritiserer Retten for ikke at have taget højde for visse forhold, som Kommissionen anser for at være relevante, eller for at have taget højde for andre forhold, som Kommissionen finder irrelevante, hvad enten der er tale om SBM-maskiner med lav eller høj kapacitet, eller det drejer sig om spørgsmålet om hensyntagen til kunder, der overgår fra emballering i glas.

144 Ved andre argumenter til støtte for sit femte anbringende har Kommissionen direkte bestridt Rettens konstateringer eller vurderinger af faktiske omstændigheder. Dette er navnlig tilfældet for så vidt angår argumentet om Tetra/Sidels konkurrenter inden for glasemballage eller vurderingen af stillingen for konkurrenten SIG.

145 Hvad angår den hævdede urigtige gengivelse af den anfægtede beslutning, der skulle være sket i den appellerede doms præmis 294, skal det fastslås, at Kommissionen ikke har angivet noget præcist punkt i denne beslutning, hvis indhold skulle være blevet forkert gengivet af Retten, og dette argument vedrører i virkeligheden Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder og beviser.

146 Hvad endelig angår argumentet om manglende begrundelse for konklusionen i den appellerede doms præmis 305, hvorefter betragtningen om omdanneres afhængighed af Sidel ikke ansås for overbevisende godtgjort, er det tilstrækkeligt at fastslå, at Retten begrundede denne vurdering kortfattet, men tilstrækkeligt i sidste punktum i præmis 305.

147 Det følger af disse bemærkninger, at det femte anbringende delvis skal afvises, delvis forkastes.

Konklusion

148 Da ingen af Kommissionens anbringender til støtte for appellen kan tages til følge, skal appellen forkastes.

Sagens omkostninger

149 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, der i medfør af artikel 118 finder tilsvarende anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Tetra har nedlagt påstand om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger, og denne har tabt appelsagen, pålægges det denne at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Store Afdeling):

1) **Appellen forkastes.**

2) **Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber betaler sagens omkostninger.**

Underskrifter