RETTENS DOM (Anden Afdeling)

9. juli 2007 *

I sag T-282/06,

Sun Chemical Group BV, Weesp (Nederlandene),

Siegwerk Druckfarben AG, Siegburg (Tyskland),

Flint Group Germany GmbH, Stuttgart (Tyskland),

ved advokaterne N. Dodoo og K.H. Eichhorn,

sagsøgere,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved A. Whelan, S. Noë og V. Bottka, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

* Processprog: engelsk.

støttet af:

The Apollo Group, New York, New York (De Forenede Stater),

Hexion Specialty Chemicals, Inc., Columbus, Ohio (De Forenede Stater)

ved barrister I.M. Sinan og solicitor J. Uphoff,

intervenienter,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 29. maj 2006, som erklærer den fusion, der omfatter Hexion Specialty Chemicals (The Apollo Group) erhvervelse af fuldstændig kontrol med Akzo Nobels afdeling »blæk og klæbeharpiks« (sag COMP/M.4071 — Apollo/Akzo Nobel, IAR), forenelig med fællesmarkedet,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J. Pirrung, og dommerne N.J. Forwood og S. Papasavvas,

justitssekretær: fuldmægtig C. Kantza,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 27. februar 2007,

afsagt følgende

Dom

Retsforskrifter

1 I artikel 2 i Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT L 24, s. 1, herefter »fusionsforordningen«) er bl.a. fastsat følgende:

»2. Fusioner, der ikke hæmmer den effektive konkurrence betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling, skal erklæres forenelige med fællesmarkedet.

3. Fusioner, der hæmmer den effektive konkurrence betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling, skal erklæres uforenelige med fællesmarkedet.«

2 Det er i fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, bestemt, at Kommissionen behandler anmeldelsen straks ved modtagelsen, ligesom følgende er fastsat i bestemmelsens litra b):

»Hvis Kommissionen fastslår, at den anmeldte fusion ganske vist er omfattet af denne forordning, men ikke rejser alvorlig tvivl med hensyn til, om den er forenelig med fællesmarkedet, beslutter den ikke at modsætte sig den, og erklærer den forenelig med fællesmarkedet.

[…]«

3 Kommissionen har beskrevet den analytiske fremgangsmåde, som den anvender ved bedømmelsen af horisontale fusioner i dens retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter fusionsforordningen (EUT 2004 C 31, s. 5, herefter »retningslinjerne«).

Tvistens baggrund

A — *Sagens parter og fusionsparterne*

4 Sun Chemical Group BV (herefter »Sun«) fremstiller trykfarve til anvendelse inden for sektorerne for emballage, publikationsvirksomhed, handel og industri, farvestoffer, farvedispergering samt sikkerhed og varemærkebeskyttelse. Selskabet er

indirekte 100% kontrolleret af Dainippon Ink and Chemicals Inc. Sun beskæftiger mere end 12 000 personer, og selskabets omsætning udgjorde i seneste regnskabsår over 3 mia. EUR. I 2005 købte Sun omkring [*fortroligt*]† ton kolofoniumharpiks i Europa.

5 Siegwerk Druckfarben AG (herefter »Siegwerk«) er en verdensomspændende producent af trykfarve, der er specialiseret inden for sektorerne for farve til emballage, gravering og offsettrykpresser. Selskabet er moderselskabet i Siegwerk-koncernen. Det beskæftiger omkring 4 000 personer, og dets omsætning udgjorde i seneste regnskabsår ca. 830 mio. EUR. I Europa køber Siegwerk årligt [*fortroligt*] ton kolofoniumharpiks hos tredjemænd, der er uafhængige leverandører.

6 Flint Group Germany GmbH (herefter »Flint«) er leverandør til tryknings-, forarbejdnings- og farveindustrien. Selskabet er resultatet af fusionen i 2005 mellem XSYS Print Solutions og Flint Ink Corp. Flint beskæftiger tæt ved 7 500 personer, og selskabets omsætning udgjorde i seneste regnskabsår ca. 2,2 mia. EUR. I Europa køber Flint årligt omkring [*fortroligt*] ton kolofoniumharpiks hos tredjemænd, der er uafhængige leverandører.

7 Hexion Specialty Chemicals, Inc. (herefter »Hexion«) fremstiller og sælger et udvalg af varmehærdende harpiks og specialharpiks, bl.a. kolofoniumharpiks, kulbrinteharpiks, sammensat harpiks bestående af kolofonium og kulbrinte, alkydharpiks, akryldispergeringer, akrylharpiks og anden harpiks, såsom harpikslaminat, epoxyharpiks, fenolharpiks og polyesterharpiks. Selskabet har mere end 90 produktions- og distributionsenheder i 18 lande i Nord- og Sydamerika, Europa samt Asien- og Stillehavsregionen og beskæftiger omkring 7 000 personer.

† Fortrolige oplysninger udeladt.

8 The Apollo Group (herefter »Apollo«) forvalter flere investeringsfonde med interesser i et bredt spektrum af aktiviteter på verdensomspændende plan. Apollo kontrollerer Hexion.

9 Akzo Nobels (herefter »Akzo«) afdeling for »farve og klæbeharpiks« fremstiller først og fremmest produkter, der er baseret på kolofonium, bl.a. kolofoniumharpiks, sammensat harpiks og andre kolofoniumderivater, der i det væsentlige er bestemt til trykfarver og klæbemidler. Selskabets produktionsenheder findes i Nederlandene, Portugal, Kina, New Zealand Argentina, Canada og De Forenede Stater.

B — *Produktmarkedet*

10 Kolofoniumharpiks er en naturlig harpiks, der udvindes af fyrretræer. Der findes tre typer: udskilt kolofonium, kolofoniumgummi og harpiksolie. Råvaren forædles gennem kemiske processer, der omfatter hydrering, esterificering, polymerisering og rensning. Fra en kemisk eller teknisk synsvinkel kan denne kolofoniumharpiks indplaceres i kategorierne kolofoniumsæber, resinater, kolofoniumester samt modificeret malein- og fumarharpiks. Kolofoniumharpiks udgør en væsentlig bestanddel ved fremstillingen af trykfarver. De virksomheder, der fremstiller trykfarver, er meget afhængige af forsyningen af kolofoniumharpiks og gør sig ifølge sagsøgerne hvert år betydelige anstrengelser for at sikre sig de til fremstilling af trykfarver nødvendige forsyninger. Ifølge deres egne tal køber sagsøgerne 90% af den kolofoniumharpiks, der er bestemt til anvendelse i farvesektoren, som er tilgængelig i Europa. Kolofoniumharpiks anvendes ligeledes til at fremstille andre produkter, såsom fernis, klæbemidler (lim), lægemidler, tyggegummi og sæbe.

C — *Den administrative procedure*

11 Den planlagte fusion, hvorved Hexion, der ejes af Apollo, agtede enten direkte eller ved helejede datterselskabers mellemkomst at erhverve kontrol over alle AKZO's aktiviteter i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i fusionsforordningens artikel 3, stk. 1, litra b), gennem køb af aktier og aktiver, havde ikke fællesskabsdimension i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i fusionsforordningens artikel 1, stk. 2, eller artikel 1, stk. 3. Fusionsparterne, der var bekendt med, at fusionen ville kunne blive efterprøvet i henhold til national lovgivning vedrørende fusionskontrol i fire medlemsstater, fremsatte den 3. februar 2006 over for Kommissionen en anmodning om henvisning i medfør af fusionsforordningens artikel 4, stk. 5. Da ingen af medlemsstaterne inden for den gældende frist havde tilkendegivet, at de ikke indvilligede i denne anmodning, blev fusionen anset for at have fællesskabsdimension, og Kommissionen modtog den 18. april 2006 anmeldelse af den planlagte fusion.

12 Den 25. april 2006 sendte Kommissionen detaljerede spørgeskemaer til 21 af parterne i sammenslutningens konkurrenter (herefter »konkurrentspørgeskemaerne«) og 30 af deres kunder (herefter »kundespørgeskemaerne«) angående markederne for kolofoniumharpiks, kulbrinteharpiks og sammensat harpiks. Disse spørgeskemaer skulle besvares inden den 2. maj 2006. Kommissionen modtog svar fra 13 konkurrenter og 10 kunder.

13 Den 28. april 2006 fremlagde Flint sit svar på kundespørgeskemaerne. Samme dag offentliggjorde Kommissionen en meddelelse i *Den Europæiske Unions Tidende* (EUT C 102, s. 9), hvorved interesserede parter opfordredes til at fremsætte deres eventuelle bemærkninger til den planlagte fusion senest den 8. maj 2006.

14 Sun, der havde opnået en fristforlængelse på to dage, gav den 4. maj 2006 sit svar på kundespørgeskemaerne. Den 10. maj 2006 kontaktede Sun de medarbejdere hos

Kommissionen, som behandlede sagen, og efterlod en mundtlig besked angående aftale om et møde med henblik på drøftelse af fusionen og Suns svar på spørgeskemaerne. Den 11. maj 2006 sendte Sun en e-mail-meddelelse til en af de medarbejdere, der var beskæftiget med sagen, hvorved det oplystes, at Sun var villig til at mødes med Kommissionen med meget kort varsel med henblik på at drøfte sagen.

15 Den 12. maj 2006 fremlagde Siegwerk sit svar på kundespørgeskemaerne. Samme dag fremlagde Sun oplysninger og supplerende forklaringer angående grundene til, at selskabet nærede betænkeligheder ved fusionen. Kommissionen anmodede anmelderen om at fremsætte bemærkninger til de problemer, som Sun havde rejst i selskabets bemærkninger.

16 Den 16. maj 2006 fremsendte anmelderen sine bemærkninger med posten. Den 17. maj 2006 indgav Sun to dokumenter, der indeholdt selskabets bemærkninger, og hvorved selskabet redegjorde for, hvorfor Kommissionen burde erklære fusionen uforenelig med fællesmarkedet. De fremlagte oplysninger vedrørte nylige prisforhøjelser, de eksisterende kapacitetsbegrænsninger på markedet og vanskelighederne for fusionsparternes kunder ved at skifte leverandør. Kommissionen anmodede anmelderen om at fremsende sine kommentarer til de seneste bemærkninger fra Sun.

17 Den 18. og 19. maj 2006 fremsendte anmelderen sine bemærkninger i tre e-mail-meddelelser.

D — *Den anfægtede beslutning*

18 Den 29. maj 2006 vedtog Kommissionen i henhold til fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, litra b), sin beslutning i sag COMP/M.4071 — Apollo/Akzo Nobel IAR, om

den anmeldte fusions forenelighed med fællesmarkedet (herefter »den anfægtede beslutning«).

19 Kommissionen har i den anfægtede beslutning indledningsvis i betragtning 10-45 undersøgt de relevante produktmarkeder og det relevante geografiske marked og derefter i betragtning 51-80 gennemgået fusionens virkninger på konkurrencen på disse markeder.

20 For så vidt angår de relevante produktmarkeder har Kommissionen i betragtning 8-24 til den anfægtede beslutning konstateret overlapning mellem fusionsparternes aktiviteter inden for fremstilling af kolofoniumharpiks, kulbrinteharpiks, alkydharpiks og akryldispergeringer. Kommissionen har bemærket, at denne overlapning ikke udelukkende vedrørte harpiks, der anvendes til fremstilling af farve. Kommissionen lod spørgsmålet om den præcise afgrænsning af produktmarkedet stå åbent, da den vurderede, at transaktionen ikke medførte nogen konkurrencemæssige problemer, uanset hvilken definition der lagdes til grund, og undersøgte hver enkelt af de harpikser, der er bestemt til anvendelse i sektoren for trykfarver, og lagde til grund, at alle former for kolofoniumharpiks bestemt til anvendelse i sektoren for trykfarve tilhører samme produktmarked.

21 For så vidt angår det relevante geografiske marked har Kommissionen i betragtning 35-38 til den anfægtede beslutning vurderet, at det i hvert fald drejer sig om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS), men at markedet kan være verdensomspændende. Den har undladt at besvare spørgsmålet om den præcise definition, idet den har bemærket, at den endelige vurdering ville være uændret, uanset om markedet blev defineret som i hvert fald omfattende EØS eller som et verdensomspændende marked.

22 For så vidt angår fusionens virkning på EØS-markedet for kolofoniumharpiks bestemt til anvendelse inden for sektoren for trykfarve har Kommissionen i betragtning 51 og

53 til den anfægtede beslutning vurderet fusionsparternes markedsandele på dette marked i 2005 som følger: Hexion [10-20]%, Akzo Nobel IAR [20-30]% — eller en samlet markedsandel på [30-50]% — Arizona [10-20]%, Cray Valley [10-20]%, Respol [0-10]%, DRT [0-10]%, Euro-Yser [0-10]%, Kraemer [<5]%, Westvaco [<5]%, andre [0-10]%. Det var Kommissionens vurdering, at fusionsparterne på det verdensomspændende marked for kolofoniumharpiks havde en samlet markedsandel på [20-30]% på grund af et væsentligt antal nye markedsaktører.

23 For så vidt angår de konkurrencebegrænsende virkninger på dette marked indledte Kommissionen i betragtning 59 til den anfægtede beslutning med at konstatere, at 11 ud af 13 af fusionsparternes konkurrenter var af den opfattelse, at fusionen ikke havde sådanne virkninger, men at omkring halvdelen af de kunder, der havde deltaget i markedsundersøgelsen, havde erklæret, at begrænsningen i antallet af aktører og den forholdsvis væsentlige markedsandel, som det fusionerede selskab ville være i besiddelse af, ville kunne indebære prisforhøjelser og en begrænsning i produktudviklingen.

24 Det er i betragtning 60 til den anfægtede beslutning fremhævet, at markedsundersøgelsen bekræftede, at størstedelen af kunderne havde behov for specifikke kategorier af kolofoniumharpiks til deres anvendelsesformål, og at harpiksen lejlighedsvis blev fremstillet efter kundens bestilling, hvilket er en proces, der kan tage flere måneder. Ifølge Kommissionen godtgør dette, at de produkter, der sælges på det relevante produktmarked, ikke er homogene, og at der findes et stort antal producenter på markedet, der er kendetegnet ved en mangel på symmetri for så vidt angår markedsandele. I betragtning 60 redegøres ligeledes for de betænkeligheder, som ca. 30% af producenterne havde givet udtryk for vedrørende den stigende indflydelse, som andre producenter uden for EØS, såsom Ares (Kina), er i besiddelse af. Kommissionen lagde således til grund, at det i princippet var lidet sandsynligt, at den omhandlede transaktion ville føre til samordnet konkurrencebegrænsende adfærd. Henset til den omstændighed, at to væsentlige aktører vil fusionere, ville transaktionen ifølge Kommissionen imidlertid kunne indebære konkurrencebegrænsende virkninger på dette marked som følge af ensidig adfærd udvist af de virksomheder, der deltager i fusionen.

25 I betragtning 62-65 til den anfægtede beslutning har Kommissionen først undersøgt produktionskapaciteten og har bemærket, at denne ifølge resultaterne af markedsundersøgelsen ikke lider af kapacitetsbegrænsninger. Det er i betragtning 64 anført, at henset til den omstændighed, at produktionen på EØS-markedet for kolofoniumharpiks bestemt til anvendelse inden for trykfarvesektoren udgør ca. 144 000 ton, repræsenterede de producenter, der deltog i markedsundersøgelsen (Arizona, Cray Valley, Respol, Kraemer, Megara, Union Resinera og Eastman), en disponibel produktionskapacitet på 28 200 ton, svarende til 19,5% af den samlede markedsproduktion. Såfremt parternes overslag vedrørende de øvrige producenter (herunder DRT og Euro-Yser) var korrekte, ville den disponible kapacitet ifølge den anfægtede beslutning svare til 41% af den samlede markedsproduktion. Det bemærkes i betragtning 65, at markedsundersøgelsen har bekræftet, at der var overskydende kapacitet på markedet, hvilket størstedelen af kunderne har medgivet.

26 Derefter behandles i betragtning 66 og 67 de betænkeligheder, som er blevet udtrykt af en af kunderne vedrørende dels de af Akzo og Hexion foretagne forhøjelser af priserne på kolofoniumharpiks, dels forsyningsproblemerne mellem september og december, hvor den sæsonbetingede efterspørgsel på kolofoniumharpiks er højest, hvilket medfører forsyningsbegrænsninger i disse måneder. I denne henseende er det i betragtning 67 fremhævet, at de af fusionsparterne fremlagte beviser godtgør, at de forsyningsproblemer, der er gjort gældende, ikke er forårsaget af en konkurrencebegrænsende situation på det relevante marked. For det første var disse problemer snarere forårsaget af en prisforhøjelse på råvarer, der udgør væsentlige dele ved fremstillingen af kolofoniumharpiks, såsom råolie, kolofoniumgummi og harpiksolie, der har været genstand for væsentlige prisstigninger i løbet af de seneste år, idet prisen på kolofoniumgummi har bevæget sig fra 500 USD pr. ton i januar 2004 til ca. 1 250 USD pr. ton på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning. Det bemærkes endvidere, at de tilgængelige oplysninger vedrørende ovennævnte forsyningsvanskeligheder tyder på, at disse vanskeligheder skyldtes tekniske problemer hos en bestemt leverandør eller produktionsstop som følge af planlagte vedligeholdelsesarbejder og

ikke en almindelig mangel på produktionskapacitet på hele markedet i den omhandlede periode. Det viste sig i øvrigt, at det lykkedes den omhandlede kunde at finde alternative forsyningskilder, hvilket begrænsede virkningerne af denne uventede knaphedssituation.

