DOMSTOLENS DOM (stora avdelningen)

den 15 februari 2005 *

I mål C-12/03 P,

angående ett överklagande enligt artikel 49 i EG-stadgan för domstolen, som ingavs den 8 januari 2003,

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

klagande,

i vilket den andra parten är:

Tetra Laval BV, Amsterdam (Nederländerna), företrätt av A. Vandencasteele, D. Waelbroeck och M. Johnsson, avocats, samt av A. Weitbrecht och S. Völcker, Rechtsanwälte,

sökande i första instans,

* Rättegångsspråk: engelska.

meddelar

DOMSTOLEN (stora avdelningen)

sammansatt av ordföranden på första avdelningen P. Jann, tillförordnad ordförande, avdelningsordförandena C.W.A. Timmermans och A. Rosas (referent) samt domarna C. Gulmann, J.-P. Puissochet, R. Schintgen, N. Colneric, S. von Bahr och J.N. Cunha Rodrigues,

generaladvokat: A. Tizzano,
justitiesekreterare: avdelningsdirektören L. Hewlett,

med beaktande av det skriftliga förfarandet och efter att förhandling hållits den 27 januari 2004

och efter att den 25 maj 2004 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Europeiska gemenskapernas kommission har genom förevarande överklagande yrkat att Europeiska gemenskapernas förstainstansrätts dom av den 25 oktober 2002 i mål T-5/02, Tetra Laval mot kommissionen (REG 2002, s. II-4381) (nedan kallad den överklagade domen) skall upphävas. Genom den domen ogiltigförklarade förstainstansrätten kommissionens beslut 2004/124/EG av den 30 oktober 2001 om att en koncentration är oförenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalet (Ärende COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel) (EUT L 43, 2004, s. 13) (nedan kallat det omtvistade beslutet).

Förordning (EEG) nr 4064/89

2 I artikel 2 i rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 395, s. 1, rättelse EGT L 257, 1990, s. 13; svensk specialutgåva, annex, s. 16), i dess lydelse enligt rådets förordning (EG) nr 1310/97 av den 30 juni 1997 (EGT L 180, s. 1) (nedan kallad förordningen), föreskrivs följande:

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

När kommissionen gör sin bedömning skall den ta hänsyn till

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

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

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

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

..."

Det omtvistade beslutet

3 Av det omtvistade beslutet framgår att det förekommer fyra typer av förpackningar för flytande livsmedel, nämligen kartongförpackningar, plastförpackningar (i materialen polyetylentereftalat och högdensitetspolyetylen) (nedan kallat PET respektive HDPE), aluminiumburkar och glasförpackningar. Flera faktorer avgör vilken typ av förpackning som skall användas för en produkt. De tekniska egenskaperna hos produkten och hos förpackningsmaterialet samt de förpackningstekniska egenskaperna är av betydelse i detta hänseende.

4 De produkter som närmare bestämt avses i det omtvistade beslutet är så kallade känsliga produkter. Det är fråga om mjölk och flytande mejeriprodukter, fruktjuicer och nektar, fruktdrycker utan kolsyra, samt te- och kaffedrycker. Dessa produkter skall i vissa fall skyddas mot ljus, såsom mjölk, eller mot syre, såsom fruktjuice och, om än i mindre omfattning, fruktdrycker utan kolsyra, samt te- och kaffedrycker.

Eftersom PET är en porös polyester med avseende på syre och släpper igenom ljus, är det inte lika lämpligt som kartong för sådana produkter. Det pågår dock teknisk forskning avseende så kallade barriärbehandlingar, det vill säga behandlingar som säkerställer ett skydd mot syre och ljus.

5 Även förpackningstekniken är av betydelse vid val av förpackning. Vissa produkter med höga halter syra, såsom mjölk och fruktjuicer, måste nämligen förpackas under aseptiska förhållanden, då de annars måste distribueras kylda. Det framgår emellertid av handlingarna i målet att det är lättare att bibehålla de aseptiska förhållandena om den här typen av produkt förpackas i kartongförpackningar när detta sker i ett enda led hos det företag som producerar det flytande livsmedlet i fråga. Detta företag har för det mesta en integrerad förpackningslinje. Företaget köper kartong på rulle och skär upp, utformar, fyller samt försluter förpackningarna själva.

6 Förpackningen av en flytande produkt i PET sker däremot oftast i flera led, vilket gör det svårare att upprätthålla de aseptiska förhållandena. Inledningsvis tillverkas ett flaskämne, det vill säga en plasttub som tillverkas av polyester. Därefter framställs en tom flaska genom att flaskämnet placeras i en maskin för sträckformblåsning (*Stretch Blow Moulding*) (nedan kallad SBM-maskin) som innehåller den form som ger flaskan det valda utförandet. Först därefter fylls och försluts flaskan. Dessa olika led kan genomföras av olika företag. Det förekommer även oberoende förpackningsföretag vars verksamhet består i att tillverka och leverera tomma förpackningar till producenter av flytande livsmedel. Det pågår dock en utveckling av integrerade produktionslinjer och av produktionstekniker för att lättare säkerställa att förpackningen sker under aseptiska förhållanden.

7 Kommissionen förklarade genom det omtvistade beslutet att Tetra Laval BV:s förvärv av bolaget Sidel SA (nedan kallat den anmälda koncentrationen) var oförenligt med den gemensamma marknaden och funktionen av avtalet av den 2 maj

1992 om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EGT L 1, 1994, s. 3; svensk version, SÖ 1993:24). Tetra Laval BV (nedan kallat Tetra) är ett finansbolag som tillhör koncernen Tetra, vilken även omfattar bolaget Tetra Pak. Sistnämnda bolag är världsledande inom sektorn för kartongförpackningar och anses inneha en dominerande ställning på denna marknad med avseende på aseptiska förpackningar. Sidel SA (nedan kallat Sidel) är däremot ett bolag som är ledande inom sektorn för tillverkning och leverans av SBM-maskiner och som bedriver verksamhet på området för barriärteknik. Ovannämnda beslut antogs i enlighet med artikel 8.3 i förordningen.

8 Kommissionen drog i det omtvistade beslutet slutsatsen att marknaderna för förpackningssystem för kartong och för PET utgör separata marknader som dock är närliggande och eventuellt kan komma att konvergera och vars gemensamma kunder ökar. Enligt kommissionen förekommer det särskilt separata marknader för SBM-maskiner med låg respektive hög kapacitet. Dessa kan i sin tur indelas i marknader för känsliga respektive icke-känsliga produkter. Denna uppdelning med avseende på slutlig användning förklaras av de olika specifikationerna för maskinerna, eftersom tillverkarna av dessa maskiner kan utöva prisdiskriminering beroende på den slutliga användningen, vilken kan fastställas vid köptillfället, och en sådan diskriminering inte kan förhindras genom arbitragevinster.

9 Kommissionen anser att den anmälda koncentrationen skulle ge Tetra incitament till att, genom att utnyttja en hävstångseffekt, använda sin dominerande ställning på marknaden för utrustning och förbrukningsmaterial för kartongförpackningar i syfte att övertala sina kunder på denna marknad, vilka övergår till PET-förpackningar för vissa känsliga produkter, att välja SBM-maskiner från Sidel. Därmed utesluts mycket mindre konkurrenter och förvandlas Sidels ledande ställning på marknaden för SBM-maskiner för känsliga produkter till en dominerande ställning. Tetra främjas därvid av sin nära och kontinuerliga relation till sina kunder, sin ekonomiska styrka, sin know-how och sitt anseende på området för aseptiska och ultrahygieniska förpackningar, den styrka, den teknik och det anseende avseende kvalité som för närvarande karaktäriserar Sidel samt den nivå av vertikal integrering som den enhet som bildas genom den anmälda koncentrationen (nedan kallad den nya enheten) skulle få för tre förpackningssystem (kartong, PET och HDPE).

10 Kommissionen fann även, med beaktande av konkurrenternas svaga ställning på marknaderna för utrustning och förbrukningsmaterial för kartongförpackningar, att Tetras fusion med den ledande producenten på den växande marknaden för PET-utrustning, vilken ligger nära marknaden för kartong, skulle undanröja en betydande potentiell konkurrent. Därmed skulle Tetras dominerande ställning på marknaderna för kartongförpackningar förstärkas och dess incitament till att anpassa sina priser och till att forska för att bemöta den inverkan PET kan ha på dess ställning minskas.

11 Tetra hade gjort vissa åtaganden, vilka inbegriper att bibehålla bolagen Tetra och Sidel åtskilda under tio år, att inte lämna anbud som avser både kartongprodukter och SBM-maskiner som tillverkats av Sidel och att iaktta de skyldigheter som åligger Tetra enligt kommissionens beslut 92/163/EEG av den 24 juli 1991, om ett förfarande för tillämpning av artikel 86 i EEG-fördraget (IV/31.043 — Tetra Pak II) (EGT L 72, 1992, s. 1). Kommissionen fann att dessa åtaganden var otillräckliga för att lösa de strukturella konkurrensproblem som skulle uppstå till följd av den anmälda koncentrationen. Den gjorde gällande att det skulle vara nästan omöjligt att kontrollera huruvida dessa åtaganden uppfylls. Den fastslog följaktligen i artikel 1 i det omtvistade beslutet att koncentrationen var oförenlig med den gemensamma marknaden och med EES-avtalets funktion.

Den överklagade domen

12 Tetra väckte, genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 15 januari 2002, talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet. I den överklagade domen fastslog förstainstansrätten att kommissionen hade gjort en uppenbart oriktig bedömning i sina slutsatser avseende hävstångseffekten och avseende förstärkandet av Tetras dominerande ställning inom kartongsektorn. Förstainstansrätten ogiltigförklarade därför beslutet.

13 Kommissionen hade påstått att den anmälda koncentrationen skulle få konkurrensbegränsande konglomeratverkningar och särskilt skulle medföra att den nya enheten fick en förmåga och ett incitament till att utöva en hävstångseffekt genom att utnyttja sin ställning som helhet inom kartongsektorn för att uppnå en dominerande ställning på marknaden för SBM-maskiner. Förstainstansrätten konstaterade i detta hänseende att kommissionen själv funnit att en sådan dominerande ställning inte skulle följa av koncentrationen i sig, utan av den nya enhetens förutsebara beteende. Förstainstansrätten erinrade emellertid om att kommissionen, när den anser att en koncentration skall förbjudas därför att den inom förutsebar tid kommer att skapa eller förstärka en dominerande ställning, är skyldig att framlägga övertygande bevis till stöd för en sådan slutsats.

14 Förstainstansrätten fastslog i övrigt att kommissionen, för att bedöma huruvida den nya enhetens beteende var förutsebart, skulle ha undersökt samtliga omständigheter som kunde ha påverkat detta beteende. När det handlar om ett företag med dominerande ställning, såsom Tetra, skulle utnyttjandet av en förmodad hävstångseffekt utgöra missbruk av en redan befintlig dominerande ställning och således fastställde förstainstansrätten att kommissionen skulle ha prövat sannolikheten för konkurrensbegränsande beteenden med beaktande av såväl incitamenten till sådana beteenden som omständigheter som kan begränsa eller till och med undanröja sådana incitament, såsom sannolikheten för att sådana beteenden blir föremål för rättsliga åtgärder och sanktionsåtgärder. Kommissionens iakttagelser kunde inte bekräftas, eftersom den inte hade gjort någon sådan bedömning. Förstainstansrätten prövade därför huruvida kommissionen, utan sådana iakttagelser, ändå kunde styrka att dess antagande var riktigt.

15 Förstainstansrätten konstaterade att den nya enheten i princip kunde utnyttja en hävstångseffekt. Likväl konstaterade den även att kommissionen hade överskattat den sannolika tillväxten inom PET-branschen och att de metoder som skulle kunna användas för att utnyttja en hävstångseffekt och som förstainstansrätten hade att pröva av ovannämnda skäl var begränsade till dem som inte innebar ett åsidosättande av gemenskapsrätten. Förstainstansrätten fastställde att kommissionen generellt hade åsidosatt sin skyldighet att styrka att det eventuella utnyttjandet av en hävstångseffekt skulle medföra att en dominerande ställning på ifrågavarande

marknader skapas eller förstärks under år 2005. Förstainstansrätten konstaterade, särskilt vad gäller SBM-maskinerna, att det omtvistade beslutet inte innehöll tillräckliga bevis för att berättiga kommissionens uppdelning av marknaden för SBM-maskiner i separata marknader för känsliga och icke-känsliga produkter.

16 Förstainstansrätten fastställde, vad gäller kommissionens påstående att "Tetras nuvarande dominerande ställning inom kartongförpackning" skulle förstärkas av att ett konkurrenshinder på närliggande marknader undanröjdes genom att konkurrensen från Sidel undanröjdes på marknaden för PET-förpackningar, att det ålåg kommissionen att bevisa denna förstärkning och att den inte följde automatiskt av en dominerande ställning. Förstainstansrätten fastställde att kommissionen inte hade uppfyllt sin skyldighet att framlägga en sådan bevisning.