27 Det bemærkes i betragtning 68 til den anfægtede beslutning, at det i lyset af det ovenstående forekom sandsynligt, at ethvert forsøg på at forhøje priserne, som det fusionerede selskab ensidigt måtte forsøge at gennemføre, ville blive overvundet af de væsentligste konkurrenter, der for nærværende befinder sig på markedet, såsom Arizona, Cray Valley, Respol og andre producenter af mere begrænset størrelse, der har både den fornødne overskudskapacitet og den tekniske viden, der er nødvendig for at imødegå en hvilken som helst konkurrencebegrænsende adfærd.

28 I betragtning 69-71 til den anfægtede beslutning har Kommissionen undersøgt, hvorvidt trykfarveproducenterne var i besiddelse af en eventuel modstående købermagt. Kommissionen bemærker i betragtning 69, at fusionsparterne har anført, at deres kunder har mulighed for at påvirke priserne, og at det er lykkedes for visse af dem, som selv fremstiller kolofoniumharpiks, at styre deres leverandører. For så vidt angår virkningerne af visse trykfarveproducenters egenproduktion af kolofoniumharpiks bemærkes det i samme betragtning, at det er parternes vurdering, at der findes tre store kunder, der har en væsentlig egenproduktion: Flint og Siegwerk, der har en produktionskapacitet, der bedømmes til at udgøre henholdsvis omkring 25 000 ton og 12 000 ton, og selskabet Huber, der for nylig erhvervede Micro Inks, og som har oplyst sine leverandører om, at det ville begynde at foretage sine køb hos dette datterselskab. Det er derefter anført i betragtning 70, at undersøgelsen har godtgjort, at det i almindelighed forholder sig således, at kolofoniumharpiksproducenternes salg er koncentreret om to eller tre store kunder: De fem største trykfarveproducenter tegner sig for ca. [80-90]% af Hexions salg af kolofonium- og kulbrinteharpiks, som er bestemt til anvendelse i trykfarvesektoren, og [90-100]% af Akzos salg heraf. Endvidere tegnede de to største kunder sig for henholdsvis [50-60]% og [70-80]% af disse to selskabers salg af kolofoniumharpiks, sammensat harpiks og kulbrinte-

harpiks, som er bestemt til anvendelse i trykfarvesektoren. I betragtning 71 er det følgelig Kommissionens vurdering, at parternes stærke afhængighed af et begrænset antal store kunder og de øvrige producenters evne til at forsyne disse kunder udgør en væsentlig bremse på en eventuel ensidig konkurrencebegrænsende adfærd.

29 I betragtning 72 til den anfægtede beslutning konkluderes det, at den planlagte fusion, henset til det ovenstående, ikke giver anledning til konkurrencemæssige problemer for så vidt angår kolofoniumharpiks, som er bestemt til anvendelse i trykfarvesektoren.

Retsforhandlinger

30 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 9. oktober 2006 har sagsøgerne anlagt dette søgsmål.

31 Ved særskilt dokument, der blev indleveret samme dag, fremsatte sagsøgerne i henhold til artikel 76a i Rettens procesreglement anmodning om hasteprocedure.

32 Ved begæring indleveret til Rettens Justitskontor den 31. oktober 2006 har Apollo og Hexion anmodet om at intervenere i denne sag til støtte for de af Kommissionen nedlagte påstande.

33 Kommissionen indgav samme dag sine bemærkninger til anmodningen om hasteprocedure, hvori det anførtes, at den med henblik på at udøve sin ret til forsvar ville være nødsaget til at støtte sig på fortrolige oplysninger og dokumenter, fremlagt af fusionens parter og tredjemand.

34 Ved særskilt dokument indleveret til Rettens Justitskontor samme dag fremsatte Kommissionen i medfør af procesreglementets artikel 64, stk. 4, anmodning om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse.

35 Som led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse deltog sagsøgerne, Kommissionen og intervenienterne den 8. november 2006 i et uformelt møde med tre dommere fra Rettens Anden Afdeling, hvortil sagen var blevet henvist, med henblik på at undersøge muligheden for at efterkomme anmodningen om hasteprocedure. Under dette møde erklærede sagsøgerne, at de, henset til hasteprocedurens begrænsninger, ikke agtede at anfægte den i den anfægtede beslutning foretagne markedsdefinition.

36 Den 14. november 2006 traf Rettens Anden Afdeling bestemmelse om at efterkomme anmodningen om hasteprocedure.

37 Den 16. november 2006 traf Retten (Anden Afdeling) foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse angående fremlæggelse af fortrolige oplysninger og dokumenter som bevismateriale i denne sag.

38 Ved kendelse afsagt den 17. november 2006 af formanden for Rettens Anden Afdeling efter at have hørt parterne er Apollo og Hexion blevet admitteret som intervenienter til støtte for Kommissionens påstande og tilladt at indgive et interventionsindlæg, hvilket de gjorde den 8. december 2006.

39 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten besluttet at indlede den mundtlige forhandling, og den har som en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse skriftligt stillet parterne spørgsmål og opfordret dem til at besvare disse under retsmødet.

40 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret skriftlige og mundtlige spørgsmål fra Retten i retsmødet den 27. februar 2007.

41 Under retsmødet uddelte Kommissionen den ikke-fortrolige udgave af et nyt dokument til Rettens medlemmer og sagens øvrige parter. Efter at have hørt parterne besluttedes det at udskyde afgørelsen om, hvorvidt dette dokument kan antages til behandling. Retten vedtog ikke at lade dokumentet indgå i sagsakterne.

Parternes påstande

42 Sagsøgerne har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede beslutning annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

43 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Sagen afvises for så vidt angår Siegwerk og Flint.

— I øvrigt frifindes Kommissionen.

— Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

44 Intervenienterne har nedlagt følgende påstande:

— Kommissionen frifindes.

— Sagsøgerne tilpligtes at bære deres egne omkostninger og betale de af intervenienterne afholdte omkostninger.

Retlige bemærkninger

A — *Formaliteten*

1. *Parternes argumenter*

45 Kommissionen gør gældende, at Siegwerk og Flint ikke er individuelt berørt af den anfægtede beslutning. Spørgsmålet om, hvorvidt en tredjemand er individuelt berørt af en beslutning om en fusions forenelighed med fællesmarkedet, beror dels på, hvorvidt parten har deltaget aktivt i den administrative procedure, dels på, hvorledes beslutningen har påvirket partens stilling på markedet. Det er ikke i sig

selv tilstrækkeligt, at parten har deltaget i den administrative procedure, eftersom kontrollen med fusioner kræver, at der løbende holdes kontakt til mange virksomheder. En aktiv deltagelse i den administrative procedure er imidlertid en omstændighed, som sammen med andre konkrete omstændigheder normalt tages i betragtning ved afgørelsen af, hvorvidt et søgsmål kan antages til realitetsbehandling, særligt når denne aktive deltagelse har haft indflydelse på sagens behandling og har påvirket indholdet af den anfægtede retsakt.

46 I denne sag har Flints og Siegwerks deltagelse i den administrative procedure imidlertid begrænset sig til at besvare Kommissionens kundespørgeskema, og deres svar har været kortfattede og haft generel karakter. Deres begrænsede deltagelse har ikke på nogen måde haft indflydelse på sagens behandling eller påvirket indholdet af den anfægtede beslutning. Deres deltagelse i den administrative procedure kan således ikke kvalificeres som aktiv deltagelse. I stævningen er ikke anført nogen anden omstændighed, der udskiller disse to virksomheder fra andre af fusionsparternes kunder. Fusionen påvirker Siegwerks og Flints stilling på markedet på samme måde, som den påvirker stillingen for alle andre købere af kolofoniumharpiks.

47 Ifølge Kommissionen ville det i denne sag være urimeligt at tillade Siegwerk og Flint at handle inden for rammerne af et søgsmål, som de aldrig selv ville kunne anlægge. Søgsmålet er i vidt omfang støttet på de oplysninger, som Siegwerk har afgivet ved selskabets svar på Kommissionens kundespørgeskema om adgangen til råvarer, og hverken Sun eller Flint rejste under den administrative procedure dette forsyningsproblem. Denne mangel på sammenhæng mellem sagsøgernes respektive svar udgør endnu en grund til at undersøge hver parts søgsmålskompetence for sig.

48 Sagsøgerne anser sig for umiddelbart og individuelt berørt af den anfægtede beslutning, eftersom den vil have indvirkning på deres aktiviteter og navnlig på deres adgang til forsyninger, idet kolofoniumharpiks udgør et afgørende element i deres produktion, og fordi en stor andel af prisen på det færdige produkt kan henføres

hertil. Endvidere var sagsøgerne før fusionen både Hexions og Akzos største kunder, og de er de største købere af kolofoniumharpiks i trykfarveindustrien, eftersom de tilsammen står for ca. 90% af det kolofoniumharpiks, der købes inden for EØS. Det er endvidere sagsøgernes vurdering, at de alle har taget aktivt del i den administrative procedure.

2. *Rettens bemærkninger*

49 Det skal indledningsvis bemærkes, at Kommissionen ikke har bestridt Suns søgsmålskompetence. Sun har deltaget aktivt i den administrative procedure, og der hersker ingen tvivl om, at selskabets stævning kan antages til realitetsbehandling.

50 Da der er tale om et fælles søgsmål, fremgår det af fast retspraksis, at det ikke er nødvendigt at undersøge, om de andre sagsøgere har retlig interesse (Domstolens dom af 24.3.1993, sag C-313/90, CIRFS m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1125, præmis 31, og Rettens dom af 8.7.2003, sag T-374/00, Verband der freien Rohrwerke m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2275, præmis 57, jf. ligeledes i denne retning Rettens dom af 6.7.1995, forenede sager T-447/93 — T-449/93, AITEC m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1971, præmis 82).

51 Ingen af de forhold, som Kommissionen i denne sag har fremført, kan begrunde, at Retten skulle fravige denne retspraksis. Det er ganske vist korrekt, at Retten i visse sager har sondret mellem sagsøgerne for så vidt angår formaliteten (Rettens dom af 21.3.2002, sag T-131/99, Shaw og Falla mod Kommissionen, Sml. II, s. 2023, præmis 12, og Rettens kendelse af 10.3.2005, forenede sager T-228/00, T-229/00, T-242/00, T-243/00, T-245/00 — T-248/00, T-250/00, T-252/00, T-256/00 — T-259/00, T-265/00, T-267/00, T-268/00, T-271/00, T-274/00 — T-276/00, T-281/00, T-287/00 og T-296/00, Gruppo ormeggiatori del porto di Venezia m.fl. mod Kommissionen,

Sml. II, s. 787, præmis 38 og 45). Imidlertid har disse sondringer, således som det også var tilfældet i den i foregående præmis nævnte retspraksis, støttet på procesøkonomiske overvejelser.

52 Den undersøgelse, som Kommissionen foreslår i denne sag, ville være i strid med sådanne overvejelser, eftersom Retten, selv hvis en særskilt undersøgelse af, hvorvidt Flints og Siegwerks søgsmål kan antages til realitetsbehandling, skulle vise, at de ikke er søgsmålskompetente, alligevel ville skulle undersøge søgsmålet i dets helhed. I denne situation findes der ikke noget grundlag for at se bort fra Flints og Siegwerks udtalelser ved Rettens gennemgang. Da disse udtalelser er blevet vurderet af Kommissionen i løbet af den administrative procedure, skal de under alle omstændigheder tages i betragtning under nærværende procedure, og Rettens gennemgang skal omfatte alle de anbringender og argumenter, der er gjort gældende inden for rammerne af dette søgsmål.

53 Der er således ikke grundlag for af procesøkonomiske grunde at foretage en særskilt undersøgelse af formaliteten vedrørende det af Flint og Siegwerk anlagte søgsmål.

B — *Realiteten*

54 Sagsøgerne gør to anbringender gældende til støtte for søgsmålet. Med det første anbringende gøres det gældende, at Kommissionen ikke har fulgt retningslinjerne, og med det andet, at Kommissionen har foretaget en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder og anlagt urigtige skøn. Inden for rammerne af det andet anbringende gør sagsøgerne endvidere i det væsentlige gældende, at der er sket tilsidesættelse af begrundelsespligten.

1. *Indledende bemærkninger*

55 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Kommissionen er bundet af de meddelelser, den har vedtaget som led i sit tilsyn med fusioner, såfremt disse ikke afviger fra traktatens bestemmelser og bestemmelserne i fusionsforordningen (Rettens domme af 3.4.2003, sag T-114/02, BaByliss mod Kommissionen, Sml. II, s. 1279, præmis 143, og sag T-119/02, Royal Philips Electronics mod Kommissionen, Sml. II, s. 1433, præmis 242).

56 Det fremgår af retningslinjernes punkt 5, at de indeholder en redegørelse for den analytiske metode, som Kommissionen agter at anvende ved sin vurdering af horisontale fusioner, og som den anvender på de særlige forhold, der gør sig gældende i hver enkelt sag. I punkt 13 er det præciseret, at det ikke drejer sig om en »checkliste«, der mekanisk anvendes i hvert enkelt tilfælde, men at undersøgelsen af konkurrenceforholdene i en bestemt sag snarere vil være baseret på en samlet vurdering af fusionens forudsigelige virkninger på grundlag af de relevante faktorer og betingelser. Ifølge samme punkt er »alle […] elementer[ne ikke i alle tilfælde] relevante […], og det er måske heller ikke nødvendigt at undersøge alle elementer lige udførligt i en sag«.

57 Det følger heraf, at retningslinjerne ikke i alle tilfælde kræver en undersøgelse af alle de i retningslinjerne nævnte elementer, idet Kommissionen råder over et vist skøn, der giver den mulighed for at bestemme, hvorvidt visse omstændigheder skal tages i betragtning eller lades ude af betragtning (jf. analogt til Rettens dom af 8.7.2004, forenede sager T-67/00, T-68/00, T-71/00 og T-78/00, JFE Engineering m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2501, præmis 553).

58 Det kan endvidere ikke udledes af begrundelsespligten, at Kommissionen er forpligtet til at begrunde sin vurdering af samtlige retlige eller faktiske omstændigheder, der eventuelt kan have en forbindelse med den anmeldte fusion, og/eller som er blevet rejst under den administrative procedure. Begrundelsespligten skal snarere tilpasses den pågældende retsakt og skal vurderes i kraft af sagens omstændigheder, navnlig

indholdet af retsakten, arten af de påberåbte grunde og den interesse, som adressaterne eller andre umiddelbart og individuelt berørte kan have i at modtage forklaringer. Hvis begrundelsen således tilpasses karakteren af den pågældende retsakt og klart og utvetydigt angiver de betragtninger, som den institution, der har udstedt den anfægtede retsakt, har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret, tilsidesætter Kommissionen ikke sin begrundelsespligt, hvis den i sin beslutning ikke giver en nøjagtig begrundelse for sin vurdering af en række forhold i forbindelse med fusionen, der er åbenbart uvedkommende, uden betydning eller klart af underordnet relevans for vurderingen af fusionen (dommen i sagen Verband der freien Rohrwerke m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 50 ovenfor, præmis 184-186).

59 Det bemærkes endvidere, at der for Fællesskabets institutioners retsakter gælder en formodning om gyldighed (Domstolens dom af 15.6.1994, sag C-137/92 P, Kommissionen mod BASF m.fl., Sml. I, s. 2555, præmis 48, og Rettens dom af 28.9.2004, sag T-310/00, MCI mod Kommissionen, Sml. II, s. 3253, præmis 55), og at lovligheden af den anfægtede individuelle retsakt skal bedømmes efter de faktiske og retlige omstændigheder, som forelå på det tidspunkt, da retsakten blev vedtaget. Følgelig skal spørgsmålet om den anfægtede beslutnings lovlighed prøves i forhold til de faktiske omstændigheder, der forelå på det tidspunkt, da den blev vedtaget, og ikke på baggrund af faktiske omstændigheder, der er senere end dette (jf. i denne retning Rettens dom af 4.7.2006, sag T-177/04, easyJet mod Kommissionen, Sml. II, s. 1931, præmis 203 og 204).