Överklagandet

17 Kommissionen har till stöd för sitt överklagande åberopat fem grunder. Den första grunden avser en felaktig rättstillämpning med avseende på den bevisning som förstainstansrätten krävde att kommissionen skulle framlägga och omfattningen av förstainstansrättens prövning. Den andra grunden avser ett åsidosättande av artiklarna 2 och 8 i förordningen, eftersom förstainstansrätten har fastslagit att kommissionen dels skulle ha beaktat i vilken utsträckning den nya enhetens incitament till att utnyttja en hävstångseffekt påverkades av att vissa beteenden skulle vara rättsstridiga, dels skulle ha bedömt åtagandena att inte anta ett beteende som innebär missbruk såsom eventuell korrigerande åtgärd. Den tredje grunden avser en felaktig rättstillämpning som förstainstansrätten gjort sig skyldig till genom att utgå från ett felaktigt kriterium för domstolsprövning och åsidosättande av artikel 2 i förordningen, eftersom den inte har bekräftat definitionen av separata marknader för SBM-maskiner med avseende på det slutliga användningsområdet. Den fjärde grunden avser ett åsidosättande av ovannämnda artikel 2, en förvanskning av fakta i målet och en underlåtenhet att beakta kommissionens argument, eftersom förstainstansrätten inte har godtagit kommissionens bedömning att Tetra

skulle komma att förstärka sin dominerande ställning inom kartongsektorn. Den femte grunden avser ett åsidosättande av artikel 2.3 i förordningen, eftersom förstainstansrätten inte godtog kommissionens slutsatser i fråga om skapandet av en dominerande ställning på marknaden för SBM-maskiner.

18 Tetra begärde i sin svarsskrivelse att bolaget skulle få tillgång till den franska versionen av överklagandet, såsom utredningsåtgärd. Domstolen avslog denna begäran genom beslut av den 24 juli 2003.

Den första grunden

19 Som första grund har kommissionen gjort gällande att förstainstansrätten påstod att den ansåg att det skett en uppenbart oriktig bedömning, när den i praktiken krävde "övertygande bevis" ("convincing evidence"). Förstainstansrätten har därigenom åsidosatt artikel 230 EG, eftersom den inte beaktat kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning med avseende på komplicerade faktiska och ekonomiska frågor. Förstainstansrätten har även åsidosatt artikel 2.3 i förordningen genom att presumera att koncentrationer med konglomeratverkningar är rättsenliga. Kommissionen har gjort gällande att förstainstansrätten har förvanskat fakta, inte i tillräcklig omfattning har motiverat varför den inte godtog kommissionens argument och inte har beaktat de skäl, argument och bevis som kommissionen angav i det omtvistade beslutet och i sitt svaromål samt att den till och med har underlåtit att hänvisa till dessa. Som exempel har den hänvisat till prövningen av kommissionens prognos avseende den förväntade påtagliga ökningen av användandet av PET-förpackningar för känsliga produkter.

20 I punkt 119 i den överklagade domen har förstainstansrätten erinrat om kriterierna för en domstolsprövning av ett beslut som antagits av kommissionen på området för företagskoncentrationer enligt följande:

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

21 I punkt 120 i den överklagade domen har förstainstansrätten tolkat artikel 2.3 i förordningen enligt följande:

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

22 Den första grund som åberopats av kommissionen rör flera punkter i den överklagade domen. Det finns likväl anledning att återge de utdrag ur denna dom som behandlar den anmälda koncentrationens konglomeratkaraktär, vilken koncentration i punkt 142 i denna dom beskrivs såsom "verkställd mellan företag som inte huvudsakligen har någon redan existerande konkurrensrelation, vare sig i egenskap av direkta konkurrenter eller i egenskap av leverantörer och kunder". Denna koncentration medför inte några verkliga horisontella överlappningar mellan de i koncentrationen ingående parternas verksamheter eller några vertikala relationer mellan dessa parter i strikt mening. Följaktligen kan det inte generellt förutsättas att denna koncentration ger upphov till konkurrensbegränsande verkningar.

23 I punkt 146 i den överklagade domen har förstainstansrätten tolkat förordningen med avseende på dess tillämpning i fråga om konglomerat enligt följande:

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

24 Förstainstansrätten fastslog följande avseende den effekt på konkurrensen som en koncentration med konglomeratverkan kan ha och kommissionens bedömning i detta avseende:

"148 Inledningsvis skall det prövas huruvida en koncentration som skapar en konkurrensstruktur som inte omedelbart leder till en dominerande ställning

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

...

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

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

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

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

...

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

155 De krav som ställs på kommissionens undersökning av den koncentration som har en konglomeratverkan är analoga med dem som fastställs av

rättspraxis rörande skapandet av en kollektiv dominerande ställning (domarna i de ovannämnda målen Kali & Salz, punkt 222, och Airtours mot kommissionen, punkt 63). Kommissionens undersökning av en koncentration, vars konkurrensbegränsande konglomeratverkan är förutsedd förutsätter en särskilt noggrann undersökning av bland annat de omständigheter som visar sig vara relevanta för bedömningen av koncentrationens verkan på konkurrensen på referensmarknaden. I enlighet med vad förstainstansrätten redan har bekräftat har kommissionen en tung bevisbörda i de fall där den anser att en sådan koncentration skall förbjudas därför att den inom förutsebar tid kommer att skapa eller förstärka en dominerande ställning (domen i det ovannämnda målet Airtours mot kommissionen, punkt 63). Eftersom verkningarna av en koncentration av konglomerattyp ofta betraktas som neutrala, eller till och med gynnsamma, med avseende på konkurrensen på de berörda marknaderna, såsom i förevarande mål medges i den ekonomiska doktrin som nämns i de till parternas inlagor bifogade analyserna, krävs det, för att konkurrensbegränsande konglomeratverkningar skall kunna påvisas till följd av en sådan koncentration, att det görs en exakt prövning som stöds av övertygande bevis av de omständigheter som påstås ligga till grund för dessa verkningar (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Airtours mot kommissionen, punkt 63)."

Parternas argument

25 Kommissionen har gjort gällande att förstainstansrätten, genom såväl karaktären av dess domstolsprövning som det beviskrav som den uppställde, har frångått de principer som domstolen fastslagit i domen i det ovannämnda målet Kali & Salz. Den har uppgett att följande punkter i den domen är relevanta:

"220 Såsom påpekats tidigare skall en koncentration i enlighet med artikel 2.3 i förordningen förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden om den skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning som medför att den

effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas.

221 I fråga om en föregiven kollektiv dominerande ställning är kommissionen således skyldig att, utifrån en analys av referensmarknadens kommande utveckling, bedöma om den koncentration som undersökningen gäller kan ge upphov till en sådan situation som medför att den effektiva konkurrensen på den ifrågavarande marknaden påtagligt hämmas av de företag som är parter i koncentrationen och av ett eller flera företag som står utanför koncentrationen, men som tillsammans, bland annat på grund av vissa band dem emellan, kan inta samma hållning på marknaden och i betydande omfattning uppträda utan att behöva ta hänsyn till andra konkurrenter, kunder och, slutligen, konsumenter.

222 En sådan bedömning förutsätter en noggrann undersökning av bland annat de omständigheter som i varje enskilt fall visar sig relevanta för bedömningen av koncentrationens effekter på konkurrensen på referensmarknaden.

223 Det kan i detta hänseende påpekas att förordningens materiella regler och i synnerhet artikel 2 tillerkänner kommissionen ett visst handlingsutrymme, bland annat vad gäller ekonomiska bedömningar.

224 Följaktligen skall gemenskapsdomstolens prövning av utövandet av denna befogenhet, som är en förutsättning för fastställandet av regler i fråga om koncentrationer, göras med beaktande av det bedömningsutrymme som bildar underlag för de normer av ekonomisk art som ingår i koncentrationsbestämmelserna."

26 Kommissionen anser att det följer av de principer som fastslogs i domen i det ovannämnda målet Kali & Salz och av domstolens kontroll i nämnda mål att den skall göra en noggrann undersökning av marknaden i fråga, beakta samtliga relevanta omständigheter och grunda sin bedömning på bevis, vilka visar de verkliga omständigheterna, inte uppenbart saknar betydelse och styrker de slutsatser som dras. Kommissionens slutsatser skall dessutom vara grundade på ett sammanhängande resonemang.

27 Kommissionen har inledningsvis gjort gällande att det föreligger en materiell skillnad, både vad gäller omfattning och karaktär, mellan kravet på övertygande bevis ("convincing evidence") och den skyldighet att inkomma med "betydelsefulla och samstämmiga" uppgifter vilken framgår av domen i det ovannämnda målet Kali & Salz liksom principen att kommissionens bedömning skall godtas såvida det inte visats att den är uppenbart felaktig. Det beviskrav som ställs är annorlunda, eftersom ett krav på betydelsefulla och samstämmiga uppgifter, till skillnad från ett krav på övertygande bevis ("convincing evidence"), inte innebär att det är uteslutet att ett annat organ skulle kunna dra en annan slutsats om det var behörigt att avgöra frågan. Även karaktären av den bevisning som krävs är då en annan, eftersom den medför att gemenskapens domstolar omvandlas till ett annat organ med behörighet att pröva målet i dess helhet, som kan ersätta kommissionens åsikter med sina egna. Förstainstansrätten motsäger sig själv, eftersom den påstår att det förekommit en uppenbart oriktig bedömning samtidigt som den tillämpar ett annat kriterium.

28 Kommissionen har därefter gjort gällande att varje prognos förutsätter ett utrymme för skönsmässig bedömning. Det handlar nämligen om att, för en förutsebar framtid, fastställa sannolikheten för en viss utveckling på marknaden, på grundval av den nuvarande situationen på marknaden, iakttagbara tendenser och andra lämpliga indikatorer. Ett Ett krav på att kommissionens bedömning, i praktiken, skall vara grundad på obestridda eller nästan otvetydiga bevis, oavsett deras bevisvärde skulle innebära att kommissionen fråntogs sin uppgift att bedöma bevis och att på goda grunder fastslå att vissa källor skall väga tyngre än andra.

29 Kommissionen har slutligen gjort gällande att det beviskrav som förstainstansrätten har tillämpat medför att den skulle tvingas godkänna en koncentration i de fall bevisen inte uppnår den nivå som krävs. Detta skulle de facto medföra en allmän presumtion för att vissa koncentrationer är lagenliga eller i varje fall att utgångspunkten blir att de kan förutsättas vara lagenliga. I artikel 2.2 och 2.3 i förordningen föreskrivs dock en dubbel skyldighet för kommissionen som antingen skall förbjuda en koncentration såvida den skapar eller förstärker en dominerande ställning eller, på samma sätt men omvänt, godkänna den om den inte skapar eller förstärker en sådan ställning. En sådan skyldighet ger uttryck för lagstiftarens vilja att i samma utsträckning skydda å ena sidan de privata intressen som koncentrationens parter har, och å andra sidan allmänintresset av att bibehålla en effektiv konkurrens och konsumentskyddet. Denna dubbla symmetriska skyldighet innebär att det är nödvändigt att tillämpa ett symmetriskt kriterium med avseende på kommissionens bevisbörda, eftersom den skall visa att dess bedömning är välgrundad i samma utsträckning i båda fallen.

30 Kommissionen har som exempel på förstainstansrättens prövning i den överklagade domen bland annat hänvisat till bedömningen av den ökade användningen av PET-förpackningar för känsliga produkter. Förstainstansrätten har i detta hänseende fastställt följande:

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

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

212 Vad avser resten av marknaden för mejeriprodukter i flytande form slår rätten fast att det i PCI-rapporten [med titeln 'PET:s potential vid förpackning av mejeriprodukter i flytande form — 2001' ('The Potential for PET in the Packaging of Liquid Dairy Products — 2001')], den enda oberoende studien där tyngdpunkten läggs på marknaderna för mejeriprodukter i flytande form, förutsägs en tillväxt som innebär att användningen av PET kommer att uppgå till 9,2 procent av marknaden för ej smaksatt färsk mjölk år 2005 (PCI, s. 64). Härtill kommer den omständigheten att det i Warrickrapporten [med titeln 'Warrickrapporten om förpackningsmarknaderna, 'Marknader för aseptisk förpackning i världen och i Västeuropa — 2000' ('Warrick Research Report Packaging Markets, — Aseptic Packaging Markets World and Western Europe — 2000')] anses att aseptiska förpackningar endast kommer att öka minimalt vad gäller smaksatt mjölk, det vill säga 1 procent och att det kommer att ske en lätt tillbakagång i fråga om övriga mjölkbaserade drycker, medan det i Pictetrapporten [med titeln 'Analysrapport, Pictet — 'Förpackningsmaskiner i Europa, övergången till PET' — september 2000' ('Analysts' Report, Pictet 'European Packaging Machinery, Move into PET' — september 2000')] inte läggs fram några specifika prognoser avseende mejeriprodukter i flytande form. På grundval av dessa faktorer måste slutsatsen dras att kommissionen inte såsom den har gjort gällande i sitt svaromål har visat att prognoserna i fråga om mejeriprodukter i flytande form bygger på en försiktig analys av oberoende studier eller på ett antal hållbara och samstämmiga bevis som kommissionen har erhållit genom sin marknadsundersökning. De uppskattningar av tillväxten som kommissionen har erhållit (punkt 209 ovan) är nämligen inte särskilt övertygande. Däremot är PCI-rapporten den enda omständighet som eventuellt skulle kunna anföras som stöd för prognosen om en marknadsandel för PET på 25 procent avseende övriga mjölkbaserade drycker (det vill säga smaksatt mjölk och mjölk- och yoghurtdrycker) under perioden fram till år 2005 (PCI, s. 63 och 64). Om emellertid denna tillväxt skulle förverkligas skulle den berörda volymen endast öka med 62 000 ton under år 2000, och uppnå 92 800 ton år 2005, en ökning som inte är särskilt påtaglig i jämförelse med de omkring 120 miljoner ton mjölk som produceras varje år i gemenskapen (PCI, s. 9). På ett allmänt plan förklaras det inte i det omtvistade beslutet på ett alldeles korrekt sätt hur PET under perioden fram till år 2005 skulle kunna gå om HDPE som det material som utgör den främsta konkurrenten till kartong, särskilt i den stora sektorn för

förpackning av färsk mjölk. Härvidlag bör noteras att kommissionen varken har bestridit den sammanlagda siffran 17,3 procent för år 2000 avseende användningen av HDPE för mejeriprodukter i flytande form som [marknadsundersökningsbyrån] Canadean har tillhandahållit (se tabell 3, skäl 66) eller den prognos enligt vilken denna siffra skulle kunna nå upp till 19,5 procent under perioden fram till år 2005 (se tabell 5 i skäl 105).