60 Det bemærkes endelig, at det følger af fast retspraksis, at den kontrol, som Fællesskabets retsinstanser udøver med de komplicerede økonomiske vurderinger, som Kommissionen foretager som led i sin skønsbeføjelse efter fusionsforordningen, skal begrænse sig til en kontrol af, om procedure- og begrundelsesforskrifterne er overholdt, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, og om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn eller er begået magtfordrejning (Rettens dom af 3.4.2003, sag T-342/00, Petrolessence og SG2R mod Kommissionen, Sml. II, s. 1161, præmis 101, og af 21.9.2005, sag T-87/05, EDP mod Kommissionen, Sml. II, s. 3745, præmis 151, samt dommen i sagen easyJet mod Kommissionen, nævnt i præmis 59 ovenfor, præmis 44). Det bemærkes i denne henseende, at Fællesskabets retsinstanser ikke blot skal tage stilling til den materielle nøjagtighed af de beviser, der henvises til,

oplysningernes troværdighed og sammenhæng, men ligeledes kontrollere, om disse oplysninger udgør alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning i forbindelse med en vurdering af en kompleks situation, og om disse oplysninger taler til støtte for Kommissionens konklusioner (Domstolens dom af 15.2.2005, sag C-12/03 P, Kommissionen mod Tetra Laval, Sml. I, s. 987, præmis 39).

61 Endelig følger det af alt det ovenstående, at Rettens judicielle kontrol med den anfægtede beslutning ikke er begrænset til en undersøgelse af, hvorvidt Kommissionen har taget de forhold, der i retningslinjerne er angivet at have betydning for en fusions virkninger på konkurrencen, i betragtning eller ej. Retten skal ligeledes inden for rammerne af denne kontrol overveje, hvorvidt eventuelle udeladelser, som Kommissionen måtte have foretaget, kan ændre på den konklusion, hvorefter denne fusion ikke giver anledning til egentlig tvivl om dens forenelighed med fællesmarkedet (jf. i denne retning Rettens dom af 14.12.2005, sag T-210/01, General Electric mod Kommissionen, Sml. II, s. 5575, præmis 42-44 og 48).

2. *Om det første anbringende, hvorefter Kommissionen ikke har fulgt retningslinjerne*

62 Det første anbringende er udformet i tre led, der vedrører henholdsvis markedsandelene og koncentrationsgraden samt fusionens ikke-koordinerede og koordinerede virkninger. Anbringendets andet og tredje led bør undersøges forud for det første led.

a) Om anbringendets andet led, hvorefter Kommissionen ikke har fulgt retningslinjerne for så vidt angår fusionens ikke-koordinerede virkninger

63 Inden for rammerne af det første anbringendes andet led om den omtvistede fusions ikke-koordinerede virkninger gør sagsøgerne fem klagepunkter gældende, der

vedrører, for det første, kvalificeringen af fusionens parter som nære konkurrenter, for det andet, pålideligheden af de alternative leverandører, som Kommissionen har identificeret, for det tredje, fusionsparternes kunders mulighed for at skifte leverandør, for det fjerde, den disponible kapacitet på markedet og, for det femte, det fusionerede selskabs mulighed for at bremse konkurrenternes ekspansion.

64 Der skal i denne henseende erindres om de væsentlige dele af Kommissionens argumentation i den anfægtede beslutning vedrørende de ikke-koordinerede virkninger. Kommissionen har støttet sin konklusion, hvorefter den planlagte fusion ikke indebærer konkurrencemæssige problemer, på fire omstændigheder. Kommissionen har for det første konstateret, at der forelå en overkapacitet hos konkurrenterne Arizona, Cray Valley, Respol og andre mindre producenter. Kommissionen har for det andet lagt til grund, at det fremgik af de fremlagte beviser, at de prisforhøjelser og forsyningsproblemer i højsæsonen, som en kunde havde givet meddelelse om, var en følge af prisstigninger på råvarer og midlertidige tekniske problemer hos en producent. Kommissionen har for det tredje vurderet, at Arizona, Cray Valley, Respol og andre mindre producenter havde både den fornødne kapacitet og viden til at kunne imødegå en konkurrencebegrænsende adfærd hos det fusionerede selskab. Kommissionen har for det fjerde bemærket, at kunderne hos det fusionerede selskab ville kunne udøve en modstående magt som følge af deres betydning, visse virksomheders egenproduktion af kolofoniumharpiks (herunder Flint og Siegwerk), den vertikale integration af andre virksomheders produktion af kolofoniumharpiks (Huber) og kolofoniumharpiksproducenternes afhængighed af salg til to eller tre store kunder.

Om det første anbringende, hvorefter Kommissionen ikke har fulgt retningslinjerne for så vidt angår tætheden af fusionsparternes konkurrencemæssige forhold

— Parternes argumenter

65 Sagsøgerne gør gældende, at Kommissionen burde have undersøgt, hvorvidt fusionsparterne var nære konkurrenter, om de tidligere havde været rivaler, og om fusionen

ville sætte en væsentlig konkurrencefremmende faktor ud af spillet. Sagsøgerne bemærker, at de har besvaret Kommissionens kundespørgekemaer og derved for det første har angivet, at Hexion og Akzo var deres hovedleverandører. De har for det andet fremhævet, at disse to virksomheder helt uundgåeligt udgjorde store trykfarveproducenters første eller andet leverandørvalg, eftersom de var mere egnede end deres konkurrenter til at levere store mængder. Sagsøgerne har, for det tredje, for så vidt angår visse kategorier af kolofoniumharpiks, der er bestemt til anvendelse i trykfarvesektoren, angivet, at fusionsparterne var i besiddelse af en yderst fortrolig knowhow og var de eneste, der havde adgang til råvarerne og de kunder, som var nødvendige for at bearbejde dem.

66 Sagsøgerne gør gældende, at Kommissionen ikke har taget disse kommentarer i betragtning og på trods af, at de to fusionerende parter udøvede samme virksomhed, ikke har undersøgt, om fusionsparterne var nære konkurrenter i retningslinjernes forstand, eller om den formindskelse af konkurrencen, der ville være en følge af fusionen, ville føre til prisstigninger. Sagsøgerne har anført, at jo højere grad af substituerbarhed mellem en fusions parters produkter, der foreligger, herunder deres tekniske kompetencer og deres respektive fabrikkers produktionskapacitet, desto højere er sandsynligheden for, at de foretager en betydelig forhøjelse af deres priser efter fusionens gennemførelse. På grund af dens størrelse og tilgængelige produktionskapacitet ville sammenslutningen af Hexion og Akzo betyde, at det fusionerede selskab ville blive en uomgængelig partner for sagsøgerne for så vidt angår forsyning, hvilket ville gøre det muligt for denne enhed at optræde fuldstændig uafhængigt i forhold til alle andre aktører på markedet, herunder kunderne.

67 Kommissionen har som svar herpå anført, at den omstændighed, at fusionsparterne er blevet kvalificeret som hovedleverandører, ikke godtgør, at de var nære konkurrenter i retningslinjernes forstand. Mindst tre andre leverandører blev ligeledes kvalificeret som hovedleverandører (uden rangordning) af sagsøgerne, af andre kunder og af konkurrenter. Arizona og Cray Valley har en markedsandel på [*fortroligt*]%, og eftersom syv ud af otte producenter har angivet, at de med lethed ville

kunne fremstille hele sortimentet inden for kolofoniumharpiks, har sagsøgerne ikke i tilstrækkeligt omfang underbygget deres udtalelse, hvorefter konkurrenterne til det fusionerede selskab ikke har mulighed for at investere i udvikling af nye — potentielt lønsomme — typer harpiks. Sagsøgerne har heller ikke godtgjort, at fusionsparternes produktsortimenter eller deres strategier for konkurrence var ensartede.

68 Intervenienterne tilføjer, at Kommissionens konstatering i betragtning 68 til den anfægtede beslutning, hvorefter andre producenter ville være i stand til at standse ethvert forsøg fra det fusionerede selskabs side på ensidigt at forhøje priserne, indebærer, at de produkter, som fremstilles af fusionsparterne, ikke er indbyrdes substituerbare i højere grad, end de er substituerbare i forhold til konkurrenternes produkter.

— Rettens bemærkninger

69 Det konstateres indledningsvis, at det i den anfægtede beslutning ikke er blevet udtrykkeligt undersøgt, om fusionsparterne var nære konkurrenter. Det bemærkes i denne henseende, at en sådan nærhed ifølge retningslinjernes punkt 28 bedømmes på grundlag af substitutionsgraden mellem fusionsparternes produkter. Det præciseres i samme punkt, at substitutionsgraden bl.a. kan udledes af den omstændighed, at et meget stort antal kunder betragter fusionsparterne som deres første eller anden præference ved valg af leverandør, at rivaliseringen mellem fusionsparterne har været en vigtig konkurrenceskabende faktor, og at deres konkurrenter fremstiller mindre nære substitutionsprodukter i forhold til fusionsparternes produkter.

70 Det bør således kontrolleres, om Kommissionen, idet den ikke undersøgte, hvorvidt fusionsparterne var nære konkurrenter, har undladt at følge retningslinjerne.

71 For det første fremgår det af sagsakterne for så vidt angår sagsøgernes argument, hvorefter de havde angivet over for Kommissionen, at fusionsparterne var deres hovedleverandører, at sagsøgerne ligeledes havde betegnet virksomhederne Arizona, Cray Valley og Respol som deres hovedleverandører, og at de øvrige kunder til denne liste havde tilføjet virksomhederne Arez, Westvaco, Resinall og DRT (svarene på spørgsmål 35 og 36 på kundespørgeskemaet). Endvidere var det blandt sagsøgerne kun Siegwerk, der klart havde angivet, at fusionsparterne var virksomhedens første præference som leverandør, idet Flint og Sun ikke havde foretaget nogen rangordning af deres hovedleverandører. Blandt de øvrige kunder var der kun to, der anførte fusionsparterne som deres første eller anden præference som leverandør (Ciba Specialty Chemicals anførte Hexion og Akzo, Van Son nævnte Hexion), men ingen andre blandt dem havde nærmere anført, om det var tilfældet vedrørende kolofoniumharpiks. De øvrige kunder havde ikke foretaget nogen rangordning. Endvidere påpegede Hubert, at Hexion havde tabt markedsandele, Van Son anførte, at Akzo havde tabt markedsandele og Epple Druckfarben angav, at de to fusionsparter havde tabt markedsandele.

72 Det bør med hensyn til alle disse svar konkluderes, at sagsøgernes og de øvrige kunders angivelser, hvorefter fusionsparterne var deres hovedleverandører forud for fusionen, ikke godtgør, at et stort antal kunder betragtede dem som deres første eller anden præference i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i retningslinjernes punkt 28 (jf. præmis 69). Således støtter disse angivelser i modsætning til, hvad sagsøgerne gør gældende, ikke deres anbringende, hvorefter fusionsparterne er nære konkurrenter i retningslinjernes forstand.

73 For så vidt angår argumentet, hvorefter fusionsparterne er uundværlige leverandører til de store trykfarveproducenter, fordi de er bedre egnede end deres konkurrenter til at levere de store mængder, der er nødvendige, skal det for det andet bemærkes, at Flint og Sun i deres svar på spørgsmål 40 og 45 (Flint) og spørgsmål 42 (Sun) på kundespørgeskemaet har henvist til de store mængder kolofoniumharpiks, som disse producenter kan levere. Det fremgår af Kommissionens sagsakter, at tre af fusionsparternes konkurrenter har erklæret, at mængderne er store som følge af det

begrænsede antal kunder, der har store verdensomspændende behov, og som køber 90% af den til trykfarve bestemte harpiks (svar fra Neville, Cray Valley og Respol på spørgsmål 40 på konkurrentspørgeskemaet).

74 Det fremgår ligeledes af Kommissionens sagsakter, at sagsøgerne også lader sig forsyne af mindre producenter såsom Megara og Kraemer (svar fra Megara og Kraemer på spørgsmål 48 på konkurrentspørgeskemaet). Denne omstændighed tyder på, at fusionsparternes mindre konkurrenter i hvert fald for så vidt angår visse typer kolofoniumharpiks kan dække sagsøgernes efterspørgsel. Det bemærkes i denne henseende, at det fremgår af den anfægtede beslutning, at de mindre virksomheder tilsammen har en ikke ubetydelig markedsandel (ifølge Kommissionen ca. 21%), og at de råder over overskudskapacitet. Endvidere viser Arizonas, Cray Valleys og Respols markedsandele, at de er i stand til at levere enhver krævet mængde. Det fremgår i øvrigt af sagsakterne, at de også råder over stor overskudskapacitet. Endvidere er Arez af to af de kunder, der har besvaret spørgsmål 35 på kundespørgeskemaet, blevet angivet som en af deres hovedleverandører, og Kommissionen fremhæver i betragtning 60 til den anfægtede beslutning den stigende indflydelse, som Arez har på markedet. Endelig peger den omstændighed, at andre kunder har angivet Westvaco, Resinall og DRT (mindre leverandører) som deres hovedleverandører, i retning af, at det behov for store mængder, som sagsøgerne har fremført foreligger, ikke vedrører den samlede efterspørgsel på markedet.

75 Henset til alle disse svar bør det konkluderes, at sagsøgernes og visse konkurrenters angivelser, hvorefter der foreligger et behov for store mængder hos sagsøgerne, ikke godtgør, at konkurrenternes produkter som følge af denne omstændighed for kunderne udgør mindre nærliggende substitutter end fusionsparternes produkter. Følgelig understøtter denne angivelse i modsætning til, hvad sagsøgerne gør gældende, ikke deres argument, hvorefter fusionsparterne er nære konkurrenter i retningslinjernes forstand.

76 Det bemærkes for det tredje for så vidt angår argumentet om, at fusionsparterne er de eneste, der råder over den tophemmelige knowhow, de råvarer og de kunder, der er

nødvendige for at udvikle visse typer harpiks, at næsten alle fusionsparternes konkurrenter har angivet, at de let ville kunne fremstille hele sortimentet inden for kolofoniumharpiks (svar på spørgsmål 25 på konkurrentspørgeskemaet). Selv om sagsøgerne bestrider denne omstændighed, bl.a. for så vidt angår Arizona, skal det imidlertid bemærkes, at de ikke har fremlagt noget bevis i denne henseende, og at Arizona ligeledes som svar på spørgsmål 25 på konkurrentspørgeskemaet har bekræftet, at virksomheden let ville kunne fremstille hele sortimentet inden for kolofoniumharpiks. Endvidere tyder Arizonas og Cray Valleys markedsandele på, at de råder over en kundekreds, der set fra et kvantitativt synspunkt svarer til den, som Hexion havde før fusionen. Endvidere har sagsøgerne ikke præciseret, hvori de hævdede vanskeligheder forbundet med adgangen til råvarer består i denne sag. Følgelig har sagsøgerne ikke ført tilstrækkeligt bevis for deres argument.

77 Det bemærkes endelig, at sagsøgerne ikke har fremlagt andre angivelser end dem, der er anført i de ovenstående præmisser, som kan underbygge det særskilte argument, hvorefter der tidligere forelå en særlig rivalisering mellem fusionsparterne. De har ligeledes heller ikke underbygget deres udtalelse, hvorefter fusionen ville sætte en væsentlig konkurrencefremmende faktor ud af spillet i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i retningslinjernes punkt 37 og 38.

78 Af disse grunde bør det konkluderes, at sagsøgerne ikke har godtgjort, at fusionsparterne var nære konkurrenter i retningslinjernes forstand. Følgelig, og henset til de ovenfor undersøgte forhold, som parterne har henvist til, kan Kommissionen ikke kritiseres for ikke i den anfægtede beslutning at have behandlet spørgsmålet om, hvorvidt fusionsparterne var nære konkurrenter. Da manglen på en sådan gennemgang således ikke kan ændre Kommissionens konklusion, bør dette klagepunkt forkastes.

Om det andet klagepunkt, hvorefter Kommissionen ikke har fulgt retningslinjerne for så vidt angår de alternative leverandørers pålidelighed

— Parternes argumenter

79 Sagsøgerne gør gældende, at Kommissionen ikke har foretaget en korrekt gennemgang af, hvorvidt de resterende konkurrenter på markedet kunne betragtes som pålidelige leverandører for trykfarveindustrien. Da Kommissionen i betragtning 68 til den anfægtede beslutning bemærkede, at »det forekommer sandsynligt, at […] andre mindre aktører […] har både den kapacitet og den kundskab, som kræves [for at være pålidelige leverandører]«, så den bort fra sagsøgernes bemærkninger om, at der forud for fusionen kun eksisterede fire eller fem (hoved)aktører på markedet, som der var grundlag for at tage i betragtning. Kommissionen vurderede i stedet antallet af pålidelige leverandører til tretten. Kommissionen lagde i modsætning til sin hidtidige praksis til grund, at leverandører, der repræsenterer mindre end 5% af de samlede leverancer, kunne betragtes som pålidelige konkurrenter og således kunne antages at udøve et tilstrækkeligt konkurrencemæssigt pres.

80 Ifølge sagsøgerne fremgår det klart af tidligere beslutninger, at Kommissionen burde have inddraget sådanne forhold, såsom »marginale« leverandørers pålidelighed (Kommissionens beslutning 2002/174/EF af 3.5.2000 om en fusions forenelighed med fællesmarkedet og med EØS-aftalen (sag COMP/M.1693 — Alcoa/Reynolds) (EFT L 58, s. 25, herefter »Alcoa/Reynolds-beslutningen«)), deres pålidelighed som langsigtede leverandører af tilstrækkelige mængder, eftersom uregelmæssige leverancer af små delmængder ikke gør dem til en mulighed for kunderne (Alcoa/Reynolds-beslutningen), de store kunders mulighed for at foretage deres køb hos et større antal mindre leverandører i stedet for hos de store (Kommissionens beslutning 92/553/EØF af 22.7.1992 om en procedure i henhold til fusionsforord-

ningen (sag IV/M.190 — Nestlé/Perrier) (EFT L 356, s. 1, herefter »Nestlé/Perrier-beslutningen«)) og andre mindre leverandørers kapacitet til på kort sigt at opfylde ordrerne for en væsentlig del af markedet (Kommissionens beslutning 91/535/EØF af 19.7.1991 om en fusions forenelighed med det fælles marked (sag IV/M068 — Tetra Pak/Alfa- Laval), herefter »Tetra Pak/Alfa-Laval-beslutningen«)).

81 Af disse grunde betvivler sagsøgerne Kommissionens markedsdefinition, eftersom mange mindre konkurrenter er i stand til at levere til mange mindre kunder, men ikke har mulighed for at dække større behov, såsom sagsøgernes behov. Kommissionen burde således have undersøgt, hvorvidt der var anledning til at opdele markedet for kolofoniumharpiks bestemt til anvendelse inden for trykfarvesektoren i dels markedet for store kunder, dels markedet for mindre kunder.

82 Det er Kommissionens opfattelse, at Arizona, Cray Valley og Respol er pålidelige alternative leverandører, der ligeledes råder over kapacitet til betydelig produktionsforøgelse, når henses til deres markedsandele. For så vidt angår mindre leverandører er det relevante spørgsmål ikke, hvorvidt hver enkelt lille leverandør kan konkurrere med de største leverandører, men at fastlægge, om de tilsammen kan konkurrere med det fusionerede selskab. I denne henseende bemærker Kommissionen, at de mindre leverandører repræsenterer 21-25% af den samlede kapacitet til at fremstille kolofoniumharpiks, at flertallet af kolofoniumharpiksproducenterne har bekræftet, at de med lethed ville være i stand til at fremstille hele sortimentet inden for kolofoniumharpiks, og at sagsøgerne også modtager leverancer fra mindre konkurrenter, herunder Megara og Kraemer. Det bemærkes endvidere i den anfægtede beslutning, at producenter uden for EØS, navnlig Arez, kan betragtes som pålidelige alternative leverandører. Endelig var de faktiske omstændigheder, der gav anledning til beslutningerne Alcoa/Reynolds, Nestlé/Perrier og Tetra Pak/Alfa-Laval, ifølge Kommissionen forskellige fra dem, der foreligger i denne sag.

83 Intervenienterne støtter Kommissionens argumentation, bl.a. ved henvisning til erklæringer, som sagsøgerne har afgivet på fælles møder, der har fundet sted efter vedtagelsen af den anfægtede beslutning. Disse erklæringer viser, at sagsøgerne køber betragtelige mængder kolofoniumharpiks hos forskellige af fusionsparternes konkurrenter. Intervenienterne bemærker endvidere, at sagsøgerne ikke har ført bevis for, at de i den anfægtede beslutning nævnte leverandører ikke udgør pålidelige alternativer.

— Rettens bemærkninger

84 Det bemærkes indledningsvis, at Kommissionen i betragtning 62-67 til den anfægtede beslutning gennemgik produktionskapaciteten og navnlig den overkapacitet, som forekom hos leverandørerne på markedet, herunder hos fusionsparternes mindre konkurrenter. Det fremgår af punkt 31 i retningslinjerne, at fusionsparternes kunder kan have vanskeligt ved at skifte til andre leverandører, når der kun er nogle få alternative leverandører, eller fordi der er betydelige omkostninger forbundet dermed, og at fusionen således kan påvirke disse kunders mulighed for at beskytte sig mod prisforhøjelser.

85 Det bør således kontrolleres, om Kommissionen undlod at følge retningslinjerne, da den lagde til grund, at mindre producenter var pålidelige alternative leverandører.

86 Det bemærkes for det første, at sagsøgerne under den administrative procedure har anført, at der manglede alternative leverandører, og at kun et begrænset antal producenter (Akzo, Hexion, Arizona, Respol og Cray Valley) var i stand til at fremstille harpiks, der var egnet til at blive anvendt til fremstilling af trykfarve (svar fra

Siegwerk på spørgsmål 12 og 15 på kundespørgeskemaet), at de samme fem virksomheder var hovedleverandører af kolofoniumharpiks i Europa (svar fra Flint på spørgsmål 36 på kundespørgeskemaet), og at der fandtes et meget begrænset antal leverandører (Akzo, Hexion, Arizona og Cray Valley) (svar fra Sun på spørgsmål 36 og 40 på kundespørgeskemaet).

87 Det er imidlertid allerede blevet klarlagt, at det fremgår af sagsakterne, at andre kunder også har angivet andre mindre leverandører som deres hovedleverandører (jf. præmis 71), at sagsøgerne også lader sig forsyne af mindre konkurrenter til fusionsparterne (jf. præmis 74), at de mindste virksomheder tilsammen har en betydelig markedsandel og råder over overkapacitet (jf. præmis 74), og endelig, at næsten alle fusionsparternes konkurrenter har angivet, at de med lethed ville være i stand til at fremstille hele sortimentet inden for kolofoniumharpiks (jf. præmis 76). Det må derfor konstateres, at sagsøgerne ikke har godtgjort, at Kommissionen ikke fulgte retningslinjerne, da den inkluderede fusionsparternes mindre konkurrenter i gruppen af pålidelige alternative leverandører. Vedrørende deres samlede markedsandel og deres overskudskapacitet kan det navnlig ikke på grundlag af oplysningerne i sagsakterne udelukkes, at de mindre konkurrenter i det mindste for så vidt angår de kunder, der har angivet dem som deres hovedleverandører, kan konkurrere med det fusionerede selskab.

88 Det skal for det andet bemærkes vedrørende Kommissionens tidligere beslutningspraksis, som sagsøgerne støtter sig på, at bedømmelsen af alternative leverandørers pålidelighed skal foretages på grundlag af de faktiske omstændigheder i hver enkelt sag. Følgelig kan de vurderinger, som Kommissionen har foretaget af faktiske omstændigheder i tidligere sager, ikke overføres til denne sag. Henset til de konstateringer, der er foretaget i de ovenstående præmisser, kan Kommissionen ikke kritiseres for ikke at have foretaget samme bedømmelse af de faktiske omstændigheder i denne sag og af dem, der forelå i de sager, hvortil der er foretaget henvisning (jf. i denne retning dommen i sagen General Electric mod Kommissionen, nævnt i præmis 61 ovenfor, præmis 118-120).

89 Endelig bemærkes, at selv om sagsøgerne gør gældende, at mange mindre konkurrenter er i stand til at levere til mange mindre kunder, men er ude af stand til at dække større behov, såsom sagsøgernes, har de imidlertid under mødet den 8. november 2006 bemærket, at de ikke anfægter den markedsdefinition, der er foretaget i den anfægtede beslutning. Følgelig skal bedømmelsen af de alternative leverandørers pålidelighed ikke foretages udelukkende i forhold til det behov, som store kunder, såsom sagsøgerne, hævder at have, men skal omfatte det behov, som udgøres af hele efterspørgslen på markedet. Dette argument overlapper i øvrigt det, som blev gennemgået i præmis 86 og 87, og bør derfor af samme grunde forkastes.

90 Henset til det ovenstående har sagsøgerne ikke godtgjort, at Kommissionen ikke fulgte retningslinjerne, da den lagde til grund, at fusionsparternes mindre konkurrenter var pålidelige alternative leverandører. Derfor bør dette klagepunkt forkastes.

Om det tredje klagepunkt, hvorefter Kommissionen ikke har fulgt retningslinjerne for så vidt angår fusionsparternes kunders mulighed for at skifte leverandør

— Parternes argumenter

91 Sagsøgerne gør gældende, at Kommissionen burde have undersøgt det fusionerede selskabs kunders mulighed for at skifte leverandør. For de virksomheder, der fremstiller farve, er det en kompleks proces at vende sig mod alternative leverandører, som kræver usædvanligt lang tid, således som det fremgår af sagsøgernes svar på

kundespørgeskemaet og de supplerende oplysninger, der er fremlagt. Sagsøgerne har angivet, at der på grund af laboratorieforsøg og supplerende produktionsprøver, som er nødvendige for at godkende en ny leverandør, normalt kræves en frist på [*fortroligt*] for at indføre en ny harpiks, men at processen for visse farvetyper kan tage mere end [*fortroligt*]. Selv om det antages, at der findes pålidelige alternative leverandører, kan kunderne således ikke »fremsætte troværdige trusler om inden for en rimelig tid at skifte til andre forsyningskilder, hvis leverandøren beslutter at forhøje priserne«, således som det er anført i retningslinjernes punkt 65. Kommissionen har imidlertid ikke taget sagsøgernes bemærkninger om vanskelighederne ved og mulighederne for at skifte leverandør i betragtning.

92 Hertil svarer Kommissionen, at sagsøgerne ikke på tilstrækkelig måde har underbygget deres argumenter, eftersom det, uanset at der for visse former for harpiks tilsyneladende kræves en lang frist, for andre former for harpiks er muligt at foretage et leverandørskifte inden for en kort frist. Særligt ville visse typer harpiks, der fremstilles af forskellige leverandører, kunne forhåndsgodkendes, hvilket ville tillade en hurtig substitution. Eftersom kontrakterne gennemsnitligt indgås for et tidsrum på et til tre år med en årlig genforhandling, og det tidsrum, der kræves til godkendelse, ifølge visse kunder varer [*fortroligt*], ville en prøveperiode på f.eks. seks måneder uden vanskelighed tillade et leverandørskifte. Endelig bemærker Kommissionen, at den i betragtning 21 og 60 til den anfægtede beslutning har taget hensyn til sagsøgernes erklæringer.

93 Intervenienterne understreger, at de store købere af harpiks og navnlig sagsøgerne, følger flere forsyningsstrategier, og at de derfor normalt godkender flere leverandører, når de godkender vigtige former for harpiks. De kan således hurtigt skifte leverandør for så vidt angår disse former for harpiks.

— Rettens bemærkninger

94 Det skal indledningsvis bemærkes, at det fremgår af betragtning 21 og 60 til den anfægtede beslutning, at Kommissionen inden for rammerne af definitionen af det relevante produktmarked og undersøgelsen af fusionens eventuelle ikke-koordinerede konkurrencebegrænsende virkninger tog de perioder, kontroller og tilpasninger, som set fra kundernes synsvinkel er nødvendige for substitution af visse typer kolofoniumharpiks med andre, samt fremstilling på bestilling af visse typer kolofoniumharpiks, i betragtning.

95 Det bør således kontrolleres, hvorvidt Kommissionen ikke fulgte retningslinjerne, idet den inden for rammerne af undersøgelsen af fusionens ikke-koordinerede virkninger, således som sagsøgerne har gjort gældende, undlod at foretage en gennemgang af de for fusionsparternes kunder forbundne vanskeligheder ved at skifte leverandør på grund af behovet for at godkende kolofoniumharpiksen.

96 For det første tyder sagsøgernes svar på kundespørgeskemaet på, at et leverandørskifte ikke er muligt med kort frist (svar fra Sun på spørgsmål 7 på kundespørgeskemaet), at det kan tage [*fortroligt*] (svar fra Flint på spørgsmål 13 på kundespørgeskemaet), [*fortroligt*] (svar fra Sun på spørgsmål 13 på kundespørgeskemaet) og [*fortroligt*] (svar fra Siegwerk på spørgsmål 7 og 13 på kundespørgeskemaet). Samtidig angiver sagsøgerne og Kommissionen, at forsyningskontrakternes løbetid i almindelighed varierer mellem tre måneder og tre år med årlig genforhandling for flerårige kontrakter. Eftersom godkendelsesperioderne og kontrakternes varighed varierer på dette punkt, kan de hævdede vanskeligheder forbundet med at overføre ordrer til andre leverandører, forudsat sådanne vanskeligheder overhovedet eksisterer, kun berøre en del af ordrerne, nemlig, i almindelighed, den kolofoniumharpiks, som ikke findes tilsvarende hos konkurrerende leverandører (jf. følgende præmis), og for

hvilke længere godkendelsesperioder er nødvendige. Således vedrører sagsøgernes argument under alle omstændigheder kun en del af det relevante marked.

97 Det skal for det andet bemærkes, at det fremgår af en skriftveksling pr. e-mail, som Sun har fremlagt under den administrative procedure, at [*fortroligt*]. Selv om Sun således under retsmødet argumenterede for, at det drejede sig om en hastende situation, fremgår det, at når der er behov herfor, kan godkendelse af visse former for kolofoniumharpiks, som er tilsvarende den, der benyttes af sagsøgerne, foregå inden for meget korte frister, hvilket tillader, at ordrer hurtigt kan overføres til andre leverandører. I denne henseende skal det ligeledes bemærkes, at næsten alle producenterne i deres svar på spørgsmål 25 på konkurrentspørgeskemaet har angivet, at de var i stand til at fremstille hele sortimentet inden for kolofoniumharpiks.

98 Det bemærkes for det tredje, at Sun som svar på spørgsmål 42 på kundespørgeskemaet har forklaret, at virksomheden for sine vigtigste produkter søgte at have to eller tre forhåndsgodkendte leverandører. Det bemærkes i denne henseende, at en forhåndsgodkendelse af kolofoniumharpiks fra flere leverandører til samme anvendelse gør det muligt at få forsyninger hos flere leverandører for så vidt angår samme eller tilsvarende harpiks og at foretage et hurtigt leverandørskift, hvis der er behov herfor. Det fremgår følgelig af sagsakterne fra den administrative procedure, at sagsøgerne ved forhåndsgodkendelse af flere leverandører kan overføre deres store ordrer på kolofoniumharpiks til andre leverandører inden for korte frister.

99 Af disse grunde bør det konstateres, at sagsøgerne ikke har godtgjort, at der foreligger de betydelige vanskeligheder ved at skifte leverandør, som de har gjort gældende for så vidt angår nødvendigheden af at godkende kolofoniumharpiksen, og som medfører, at kunderne ikke er i stand til at fremsætte troværdige trusler om inden for en rimelig tid at skifte til andre forsyningskilder, hvis det fusionerede selskab skulle beslutte at forhøje priserne på en konkurrencebegrænsende måde. Henset til alle de forhold, som parterne har gjort gældende, og som er blevet gennemgået

ovenfor, kan det følgelig ikke bebrejdes Kommissionen, at den ikke har udstrakt sin gennemgang videre end til i betragtning 21 og 60 til den anfægtede beslutning at tage substitutionsbegrænsninger for kolofoniumharpiks i betragtning. Eftersom sagsøgerens klagepunkt om, at der ikke er foretaget nogen gennemgang, ikke kan ændre Kommissionens konklusion, bør dette klagepunkt forkastes.

Om det fjerde klagepunkt vedrørende fejl vedrørende den disponible kapacitet på markedet

100 Sagsøgerne gør gældende, at Kommissionen burde have kontrolleret forekomsten af disponibel eller overskydende kapacitet på markedet. Det er sagsøgernes opfattelse, at Kommissionen undersøgte begrænsningerne i produktionskapaciteten og konkurrenternes mulighed for at øge deres produktionskapacitet, men at den drog en urigtig konklusion.

101 Det er i denne henseende tilstrækkeligt at konstatere, at sagsøgerne ved dette klagepunkt ikke hævder, at Kommissionen har tilsidesat retningslinjerne ved ikke at have foretaget en gennemgang af den disponible kapacitet på markedet, men kritiserer Kommissionen for at have begået fejl i forbindelse med denne gennemgang. Dette spørgsmål er omfattet af det andet anbringendes første led og vil blive behandlet i den forbindelse (jf. præmis 162 ff.).