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

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

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

31 Kommissionen har i huvudsak gjort gällande att förstainstansrätten inte har visat att kommissionens uppskattningar avseende den ökade användningen av PET är en följd av, för det första, en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna, för det andra, konstateranden av faktiska omständigheter som inte styrkts eller slutsatser som grundats på uppgifter som uppenbart saknar betydelse, för det tredje, motsägelser eller felaktiga resonemang eller, för det fjärde, att relevanta omständigheter utelämnats. Förstainstansrätten har, utan motivering, förkastat kommissionens bedömning av bevisningen och förvanskat fakta, genom att exempelvis i punkt 213 i den överklagade domen konstatera att kommissionen inte har företagit någon analys av glasmarknaden. Vidare har förstainstansrätten, när den exempelvis i punkt 289 i denna dom fastställde att "[f]ärsk mjölk ... inte [är] en produkt för vilken fördelarna med PET vad avser saluförandet är särskilt betydelsefulla" eller när den i punkterna 288 och 328 i samma dom fann att PET är dyrare än kartong, gjort egna bedömningar, vilka står i strid med kommissionens bedömningar och är uppenbart felaktiga.

32 Tetra har gjort gällande att kommissionens första grund endast utgör en semantisk diskussion om den terminologi som använts i den överklagade domen och inte om förstainstansrättens sakprövning. Kommissionens argument kan inte godtas eftersom det inte finns någon enhetlig terminologi med avseende på hur stark bevisning som krävs.

33 Tetra har även gjort gällande att den terminologi som domstolen använde i domen i det ovannämnda målet Kali & Salz och som kommissionen har hänvisat till med avseende på bestämmelserna om bevisning inte hindrade domstolen från att i detta mål företa en ingående undersökning avseende såväl de faktiska omständigheter som kommissionen hade åberopat till stöd för sina argument som kommissionens slutsatser i beslutet i fråga.

34 Tetra anser att förstainstansrätten har iakttagit kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning och att den inte har överskridit ramarna för dess domstolsprövning när den underkände motiveringen i det omtvistade beslutet. Enligt Tetra har förstainstansrätten endast konstaterat att kommissionen inte visat att det förekom en hävstångseffekt.

35 Tetra har anfört att kommissionen har tolkat punkt 153 i den överklagade domen felaktigt när den anser att det följer av denna punkt att det föreligger ett osymmetriskt beviskrav och de facto en presumtion för att koncentrationer är lagenliga. Förstainstansrätten har i denna punkt endast angett hur skyldigheten att bevisa effekterna av sådana koncentrationer skall uppfyllas.

36 Vad gäller det exempel som kommissionen har åberopat i fråga om förstainstansrättens bedömning avseende den ökade användningen av PET-förpackningar för känsliga produkter, har Tetra jämfört överklagandet med den överklagade domen för att visa att kommissionen, bland annat genom att citera vissa stycken ur sina sammanhang, har tolkat denna dom felaktigt eller vilseledande.

Domstolens bedömning avseende den första grunden

37 Som första grund har kommissionen ifrågasatt den överklagade domen i den del förstainstansrätten, med avseende på kommissionens beslut om att en koncentration är oförenlig med den gemensamma marknaden, skall ha uppställt beviskrav och krav på en kvalité på de bevis vilka kommissionen åberopar till stöd för sina argument som är oförenliga med kommissionens stora utrymme för skönsmässig bedömning i samband med ekonomiska bedömningar. Den gör således gällande att förstainstansrätten har åsidosatt artikel 230 EG genom att gå utöver de ramar för dess prövning som följer av rättspraxis och att den följaktligen har tillämpat artikel 2.2 och 2.3 i förordningen felaktigt genom att skapa en presumtion för att vissa koncentrationer är lagenliga.

38 Domstolen konstaterar att förstainstansrätten, i punkt 119 i den överklagade domen på ett korrekt sätt har återgett de kriterier för en domstolsprövning av ett beslut av kommissionen avseende koncentrationer som fastslogs i domen i det ovannämnda målet Kali & Salz. Domstolen fastställde i punkterna 223 och 224 i denna dom att

förordningens materiella regler och i synnerhet artikel 2 i förordningen tillerkänner kommissionen ett visst handlingsutrymme, bland annat vad gäller ekonomiska bedömningar. Följaktligen skall gemenskapsdomstolens prövning av utövandet av denna befogenhet, som är en förutsättning för fastställandet av regler i fråga om koncentrationer, göras med beaktande av det bedömningsutrymme som är underförstått i de normer av ekonomisk art som ingår i koncentrationsbestämmelserna.

39 Domstolen har visserligen fastställt att kommissionen har ett utrymme för skönsmässig bedömning avseende ekonomiska frågor. Detta innebär emellertid inte att gemenskapsdomstolen inte skall pröva kommissionens tolkning av ekonomiska uppgifter. Gemenskapsdomstolen skall nämligen inte bara pröva huruvida de bevis som åberopats är materiellt riktiga, tillförlitliga och samstämmiga, utan även pröva huruvida dessa bevis utgör samtliga relevanta uppgifter som skall beaktas för att bedöma en komplicerad situation och huruvida de kan ligga till grund för de slutsatser som dragits. En sådan prövning är särskilt nödvändig när det är fråga om en prognos som krävs för att bedöma planer avseende en koncentration vilken medför konglomeratverkningar.

40 Det är således på goda grunder som förstainstansrätten, med hänvisning till domen i det ovannämnda målet Kali & Salz, i punkt 155 i den överklagade domen, har fastställt att de krav som ställs på kommissionens undersökning av en koncentration som har en konglomeratverkan är analoga med dem som fastställts i rättspraxis rörande skapandet av en kollektiv dominerande ställning. Denna undersökning förutsätter en noggrann prövning av de omständigheter som visar sig vara relevanta för bedömningen av koncentrationens inverkan på konkurrensen på referensmarknaden.

41 Förstainstansrätten har visserligen, i ovannämnda punkt 155, preciserat att det, för att konkurrensbegränsande konglomeratverkningar till följd av en sådan koncentration skall kunna påvisas, krävs att det görs en ingående prövning som stöds av övertygande bevis ("convincing evidence") för de omständigheter som påstås orsaka

dessa verkningar. Den har emellertid på intet sätt lagt till ett villkor avseende hur stark bevisning som krävs, utan endast erinrat om bevisningens grundläggande uppgift, nämligen att visa att en uppfattning är riktig eller, såsom i förevarande fall, att ett beslut avseende en koncentration är riktigt.

42 En prognos, vilken är nödvändig vid kontrollen av koncentrationer, skall upprättas med stor försiktighet, eftersom det inte är fråga om att undersöka tidigare händelser, avseende vilka det ofta förekommer ett stort antal uppgifter som gör det möjligt att förstå orsakerna, eller ens rådande omständigheter, utan om att förutse framtida händelser, vilka kan inträffa, med större eller mindre sannolikhet, såvida det inte antas ett beslut som förbjuder den planerade koncentrationen eller fastställer villkor för att genomföra den.

43 Prognosen utgör således en prövning av hur en koncentration kan ändra de faktorer som är avgörande för konkurrensen på en viss marknad, i syfte att kontrollera huruvida denna koncentration påtagligt skulle komma att hämma en effektiv konkurrens. En sådan prognos innebär att det är nödvändigt att föreställa sig olika händelseförlopp med beaktande av orsak och verkan för att kunna fastställa vilka förlopp som är troligast.

44 Vid bedömningen av en koncentration av konglomerattyp skall man i prognosen beakta dels en framtida tidsperiod, dels den hävstångseffekt som är nödvändig för att en effektiv konkurrens påtagligt skall hämmas, vilket innebär att händelseförlopp med beaktande av orsak och verkan är svåra att urskilja, osäkra och svåra att fastställa. I detta sammanhang är kvalitén på de bevis som kommissionen framställer, för att visa att det krävs ett beslut om att en koncentration är oförenlig med den gemensamma marknaden, särskilt viktig. Dessa bevis skall nämligen styrka kommissionens bedömningar, enligt vilka den ekonomiska utveckling som denna institution grundar sig på är trolig, såvida inte ett sådant beslut antas.

45 Det följer av dessa olika omständigheter att förstainstansrätten inte har gjort sig skyldig till någon felaktig rättstillämpning genom att erinra om kriterierna för domstolsprövningen eller genom att precisera kvalitén på de bevis som kommissionen skall framställa när den skall visa att kraven i artikel 2.3 i förordningen är uppfyllda.

46 Vad gäller förstainstansrättens konkreta prövning i förevarande mål, framgår det inte av det exempel som kommissionen åberopat avseende den ökade användningen av PET-förpackningar för känsliga produkter att förstainstansrätten har överskridit gränserna för gemenskapsdomstolens kontroll av ett administrativt beslut. I motsats till vad kommissionen har gjort gällande, har förstainstansrätten i punkt 211 i den överklagade domen endast på ett mer kortfattat sätt, och i form av ett konstaterande, omformulerat kommissionens medgivande vid förhandlingen. Medgivandet har sammanfattats i punkt 210 i samma dom och avser den överdrivna karaktären av kommissionens prognos, vilken är uttryckligt formulerad i det omtvistade beslutet, i fråga om den ökade användningen av PET-förpackningar för UHT-mjölk. Förstainstansrätten har i punkt 212 i ovannämnda dom motiverat varför den fastställt att kommissionens bevisning var otillräcklig. Förstainstansrätten har i denna punkt konstaterat att, av de tre oberoende rapporter som kommissionen citerat, endast PCI-rapporten innehöll en uppgift avseende användningen av PET för mjölkförpackningar. Förstainstansrätten har i ovannämnda punkt 212 pekat på att kommissionens bevis är föga övertygande och framhållit att den ökning som förutses i PCI-rapporten är av liten omfattning och att kommissionens prognos avseende användningen av PET och de obestridda uppgifterna i de andra rapporterna i fråga om HDPE inte är samstämmiga. Vad gäller punkt 213 i den överklagade domen har förstainstansrätten endast konstaterat att kommissionens bedömning är ofullständig och att det därför är omöjligt att godkänna kommissionens prognoser med beaktande av skillnaderna mellan dessa prognoser och prognoserna i de andra rapporterna.

47 Kommissionen har vidare ifrågasatt vad förstainstansrätten fastställt i punkt 289 i den överklagade domen, vari anges att "[f]ärsk mjölk ... inte [är] en produkt för vilken fördelarna med PET vad avser saluförandet är särskilt betydelsefulla". Kommissionen har även bestridit förstainstansrättens slutsatser avseende kostnaderna för PET jämfört med kartong, vilka anges i punkterna 288 och 328 i den överklagade domen. Domstolen påpekar härvid att det är fråga om bedömningar av

de faktiska omständigheterna som inte omfattas av domstolens prövning inom ramen för ett överklagande. Utan att avgöra huruvida förstainstansrättens slutsats i detta hänseende är välgrundad, är det således tillräckligt att konstatera att den har grundat sin ståndpunkt på olika uppgifter i det omtvistade beslutet.

48 Det framgår av dessa exempel att förstainstansrätten har företagit den prövning som den är skyldig att göra och som har beskrivits i punkt 39 i förevarande dom. Den har angett och motiverat varför den ansett att kommissionens slutsatser förefaller oriktiga i den mån de är grundade på uppgifter som är otillräckliga, ofullständiga, av ringa betydelse och motstridiga.

49 Förstainstansrätten har därmed iakttagit kriterierna för gemenskapsdomstolarnas prövning och har således iakttagit artikel 230 EG.

50 Det framgår följaktligen inte av ovanstående bedömningar att förstainstansrätten har åsidosatt artikel 2.2 och 2.3 i förordningen.

51 Av vad anförts följer att överklagandet inte kan vinna bifall på den första grunden.

Den andra grunden

52 Som andra grund har kommissionen gjort gällande att förstainstansrätten har åsidosatt artiklarna 2 och 8 i förordningen, genom att fastställa att kommissionen

var skyldig att beakta hur den nya enhetens incitament till att utnyttja en hävstångseffekt påverkades av att vissa beteenden skulle vara rättsstridiga och att pröva åtaganden att inte anta ett beteende som innebär missbruk såsom eventuell korrigerande åtgärd.