Om det femte klagepunkt, hvorefter Kommissionen undlod at følge retningslinjerne for så vidt angår det fusionerede selskabs evne til at forhindre konkurrenterne i at ekspandere

— Parternes argumenter

102 Sagsøgerne gør gældende, at Kommissionen burde have foretaget en gennemgang af, hvorvidt det fusionerede selskab ville kunne forhindre konkurrenterne i at

ekspandere. De bestrider Kommissionens udtalelse, hvorefter flertallet af konkurrenterne, 11 ud af 13, er af den opfattelse, at fusionen ikke har konkurrencebegrænsende virkninger. De gør gældende, at Kommissionen var forpligtet til at angive grundene til, at den antog, at fusionsparterne ville blive udsat for et sådant pres, at de ikke ville forhøje priserne eller iværksætte andre foranstaltninger, der kunne skade konkurrencen.

103 Hertil svarer Kommissionen, at dette argument ikke er begrundet, og at det af sagsøgerne rejste spørgsmål har været genstand for længere overvejelser i betragtning 62-74 til den anfægtede beslutning.

— Rettens bemærkninger

104 Det skal indledningsvis bemærkes, at den anfægtede beslutning ikke indeholder nogen udtrykkelig gennemgang af det fusionerede selskabs evne til at forhindre konkurrenterne i at ekspandere.

105 Det bør således kontrolleres, om Kommissionen undlod at følge retningslinjerne ved ikke at have foretaget en gennemgang af det fusionerede selskabs evne til at forhindre konkurrenterne i at ekspandere.

106 Det skal i denne henseende bemærkes, at det i retningslinjernes punkt 36 er fastsat, at nogle planlagte fusioner ville kunne hindre den effektive konkurrence betydeligt, fordi det fusionerede selskab ville få en stilling, der ville gøre det i stand til at forhindre konkurrenterne i at ekspandere, og i så fald er konkurrenterne måske ikke

i stand til at lægge et sådant pres på det fusionerede selskab, at det ikke foretager konkurrenceskadelige foranstaltninger. En sådan situation kan opstå som følge af f.eks. kontrol over udbuddet af basismaterialer, distributionsmuligheder eller over patenter eller som følge af det omhandlede selskabs finansielle styrke.

107 Det må i denne sag konstateres, at sagsøgerne ikke har fremført noget forhold, som omhandlet i retningslinjernes punkt 36, til støtte for deres argument, hvorefter det fusionerede selskab indtager en stilling, der gør det i stand til at forhindre konkurrenterne i at ekspandere. Selv om sagsøgerne i en anden sammenhæng gør gældende, at det fusionerede selskab i kraft af dets størrelse, infrastruktur og erfaring kan opnå en forøget grad af kontrol over eller indflydelse på forsyningen med kolofoniumgummi og en forhandlingsstyrke, der er meget større end konkurrenternes (jf., præmis 148 nedenfor), har Kommissionen imidlertid bemærket, uden at dette er blevet bestridt af sagsøgerne, at det fusionerede selskab kun køber 5-10% af verdensproduktionen af kolofoniumgummi, hvilket ikke indebærer en betydelig købermagt (jf. præmis 154). Sagsøgerne har således ikke godtgjort, at det i denne sag påhvilede Kommissionen at foretage en gennemgang af spørgsmålet om, hvorvidt det fusionerede selskab ville besidde evnen til at forhindre konkurrenterne i at ekspandere.

108 Kommissionen har endvidere, som svar på anbringendet, hvorefter den skulle have været forpligtet til at anføre grundene til, at den antog, at de fusionerende parter ikke ville forhøje deres priser, med rette anført, at den anfægtede beslutning i betragtning 62-74 angiver grundene til, at Kommissionen har lagt til grund, at det fusionerede selskab vil være underlagt konkurrencemæssige begrænsninger, der vil forhindre det i at træffe konkurrencebegrænsende foranstaltninger.

109 Det kan på dette grundlag ikke bebrejdes Kommissionen, at den ikke har foretaget en gennemgang af det fusionerede selskabs evne til at forhindre konkurrenterne i at ekspandere. Da fraværet af den gennemgang, som sagsøgerne har krævet, ikke kan ændre Kommissionens konklusion, bør dette anbringende forkastes.

b) Om det tredje led, hvorefter Kommissionen ikke har fulgt retningslinjerne for så vidt angår den omtvistede fusions koordinerede virkninger

Parternes argumenter

110 Sagsøgerne gør gældende, at Kommissionen ikke har foretaget en korrekt gennemgang af fusionens mulige koordinerede virkninger. Ifølge sagsøgerne er Kommissionens gennemgang, der for en stor del støtter sig på de samme faktiske omstændigheder som dem, Kommissionen støttede sig på, da den fastslog, at der ikke ville opstå en dominerende stilling som følge af fusionen, utilstrækkelig. Hvis Kommissionen havde undersøgt de beviser, den havde til sin rådighed, på en objektiv og kritisk måde og fulgt retningslinjernes bestemmelser om bedømmelse af koordinerede virkninger, ville den have konkluderet, at størrelsen af fusionsparternes samlede markedsandele, det begrænsede antal pålidelige alternative leverandører, kapacitetsbegrænsningerne og fraværet af købermagt var tilstrækkelige indicier for en kollektiv dominerende stilling og et marked, der udviser visse kendetegn, der kan give anledning til koordinerede virkninger.

111 En bedømmelse af sagen i overensstemmelse med retningslinjerne ville have ført til en bedømmelse af, for det første, markedsaktørernes evne til på tilstrækkelig måde at overvåge, hvorvidt vilkårene for koordineringen var opfyldt, for det andet, om der forelå tilstrækkelige troværdige afskrækkelsesmekanismer, og, for det tredje, tredjemands reaktioner og dennes evne til at ændre de ved koordineringen forventede resultater. Selv hvis alle de aktører, som Kommissionen har nævnt i den anfægtede beslutning, var levedygtige konkurrenter, er markedet for kolofoniumharpiks yderst koncentreret, idet de fire største aktører besidder 60-90% heraf. Kommissionens tidligere beslutninger giver det indtryk, at når tre eller fire af de største leverandører repræsenterer 60% eller mere af salget, kan der være en risiko for en kollektiv dominerende stilling.

112 Det er Kommissionens opfattelse, at den kunne have begrænset sin argumentation til visse nøglespørgsmål, og at det var højst usandsynligt, at der i den foreliggende sag ville opstå koordinerede virkninger. Det understreges i betragtning 60 til den anfægtede beslutning, at markedet ikke er homogent, idet flertallet af kunderne køber bestemte typer kolofonium, der lejlighedsvis er fremstillet efter ordre, at der findes mange producenter på markedet, og at der ikke findes nogen symmetri for så vidt angår markedsandele, samt at den øgede indvirkning hidrørende fra producenter uden for EØS, såsom Arez (Kina), gav anledning til visse betænkeligheder hos producenterne. Kommissionen fastholder denne gennemgang og er af den opfattelse, at fraværet af homogenitet og gennemsigtighed indebærer, at det ikke er let at nå frem til en koordinering, og at det er vanskeligt at kontrollere konkurrenternes adfærd. Den omstændighed alene, at et begrænset antal aktører tilsammen repræsenterer en betydelig del af markedet, udgør ikke et tilstrækkeligt indicium for en konklusion, hvorefter der skulle foreligge en kollektiv dominerende stilling.

113 Intervenienterne er af den opfattelse, at de samme faktiske omstændigheder har betydning ved gennemgangen af både en fusions koordinerede og ikke-koordinerede virkninger. De bemærker derefter, at fusionen vil øge symmetrien mellem markedsandelene, hvilket i henhold til retningslinjerne og retspraksis (Rettens dom af 25.3.1999, sag T-102/96, Gencor mod Kommissionen, Sml. II, s. 753, præmis 134) vil gøre det mindre sandsynligt, at der er mulighed for, at virksomhederne vil gennemføre en koordinering. Endvidere udgør sagsøgernes anbringender om kundernes vanskeligheder ved at skifte leverandør og konkurrenternes manglende evne til at øge deres produktion, selv hvis dette lægges til grund, i henhold til retningslinjerne et indicium for, at der savnes incitament og evne til at straffe adfærd, der er i strid med koordinationen. Det kan således ikke forventes af Kommissionen, at den skal foretage en detaljeret gennemgang af de koordinerede virkninger.

Rettens bemærkninger

114 Det bemærkes indledningsvis, at Kommissionen støttede sin konklusion, hvorefter der forelå en begrænset risiko for, at fusionen skulle give anledning til en koordineret konkurrencebegrænsende adfærd, på fire omstændigheder. Den lagde for det første

til grund, at det relevante marked ikke var kendetegnet ved homogenitet for så vidt angår de solgte produkter, der lejlighedsvis blev fremstillet efter bestilling, for det andet, at markedet talte mange producenter, for det tredje, at markedsandelene var meget forskellige og, for det fjerde, at ca. 30% af de producenter, som havde deltaget i markedsundersøgelsen, havde udtrykt betænkeligheder vedrørende spørgsmålet om den voksende indvirkning hidrørende fra producenter uden for EØS, såsom Arez (Kina).

115 Det bør således kontrolleres, om Kommissionen ikke har fulgt retningslinjerne ved at have undladt at foretage en mere detaljeret gennemgang af fusionens eventuelle koordinerede virkninger.

116 Hvad for det første angår argumentet, hvorefter Kommissionen i henhold til retningslinjerne skal foretage en gennemgang af markedsaktørernes evne til at overvåge adfærd, der er i strid med betingelserne for en eventuel koordinering, forekomsten af troværdige afskrækkelsesmekanismer og tredjemands eventuelle reaktioner, skal det konstateres, at der i retningslinjerne er fastsat bestemmelse om gennemgang af disse forhold i punkt 49-51, 52-55 samt 56 og 57. Det bemærkes, at det i denne del af retningslinjerne også i punkt 44-48 betones, at det er nødvendigt, at der foreligger en fælles forståelse af koordineringsbetingelserne.

117 I retningslinjernes punkt 45 og 48 fremhæves for det første, at virksomhederne lettere kan nå en fælles forståelse af koordineringsvilkårene, hvis de er relativt symmetriske, særligt for så vidt angår omkostningsstruktur, markedsandele, kapacitetsniveau og graden af vertikal integration. Det fremgår også, at jo mindre kompliceret og ustabil den økonomiske ramme er, desto lettere er det for virksomhederne at nå til en fælles forståelse af koordineringsbetingelserne. F.eks. er en koordinering mellem et mindre antal virksomheder lettere end mellem et stort antal. Det er ligeledes lettere at koordinere priserne på et enkelt, homogent produkt, end når der findes hundredvis af priser på et marked, hvor der sælges mange forskellige produkter.

118 Det følger heraf, at de omstændigheder, at de solgte produkter ikke er homogene, at der er et stort antal virksomheder på markedet, og at fordelingen af markedsandele er asymmetrisk, udgør et indicium for, at det ikke er let for virksomhederne at opnå en fælles forståelse af betingelserne for en eventuel koordinering. Det bemærkes i denne henseende, at Kommissionen i betragtning 60 til den anfægtede beslutning har bemærket, at det relevante marked ikke var kendetegnet ved, at de solgte produkter var homogene, at det talte mange producenter og at sidstnævntes markedsandele var meget forskellige. Det følger heraf, at Kommissionen koncentrerede sin gennemgang om virksomhedernes mulighed for at nå en fælles forståelse af koordineringsbetingelserne, og at den uden dog at anføre dette udtrykkeligt på grundlag af disse forhold antog, at det var lidet sandsynligt, at virksomhederne skulle opnå en sådan fælles forståelse.

119 Det fremhæves for det andet i retningslinjernes punkt 49, at kun den troværdige trussel om rettidige og tilstrækkelige repressalier afholder de virksomheder, der koordinerer deres adfærd, fra at afvige fra betingelserne. Markederne må derfor være tilstrækkeligt gennemsigtige til, at disse virksomheder kan kontrollere i tilstrækkeligt omfang, om andre virksomheder afviger, således at de ved, hvornår de skal iværksætte repressalier. Kommissionen har i retningslinjernes punkt 50 udtrykt den opfattelse, at jo færre markedsdeltagere der er, jo større er gennemsigtigheden ofte på markedet, og at graden af gennemsigtighed også ofte afhænger af, hvordan transaktionerne gennemføres på et bestemt marked.

120 Det følger heraf, at den omstændighed, at der findes mange producenter, og at de solgte produkter ikke er homogene, særligt når de fremstilles for kunderne efter ordre, tyder på, at der foreligger en ringe grad af gennemsigtighed på markedet, og at det derfor er vanskeligt at føre kontrol med, om andre virksomheder afviger. Det bemærkes i den henseende, at Kommissionen i betragtning 60 til den anfægtede beslutning bemærkede, at det relevante marked ikke var kendetegnet ved, at de solgte produkter var homogene, idet den præciserede, at de lejlighedsvis blev fremstillet for kunderne efter ordre, og at markedet talte mange producenter. Kommissionen

har følgelig foretaget en bedømmelse af aktørernes evne til at kontrollere, hvorvidt koordineringsbetingelserne respekteres, og lagde på grund af disse omstændigheder til grund, uden dog at anføre det udtrykkeligt, at det i denne sag var vanskeligt at kontrollere, hvorvidt virksomhederne afveg.

121 Kommissionen bemærkede endvidere i betragtning 60 til den anfægtede beslutning, at ca. 30% af de producenter, der deltog i markedsundersøgelsen, havde udtrykt betænkeligheder vedrørende den stigende indvirkning fra producenter uden for EØS, såsom Arez. Det bemærkes i denne henseende, at deres indvirkning på markedet kan gøre opnåelsen af en fælles forståelse af koordineringsbetingelserne og kontrollen med afvigelser endnu mere vanskelig.

122 På denne baggrund kan Kommissionen ikke bebrejdes, at den ikke fulgte retningslinjerne, da den lagde til grund, dels at der kun fandtes en lille risiko for, at der efter fusionen ville blive udvist en konkurrencebegrænsende adfærd, dels at der ikke var grundlag for at foretage en gennemgang af afskrækkelsesmekanismer eller tredjemands reaktioner.

123 For det andet skal det bemærkes vedrørende argumentet, hvorefter fusionsparternes samlede markedsandele, manglen på pålidelige alternative leverandører, den begrænsede kapacitet og fraværet af købermagt var udtryk for en kollektiv dominerende stilling, at disse forhold ikke er blandt de forhold, som i henhold til retningslinjerne er relevante ved bedømmelsen af en fusions eventuelle koordinerede virkninger.

124 Det fremgår særligt af retningslinjerne, at købermagt er en faktor, der skal tages i betragtning ved bedømmelsen af, hvorvidt fusionsparternes kunder har en modstående købermagt, og spørgsmålet om, hvorvidt kapaciteten er begrænset, har alene betydning ved en bedømmelse af de ikke-koordinerede virkninger. Kommissionen

har under alle omstændigheder i betragtning 62-67 til den anfægtede beslutning konstateret, at der forelå en overkapacitet, og i betragtning 69, at kunderne rådede over en betydelig købermagt. For så vidt som sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen har foretaget en urigtig bedømmelse i denne henseende, vil disse forhold blive gennemgået inden for rammerne af det andet anbringende (jf., præmis 162 ff. og præmis 206 ff. nedenfor).

125 Endvidere gør hverken fusionsparternes samlede markedsandel på [40-50]%, eller den hævdede mangel på pålidelige leverandører det sandsynligt, at virksomheder på det relevante marked samordner deres adfærd. Det er desuden allerede blevet konstateret, at sagsøgerne ikke har godtgjort, at mindre leverandører ikke udgjorde et pålideligt alternativ (jf. præmis 84 ff.). Det, som kan udledes af retningslinjernes punkt 17 angående det fusionerede selskabs markedsandel, er genstand for gennemgangen i præmis 135 ff. nedenfor.

126 Hvad for det tredje angår argumentet om, at den omstændighed, at de fire største aktører tilsammen har markedsandele på mellem 60 og 90%, tyder på, at der findes en risiko for en kollektiv dominerende stilling, fremgår det af den fortrolige udgave af den anfægtede beslutning, at fusionsparterne, Cray Valley og Arizona tilsammen har [*fortroligt*]% af markedet og [*fortroligt*]% med Respol. Det skal i denne henseende bemærkes, at det ganske vist er nødvendigt for at bevise, at der er en risiko for en kollektiv dominerende stilling, at det godtgøres, at der foreligger en betydelig kollektiv markedsandel. Imidlertid medfører en betydelig kollektiv markedsandel ikke i sig selv, at der foreligger en kollektiv dominerende stilling. Som det fremgår af retningslinjerne, er det et krav, at markedsvilkårene bidrager til at skabe en sådan stilling. Det er imidlertid i denne sag allerede blevet fastslået, at Kommissionen ikke kan bebrejdes ikke at have fulgt retningslinjerne, da den lagde til grund, at det på grund af vanskelighederne forbundet med at opnå koordinering og føre kontrol hermed, var lidet sandsynligt, at der som følge af fusionen skulle opstå konkurrencebegrænsende adfærd (jf., præmis 115-122 ovenfor).