53 De omständigheter i den överklagade domen som ifrågasatts ingår i den del som behandlar prövningen av grunden avseende avsaknaden av en förutsebar konglomeratverkan. Förstainstansrätten har i denna del närmare bestämt undersökt sannolikheten av en hävstångseffekt. Enligt kommissionens argument skulle den nya enheten ha kunnat dra nytta av sin dominerande ställning på marknaden för aseptisk kartong och skulle ha incitament till detta för att, genom att utnyttja en hävstångseffekt, skapa en dominerande ställning utifrån dess ledande ställning på marknaderna för PET-utrustning, särskilt den för SBM-maskiner med låg och hög kapacitet vilka används för känsliga produkter.

54 Utnyttjandet av en hävstångseffekt beskrivs enligt följande i punkt 364 i skälen i det omtvistade beslutet (vilken återges i punkt 49 i den överklagade domen):

"Genom att utnyttja [denna ställning] på olika sätt skulle Tetra/Sidel ... kunna skapa paket med kartongförpackningsutrustning och förbrukningsvaror samt PET-förpackningsutrustning och eventuellt flaskämnen (särskilt flaskämnen med förstärkta barriäregenskaper). Tetra/Sidel skulle också kunna använda sig av påtryckningar eller incitament (såsom underprissättning eller priskrig och lojalitetsrabatter) så att dess kartongkunder köper PET-utrustning och eventuellt flaskämnen av Tetra/Sidel och inte av dess konkurrenter eller av förpackningsföretag."

55 För att bemöta kommissionens kritik föreslog Tetra olika åtaganden. Kommissionen ansåg emellertid att de inte skulle kunna undanröja de konkurrensproblem som den fastställt på ett effektivt sätt. Vad gäller de beteendeinriktade åtagandena, är

motiveringen i det omtvistade beslutet, vilken anges i punkterna 429–432 i detta beslut, med rubriken "Sidels självständighet från Tetra och åtaganden enligt artikel 82", följande:

"429 Åtagandet att låta Sidel vara självständigt från Tetra Pak görs — tillsammans med en bekräftelse av befintliga åtaganden enligt artikel 82 — med särskilt avseende på den oro som uttryckts kring den sammanslagna enhetens förmåga att utnyttja hävstångseffekter från sin dominerande ställning inom kartongförpackning i syfte att få en dominerande ställning inom PET-förpackningsutrustning. Detta åtagande och befintliga åtaganden enligt artikel 82 rör dock bara den sammanslagna enhetens uppträdande. De är inte lämpliga för att återställa villkoren för en varaktig effektiv konkurrens eftersom de inte påverkar den permanenta förändring av marknadsstrukturen som den anmälda transaktionen åstadkommer, och som ligger bakom denna oro.

430 Sidels självständighet från Tetra Pak-företagen tycks inte ändra det faktum att Sidels styrelse såsom uttryckligen erkänns i själva åtagandet 'kommer att hållas direkt ansvarig av Tetra Lavals koncernstyrelse'. Man kan inte förvänta sig att en sådan självständighet kommer att hindra Sidel att genomföra Tetra Lavals affärsstrategi. Dessutom kan Sidels rättsliga ställning komma att ändras, det vill säga att Sidel kan avregistreras och förvandlas till ett helt privat företag som Tetra Laval, vilket skulle göra det praktiskt omöjligt att övervaka 'brandväggarna'.

431 Åtagandena att inte införliva Sidel i Tetra Pak är liksom bekräftelsen av befintliga åtaganden enligt artikel 82 rena löften att inte agera på ett visst sätt, det vill säga att inte agera i strid mot gemenskapslagstiftningen. Sådana

löften går stick i stäv med kommissionens uttalade politik när det gäller korrigerande åtgärder och med själva koncentrationsförordningens syfte ..., och de är extremt svåra, om inte omöjliga, att övervaka på ett effektivt sätt.

432 Utöver att vara komplicerade att genomföra och övervaka kan dessa åtaganden inte anses räcka för att eliminera de konkurrensproblem som identifierats."

56 Kommissionen har genom sina argument ifrågasatt punkterna 156–162 i den överklagade domen. Dessa punkter följer omedelbart efter punkterna 148–155 i denna dom, som också har kritiserats av kommissionen och som domstolen har prövat i samband med den första grunden. Förstainstansrätten har i förstnämnda punkter fastslagit följande:

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

157 Rätten erinrar om att så snart ett företag befinner sig i en dominerande ställning är det enligt fast rättspraxis skyldigt att i förekommande fall anpassa sitt beteende i enlighet härmed för att inte skada en effektiv konkurrens på marknaden, oavsett om kommissionen har fattat ett beslut härom eller inte (domstolens dom av den 9 november 19[8]3 i mål 322/81, Michelin mot kommissionen, REG 19[8]3, s. 3461, punkt 57, svensk specialutgåva, volym 7, s. 351, förstainstansrättens dom av den 10 juli 1990 i mål T-51/89, Tetra Pak mot kommissionen, REG 1990, s. II-309, punkt 23, och av den 22 mars 2000 i de förenade målen T-125/97 och T-127/97, Coca-Cola mot kommissionen, REG 2000, s. II-1733, punkt 80).

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

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

sig kan utgöra missbruk av en dominerande ställning, ankommer det på kommissionen att bedöma om det, trots förbudet mot dessa beteenden, ändå inte är sannolikt att den genom koncentrationen bildade enheten kommer att bete sig på ett sådant sätt eller om beteendets rättsstridiga karaktär och/eller risken för att ett sådant beteende skall upptäckas tvärtom gör en sådan strategi föga trolig. Även om det inom ramen för denna bedömning är lämpligt att beakta vilka incitamenten är för konkurrensbegränsande beteenden, så som dem i förevarande mål, som för Tetra är ett resultat av förutsebara kommersiella fördelar på marknaderna för PET-utrustning (skäl 359), är kommissionen även skyldig att undersöka i vilken mån nämnda incitament skulle minska eller till och med undanröjas på grund av att ifrågavarande beteenden är rättsstridiga, sannolikt blir upptäckta, blir föremål för rättsliga åtgärder av behöriga myndigheter på såväl gemenskapsnivå som nationell nivå och på grund av de ekonomiska sanktioner som skulle kunna bli följden.

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

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

162 Det följer av det ovan anförda att det finns anledning att pröva om kommissionen gjorde sin framåtblickande analys av en sannolik hävstångseffekt med utgångspunkt i marknaderna för aseptisk kartong, och konsekvenserna av en sådan effekt från den nya enhetens sida, på tillräckligt övertygande bevis. Inom ramen för nämnda prövning skall, i förevarande mål, hänsyn tas endast till de beteenden som — åtminstone sannolikt — inte är rättsstridiga. Eftersom den förutsedda dominerande ställningen inte heller skulle konkretiseras förrän efter viss tid, enligt kommissionen beräknad fram till år 2005, måste kommissionens framåtblickande analys, oaktat dess utrymme för skönsmässig bedömning, vara särskilt rimlig."

57 Förstainstansrätten har noggrant prövat de olika sätten att uppnå hävstångseffekten och har fastställt följande:

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

218 Om ett företag som i likhet med Tetra innehar en dominerande ställning på marknaderna för aseptisk kartong ägnar sig åt påtryckningar, som köptvång eller stimulansåtgärder, såsom underpriser och lojalitetsrabatter, vilka inte är objektivt motiverade skulle detta normalt sett utgöra ett missbruk av denna ställning. I enlighet med vad förstainstansrätten redan har konstaterat kan

inte kommissionen såsom den gör i det omtvistade beslutet presumera att sådana strategier används för att motivera ett beslut som innebär att en företagskoncentration som anmälts i enlighet med förordning nr 4064/89 förbjuds (se punkterna 154–162 ovan). Härav följer att de sätt för att uppnå en hävstångseffekt som kan beaktas av förstainstansrätten är begränsade till dem som åtminstone sannolikt inte utgör ett missbruk av en dominerande ställning på marknaderna för aseptisk kartong.

219 Sammanfattningsvis skall således strategierna avseende kopplade köp eller gruppköp som inte i sig är påtvingade, objektivt motiverade lojalitetsrabatter på kartongförpackningsmarknaderna och erbjudanden om fördelaktiga priser på förpackningsutrustning för kartong eller PET som inte utgör några underpriser i enlighet med domstolens fasta rättspraxis [beaktas] (domstolens dom av den 3 juli 1991 i mål C-62/86, AKZO mot kommissionen, REG 1991, s. I-3359, särskilt punkterna 102, 115, 156 och 157, svensk specialutgåva, volym 11, s. 249, dom av den 14 november 1996 i [mål C-333/94 P,] Tetra Pak mot kommissionen, [REG 1996, s. I-5951,] punkterna 41–44, som fastställer [förstainstansrättens dom] av den 6 oktober 1994 i [mål T-83/91,] Tetra Pak mot kommissionen, [REG 1994, s. II-755, svensk specialutgåva, volym 16, s. II-1,] och förslag till avgörande av generaladvokaten M. Fennelly under domstolens dom av den 16 mars 2000 i de förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports m.fl. mot kommissionen, REG 2000, s. I-1365, s. I-1371, särskilt punkterna 123–130). I detta sammanhang skall rätten undersöka om kommissionen har tagit hänsyn till det åtagande om en separation mellan Sidel och de Tetra Pak närstående företagen, vilket i princip skulle gälla under en tioårsperiod och enligt vilket det inte skall läggas fram något 'erbjudande som samtidigt avser Tetra Paks kartongprodukter och Sidels SBM-maskiner'.

220 Såsom framgår av det omtvistade beslutet har Tetra vidare begärt att kommissionen skall notera ... företagets kvarstående skyldigheter enligt artikel 3.3 i kommissionens beslut 92/163 ..., [vilken] har följande lydelse:

'Tetra Pak skall avstå från att tillämpa såväl underpriser som diskriminerande priser och ingen kund skall beviljas någon form av rabatt på produkterna eller fördelaktigare betalningsvillkor som inte motiveras av en objektiv motprestation.

För förpackningarna skall rabatterna således bara avse kvantitetsrabatter per beställning och de skall inte kunna ackumuleras för förpackningar av olika slag.'

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

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

223 Även om kommissionens slutsats i det omtvistade beslutet angående den påstådda prisdiskriminering som Sidel tidigare skulle ha praktiserat, med hänsyn till parternas skriftliga yttranden och kommissionens muntliga yttranden avseende den ekonometriska analys som ger stöd åt slutsatsen,

inte är ett uttryck för en uppenbart felaktig bedömning, kan den inte utgöra ett tillräckligt starkt bevis för att den nya enheten skulle fortsätta att bete sig på ett liknande sätt. Den nya enheten skulle, till skillnad från vad som gällde Sidel före koncentrationen, vara bunden inte endast av åtagandena utan även av de olika skyldigheter som begränsar Tetras beteende.

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

Parternas argument

58 Kommissionen har, för det första, anfört att förstainstansrättens synsätt med avseende på konglomeratverkningarna och Tetras rättsstridiga beteende står i strid med artikel 2 i förordningen och med kontrollen av koncentrationer i allmänhet.

59 Den har inledningsvis gjort gällande att detta synsätt står i strid med en rationell tolkning av denna artikel 2. Om artikel 82 EG hade varit tillräcklig för att förhindra missbruk, skulle det nämligen inte ha varit nödvändigt att föreskriva en kontroll i förväg av koncentrationer. Kommissionen har närmare bestämt ifrågasatt punkt 218 i den överklagade domen, vari förstainstansrätten har fastslagit att kommissionen inte "kan ... presumera att sådana strategier [som innebär missbruk] används". Kommissionen anser tvärtom att det i förordningen föreskrivs en presumtion för att ett företag i en dominerande ställning kan anse det vara rationellt att utestänga konkurrenter och/eller utnyttja kunder och således, i vissa fall, åsidosätta artikel 82 EG.

60 Kommissionen har därefter gjort gällande att förstainstansrättens synsätt är felaktigt, i den del det är grundat på sådana skillnader mellan olika koncentrationer som är omotiverade och som står i strid med artikel 2 i förordningen. Den har i detta hänseende kritiserat punkt 154 i den överklagade domen, vari förstainstansrätten har fastställt att det inte är den struktur som följer av koncentrationen i sig som skulle skapa eller förstärka en dominerande ställning, i den mening som avses i artikel 2.3 i förordningen, utan den nya enhetens framtida beteenden. Kommissionen anser att ett sådant påstående står i strid med punkt 94 i domen i det ovannämnda målet Gencor mot kommissionen, där förstainstansrätten fastslog att en koncentration skulle ha fått en omedelbar effekt om den "direkt och omedelbart [skulle] ha skapat villkor som inte enbart gjorde det möjligt utan även ekonomiskt rationellt att bete sig på detta sätt [som innebär missbruk], eftersom koncentrationen påtagligt skulle ha hämmat den effektiva konkurrens som fanns på marknaden genom att varaktigt förändra de relevanta marknadernas struktur". Kommissionen har gjort gällande att det är omotiverat att, såsom förstainstansrätten gjort i den överklagade domen, göra en åtskillnad med beaktande av huruvida den dominerande ställningen på den andra marknaden skapas omedelbart eller på medellång sikt. Annars finns det en risk för att förordningen inte blir tillämplig på vertikala koncentrationer eller koncentrationer med konglomeratverkningar, eftersom det är denna typ av koncentrationer som medför att en ny enhet kan använda — och missbruka — sin dominerande ställning på en marknad och få incitament i detta hänseende att utestänga sina konkurrenter på en andra marknad. Kommissionen har i förevarande fall dragit slutsatsen att koncentrationen skulle medföra en omedelbar ändring av strukturen och konkurrensvillkoren.