127 For det fjerde bemærkes angående argumentet, hvorefter Kommissionens tidligere beslutninger giver det indtryk, at der findes en risiko for en kollektiv dominerende stilling, når tre eller flere store leverandører repræsenterer 60% eller mere af salget, for det første, at sagsøgerne ikke har henvist til nogen bestemt tidligere beslutning, for det andet, at det fremgår af ovenstående, at en betydelig kollektiv markedsandel ikke i sig selv er tilstrækkelig til at fastslå, at der foreligger en sådan stilling, og, for det tredje, at Kommissionen ikke i denne sag kan kritiseres for ikke at have fulgt retningslinjerne, da den lagde til grund, at det var lidet sandsynligt, at der som følge af fusionen skulle opstå en koordineret konkurrencebegrænsende adfærd (jf., præmis 115-122 ovenfor).

128 Endelig skal det bemærkes for så vidt angår den kritik, sagsøgerne har rettet mod Kommissionen, hvorefter den i vidt omfang har støttet sin gennemgang af fusionens eventuelle koordinerede virkninger på de samme omstændigheder, som lå til grund for dens antagelse, hvorefter fusionen ikke førte til en dominerende stilling, at de samme faktiske omstændigheder kan være relevante i forhold til flere forskellige aspekter, når Kommissionen foretager en bedømmelse af en fusions eventuelle virkninger, og at den omstændighed, at de tages i betragtning i flere sammenhænge, således ikke har nogen indflydelse på deres relevans i de respektive sammenhæng. Det er i denne sag tilstrækkeligt at bemærke, at det fremgår af de overvejelser, som der er redegjort for ovenfor i præmis 115-122, at Kommissionen har støttet sin gennemgang af fusionens eventuelle koordinerede virkninger på faktiske omstændigheder, der var relevante for denne gennemgang.

129 Det skal herefter konstateres, at sagsøgerne ikke har godtgjort, at Kommissionen ikke fulgte retningslinjerne, da den ikke foretog en mere detaljeret gennemgang af fusionens eventuelle koordinerede virkninger. Anbringendets led herom bør derfor forkastes.

c) Om det første led, hvorefter Kommissionen ikke fulgte retningslinjerne vedrørende markedsandele og koncentrationsgrad

Parternes argumenter

130 Sagsøgerne gør gældende, at selv om Kommissionen med rette fastslog, at fusionen ville føre til et fusioneret selskab bestående af den største og den næststørste aktør på markedet for kolofoniumharpiks med en meget betydelig samlet markedsandel på 40-50%, hvilket er et tegn på en dominerende stilling (dommen i sagen BaByliss mod Kommissionen, nævnt i præmis 55 ovenfor, præmis 329), mens den tredje- og fjerdestørste aktør på markedet blot har hver en markedsandel på 10-20%, drog den ikke de konklusioner, som følger af dens egne retningslinjer (præmis 16-21). Kommissionen tog heller ikke koncentrationsgraden på det relevante marked i betragtning, selv om det er en oplysning, som er væsentlig for bedømmelsen af konkurrencevilkårene på et marked. I denne sag ville det være fremgået, at den ændrede koncentrationsgrad, som fusionen indebærer, ville udgøre et egentligt problem, såfremt Kommissionen havde taget denne omstændighed i betragtning på behørig vis.

131 Hertil svarer Kommissionen, at det i henhold til retningslinjernes punkt 17 kun er en markedsandel på 50% eller mere, der peger i retning af en dominerende stilling. Endvidere indebærer retningslinjernes punkt 21 ikke, at koncentrationsgrader over disse vejledende værdier automatisk medfører konkurrencemæssige problemer. Det er således ikke nødvendigt at undersøge koncentrationsgraderne, når der findes andre særlige omstændigheder, som fører til den konklusion, at der ikke foreligger nogen egentlige betænkeligheder.

132 Intervenienterne fremhæver, at markedsandelene og koncentrationsgraderne kun udgør udgangspunktet for Kommissionens gennemgang. Det spørgsmål, som var rejst i dommen i sagen BaByliss mod Kommissionen, nævnt i præmis 55 ovenfor, var i øvrigt ikke, hvorvidt Kommissionen forudsætningsvis burde have antaget,

at en markedsandel på over 40% kunne medføre en dominerende stilling. Retten fastslog endvidere i dom af 27. november 1997, Kaysersberg mod Kommissionen (sag T-290/94, Sml. II, s. 2137, præmis 179), at en markedsandel på 43,2% ikke var tilstrækkeligt til at skabe en dominerende stilling, når de to andre væsentlige konkurrenter havde markedsandele på 24,5% og 13,4%.

Rettens bemærkninger

133 Det bemærkes indledningsvis, at Kommissionen redegjorde for de forskellige leverandørers markedsandele i betragtning 51-53 til den anfægtede beslutning, men at den ikke foretog nogen bedømmelse af disse markedsandele i forhold til de i retningslinjernes punkt 17 opstillede kriterier og heller ikke foretog nogen beregning af Herfindahl-Hirschmanns indeks (herefter »HHI«) med henblik på at sammenligne indekset med de værdier, der er anført i retningslinjernes punkt 19-21.

134 Retten skal således kontrollere, om Kommissionen tilsidesatte retningslinjerne, da den i den anfægtede beslutning undlod at foretage en gennemgang af dels markedsandelene, sammenholdt med de i retningslinjernes punkt 17 anførte kriterier, dels koncentrationsgraderne.

135 Det skal for det første vedrørende markedsandelene bemærkes, at det i henhold til retningslinjernes punkt 17 kun er en meget stor markedsandel på 50% eller mere, der i sig selv kan udgøre bevis for en dominerende stilling på markedet. En lavere markedsandel kan i henhold til samme punkt i retningslinjerne skabe konkurrencemæssige problemer på grund af andre faktorer, såsom antallet af konkurrenter og deres styrke, kapacitetsbegrænsninger eller det forhold, at fusionsparternes produkter er nære substitutionsprodukter. Det følger heraf, at gennemgangen af markedsandelene i denne sag ikke i sig selv godtgjorde, at der forelå en dominerende

stilling, eftersom det fusionerede selskab kun havde [40-50]% af markedet. Det er derfor nødvendigt at gennemgå de andre faktorer, som er anført i retningslinjernes punkt 17, for efter en helhedsvurdering at afgøre, hvorvidt der er omstændigheder, der tyder på, at der foreligger en dominerende stilling. Det fremgår af undersøgelsen af anbringendets andet og tredje led, at de øvrige faktorer, der er anført i retningslinjernes punkt 17, og som sagsøgerne har fremhævet i denne sag, heller ikke tyder på, at det fusionerede selskab ville indtage en dominerende stilling.

136 For så vidt angår henvisningen til dommen i sagen BaByliss mod Kommissionen, nævnt i præmis 55 ovenfor (præmis 329), bemærkes, således som intervenienterne har anført, at det i den sag omhandlede spørgsmål ikke var, hvorvidt en markedsandel, som var større end 40%, kunne skabe en dominerende stilling, men om Kommissionen ved fastsættelse af tærskelværdien i den sag havde foretaget en passende bedømmelse af andre faktorer. Intervenienterne har endvidere med rette anført, at det af en anden sag fremgår, at det ikke er sikkert, at en markedsandel på 43,2% er tilstrækkeligt til at skabe en dominerende stilling (dommen i sagen Kaysersberg mod Kommissionen, nævnt i præmis 132 ovenfor, præmis 179). Det følger heraf, at spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en dominerende stilling i hver enkelt sag, skal afgøres på grundlag af sagens omstændigheder, og at den bedømmelse, som Kommissionen foretog af de faktiske omstændigheder i forbindelse med den fusion, der gav anledning til dommen i sagen BaByliss mod Kommissionen, nævnt i præmis 55 ovenfor (præmis 329), ikke kan overføres på denne sag.

137 For det andet skal det for så vidt angår koncentrationsgrader bemærkes, at retningslinjernes punkt 19-21 i det væsentlige angiver de HHI-værdier, hvorunder en fusion efter al sandsynlighed ikke medfører nogen konkurrencemæssige problemer. Det er således Kommissionens opfattelse, at det er usandsynligt, at en fusion vil medføre horisontale konkurrencemæssige problemer på et marked med et HHI efter fusionen på mellem 1 000 og 2 000 og et delta under 250, eller et HHI efter fusionen på over 2 000 og et delta under 150, medmindre der foreligger særlige omstændigheder. I henhold til retningslinjernes punkt 16 beregnes HHI som summen af kvadraterne på alle virksomhedernes individuelle markedsandele.

138 Det skal i denne sag indledningsvis bemærkes, at sagsøgerne ikke har uddybet deres argument vedrørende HHI-værdierne, selv om de fra Kommissionens svarskrift havde kendskab til de præcise markedsandele, som var fastlagt i den anfægtede beslutning. Under alle omstændigheder viser beregningen af HHI på grundlag af disse oplysninger, at indekset gik fra [*fortroligt*] før fusionen til [*fortroligt*] efter fusionen, hvilket udgør et delta på [*fortroligt*]. Disse værdier tyder givetvis på, at fusionens virkninger på markedet overstiger de HHI-grænseværdier, hvorunder det i princippet er udelukket, at fusionen giver anledning til konkurrencemæssige problemer. I andet punktum i retningslinjernes punkt 21 præciseres det imidlertid, at en overskridelse af disse grænseværdier ikke giver anledning til en formodning for, at der foreligger konkurrencemæssige problemer. Det må imidlertid lægges til grund, at jo mere disse grænseværdier overskrides, desto større er sandsynligheden for, at der foreligger konkurrenceproblemer.

139 Det følger heraf, at HHI-værdien efter fusionen ikke giver nogen klar idé om, hvorvidt der i denne sag foreligger konkurrencemæssige problemer, eftersom den ikke klart overskrider HHI-grænseværdien på 2 000. Kun deltaet overskrider klart den tilsvarende HHI-grænseværdi. Denne værdi er imidlertid den eneste, der tyder på, at der foreligger konkurrencemæssige problemer, eftersom hverken markedsandelene eller de faktorer, som er blevet undersøgt inden for rammerne af anbringendets andet og tredje led, tyder på konkurrencemæssige problemer. Herefter kan det ikke antages, at Kommissionen har tilsidesat retningslinjerne ved at lægge til grund, at det ikke var fornødent at foretage en undersøgelse af koncentrationsgraden i den anfægtede beslutning.

140 Det skal endelig bemærkes, at det i retningslinjernes punkt 14 er anført, at markedsandele og koncentrationsgraden ofte giver nyttige første indikationer om såvel markedsstrukturen som fusionsparterne, men bestemmelsen pålægger ikke Kommissionen at behandle disse elementer i alle dens beslutninger.

141 Det følger af det ovenstående, at Kommissionen ikke kan kritiseres for ikke i den anfægtede beslutning at have foretaget en gennemgang af koncentrationsgraden og markedsandelene i forhold til de kriterier, der er anført i retningslinjernes punkt 17. Da fraværet af en sådan analyse ikke kan ændre Kommissionens konklusion, bør dette led forkastes.

142 Det følger af det anførte, at det første anbringende bør forkastes.

3. *Om det andet anbringende vedrørende en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder og urigtige skøn*

143 Det andet anbringende omfatter fire led, hvorved sagsøgerne gør gældende, at Kommissionens gennemgang af fusionens ikke-koordinerede virkninger er behæftet med fejl vedrørende, for det første, den disponible kapacitet på markedet for kolofoniumharpiks, som er bestemt til anvendelse inden for trykfarvesektoren, for det andet, arten og omfanget af kundernes vertikale integration, for det tredje, virkningerne af betydelige prisforhøjelser på råvarer og, for det fjerde, kundernes hævdede modstående købermagt. Inden for rammerne af de argumenter, sagsøgerne fremførte i forbindelse med dette anbringendes første og fjerde led, gjorde de ligeledes gældende, at Kommissionens konklusioner var utilstrækkeligt begrundede, hvilket vil blive behandlet i præmis 218 ff. nedenfor.

a) Om det første led angående fejl ved bedømmelsen af den disponible kapacitet på markedet

Parternes argumenter

144 Sagsøgerne er af den opfattelse, at Kommissionens bedømmelse af fusionsparternes konkurrenters overkapacitet er utilstrækkeligt begrundet og forbundet med åbenbart

urigtige skøn, eftersom Kommissionen ikke undersøgte adgangen til råvarer til fremstilling af kolofoniumharpiks. Betydningen af denne adgang fremgår af retningslinjernes punkt 71, litra b), og Kommissionens beslutningspraksis. Manglen på råvarer forhindrer konkurrenterne i at øge deres produktion og udgør en barriere for adgang til og ekspansion på markedet.

145 I sin tidligere beslutningspraksis har Kommissionen ifølge sagsøgerne fastslået, at væsentlige konkurrencemæssige problemer kan opstå som følge af mangel på disponibel kapacitet eller et utilstrækkeligt antal kvalificerede konkurrenter, og den har undersøgt, om konkurrenterne rådede over en tilstrækkelig reservekapacitet til at dække en stor del af salget, om de kunne frigøre en sådan kapacitet, og om eventuelle konkurrenter kunne bidrage med reservekapacitet (Kommissionens beslutning 2006/171/EF af 3.5.2005 om en fusions forenelighed med fællesmarkedet og EØS-aftalen (sag COMP/M.3178 — Bertelsmann/Springer/JV) (EUT L 61, s. 17, herefter »Bertelsmann/Springer/JV-beslutningen«)). Kommissionen har foretaget grundige undersøgelser af alternative leverandørers adgang til de råvarer, der kræves for, at de skal kunne konkurrere med det fusionerede selskab, idet den har understreget og foretaget grundig undersøgelse af behovet for adgang til nødvendige ressourcer (Bertelsman/Springer/JV-beslutningen), ubesværet adgang til råvarer (Kommissionens beslutning af 29.3.2006 om en fusions forenelighed med fællesmarkedet og EØS-aftalen (sag COMP/M.3975 — Cargill/Degussa Food Ingredients), herefter »Cargill/DFI-beslutningen«), adgang til væsentlige komponenter (Kommissionens beslutning 96/177/EF af 19.7.1995 om en fusions uforenelighed med fællesmarkedet og med EØS-aftalen (sag IV/M.490 — Nordic Satellite Distribution) (EFT L 53, s. 20, herefter »Nordic Satellite Distribution-beslutningen«)), adgang til øgede forsyninger (Kommissionens beslutning 2000/42/EF af 9.3.1999 om en procedure i henhold til fusionsforordningen (sag IV/M.1313 — Danish Crown/Vestjyske Slagterier) (EFT 2000 L 20, s. 1, herefter »Danish Crown/Vestjyske Slagterier-beslutningen«)) og andre aspekter, såsom den geografiske placering, den tilgængelige infrastruktur, transportomkostninger, driftsomkostninger, politisk stabilitet, tilgængelige arealer til udvidelse af fabrikker og en begrænset adgang til forsyninger (Alcoa/Reynolds-beslutningen, nævnt i præmis 80 ovenfor).

146 I den anfægtede beslutning fulgte Kommissionen ikke sin tidligere beslutningspraksis og så bort fra, tilsidesatte eller forkastede de beviser, som sagsøgerne fremlagde, uden at give begrundelse herfor. Sagsøgerne anførte over for Kommissionen, at der på markedet for kolofoniumharpiks var kapacitetsbegrænsninger, at de hvert år gjorde sig store anstrengelser for at sikre de leverancer, som de havde behov for til fremstilling af farver til trykning, og at det var vanskeligt at opnå tilsagn fra leverandører vedrørende de nødvendige mængder, eftersom leverandørernes produktionskapacitet faldt. Sagsøgerne anførte endvidere, at kapaciteten er det eneste relevante kriterium ved indgåelsen af en leveranceaftale, at de var nødsagede til at inddrage det fusionerede selskab i deres kreds af leverandører, eftersom de øvrige leverandører ikke var i stand til at levere de mængder, som de havde behov for, at manglen på råvarer udgjorde en stor hindring for at komme ind på markedet, at de i den nære fortid havde haft alvorlige forsyningsproblemer på grund af manglende adgang til råvarer, og at en konkurrerende leverandør havde været nødsaget til at indstille produktionen af visse former for kolofoniumharpiks på grund af mangel på råvarer.

147 Kommissionen tog ganske vist i den anfægtede beslutning de supplerende bemærkninger fra Sun, der bl.a. bidrog med et konkret eksempel på forsyningsmangler, i betragtning. Den drog imidlertid ikke de rette konklusioner, idet den henregnede denne mangel til tekniske vedligeholdelsesforanstaltninger og ikke til en generel mangel på produktionskapacitet på hele markedet. Kommissionen foretog heller ikke en fornyet undersøgelse heraf efter at have drøftet spørgsmålet med fusionsparterne, og den gav ingen forklaring på, hvordan et isoleret teknisk problem hos en leverandør kunne føre til, at denne helt nægtede at levere til en kunde, selv om alle leverandører ifølge Kommissionen havde overkapacitet. Det blev således heller ikke forklaret, hvordan Kommissionen kunne konkludere, at »[d]en omhandlede kunde tilsyneladende [havde kunnet] finde en alternativ forsyningskilde, hvilket [havde] mindsket virkningen af denne uventede mangel«. Der var ikke blevet givet nogen oplysning herom til Kommissionen, og den havde ikke taget kontakt til Sun med henblik på at kontrollere denne udtalelse.