61 Kommissionen har slutligen gjort gällande att det föreligger oövervinnliga rättsliga och praktiska hinder för att bedöma i vilken omfattning den omständigheten att visst handelsbruk som innebär missbruk är rättsstridigt skulle ha en avvärjande effekt. Den skall då inte bedöma strukturella egenskaper, utan ett företags benägenhet att följa lagen. En sådan analys skulle innebära ett åsidosättande av likhetsprincipen och av presumtionen om att någon är oskyldig. Detta kriterium skulle dessutom vara oanvändbart, eftersom risken är svår att mäta och varierar beroende på hur intensiv konkurrenspolitiken är i varje medlemsstat. Kommissionen har med avseende på förstainstansrättens beviskrav gjort gällande att den saknar möjlighet att, på ett korrekt sätt och i enlighet med förordningen, kontrollera vertikala koncentrationer och koncentrationer med konglomeratverkningar.

62 Kommissionen har, för det andra, gjort gällande att förstainstansrätten har åsidosatt artiklarna 2 och 8.2 i förordningen, genom att fastställa att kommissionen skulle ha beaktat Tetras beteendeinriktade åtaganden. Den har jämfört förstainstansrättens ståndpunkt som uttrycks i punkt 161 i den överklagade domen med den som anges i punkterna 316 och 317 i domen i det ovannämnda målet Gencor mot kommissionen. Förstainstansrätten fastslog i de sistnämnda punkterna att beteendeinriktade åtaganden inte skulle beaktas, när en koncentration kan skapa eller förstärka en dominerande ställning. Kommissionen anser att icke strukturella åtaganden visserligen kan godtas i vissa fall. Åtaganden som endast utgör ett löfte om att anta ett visst beteende, såsom exempelvis att inte missbruka en dominerande ställning som skapas eller förstärks av en koncentrationsplan, kan emellertid inte i sig anses kunna medföra att en koncentration blir förenlig med den gemensamma marknaden.

63 Kommissionen anser att förstainstansrätten har förvanskat det omtvistade beslutet genom att, i punkt 161 i den överklagade domen, fastslå att det inte framgår av detta beslut huruvida kommissionen, vid sin bedömning, hade beaktat innebörden av Tetras åtaganden. Kommissionen har betonat att den prövade bolagets åtaganden, men att den inte godtog dem (punkterna 423–451 i det omtvistade beslutet). Förstainstansrätten kan inte heller, i enlighet med gällande rätt, påstå att beslutet innehåller en uppenbart oriktig bedömning, i den del det däri fastslås att koncentrationen skall förbjudas, utan att först pröva kommissionens argument att dessa åtaganden inte är genomförbara och under alla omständigheter är otillräckliga för att lösa de konkurrensproblem som uppstår till följd av den anmälda koncentrationen.

64 Tetra anser däremot, för det första, att förstainstansrätten inte har gjort sig skyldig till någon felaktig rättstillämpning när den fastslog att kommissionen var skyldig att beakta den omständigheten att ett beteende som innebär missbruk är rättsstridigt. Förstainstansrätten har i punkt 159 i den överklagade domen, beaktat ett företags rationella och förutsebara beteende. Detta beteende skall bedömas med beaktande av såväl incitament till ett rättsstridigt beteende som faktorer vilka kan minska eller till och med undanröja sådana incitament.

65 Tetra har betonat att jämförelserna med det ovannämnda målet Gencor mot kommissionen saknar relevans. Den anser att den kollektiva dominerande ställning som var aktuell i sistnämnda mål utgjorde ett omedelbart resultat av den horisontella fusionen. Detta är inte fallet i förevarande mål där den dominerande ställningen endast kan uppstå efter en viss tid och förutsätter ett beteende som innebär missbruk.

66 Tetra har gjort gällande att kommissionens tolkning av förordningen är grundad på den felaktiga uppfattningen att den har till syfte att utgöra hinder för missbruk. Det framgår emellertid av lydelsen av artikel 2.2 i förordningen att den har till syfte att hindra varje dominerande ställning som, i sig och utan att det föreligger missbruk, skapar ett väsentligt konkurrenshinder.

67 Tetra har ifrågasatt att det skulle föreligga oövervinnliga rättsliga och praktiska hinder för att bedöma inverkan av vissa beteendens rättsstridiga karaktär och att en sådan bedömning skulle innebära andra svårigheter än de som förekommer vid en bedömning av incitamenten till ett beteende som innebär missbruk. Den har anfört att kommissionen anser sig vara fullt kapabel att fastställa sannolikheten för att ett åsidosättande av artiklarna 81 EG och 82 EG upptäcks och att den beaktar denna vid fastställande av bötesbelopp.

68 Tetra har för det andra, med avseende på hur dess åtaganden beaktats, betonat att det, i punkt 161 i den överklagade domen, på sin höjd fastslogs att kommissionen borde ha beaktat de föreslagna åtagandena när den bedömde den nya enhetens förutsebara framtida beteende. Tetra har anfört att förstainstansrätten inte själv har bedömt de föreslagna åtagandena och att det inte i någon punkt i den överklagade domen, i motsats till vad kommissionen gjort gällande, anges att den skall "beakta åtaganden som endast utgör ett löfte om att inte anta beteenden som innebär missbruk".

69 Tetra har gjort gällande att kommissionens tolkning av domen i det ovannämnda målet Gencor mot kommissionen är felaktig. I motsats till denna tolkning, fastslog förstainstansrätten, i punkt 319 i den domen, att ett åtagandes beteckning saknar betydelse och att även beteendeinriktade åtaganden kan hindra att en dominerande ställning skapas eller förstärks.

70 Tetra har slutligen gjort gällande att kommissionen, i motsats till vad den har påstått, inte har gjort en konkret bedömning av inverkan av de åtaganden som bolaget föreslagit, utan endast har framfört en principiell invändning mot att godta beteendeinriktade åtaganden såsom åtgärder som på ett ändamålsenligt sätt kan hindra att en dominerande ställning skapas i den mening som avses i förordningen.

Domstolens bedömning avseende den andra grunden

71 Det skall inledningsvis betonas att punkterna 148–162 i den överklagade domen, vilka har ifrågasatts av kommissionen inom ramen för såväl den första som den andra grunden för överklagandet, hör samman. Förstainstansrätten har i dessa punkter beskrivit vissa specifika aspekter av konglomeratverkningarna, bland annat tidsmässiga, och utifrån dessa fastslagit vissa allmänna regler avseende den bevisning som kommissionen skall framställa när den anser att en koncentrationsplan skall förklaras vara oförenlig med den gemensamma marknaden.

72 Det är i detta sammanhang, det vill säga i samband med att den erinrade om behovet av övertygande bevis ("convincing evidence"), som förstainstansrätten har klargjort skyldigheten att bedöma samtliga relevanta uppgifter.

73 En sådan bedömning skall företas med beaktande av förordningens syfte, vilket är att hindra att en sådan dominerande ställning skapas eller förstärks, som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt hämmas.

74 Enligt det omtvistade beslutet är sådana beteenden som avses i punkt 364 i detta beslut ett nödvändigt steg för att utnyttja en hävstångseffekt. Förstainstansrätten har därför med rätta fastslagit att det är nödvändigt att företa en fullständig bedömning av sannolikheten för ett sådant beteende, det vill säga en bedömning med beaktande av, såsom framgår av punkt 159 i den överklagade domen, såväl incitament till sådana beteenden som faktorer som kan minska eller till och med undanröja dessa incitament, inbegripet den omständigheten att beteendena kan vara rättsstridiga.

75 Det skulle emellertid strida mot förordningens förebyggande syfte att, såsom fastställts i punkt 159 sista meningen i den överklagade domen, kräva att kommissionen, för varje koncentrationsplan, skall bedöma i vilken mån incitamenten till konkurrensbegränsande beteenden skulle minska eller till och med undanröjas på grund av att ifrågavarande beteenden är rättsstridiga, på grund av sannolikheten för att de blir upptäckta, på grund av att de blir föremål för rättsliga åtgärder av behöriga myndigheter på såväl gemenskapsnivå som nationell nivå och på grund av de sanktionsåtgärder som skulle kunna bli följden.

76 En sådan bedömning som förstainstansrätten kräver skulle förutsätta en uttömmande och detaljerad bedömning av bestämmelserna i olika rättsordningar som kan vara tillämpliga och av den repressiva politik som de ger uttryck för. För att en sådan bedömning skall vara ändamålsenlig, skall dessutom de omständigheter som kan kritiseras på grund av att de utgör en del av ett konkurrensbegränsande beteende framstå som mycket sannolika.

77 Därav följer att en bedömning, i samband med bedömningen av en koncentrationsplan, i syfte att fastställa att ett åsidosättande av artikel 82 EG är sannolikt och

att förvissa sig om att åsidosättandet kommer att bli föremål för sanktionsåtgärder inom flera rättsordningar skulle vara alltför osäker. Bedömningen skulle inte heller ge kommissionen möjlighet att grunda sin bedömning på samtliga relevanta omständigheter i syfte att kontrollera om de utgör stöd för en sådan ekonomisk utveckling som en hävstångseffekt.

78 Förstainstansrätten har följaktligen gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att inte godta kommissionens slutsatser avseende konkurrensbegränsande beteenden från den nya enhetens sida, vilka skulle kunna skapa en hävstångseffekt, endast på grund av att kommissionen inte hade beaktat sådana beteendens rättsstridiga karaktär och den därmed sammanhängande sannolikheten för att de skulle bli upptäckta och föremål för rättsliga åtgärder av behöriga myndigheter på såväl gemenskapsnivå som nationell nivå samt de ekonomiska sanktionsåtgärder som skulle kunna bli följden, vid bedömningen av hur sannolika beteendena var. Eftersom den överklagade domen även är grundad på underlåtenheten att beakta de av Tetra föreslagna åtagandena, skall emellertid prövningen av den andra grunden fortsätta.

79 Domstolen konstaterar vad gäller argumentet avseende förstainstansrättens ändrade synsätt i jämförelse med domen i det ovannämnda målet Gencor mot kommissionen att förstainstansrätten, i motsats till vad kommissionen gjort gällande, inte har frångått sin uppfattning, som anges i punkt 94 i den domen, att en koncentration påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen genom att varaktigt förändra de relevanta marknadernas struktur, när koncentrationen direkt och omedelbart skulle skapa villkor som gör konkurrensbegränsande beteenden möjliga och ekonomiskt rationella.

80 Situationen i det ovannämnda målet Gencor mot kommissionen var en helt annan än den situation som behandlades i det omtvistade beslutet. Såsom framgår av punkt 91 i den domen skulle resultatet av koncentrationen ha blivit att en dominerande duopolställning skapades på platina- och rodiummarknaderna, vilket påtagligt skulle ha hämmat en effektiv konkurrens inom den gemensamma marknaden.

81 I ovannämnda mål vad det således koncentrationen som varaktigt skulle ha förändrat de relevanta marknadernas struktur och därigenom ha gjort konkurrensbegränsande beteenden möjliga och ekonomiskt rationella.

82 Den anmälda koncentrationen i förevarande fall skulle visserligen ha förändrat strukturen på kartongmarknaden något, eftersom den nya enheten skulle ha förstärkt den dominerande ställning som Tetra innehar sedan länge på denna marknad och som, för övrigt, redan utgjort föremål för ett beslut av kommissionen i enlighet med artikel 82 EG. Det var emellertid inte den effektiva konkurrensen på kartongmarknaden som kommissionen hade för avsikt att skydda när den förbjöd denna koncentration, utan konkurrensen på marknaden för PET-utrustning, i synnerhet den för SBM-maskiner med låg och hög kapacitet vilka används för känsliga produkter.

83 Den anmälda koncentrationen skulle inte ha påverkat den sistnämnda marknadens struktur omedelbart och direkt. Strukturen skulle nämligen endast ha kunnat påverkas till följd av hävstångseffekten och särskilt av att den nya enheten på kartongmarknaden betedde sig på ett sätt som innebar missbruk.

84 Det framgår av vad som anförts ovan att situationen i det ovannämnda målet Gencor mot kommissionen inte är tillräckligt jämförbar med situationen i det mål som avgjordes genom den överklagade domen för att ge förstainstansrätten någon användbar vägledning. I det ovannämnda målet Gencor mot kommissionen skulle strukturen på den marknad, vars effektiva konkurrens kommissionen hade för avsikt att skydda genom det omtvistade beslutet, ha förändrats direkt av koncentrationen. I förevarande mål kunde dock strukturen endast ändras genom utnyttjandet av en hävstångseffekt.

85 Vad gäller beaktandet av Tetras beteendeinriktade åtaganden, har förstainstansrätten, i punkt 161 i den överklagade domen, på goda grunder fastställt att den omständighet att Tetra har föreslagit åtaganden avseende sitt framtida beteende

utgör en faktor som kommissionen med nödvändighet borde ha beaktat i syfte att bedöma om det var sannolikt att den nya enheten skulle bete sig på ett sätt som gjorde det möjligt att skapa en dominerande ställning på en eller flera av de berörda marknaderna för PET-utrustning.

86 Domstolen erinrar om förstainstansrättens överväganden i punkterna 318 och 319 i domen i det ovannämnda målet Gencor mot kommissionen. Till skillnad från vad kommissionen har gjort gällande, framgår det inte av denna dom att förstainstansrätten har fastslagit att beteendeinriktade åtaganden inte skall beaktas. Tvärtom fastslog förstainstansrätten, i punkt 318, principen att de åtaganden som de berörda företagen föreslår skall vara av sådant slag att kommissionen kan dra slutsatsen att koncentrationen i fråga inte skapar eller förstärker en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 2.2 och 2.3 i förordningen. I punkt 319 fastslog förstainstansrätten att det följer av denna princip att det saknar betydelse om det föreslagna åtagandet kan betecknas som ett beteendeinriktat eller strukturellt åtagande och att det inte på förhand kan uteslutas att åtaganden som vid första anblicken förefaller vara beteendeinriktade, såsom att ett varumärke inte skall användas under en viss tid eller att utomstående konkurrenter skall få tillgång till en del av produktionskapaciteten i det företag som kommer till stånd genom koncentrationen, eller mera allmänt att tillträde skall ges till en väsentlig infrastruktur på villkor som inte är diskriminerande, också de hindrar att en dominerande ställning skapas eller förstärks.

87 Vad gäller prövningen av kommissionens beaktande av de beteendeinriktade åtagandena, har förstainstansrätten, i punkt 161 i den överklagade domen, endast konstaterat att det inte framgår av det omtvistade beslutet att kommissionen beaktade betydelsen av nämnda åtaganden i sin bedömning av om en dominerande ställning skulle kunna skapas i framtiden genom utnyttjandet av den förutsebara hävstångseffekten.

88 Det har emellertid inte framkommit att förstainstansrätten har förvanskat det omtvistade beslutet eller motiverat den överklagade domen på ett otillräckligt sätt i

detta hänseende. Det framgår nämligen av punkterna 429–432 i det omtvistade beslutet, vilka är de enda punkterna i beslutet som rör Tetras beteendeinriktade åtaganden, att kommissionen, genom principiella uttalanden, inte godtog sådana åtaganden, varvid den i skäl 429 angav att "[d]e ... inte [är] lämpliga för att återställa villkoren för en varaktig effektiv konkurrens ... eftersom de inte påverkar den permanenta förändring av marknadsstrukturen som den anmälda transaktionen åstadkommer, och som ligger bakom denna oro" och i skäl 431 angav att "[s]ådana löften går stick i stäv med kommissionens uttalade politik när det gäller korrigerande åtgärder och med själva koncentrationsförordningens syfte ... och ... är extremt svåra, om inte omöjliga, att övervaka på ett effektivt sätt".

89 Det framgår av hela prövningen avseende den andra grunden att förstainstansrätten visserligen har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att inte godta kommissionens slutsatser avseende beteenden från den nya enhetens sida, vilka skulle kunna skapa en hävstångseffekt. Den har emellertid, i punkt 161 i den överklagade domen, med rätta fastslagit att kommissionen skulle ha beaktat Tetras åtaganden avseende enhetens framtida beteende. Även om det delvis finns fog för denna grund skall den överklagade domen således inte upphävas till den del det omtvistade beslutet ogiltigförklarades, eftersom ogiltigförklaringen bland annat är grundad på kommissionens underlåtenhet att beakta dessa åtaganden.

Den tredje grunden

90 Som tredje grund har kommissionen gjort gällande att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att utgå från ett felaktigt kriterium för domstolsprövningen och åsidosatt artikel 2 i förordningen, eftersom den i punkt 269 i den överklagade domen har fastslagit att det "[i] det omtvistade beslutet ... inte [tillhandahålls] tillräckliga bevis för att motivera särskilda delmarknader bland SBM-maskinerna i förhållande till deras slutliga användning" och att "[d]e enda delmarknader som skall beaktas ... följaktligen [är] dem för maskiner med liten och stor kapacitet".

Parternas argument

91 Kommissionen har erinrat om att definitionen av marknaderna för SBM-maskinerna utgör en grundläggande del av det omtvistade beslutet. Den har gjort gällande att den andel av den berörda marknaden som utgörs av gemensamma kunder för PET och kartong gentemot vilka Tetra kan utnyttja sin dominerande ställning på marknaderna för kartong genom att använda sig av en hävstångseffekt, kommer att ha en avgörande inverkan på sannolikheten för att konkurrenter undanröjs och för att den nya enheten kommer att dominera marknaden.

92 Kommissionen har anfört att den i punkterna 176–183 i det omtvistade beslutet, vilka kompletteras med punkterna 347–358 och 381–383 i detta beslut, fastslog att det förelåg särskilda marknader för SBM-maskiner beroende på om de används för att förpacka känsliga eller icke känsliga produkter, varvid den grundade sig på faktorer som rör såväl tillgång som efterfrågan. I detta hänseende anges följande i skäl 178:

"Hur som helst kan en viss kundgrupp för den relevanta produkten utgöra en snävare, separat produktmarknad om en sådan grupp kan vara föremål för prisdiskriminering. Detta är vanligtvis fallet när följande två villkor är uppfyllda: det är möjligt att entydigt fastställa vilken grupp en enskild kund tillhör vid det tillfälle då den relevanta produkten säljs till honom, och b) det skulle inte kunna förekomma handel mellan kunder och tredje man skulle inte kunna göra arbitragevinster."

93 I punkt 259 i den överklagade domen har förstainstansrätten sammanfattat kommissionens resonemang i det omtvistade beslutet. Sammanfattningen, som inte har bestridits av kommissionen, har följande lydelse:

"Kommissionen konstaterar först i det omtvistade beslutet att 'även om utrustning påstås vara generisk såsom SBM-maskiner, är det motiverat att undersöka

marknaden för utrustningen med avseende på det slutliga konsumtionssegmentet' vilket 'rekommenderas i än högre grad när de olika kompletta förpackningssystemen jämförs för att det skall kunna avgöras om de kan tillhöra samma produktmarknad eller ej' (skäl 43). Kommissionen anförde därefter att varje produkt i flytande form som skall förpackas har sina 'egna kännetecken som möjliggör eller inte möjliggör användning av ett givet slags förpackning' och drog därefter slutsatsen att användning av segmentering efter slutlig användning är att föredra som instrument för analys av marknaderna för förpackningsutrustning för livsmedel i flytande form (det i punkt 30 nämnda skäl 44). Kommissionen gör således en åtskillnad mellan de känsliga produkter som tillhör 'gemensamma produktsegment' och övriga produkter, på grundval av att de förstnämnda kan förpackas, åtminstone i tekniskt hänseende, såväl i kartong som i PET, till skillnad från de icke känsliga produkterna som mineralvatten och kolsyrade drycker som inte kan förpackas i kartong (skäl 58). Samtidigt som kommissionen har godtagit att 'SBM-maskiner till största delen är 'generiska' (skäl 177) gör den i samma skäl gällande att 'en produktionslinje för PET, varav SBM-maskiner endast utgör en komponent, i allmänhet är speciellt anpassad för produkter som förpackas av kunden', vilket särskilt gäller känsliga produkter, ett argument som upprepas vid bedömningen av hävstångseffektens konsekvenser (skäl 369). Kommissionen nämner exemplet med Sidels SRS G Combi som är 'konstruerad för förpackning av kolsyrade drycker [och som] inte kan utgöra en alternativ lösning för en producent av drycker som önskar förpacka juice' (skäl 177), vilka skulle behöva en aseptisk Combi SRA-maskin. Under åberopande av sitt tillkännagivande av den 9 december 1997 om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (EGT C 372, s. 5, punkt 43) slår kommissionen därefter fast att de båda kriterier som normalt krävs för att det skall konstateras att det finns en särskilt kundgrupp och således en snävare produktmarknad är uppfyllda i detta ärende, nämligen att det är möjligt att entydigt fastställa vilken grupp en enskild kund tillhör vid det tillfälle då han köper en SBM-maskin samt att handel mellan kunder eller att tredje man gör arbitragevinster avseende dessa maskiner inte skulle kunna förekomma (skäl 178)."

94 Förstainstansrätten har i punkterna 260–269 i den överklagade domen fastställt följande:

"260 Förstainstansrätten konstaterar inledningsvis att den tyngdpunkt som i det omtvistade beslutet läggs på känsliga produkter som tillhör 'gemensamma

produktsegment' grundas på ett objektivt kriterium, det vill säga att dessa produkter tillhör kategorin produkter förpackade i kartong, och den åtminstone tekniska möjligheten att förpacka dem i PET, vilket med hänsyn till den förväntade tillväxtnivån (se punkterna 201–216 ovan) sannolikt kommer att bli en ganska utbredd kommersiell verklighet under perioden fram till 2005, åtminstone vad gäller fruktdrycker utan kolsyra och te- och kaffedrycker.

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

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

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

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

265 Rätten konstaterar inledningsvis att det inte har gjorts några hänvisningar till dessa upplysningar i det omtvistade beslutet. Även om det i beslutet på ett korrekt sätt framhålls hur betydelsefulla de kunders krav är vilka särskilt behöver en produktionslinje för aseptisk tappning av PET-förpackningar, det vill säga, huvudsakligen en garanti om aseptiska förhållanden, kan inte denna omständighet motivera definierandet av en särskild delmarknad för SBM-maskiner som används i en tappningslinje för ifrågavarande känsliga produkter. Enbart den omständigheten att varje SBM-maskin måste installeras i en produktionslinje för PET-förpackningar för att bli användbar för köparen, motiverar inte att specifika egenskaper hos annan PET-utrustning i den produktionslinjen, särskilt dem avseende aseptisk tappning av PET-förpackningar, överförs på SBM-maskinerna i sig.

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

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

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

269 På grundval av de bevis som tillhandahålls i det omtvistade beslutet har kommissionen således gjort ett fel dels genom att konstatera att SBM-

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

95 Kommissionen anser att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att i punkt 265 i den överklagade domen kräva att kommissionen, i det omtvistade beslutet, skulle ha uppgett samtliga tekniska uppgifter som den erhöll under sin undersökning. Den har erinrat om att frågan huruvida motiveringen i ett beslut uppfyller kraven i artikel 253 EG skall bedömas med beaktande av såväl beslutets lydelse som sammanhanget kring det och då särskilt i vilken utsträckning relevanta omständigheter är kända sedan tidigare och den frist inom vilken beslutet skall antas.

96 Förstainstansrätten har dessutom överskridit gränserna för domstolsprövningen, förvanskat det omtvistade beslutet och ersatt kommissionens bedömning med sin egen, utan att motivera varför den inte godtog kommissionens bedömning, genom att i ovannämnda punkt 265 ange att kravet på en garanti om aseptiska förhållanden inte kan motivera att det skall anses föreligga en särskild delmarknad för SBM-maskiner som används i en tappningslinje för ifrågavarande känsliga produkter. I punkt 266 i den överklagade domen har förstainstansrätten på samma sätt underkänt kommissionens bedömning avseende betydelsen av de ändringar som måste göras på SBM-maskiner för att de skall kunna användas för aseptiska förpackningar. Den har i detta hänseende endast grundat sig på priset för den nödvändiga ändringen och inte undersökt de övriga omständigheter som kommissionen hade beaktat, bland annat huruvida de som levererar dessa maskiner till de traditionella kunderna inom sektorerna för vatten och alkoholfria kolsyrade drycker förfogar över nödvändig expertis för att genomföra sådana ändringar och ge nödvändiga garantier.

97 Kommissionen har även bestridit den omständigheten att förstainstansrätten inte godtog dess argument att prisdiskriminering kan utgöra ett bevis på att det förekommer separata delmarknader. I punkt 223 i den överklagade domen

fastställde nämligen förstainstansrätten att den påstådda diskriminering som Sidel tidigare skulle ha praktiserat inte kunde utgöra ett tillräckligt starkt bevis för att den nya enheten skulle fortsätta att bete sig på ett liknande sätt. Den nya enheten skulle nämligen, till skillnad från vad som gällde Sidel före koncentrationen, vara bunden inte endast av åtagandena utan även av de olika skyldigheter som begränsar Tetras beteende. Kommissionen anser att förstainstansrätten, i detta hänseende, har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning av tre skäl. Det första skälet avser den omständigheten att prisdiskriminering utgör ett bevis på att det förekommer särskilda krav, med avseende på tillgång och efterfrågan, vid försäljning av en produkt till olika kunder och således utgör bevis på att det förekommer separata marknader. Det andra skälet följer av att förstainstansrätten fastslog att kommissionen inte skall beakta ett rättsstridigt beteende, även om detta är ekonomiskt rationellt. Såsom tredje skäl har kommissionen gjort gällande att förstainstansrätten, såsom framgår av punkterna 161 och 162 i den överklagade domen, inte beaktade Tetras dominerande ställning på kartongmarknaden, utan utgick från konstaterandet att den nya enheten inte skulle få en dominerande ställning på PET-marknaden och att en prisdiskriminering på denna marknad således inte kunde utgöra missbruk av en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 82 EG.

98 Kommissionen har slutligen ifrågasatt förstainstansrättens konstaterande att kunderna skulle ha möjlighet att vända sig till andra leverantörer än Tetra. Den anser att förstainstansrätten bortsåg från dess argument att det inte gick att göra arbitragevinster för maskiner från samma leverantör (köp av begagnade maskiner och överföring av en maskin inom ett företag från en avdelning för icke känsliga produkter till en avdelning för känsliga produkter).