148 Sagsøgerne henholder sig endvidere til de e-mails, som er blevet fremlagt under den administrative procedure, og som viser, at Hexion selv har været mødt af problemer med virksomhedens produktionskapacitet, eftersom virksomheden, da den ikke var i stand til at producere de efterspurgte mængder, havde foretaget lodtrækning blandt sine kunder. Sagsøgerne gør for så vidt angår manglen på råvarer også gældende, at det fusionerede selskab i kraft af dets størrelse, infrastruktur og erfaring kan opnå en høj grad af kontrol over eller indflydelse på leverancerne af kolofoniumgummi, og at dette i endnu højere grad er til ulempe for de små leverandører, som ikke kan måle sig med Hexions og Akzos størrelse og styrke. Det er uundgåeligt, at konkurrerende virksomheders eventuelle ekspansion bliver endnu vanskeligere eller endog umulig. Kommissionen har heller ikke forsøgt at afgøre, hvorvidt den samlede forhandlingsstyrke for Hexion og Akzo i forhold til kolofoniumgummileverandørerne kunne være væsentligt større end deres konkurrenters, eller hvilken virkning dette ville have på markedet.

149 Sagsøgerne gør gældende, at tre dokumenter, som er tilgængelige på internettet, bekræfter manglen på råvarer i løbet af årets sidste måneder samt sagsøgernes vurdering af industriens dynamik. Ifølge sagsøgerne har en af Hexions chefer for »harpiks«-produkter i en nylig rapport, der er blevet offentliggjort af *Ink World Magazine*, erklæret, at det væsentligste problem, som harpiksindustrien for tiden står over for, er den ustabile adgang til nøglematerialer og den tilsvarende stigning i omkostningerne hertil, samt at de afgørende problemer set fra Hexions synsvinkel var stigningen i omkostningerne og manglen på harpiksolie og kolofoniumgummi. Ifølge sagsøgerne bekræfter en fælles udtalelse fra Megara og Resinall, der er dateret den 2. august 2006, på samme måde, at forsyningssituationen var meget vanskelig, eftersom de oplyste, at industrien i løbet af dette år var blevet konfronteret med uhørte udfordringer, herunder mangel på råvarer og omkostningsstigninger, at den seneste tids udvikling, når den mest aktive tid på året nærmede sig, indebar, at det var endnu mere sandsynligt, at der ville opstå andre forstyrrelser af forsyningen, og at Resinall som følge heraf indtil videre ikke ville godkende nye kunder eller nye ordrer, og at virksomheden ville træffe alle nødvendige foranstaltninger for at undgå at gøre brug af kvoter. Endelig fremgår det af virksomheden DRT's internethjemmeside, at de seneste nyheder fra Kina vedrørende råvarer viser, at situationen fortsat er meget vanskelig.

150 Sagsøgerne understreger i øvrigt, at selv om rapporten om harpiks og erklæringen fra Megara og Resinall ikke var tilgængelige den 29. maj 2006, er det forbavsende, at Kommissionen ikke, inden den vedtog den anfægtede beslutning, havde bemærket det mindste tegn på, at der forekom mangel på råvarer. Selv om det i den anfægtede beslutning er bemærket, at Megara og DRT råder over reservekapacitet på henholdsvis 5 000 ton (svarende til 50% af virksomhedens produktionskapacitet og 1 000 ton (svarende til 6% af virksomhedens produktionskapacitet), erklærede Megara, at virksomheden frygtede, at den ikke ville være i stand til at opfylde sine nuværende forpligtelser. Ifølge sagsøgerne står DRT også over for alvorlige forsyningsproblemer.

151 Sagsøgerne stiller også spørgsmål ved den metode, Kommissionen har anvendt ved bedømmelsen af kapaciteten. Selv om Kommissionen har erkendt, at efterspørgslen er sæsonbetinget, hvilket indebar forsyningsproblemer på grund af kapacitetsbegrænsninger, tog den ikke den omstændighed i betragtning, at en industri, der er kendetegnet ved overkapacitet, må være i stand til at anvende denne kapacitet til at opfylde sine kunders ordrer i perioder med stærk efterspørgsel.

152 Sagsøgerne har konkluderet, at de oplysninger, Kommissionen rådede over, ikke kunne underbygge dens konklusion, hvorefter »flertallet af kunderne har medgivet, at der var overkapacitet på markedet«. Det er sagsøgernes opfattelse, at Kommissionens udtalelse, hvorefter »fem ud af syv kunder havde anført, at markedet ikke [havde] overskydende produktionskapacitet«, og »to andre kunder ikke tog stilling hertil« er fejlagtig, eftersom alle sagsøgerne har erklæret, at der var kapacitetsbegrænsninger på markedet.

153 Kommissionen bemærker for det første, at sagsøgerne ikke bestrider, at fusionsparternes konkurrenter havde en overkapacitet på mindst 19,5% af den samlede produktion på markedet og på 41%, hvis parternes vurdering vedrørende de producenter, som ikke har besvaret dette spørgsmål, tages i betragtning.

154 Det er for det andet Kommissionens opfattelse, at sagsøgernes argument rent principielt er fejlagtigt, eftersom mangel på råvarer på et marked vil påvirke alle leverandørerne på samme måde. Konkurrencebegrænsende virkninger opstår kun, hvis det fusionerede selskab får præferencemæssig adgang til råvarer, der således giver det mulighed for at begrænse konkurrenternes adgang hertil. Sagsøgerne har imidlertid ikke gjort gældende, at dette er tilfældet, og der foreligger intet, der peger i den retning. Det fremgår af et dokument, som Kommissionen har hentet på internettet, at kun 25% af den samlede mængde kolofonium anvendes til at fremstille harpiks til trykfarver. Det fusionerede selskab har således i kraft af sin globale markedsandel på [20-30]% vedrørende kolofoniumharpiks (betragtning 53 til den anfægtede beslutning) kun mulighed for at købe mellem 5 og 10% af den globale kolofoniumproduktion, hvilket ikke er udtryk for en stærk købermagt.

155 For det tredje kunne det ikke på grundlag af markedsundersøgelsen antages, at mangel på råvarer har udgjort en barriere for produktionsforøgelse. Selv om Kommissionen ikke udtrykkeligt har spurgt fusionsparternes konkurrenter, om de har haft problemer med at anskaffe visse typer kolofonium, er det dens opfattelse, at såfremt virksomhederne havde stået over for mangel på visse typer kolofonium, burde de have givet oplysning herom i forbindelse med deres svar på spørgsmål 39 og 40 på konkurrentspørgeskemaet, hvis de var af den opfattelse, at denne mangel udgjorde en væsentlig hindring for fremstillingen af harpiks. Dette var imidlertid ikke tilfældet. Kommissionen fremhæver også, at den eneste kunde, der har rejst problemet vedrørende mangel på råvarer under den administrative procedure, er Siegwerk. Hverken Flint eller Sun har under den administrative procedure nævnt dette problem, der af dem nu opfattes som et nøgleelement ved fusionens bedømmelse. Endvidere tyder de oplysninger, som blev givet til Kommissionen angående [*fortroligt*], på henholdsvis tekniske problemer og foranstaltninger til vedligeholdelse af reaktorerne. De indeholder ikke nogen henvisning til mangel på råvarer.

156 For så vidt angår de publikationer, som sagsøgerne henviser til, bemærker Kommissionen for det fjerde, at lovligheden af de anfægtede retsakter skal bedømmes på grundlag af de faktiske og retlige omstændigheder, der forelå på det tidspunkt, da

retsakterne blev vedtaget. Det er endvidere Kommissionens opfattelse, at en grundig undersøgelse af disse dokumenter viser, at ingen af dem tyder på mangel på råvarer, der har hindret stigningen i produktion af kolofoniumharpiks.

157 For det femte har Kommissionen for så vidt angår dens tidligere beslutningspraksis anført, at disse sager vedrørte faktiske omstændigheder, der var meget forskellige fra dem, der foreligger i denne sag, og at de følgelig ikke har nogen betydning i forhold til denne sag.

158 Endelig bemærker Kommissionen, at Siegwerk i sit svar på spørgsmål 35 og 39 på kundespørgeskemaet har oplyst, at virksomheden var af den opfattelse, »at der [var] en vis overkapacitet på markedet«.

159 Intervenienterne bemærker, at prisen på kolofonium var steget kraftigt på tidspunktet for fusionen på grund af en midlertidig nedgang i udbuddet i forhold til efterspørgslen, hvilket var en følge af en kombination af lagre, der som udgangspunkt var små, dårligt vejr, der forsinkede kolofoniumhøsten, og spekulation, men det var imidlertid muligt at anskaffe kolofonium til markedspris, og priserne faldt efterfølgende atter. Intervenienterne har under henvisning til et møde med Sun, der fandt sted efter vedtagelsen af den anfægtede beslutning, gjort gældende, at sagsøgerne var bekendt med denne omstændighed ved søgsmålets anlæggelse.

160 For så vidt angår de to publikationer, som sagsøgerne henviser til, anfører sagsøgerne, at de heri indeholdte erklæringer er uden betydning, da de ikke har nogen forbindelse til fremstilling af kolofoniumharpiks i Europa. I den tredje publikation er det angivet, at Arez har påbegyndt bygningsarbejder i Kina inden for rammerne af et projekt, der har til formål at fordoble virksomhedens produktionskapacitet, hvilket tyder på, at denne virksomhed var overbevist om, at den ville have adgang til

de nødvendige råvarer. Disse publikationer og en produktions- og salgsaftale mellem Megara og Resinall var eksempler på nye aktørers indtræden på markedet, der viser, at adgangs- og ekspansionsbarriererne er svage.

161 Endelig foreligger der ingen faktiske omstændigheder til støtte for konklusionen, hvorefter det fusionerede selskab ville kunne få præferencemæssig adgang til råvarer. Tværtimod udtrykte Sun på et møde den 7. april 2006 betænkeligheder vedrørende den omstændighed, at Hexion i modsætning til denne virksomheds konkurrenter ikke var aktiv i de foregående led på markedet for kolofonium.

Rettens bemærkninger

162 Med anbringendets første led rejser sagsøgerne i virkeligheden to klagepunkter vedrørende, for det første, fejl begået af Kommissionen, da den konkluderede, at der forelå overskudskapacitet på markedet og, for det andet, fejl begået af Kommissionen, idet den ikke i den anfægtede beslutning foretog en gennemgang af hverken adgangen til de for fremstilling af kolofonium nødvendige råvarer, eller den hævdede mangel på disse råvarers virkning på kapacitetsudnyttelsen.

— Om det første klagepunkt vedrørende fejl angående overskudskapaciteten på markedet

163 Det bemærkes indledningsvis, at Kommissionen i betragtning 63-67 til den anfægtede beslutning har lagt til grund, at markedet var kendetegnet ved overskudskapacitet.

164 Det bør således undersøges, om Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn, da den lagde til grund, at der forelå overkapacitet på markedet.

165 Det fremgår for det første, for så vidt angår de hævdede generelle og sæsonbetingede begrænsninger, af sagsakterne i den administrative procedure, at sagsøgerne har angivet, at der findes hindringer på markedet, som begrænser produktionskapaciteten, at leverandørernes kapacitet eventuelt er faldende, og at Sun hvert år har gjort sig betydelige anstrengelser for at sikre de forsyninger, virksomheden har brug for, navnlig i perioden fra september til december, hvor den sæsonbetingede efterspørgsel var betydelig, og at de eksisterende producenters kapacitet var utilstrækkelig (svar fra Flint på spørgsmål 40 og fra Sun på spørgsmål 39 på kundespørgeskemaet). Endvidere har Sun i sine bemærkninger anført, at der forekom [*fortroligt*].

166 Det bemærkes i denne henseende, at betragtning 62-65 til den anfægtede beslutning hovedsageligt er støttet på oplysninger, der er blevet afgivet af fusionsparternes konkurrenter, hvorefter der forelå en produktionsreservekapacitet på mindst 19,5% af den samlede produktion på markedet, og at den ifølge disse vurderinger kunne stige til 41% (jf., præmis 25 ovenfor). Ifølge betragtning 65 til den anfægtede beslutning har fem ud af de syv kunder, der har besvaret spørgeskemaet, endvidere anerkendt, at der var overkapacitet på markedet. For så vidt som sagsøgerne bestrider denne faktiske omstændighed, har Kommissionen med rette henvist til Siegwerks svar på spørgsmål 35 og 39 på kundespørgeskemaet, hvorved virksomheden anerkendte, at der forelå overkapacitet. Det fremgår således af sagen, at kun Flint og Sun under den administrative procedure klart har anført, at der var kapacitetsbegrænsninger. Det fremgår i øvrigt af Suns supplerende bemærkninger og af svaret fra [*fortroligt*], at [*fortroligt*]. De viser, at [*fortroligt*].

167 Det fremgår endvidere af den skriftveksling pr. e-mail, som Sun har fremlagt, at [*fortroligt*]. Kommissionen var følgelig ikke forpligtet til at give en nærmere forklaring på, hvordan [*fortroligt*], eller at få disse udtalelser bekræftet hos Sun. Da de oplysninger, der er fremlagt af [*fortroligt*] angående [*fortroligt*], endvidere i tilstrækkeligt omfang forklarer [*fortroligt*], er det Rettens opfattelse, at Kommissionen ikke var forpligtet til at få dette forhold bekræftet af Sun.

168 Det er på den baggrund Rettens opfattelse, at Kommissionen ikke var forpligtet til at yderligere at underbygge de konstateringer, der er anført i betragtning 67 til den anfægtede beslutning, og at den ikke har anlagt et åbenbart urigtig skøn, da den lagde til grund, at der var overskudskapacitet på markedet.

169 For det andet bemærkes for så vidt angår de hævdede kapacitetsbegrænsninger hos sagsøgernes konkurrenter, at Flint har anført, at der hos de andre leverandører ikke var tilstrækkelig kapacitet, at det var meget vanskeligt at få leverandørerne til at forpligte sig til at levere de mængder, som virksomheden havde behov for, at kapaciteten var det afgørende kriterium, når en forsyningsaftale skulle indgås, og at virksomheden var nødsaget til at lade det fusionerede selskab indgå i sin kreds af leverandører, eftersom de øvrige leverandører ikke var i stand til at levere de mænger, som virksomheden havde behov for (svar på spørgsmål 12, 40, 43 og 45 på kundespørgeskemaet). Endvidere har Sun anført, at alle kolofoniumharpiksproducenterne allerede forsynede farveindustrien, og at der følgelig ikke fandtes nogen tilgængelig alternativ leverandør til farveindustrien, at den krævede mængde var et af kriterierne, når der skulle indgås forsyningsaftaler, at der for nærværende ikke var nogen leverandør, der var i stand til at svare sine forpligtelser, og at alle de store købere af harpiks opererede med flere forsyningsstrategier (svar på spørgsmål 12, 42 og 44 på kundespørgeskemaet). Endelig har Siegwerk anført, at der ikke var nogen alternative leverandører til dem, der fandtes i Europa (svar på spørgsmål 12 på kundespørgeskemaet).

170 Det skal i den henseende bemærkes, at det eneste relevante spørgsmål i denne sag er, hvorvidt den tilgængelige kapacitet gør det muligt for fusionsparternes kunder at overføre bestillinger, som fusionsparterne hidtil har opfyldt, til andre eksisterende aktører eller til potentielt nye aktører. Det fremgår af de i ovenstående præmis angivne svar på kundespørgeskemaerne, at kun Flint under den administrative procedure klart har angivet, at der var vanskeligheder forbundet med de tilgængelige mængder hos fusionsparternes konkurrenter. Flint har imidlertid ligeledes for så vidt angår vanskelighederne ved at få leverandørerne til at påtage sig at levere »relevante mængder«, udtrykt, at det var muligt at opnå sådanne tilsagn, hvis kunden var klar til at betale prisen (»If we pay, we get!«, svar på spørgsmål 40 på kundespørgeskemaet). De hævdede vanskeligheder er således tilsyneladende snarere knyttet til niveauet for de af leverandørerne krævede priser som følge af efterspørgslen end kapacitetsmangel.