99 Tetra har allmänt gjort gällande att talan inte kan vinna bifall på denna grund, eftersom den avser bedömningar av de faktiska omständigheterna.

100 Tetra erinrar om att det, i punkt 177 i det omtvistade beslutet, är kommissionen själv som fastställt att SBM-maskinerna är "generiska" och att det är PET-förpackningslinjen som skräddarsys för de specifika produkter som kunden skall förpacka. Tetra har gjort gällande att det saknas betydelse att kommissionen

åberopat omständigheter som inte förekommit i detta beslut, eftersom ett beslut, enligt rättspraxis, skall innehålla samtliga faktiska och rättsliga omständigheter som ligger till grund för detta så att det skall kunna företas en effektiv domstolsprövning av beslutet i fråga. Det omtvistade beslutet innehåller emellertid ingen hänvisning till den omständigheten att det är nödvändigt att betrakta en SBM-maskin som en del av en förpackningslinje av en viss typ. Förstainstansrätten har under alla omständigheter beaktat kommissionens argument under förfarandet vid rätten. I punkt 266 i den överklagade domen behandlas till exempel ett nytt argument som kommissionen hade framfört i sitt svaromål.

101 Tetra anser att kommissionen har tagit punkt 223 i den överklagade domen ur sitt sammanhang. I denna punkt avsåg förstainstansrätten nämligen inte möjligheten att åberopa diskrimineringen såsom bevis på att det förekommer separata marknader, utan prövade endast huruvida Sidels tidigare beteende kan utgöra tillräckligt övertygande bevis på att den nya enheten kommer att upprätthålla ett liknande beteende. Det är endast i punkterna 258–269 i denna dom som förstainstansrätten har prövat definitionen av marknaden.

Domstolens bedömning avseende den tredje grunden

102 Domstolen fastslår inledningsvis att den inte kan godta kommissionens argument avseende den omständigheten att förstainstansrätten, i punkt 265 i den överklagade domen, har fastställt att det i det omtvistade beslutet saknas hänvisningar till vissa tekniska upplysningar beträffande de påstått mycket speciella kännetecknen hos SBM-maskiner som används i tappningslinjer för PET, vilka förklaringar kommissionen utvecklade först i sitt svaromål och vid förhandlingen. Det framgår nämligen av punkterna 266 och 267 i den överklagade domen att förstainstansrätten inte har grundat sin bedömning endast på den omständigheten att det i beslutet saknas övertygande bevis på dessa maskiners påstått speciella kännetecken, utan att den även har beaktat och bemött de argument kommissionen hade framfört i sitt svaromål och vid förhandlingen.

103 Domstolen kan inte heller godta argumentet avseende förstainstansrättens påstådda förkastande av prisdiskriminering såsom bevis på att det förekommer separata delmarknader. Det framgår nämligen av punkt 259 sista meningen och punkt 268 i den överklagade domen att förstainstansrätten, i samband med fastställandet av separata marknader, inte har uttalat sig beträffande det direkta beviset på prisdiskriminering, utan att den har koncentrerat sin prövning till de villkor som skall vara uppfyllda för att det skall kunna bevisas att det föreligger en möjlighet för prisdiskriminering. Dessa villkor definieras i skäl 178 i det omtvistade beslutet, nämligen möjligheten att entydigt fastställa vilken grupp en enskild kund tillhör samt att det inte skall kunna förekomma handel mellan kunder och att tredje man inte skall kunna göra arbitragevinster.

104 De övriga argument som kommissionen har åberopat till stöd för sin tredje grund i syfte att bestrida förstainstansrättens bedömning avseende SBM-maskinernas generiska egenskaper, möjligheten att fastställa vilken grupp en kund tillhör samt omständigheten att det inte skall kunna förekomma handel mellan kunder och att tredje man inte skall kunna göra arbitragevinster kan inte prövas, eftersom de innebär ett ifrågasättande av förstainstansrättens bedömning av bevisningen. Denna bedömning kan inte prövas av domstolen inom ramen för ett överklagande.

105 Därav följer att överklagandet skall lämnas utan bifall i den del det kan prövas på den tredje grunden.

Den fjärde grunden

106 Som fjärde grund har kommissionen anfört att förstainstansrätten har åsidosatt artikel 2 i förordningen, förvanskat fakta och underlåtit att beakta vissa av dess argument, när den inte godtagit dess slutsats att Tetra skulle förstärka sin dominerande ställning inom kartongsektorn.

107 Punkterna 390–401 i det omtvistade beslutet har till syfte att visa att Tetras dominerande ställning inom kartongsektorn skulle kunna förstärkas genom den anmälda koncentrationen, eftersom den potentiella konkurrens på marknaden för förpackningar för känsliga produkter från den största leverantören på PET-marknaden, det vill säga Sidel, undanröjs. När Tetra på detta sätt utsätts för en svagare konkurrens, förlorar den sitt incitament till att sänka priserna på sina kartongförpackningar och kan sluta att utveckla sina produkter.

108 Såsom förstainstansrätten har angett i punkterna 311 och 317 i den överklagade domen åberopade kommissionen förstainstansrättens dom av den 6 oktober 1994 i det ovannämnda målet Tetra Pak mot kommissionen, vilken fastställdes efter överklagande genom domstolens dom av den 14 november 1996 i det ovannämnda målet Tetra Pak mot kommissionen (nedan kallade domarna i målen Tetra Pak II) till stöd för sitt påstående att en försvagning av den potentiella konkurrensen skulle ge Tetra möjlighet att känna sig mindre hotat på marknaderna för aseptisk kartong, vilket borde anses utgöra en förstärkning av dess dominerande ställning på dessa marknader i den mening som avses i artikel 2 i förordningen.

109 Förstainstansrätten har i punkt 312 i den överklagade domen fastställt följande:

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

110 I punkt 322 i samma dom har förstainstansrätten konstaterat att det i princip inte finns något hinder mot att inom ramen för kontrollen av koncentrationer tillämpa teorin om omständigheter som har ett nära samband, en teori vars tillämpning inom ramen för artikel 82 EG har erkänts i domarna i målen Tetra Pak II. De frågor som gav upphov till domarna i målen Tetra Pak II rörde ett beteende på en viss marknad, vilket ansågs utgöra missbruk av en dominerande ställning på en närliggande marknad. I förevarande fall är det fråga om angränsande marknader. Förstainstansrätten har emellertid i punkt 323 i den överklagade domen fastslagit att hänvisningen till denna rättspraxis inte är relevant, eftersom "detta mål endast rör verkningarna av ett undanröjande eller en påtaglig minskning av en viss potentiell konkurrens som enligt kommissionen är betydande och ökande".

111 Förstainstansrätten har i samma punkt 323 erinrat om att "bland de kriterier i artikel 2.1 i förordning 4064/89 som kommissionen skall ta hänsyn till när den gör sin bedömning av anmälda koncentrationer finns 'strukturen på alla de berörda marknaderna och den ... potentiella konkurrensen från företag ...'". Förstainstansrätten har därefter fastställt följande:

"Kommissionen begick följaktligen inte något fel när den undersökte betydelsen för kartongmarknaderna av en minskning av den potentiella konkurrens som kommer från marknaderna för PET-utrustning. Det ankommer emellertid på kommissionen att visa att en sådan minskning, om den existerar, skulle kunna förstärka Tetras dominerande ställning i förhållande till konkurrenterna på marknaderna för aseptisk kartong."

112 Förstainstansrätten har i punkt 324 i den överklagade domen erinrat om att den ökade användningen av PET för förpackning av känsliga produkter sannolikt kommer att bli mycket mindre tydlig än vad kommissionen har räknat med, vilket framgår av förstainstansrättens bedömning. Det är således inte möjligt, på grundval av de bevis som åberopas i det omtvistade beslutet, att med den säkerhet som krävs för att motivera ett förbud mot en koncentration, avgöra huruvida genomförandet av den anmälda koncentrationen skulle placera Tetra i en situation där företaget

skulle kunna vara mer oberoende än tidigare i förhållande till sina konkurrenter på marknaderna för aseptisk kartong.

113 I punkt 325 i den överklagade domen har förstainstansrätten prövat de två faktiska omständigheter avseende Tetras framtida beteende på vilka kommissionen baserade sin utsago i syfte att visa den anmälda koncentrationens påstådda negativa verkningar på marknaderna för aseptisk kartong.

114 I punkterna 326–328 i den överklagade domen har förstainstansrätten prövat kommissionens bevis avseende priskonkurrensen och i punkt 328 sista meningen fastställt att slutsatsen i det omtvistade beslutet, enligt vilken Tetra skulle utsättas för mindre konkurrenstryck vad gäller att sänka sina kartongpriser för det fall Tetra skulle förvärva Sidel, inte baseras på övertygande bevis.

115 I punkterna 329–331 i den överklagade domen har förstainstansrätten prövat kommissionens bevis för att styrka att den anmälda koncentrationen skulle medföra en minskning av Tetras incitament till att vara innovativ. Förstainstansrätten har i punkt 332 i samma dom fastslagit att det inte framgår på ett rättsligt övertygande sätt av det omtvistade beslutet att den nya enheten skulle vara mindre benägen än Tetra för närvarande är att vara innovativ inom kartongsektorn.

116 Förstainstansrätten har i punkt 333 i den överklagade domen fastställt följande:

"Härav följer att de omständigheter som åberopats i det omtvistade beslutet inte på ett rättsligt övertygande sätt visar att verkningarna av den [anmälda] koncentrationen på den ställning som innehas av Tetra, främst på marknaderna för aseptisk kartong genom att Sidel undanröjs som potentiell konkurrent, skulle vara

av den art att villkoren i artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 är uppfyllda. Det framgår nämligen av det ovan anförda att det inte har visats att den nya enhetens ställning i förhållande till konkurrenterna på kartongmarknaderna skulle förstärkas."

Parternas argument

117 Som fjärde grund, vilken består av flera delar, har kommissionen ifrågasatt punkterna 312 och 323 i den överklagade domen. Den har inledningsvis gjort gällande att förstainstansrättens sätt att framställa frågan avseende betydelsen av den potentiella konkurrensen leder till en förvanskning av fakta. Kommissionen har gjort gällande att det inte föreligger något samband mellan den potentiella konkurrensen och det konkurrensförhållande som förekommer mellan ett företag som anses ha en dominerande ställning och andra företag som är verksamma på den relevanta marknaden. Den avgörande frågan är huruvida det strukturella undanröjandet av en viktig potentiell konkurrent medför att det dominerande företaget försätts i en ännu friare ställning, särskilt i förhållande till sina kunder och konsumenterna.

118 Kommissionen har därefter gjort gällande att de två omständigheter som avses i punkt 312 i den överklagade domen, det vill säga ett undanröjande eller en påtaglig minskning av den potentiella konkurrensen och den omständigheten att det företag som främjas av koncentrationen redan innehar en dominerande ställning på den berörda marknaden, är tillräckliga för att konstatera att denna ställning förstärks.

119 Den anser dessutom att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att inte godta kommissionens bedömning avseende den sannolika ökningen av PET för förpackning av känsliga produkter och genom att endast grunda sig på den egna prognosen att "denna ökade användning ... sannolikt kommer att bli mycket mindre tydlig än vad kommissionen har räknat med".

120 Kommissionen har slutligen gjort gällande att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning, i punkterna 316–328 i den överklagade domen, genom att inte beakta kommissionens argument avseende inverkan av Sidels undanröjande på priserna och, i punkterna 329–332 i samma dom, genom att inte godta kommissionens slutsats att den nya enheten skulle vara mindre benägen än Tetra för närvarande är att vara innovativ inom kartongsektorn.

121 Tetra anser inte att det förekommer något fel i punkt 312 i den överklagade domen. Det har betonat att det följer av förordningen att en koncentration kan förbjudas om den skapar eller förstärker en dominerande ställning. Eftersom en dominerande ställning per definition avser den ställning ett dominerande företag innehar på en viss marknad, det vill säga i förhållande till sina konkurrenter, är det oförståeligt hur kommissionen kan anse sig kunna avskilja ett dominerande företags dominerande ställning från konkurrenternas ställning på samma marknad.

122 Tetra har gjort gällande att påståendet att de två faktorer som avses i punkt 312 i den överklagade domen är tillräckliga för att, såsom kommissionen gjort, motivera konstaterandet att en dominerande ställning förstärks innebär att det skapas en regel per se, enligt vilken varje minskning av den potentiella konkurrensen alltid skulle förstärka en dominerande ställning. Enligt artikel 2.3 i förordningen är det emellertid inte endast nödvändigt att visa att en koncentration förstärker en dominerande ställning, utan även att den effektiva konkurrensen påtagligt skulle hämmas av denna förstärkning. Inget av dessa krav kan presumeras vara uppfyllt, särskilt när, såsom i förevarande fall, den åberopade potentiella konkurrensen är den från en första marknad på en annan marknad, vilken är separat men angränsande.

123 Under alla omständigheter har kommissionen åberopat flera faktorer i det omtvistade beslutet. Den kan således inte kritisera förstainstansrätten för att ha prövat dessa faktorer i den överklagade domen. Vad gäller den sannolika ökningen av användningen av PET, har Tetra hänvisat till de argument som det redan framställt i detta hänseende.

124 Slutligen, vad gäller argumenten avseende den omständigheten att förstainstansrätten inte har godtagit kommissionens slutsatser vad gäller koncentrationens inverkan på Tetras incitament i fråga om priser och innovation, har sistnämnda part gjort gällande att kommissionen har bestridit förstainstansrättens bedömningar avseende de faktiska omständigheterna. Dessa bedömningar omfattas inte av domstolens prövning inom ramen för ett överklagande.

Domstolens bedömning avseende den fjärde grunden

125 Såsom framgår av artikel 2.1 i förordningen, skall kommissionen, när den bedömer huruvida en koncentration är förenlig med den gemensamma marknaden, ta hänsyn till flera faktorer såsom strukturen på alla de berörda marknaderna, den faktiska eller potentiella konkurrensen från företag, de berörda företagens marknadsställning och deras ekonomiska och finansiella styrka, leverantörernas och konsumenternas valmöjligheter, hinder för inträde på marknaden och utvecklingen av tillgång och efterfrågan.

126 Det är således på goda grunder och utan att åsidosätta artikel 2 i förordningen som förstainstansrätten, i punkt 312 i den överklagade domen har erinrat om att enbart den omständigheten att det förvärvande företaget redan har en mycket tydlig dominerande ställning på den berörda marknaden, även om detta utgör en viktig omständighet såsom det konstateras i det omtvistade beslutet, inte är tillräcklig i sig för att motivera slutsatsen att en minskning av den potentiella konkurrensen mot detta företag innebär en förstärkning av dess ställning.

127 Den potentiella konkurrensen från en producent av substitut på en del av den berörda marknaden, i förevarande fall Sidel i dess egenskap av leverantör av PET-förpackningar på marknaden för känsliga produkter med avseende på aseptiska kartongförpackningar, är nämligen endast en av flera faktorer som skall beaktas vid

bedömningen av huruvida en koncentration kan förstärka en dominerande ställning. Det kan inte uteslutas att en minskning av den potentiella konkurrensen kan kompenseras av andra faktorer, så att den konkurrensställning som innehades av företaget med en dominerande ställning förblir oförändrad.

128 Det framgår av förstainstansrättens sammanfattning av parternas argument i punkterna 313–320 i den överklagade domen, att Tetra bestred uppfattningen att den nya enhetens dominerande ställning på marknaderna för aseptisk kartong skulle komma att förstärkas. Tetra gjorde bland annat gällande att avsaknaden av innovation inom kartongsektorn väsentligen skulle gynna Tetras nuvarande konkurrenter på kartongmarknaderna. Det är således på goda grunder som förstainstansrätten i punkt 323 i den överklagade domen, inom ramen för diskussionen om och bedömningen av parternas argument i detta hänseende, erinrade om att det ankommer på kommissionen att visa att en minskning av den potentiella konkurrensen, om den existerar, skulle kunna förstärka Tetras dominerande ställning i förhållande till konkurrenterna på marknaderna för aseptisk kartong.

129 Förstainstansrätten har således grundat sig på de potentiella reaktionerna hos Tetras konkurrenter på kartongmarknaderna, vilka även utövar verksamhet på PET-marknaden, för att, i punkt 327 i den överklagade domen, underkänna kommissionens påstående att bolaget, efter det att koncentrationen genomförts, skulle kunna få incitament till att höja sina priser på marknaderna för aseptisk kartong och, i punkt 330 i denna dom, argumentet att den nya enheten skulle kunna besluta att vara mindre innovativ.

130 Överklagandet kan således inte vinna bifall på den del av den fjärde grunden som avser kommissionens påstående att det inte föreligger något samband mellan den potentiella konkurrensen och det konkurrensförhållande som föreligger mellan det företag som anses vara dominerande och andra företag på den berörda marknaden.

131 Vad gäller bedömningen av den sannolika ökningen av användningen av PET för förpackning av känsliga produkter, erinrar domstolen om att kommissionens argument i detta hänseende har prövats i punkt 46 i förevarande dom, i samband med den första grunden för överklagandet, i syfte att undersöka huruvida förstainstansrätten hade åsidosatt artikel 230 EG genom att inte tillämpa kriteriet om en uppenbart oriktig bedömning och inte iaktta kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning med avseende på komplicerade faktiska och ekonomiska frågor. I den mån kommissionen, i denna delgrund, har bestridit förstainstansrättens slutsatser i detta hänseende, konstaterar domstolen att det är fråga om ett ifrågasättande av förstainstansrättens bedömning av bevisningen. Denna bedömning kan inte prövas av domstolen inom ramen för ett överklagande.

132 Detsamma gäller den delgrund i vilken kommissionen har bestridit punkterna 316–328 och 329–332 i den överklagade domen, vari förstainstansrätten prövade kommissionens bevis avseende inverkan av Sidels undanröjande på priserna respektive den nya enhetens minskade incitament till att vara innovativ inom kartongsektorn.

133 Av vad anförts följer att överklagandet skall lämnas utan bifall i den del det kan prövas på den fjärde grunden.

Den femte grunden

134 Som femte grund har kommissionen anfört att förstainstansrätten har åsidosatt artikel 2.3 i förordningen genom att inte godta kommissionens slutsatser avseende skapandet av en dominerande ställning på marknaden för SBM-maskiner.

Parternas argument

135 Kommissionen har gjort gällande att förstainstansrättens slutsats i punkt 307 i den överklagade domen, enligt vilken "det inte i det omtvistade beslutet på ett rättsligt övertygande sätt visas att den nya enheten under perioden fram till år 2005 skulle kunna skaffa sig en dominerande ställning på marknaderna för maskiner med liten och stor kapacitet", är grundad på felaktiga rättstillämpningar som har påtalats inom ramen för de föregående grunderna. Dessa felaktigheter utgörs av den omständigheten att SBM-maskiner för icke känsliga produkter och öl ansågs höra till samma marknad som den för SBM-maskiner för känsliga produkter och den omständigheten att Tetras åtagande att inte koppla försäljningen av dessa maskiner till försäljningen av kartongprodukter ansågs vara tillräckligt. För att komplettera sina argument anser kommissionen det vara nödvändigt att styrka de felaktigheter förstainstansrätten gjort sig skyldig till i fråga om skapandet av en dominerande ställning på marknaden för SBM-maskiner.

136 Kommissionen har med avseende på SBM-maskiner med liten kapacitet inledningsvis gjort gällande att förstainstansrätten inte beaktade vissa relevanta uppgifter som förekom i det omtvistade beslutet, såsom Sidels förbättrade ställning med avseende på marknadsandelar (punkt 266 i detta beslut) och dess omedelbart förstärkta ställning tack vare den förenade effekten av dels dess ledande ställning uttryckt i marknadsandelar, dels den finansiella styrkan, säljkraften, överlägsenheten på området för aseptiska förpackningar, fördelen av att vara först ("first-mover advantage") i förhållande till kunderna inom sektorn för kartongförpackningar och den dominerande ställning som Tetra redan innehar inom denna sektor (skälen 376–387 i detta beslut).

137 Kommissionen har för övrigt gjort gällande att förstainstansrätten har grundat sig på faktiska omständigheter som är irrelevanta. Betydelsen av SBM-maskiner med liten kapacitet är nämligen inte en relevant omständighet såvida kommissionens definition av marknaden godtas. Likaså är förstainstansrättens uppfattning i punkt 279 i den överklagade domen, att "en stor del av de SBM-maskiner som används till förpackning av känsliga produkter med största sannolikhet kommer att vara maskiner med liten kapacitet", inte heller relevant för att bedöma Tetras möjlighet att, med hjälp av sin dominerande ställning inom sektorn för

kartongförpackningar, uppnå en dominerande ställning inom sektorn för SBM-maskiner med liten kapacitet.

138 Kommissionen har med avseende på maskiner med stor kapacitet gjort gällande att förstainstansrätten har underlåtit att beakta vissa relevanta omständigheter såsom, i punkt 284 i den överklagade domen, den ökning av Sidels marknadsandel som den anmälda koncentrationen medför. Den anser även att förstainstansrätten felaktigt beaktat möjligheten att tillväxten blir lägre än den som anges i prognoserna för användningen av PET för känsliga produkter och att kunder som tillverkar känsliga produkter skulle kunna välja HDPE i stället för PET. Enligt kommissionen är nämligen inte dessa omständigheter relevanta för att bedöma huruvida Tetra har en fördel av att vara först i förhållande till de kunder som väljer PET.

139 På samma sätt har förstainstansrätten, i sitt resonemang avseende kunder som tidigare använt sig av glasförpackningar, underlåtit att beakta vissa uppgifter och förvanskat fakta. För det första beaktade förstainstansrätten nämligen inte den omständigheten att det är ovanligt att en kund som använder denna typ av förpackning inte även använder andra förpackningsmaterial. För det andra redogjorde förstainstansrätten för omständigheterna på ett felaktigt sätt när den angav att Tetra/Sidels konkurrenter inom sektorn för glasförpackningar hade fördel av att vara först på marknaden. Därigenom underlät den nämligen att beakta att leverantörerna av utrustning för glas och metall saknar nära och permanenta band till producenter av drycker, eftersom nästan all tillverkning av glas- och metallförpackningar genomförs av förpackningsföretag.

140 Kommissionen anser med avseende på konkurrenternas ställning att förstainstansrätten förvanskade det omtvistade beslutet när den, i punkt 294 i den överklagade domen, fastslog att beslutet inte innehöll en tillräcklig analys av den konkurrens som Sidel möter på marknaden för maskiner med stor kapacitet och att konkurrensen från bolagets tre främsta konkurrenter hade underskattats. Kommissionen anser att beslutet innehåller en ingående analys av den nya enhetens

ställning och dess konkurrenters ställning, särskilt i punkterna 232–248, 293–300, 303–310 och 369–387 i beslutet. Förstainstansrättens konstaterande av omständigheterna är dessutom felaktigt, eftersom den angav för det första att konkurrenten SIG har en fördel, eftersom detta bolag är verksamt på den efterföljande marknaden för flaskämnen. Enligt kommissionen är dock inte bolaget verksamt på den efterföljande marknaden i egenskap av leverantör av flaskämnen till företag som använder PET-förpackningar. För det andra konstaterade förstainstansrätten att detta bolag har en fördel av att vara först, på grund av dess verksamhet inom glassektorn, när det i själva verket tillverkar maskiner och inte är verksamt på den efterföljande marknaden för glasflaskor.

141 Kommissionen har slutligen gjort gällande att förstainstansrättens konstaterande, i punkt 305 i den överklagade domen, att "slutsatsen angående bearbetarnas beroendeställning i förhållande till Sidel inte [är] övertygande", vilket endast är grundat på "den befintliga konkurrensens nuvarande nivå", inte innehåller en motivering som är så klar och fullständig att det är möjligt att underkänna kommissionens komplicerade bedömning i punkterna 303–310 i det omtvistade beslutet.

142 Tetra har gjort gällande att den kritik som kommissionen framfört i sin femte grund, och som inte förefaller hänga samman, inte kan prövas i sak av två skäl. För det första avser kritiken omständigheter som inte omnämns i det omtvistade beslutet och, för det andra, utgör den ett direkt ifrågasättande av förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna.

Domstolens bedömning avseende den femte grunden

143 Det framgår av analysen av kommissionens argument att de flesta av dessa rör förstainstansrättens bedömning av bevisningen. Denna bedömning kan inte prövas

av domstolen inom ramen för ett överklagande. Detta är fallet med kommissionens påstående att förstainstansrätten inte har beaktat vissa bevis som kommissionen anser vara relevanta eller att den har beaktat andra bevis som kommissionen anser vara irrelevanta, såväl i fråga om SBM-maskiner med stor eller liten kapacitet som beträffande beaktandet av kunder inom sektorn för glasförpackningar.

144 Kommissionen har genom andra argument till stöd för sin femte grund uttryckligen ifrågasatt förstainstansrättens konstaterande eller bedömning av omständigheterna. Detta är bland annat fallet med argumentet avseende Tetra/Sidels konkurrenter för glasförpackningar eller med analysen av konkurrenten SIG:s ställning.

145 Vad gäller den påstådda förvanskningen av det omtvistade beslutet i punkt 294 i den överklagade domen konstaterar domstolen att kommissionen inte har preciserat vilken punkt i detta beslut som förstainstansrätten skulle ha förvanskat och att detta argument i själva verket avser förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna och bevisningen.

146 Slutligen konstaterar domstolen, vad gäller argumentet avseende den bristfälliga motiveringen av slutsatsen i punkt 305 i den överklagade domen, enligt vilken förpackningsföretagens beroendeställning inte styrkts på ett övertygande sätt, att förstainstansrättens motivering av den bedömningen i den sista meningen i denna punkt är kortfattad men tillräcklig.

147 Av vad anförts följer att överklagandet skall lämnas utan bifall i den del det kan prövas på den femte grunden.

Slutsats

148 Ingen av de grunder som kommissionen har åberopat till stöd för sitt överklagande kan godtas. Överklagandet skall därför ogillas.

Rättegångskostnader

149 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna, som enligt artikel 118 i samma regler skall tillämpas i mål om överklagande, skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Tetra har yrkat att kommissionen skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom kommissionen har tappat målet, skall Tetras yrkande bifallas.

På dessa grunder beslutar domstolen (stora avdelningen) följande dom:

1) Överklagandet ogillas.

2) Europeiska gemenskapernas kommission skall ersätta rättegångskostnaderna.

Underskrifter