171 Det skal herefter bemærkes, at det ikke er nødvendigt for at afskrække det fusionerede selskab fra eventuel konkurrencebegrænsende adfærd, at alle selskabets kunder kan flytte deres ordrer til andre leverandører. Sagsøgernes mulighed for at flytte en væsentlig del af deres efterspørgsel til andre leverandører kan antages at udgøre en tilstrækkelig betydningsfuld trussel om tab for det fusionerede selskab til, at det afskrækkes fra at forfølge en sådan strategi. I denne sag følger det af de forskellige forsyningsstrategier, som Sun har gjort gældende under den administrative procedure, at kunderne forsøger at have flere producenter i deres leverandørportefølje. Det fremgår af markedsandelene for Arizona, Cray Valley og Respol, deres produktionskapacitet og den betydelige overkapacitet, de råder over, som fremgår af betragtning 51 og 62-64 til den anfægtede beslutning, og som sagsøgerne ikke har bestridt, at disse leverandører er i stand til at levere de store mængder, som sagsøgerne kan kræve. Det bemærkes endvidere, at de mindre leverandører tilsammen råder over en markedsandel på ca. 21% og har betydelig overkapacitet. Retten er således af den opfattelse, at Kommissionen ikke foretog noget åbenbart urigtigt skøn, da den i

betragtning 68 og 71 til den anfægtede beslutning lagde til grund, at de andre producenter på markedet havde en kapacitet, der gør det muligt at modvirke en konkurrencebegrænsende adfærd og at forsyne fusionsparternes store kunder.

172 Det skal endelig bemærkes, at kun Flint og Sun under den administrative procedure gjorde gældende, at der forelå kapacitetsbegrænsninger, selv om de andre kunder, herunder Siegwerk, og fusionsparternes konkurrenter alle anerkendte, at der var overskudskapacitet. Derfor er det Rettens opfattelse, at Kommissionen ikke anlagde noget åbenbart urigtigt skøn, da den lagde til grund, at der hos sagsøgernes konkurrenter ikke fandtes kapacitetsbegrænsninger, som kunne hindre disse kunder i at flytte en tilstrækkelig betydningsfuld del af deres ordrer til andre leverandører.

173 Det er på dette grundlag Rettens opfattelse, at Kommissionen med rette kunne lægge til grund, at der var overkapacitet på markedet. Følgelig bør dette klagepunkt forkastes.

— Om det andet klagepunkt om fejl angående adgangen til råvarer

174 Det bemærkes indledningsvis, at Kommissionen i betragtning 67 til den anfægtede beslutning konstaterede, at der i løbet af de seneste år forud for fusionen var stigninger i prisen på råvarer, som udgør væsentlige elementer ved fremstilling af kolofoniumharpiks, såsom råolie, kolofoniumgummi og harpiksolie, idet prisen pr. ton kolofoniumgummi havde bevæget sig fra 500 USD i januar 2004 til 1 250 USD ved vedtagelsen af den anfægtede beslutning.

175 Det bør således kontrolleres, om Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn, da den i den anfægtede beslutning hverken foretog en gennemgang af adgangen til de råvarer, der er nødvendige ved fremstilling af kolofoniumharpiks, eller af virkningen på kapacitetsudnyttelsen af en hævdet mangel på disse råvarer.

176 For så vidt angår indikationerne for forekomsten af mangel på råvarer bemærkes for det første, at Siegwerk som svar på spørgsmål 36 og 39 på kundespørgeskemaet angav, at de høje priser og adgangen til råvarer udgjorde en stor hindring for at komme ind på markedet, og at der i den senere tid havde været væsentlige forsyningsproblemer som følge af mangel på råvarer. Som svar på spørgsmål 15 på kundespørgeskemaet har Siegwerk endvidere angivet, at Arizona i februar 2006 var ophørt med at levere størstedelen af den modificerede fenolharpiks til Siegwerk, eftersom Arizona havde afbrudt sin produktion som følge af en vedholdende forringelse af adgangen til to uundværlige råvarer, harpiksråolie og kolofoniumgummi. Det er desuden allerede blevet bemærket, at det i betragtning 67 til den anfægtede beslutning er anført, at priserne på råvarer var betydeligt forøget i de seneste år forud for den anfægtede beslutnings vedtagelse. Endelig anerkender intervenienterne, at udbuddet midlertidigt har været sænket i forhold til efterspørgslen, hvilket skyldes en kombination af flere faktorer.

177 Kommissionen har imidlertid med rette fremhævet, at Siegwerk er den eneste af ti kunder, der på kundespørgeskemaet har angivet, at der var problemer forbundet med adgangen til råvarer. Ingen anden kunde — end ikke Flint og Sun — har under den administrative procedure gjort sådanne vanskeligheder gældende. Ligeledes har ingen af fusionsparternes 13 konkurrenter, som har besvaret konkurrentspørgeskemaet, fremført sådanne problemer i forhold til harpiksråolie eller kolofoniumgummi, selv om Kommissionen havde stillet spørgsmål vedrørende udnyttelsen af kapaciteten til produktion af hybrid harpiks (der består af kulbrinteharpiks og harpiksråolie eller kolofoniumgummi) og om vanskelighederne ved at komme ind på bl.a. markedet for kolofoniumharpiks (spørgsmål 39 og 40 på konkurrentspørge-

skemaet). Den eneste angivelse i den retning hidrører fra Cray Valley, der har anført, at »den begrænsede adgang til mindre dyre råvarer (bl.a. til kulbrinte)« udgjorde en hindring for nye aktører på markedet. Arizona nævnte ingen vanskeligheder i den henseende. Kolofoniumharpiksproducenterne er dem, der er bedst placeret i forhold til at opdage forsyningsproblemer vedrørende deres råvarer. Intervenienterne har i øvrigt ligeledes fremhævet, at det på trods af den bemærkede midlertidige nedgang i udbuddet i forhold til efterspørgslen hele tiden var muligt at anskaffe kolofoniumgummi til markedspris.

178 Med hensyn til den omstændighed, at Siegwerk er den eneste virksomhed, der har foretaget sådanne angivelser, selv om alle producenterne burde møde de samme vanskeligheder, er det på grundlag af det ovenstående Rettens opfattelse, at Kommissionen ikke anlagde noget åbenbart urigtigt skøn, idet den ikke behandlede spørgsmålet om adgangen til råvarer i den anfægtede beslutning.

179 For det andet bemærkes for så vidt angår de på internettet tilgængelige dokumenter, hvortil sagsøgerne har henvist, for det første, at de ikke kan tages i betragtning som bevis for, at der foreligger mangel på råvarer, da ingen af disse dokumenter blev fremlagt for Kommissionen under den administrative procedure. Endvidere blev annonceringen af aftalen mellem Megara og Resinall samt rapporten om harpiks offentliggjort efter den anfægtede beslutnings vedtagelse, mens erklæringen fra DRT er udateret.

180 For det andet bemærkes, for så vidt som sagsøgerne støtter sig på disse dokumenter med henblik på at godtgøre, at det på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning som hævdet var velkendt, at der var mangel på harpiksråolie og kolofoniumgummi, at meddelelsen fra Resinall hverken præciserer, hvilke råvarer der er berørt af den hævdede mangel, eller årsagen hertil, og at intervenienterne har bemærket, at Resinall ikke solgte kolofoniumharpiks i Europa på tidspunktet for vedtagelsen af den

anfægtede beslutning og meddelelsen, uden at dette er blevet bestridt af sagsøgerne. Endvidere henviser erklæringen fra DRT til terpenderivater, og intervenienterne har, uden at dette er blevet bestridt af sagsøgerne, gjort gældende, at det, der gælder for terpenderivater, ikke nødvendigvis gælder for kolofoniumharpiks. For så vidt som disse oplysninger vedrører kolofoniumgummi, skal det endvidere bemærkes, at det ikke fremgår klart af denne erklæring, om den vedrører en stigning i produktionen eller priserne, og at selv et tegn på prisstigninger ikke nødvendigvis kan antages at godtgøre, at der foreligger mangel. Endelig fremgår det af rapporten vedrørende harpiks, at den ikke specifikt omfatter harpiksråolie og kolofoniumgummi, men alle råvarer og navnlig kulbrinte, at den indeholder generelle oplysninger om vanskeligheder i året 2005, men at forsyningsadgangen stabiliseredes i 2006, og at vanskelighederne i år 2005 snarere var forbundet med prisstigninger og -udsving end manglende adgang til de to omhandlede råvarer. Den eneste henvisning til mangel på disse to råvarer vedrører netop år 2005 og forklarer denne mangel og de forøgede omkostninger med navnlig højere energiomkostninger. Det bør således lægges til grund, at disse dokumenter ikke viser, at mangel på harpiksråolie og kolofoniumharpiks var velkendt ved vedtagelsen af den anfægtede beslutning, og at Kommissionen derfor var forpligtet til at undersøge dette spørgsmål.

181 Af disse grunde er det Rettens opfattelse, at de på internettet tilgængelige dokumenter, hvortil sagsøgerne henviser, ikke godtgør, at Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn, da den ikke behandlede adgangen til råvarer i den anfægtede beslutning.

182 For det tredje har Kommissionen for så vidt angår udtalelsen, hvorefter den hævdede mangel på råvarer hindrede konkurrenterne i at øge deres produktion og udgjorde en barriere for adgang til og ekspansion på markedet, med rette bemærket, at sagsøgerne ikke har forklaret, hvorledes de konkurrencebegrænsende virkninger kunne hidrøre fra en mangel på råvarer, der burde påvirke alle leverandører på samme måde. Det bemærkes i denne henseende, at Siegwerk som svar på spørgsmål 12 på kundespørgeskemaet har erklæret, at den største mængde kolofonium fremstilles i Kina, og at hvis kinesisk kolofonium blev dyrere, ville alle leverandører på verdensbasis stå over for det samme problem. Såfremt der ikke er adgang til kolofoniumgummi, kan

ingen producent — end ikke det fusionerede selskab — fremstille kolofoniumharpiks på grundlag af kolofoniumgummi. Hvis der derimod findes kolofoniumgummi, kan alle producenter anskaffe det, såfremt de er klar til at betale prisen (jf., præmis 170 ovenfor).

183 Som Kommissionen har gjort gældende, er det således kun, hvis fusionsparterne har præferencemæssig adgang til leverancer i forhold til deres konkurrenter, at der kan opstå konkurrencebegrænsende virkninger. Sagsøgerne har imidlertid ikke hævdet, at fusionsparterne har en sådan adgang. De begrænser sig til at gøre gældende, at det fusionerede selskab i kraft af sin størrelse, infrastruktur og erfaring kan opnå en høj grad af kontrol over eller indflydelse på forsyningen af kolofoniumgummi. Kommissionen har dog bemærket, uden at dette er blevet bestridt af sagsøgerne, at det fusionerede selskab kun køber 5-10% af verdensproduktionen af kolofoniumgummi (jf., præmis 154 ovenfor).

184 Af disse grunde er det Rettens opfattelse, at sagsøgernes argumenter, hvorefter mangelen på råvarer hindrede konkurrenterne i at øge deres produktion og udgjorde en barriere for adgang til og ekspansion på markedet og, for det andet, at det fusionerede selskab var i besiddelse af en stærk købermagt, ikke er blevet tilstrækkeligt bevist.

185 For det fjerde er det for så vidt angår henvisningerne til retningslinjerne og Kommissionens tidligere beslutningspraksis tilstrækkeligt at bemærke, at hver sag skal bedømmes på grundlag af de faktiske omstændigheder i den enkelte sag, og at det fremgår af det ovenstående, at de forhold, som sagsøgerne har fremført, ikke har godtgjort, at Kommissionen i denne sag var forpligtet til i den anfægtede beslutning at behandle spørgsmålet om adgang til råvarer eller den hævdede mangel på disse råvarers virkning på kapacitetsudnyttelsen.

186 Henset til det ovenstående er det Rettens opfattelse, at sagsøgerne ikke har godtgjort, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn, idet den i den anfægtede beslutning hverken behandlede spørgsmålet om adgang til råvarer eller den hævdede mangel på disse råvarers virkning på kapacitetsudnyttelsen. Dette klagepunkt bør således forkastes.

187 Det følger heraf, at dette led bør forkastes.

b) Om det andet led angående fejl vedrørende arten og omfanget af det fusionerede selskabs kunders vertikale integration

Parternes argumenter

188 Sagsøgerne gør gældende, at Kommissionen ikke har undersøgt arten og omfanget af kundernes vertikale integration. Da Kommissionen i betragtning 69 til den anfægtede beslutning bemærkede, at virksomheder, såsom Siegwerk og Flint, der råder over en »intern produktion af kolofoniumharpiks […], har held med at styre deres leverandører«, støttede den sig på taloplysninger vedrørende produktionskapaciteten, som hidrørte fra vurderinger, som er foretaget af fusionsparterne, uden at forhøre sig hos sagsøgerne om arten af deres produktion. Den omhandlede interne produktion dækker kun en bestemt type kolofoniumharpiks, der udelukkende kan anvendes til at fremstille et begrænset sortiment af trykfarver. Endvidere fremstillede Flint og Siegwerk i stedet for 25 000 ton og 12 000 ton henholdsvis kun [*fortroligt*] ton. En ordentlig undersøgelse, hvorved man havde forsøgt at underbygge disse tal, ville have afsløret, at denne produktion ikke ville kunne udgøre et pres på fusionsparterne, eftersom sagsøgerne forbliver afhængige af eksterne forsyninger. Kommissionen

undlod at kontrollere, om de oplysninger, som den rådede over, var troværdige, relevante og objektive. Eftersom to sagsøgere i deres bemærkninger havde udtrykt alvorlige betænkeligheder for så vidt angår fusionen og havde fremhævet det konkurrencemæssige pres, der ville blive en følge af fusionen, er det forbavsende, at Kommissionen ikke foretog en fornyet undersøgelse af de oplysninger, der var fremlagt af fusionsparterne.

189 Kommissionen bemærker, at sagsøgerne ikke benægter, at Flint og Siegwerk har en betydelig intern produktion, og den er af den opfattelse, at forskellen mellem de overslag, der er angivet i den anfægtede beslutning, og det tal, som sagsøgerne har fremlagt, er beskeden. Det af sagsøgerne fremførte argument, hvorefter den interne produktion kun kan benyttes til et begrænset sortiment af trykfarver, bør forkastes som utilstrækkeligt underbygget, eftersom producenter af kolofoniumharpiks til anvendelse i trykfarver i almindelighed er i stand til at fremstille et fuldstændigt sortiment. Under alle omstændigheder ændrer de argumenter, sagsøgerne har fremført, ikke den antagelse, der er anført i betragtning 69 til den anfægtede beslutning, hvorefter der foreligger en trussel om vertikal integration fra kundernes side.

190 Intervenienterne påpeger, at Flints og Siegwerks samlede kapacitet i henhold til deres egne tal udgør [*fortroligt*] ton, hvilket er en betydelig mængde sammenlignet med de 35 000 ton, der svarer til Hexions kapacitet forud for fusionen. Endvidere var Kommissionen også gennem formularen vedrørende fusionens anmeldelse orienteret om, at Flint og Siegwerk kun fremstillede resinater. Henset til, hvor enkelt det er at substituere forsyningerne, kunne Flint og Siegwerk benytte deres interne produktionskapacitet til at styre deres leverandører, dels ved at true dem med ikke længere at afgive ordrer på harpiks bestemt til fotogravure og til offsettrykfarver, dels ved at frigøre andre leverandørers produktionskapacitet med henblik på at tillade dem at fremstille andre typer harpiks bestemt for markedet for trykfarver. Endelig var sagsøgerne fuldstændig bevidste om deres mulighed for at true med at gennemføre vertikal integration, eftersom Sun fremsatte trussel herom på et møde med Hexion den 5. maj 2006.

Rettens bemærkninger

191 Det bemærkes indledningsvis, at Kommissionen inden for rammerne af dens undersøgelse af de fusionerende parters kunders modstående magt i betragtning 69 til den anfægtede beslutning bemærkede, at tre store kunder i henhold til parternes vurderinger havde en betydelig egen produktionskapacitet, nemlig Flint og Siegwerk, der havde en anslået produktionskapacitet på ca. 25 000 ton, henholdsvis 12 000 ton, og Huber, der kort før havde erhvervet Micro Inks og havde informeret sine leverandører om, at virksomheden ville begynde at flytte sine indkøb til datterselskabet.

192 Det bør således kontrolleres, om Kommissionen begik fejl vedrørende Flint og Siegwerks vertikale integration, som kunne påvirke konklusionen, hvorefter fusionsparternes kunder var i besiddelse af modstående magt.

193 For det første skal det for så vidt angår forskellen mellem de i den anfægtede beslutning nævnte produktionsmængder og de af sagsøgerne fremlagte tal konstateres, at denne forskel er minimal. Selv på grundlag af de af sagsøgerne fremførte tal svarer den samlede produktion for Flint og Siegwerk til mere end [*fortroligt*]% af Hexions produktionskapacitet forud for fusionen. Af disse grunde bør det lægges til grund, at den af sagsøgerne bemærkede forskel er uden betydning for den bedømmelse af den modstående magt, som Kommissionen har foretaget i betragtning 69 til den anfægtede beslutning.

194 For det andet har intervenienterne for så vidt angår argumentet, hvorefter Flints og Siegwerks produktion er begrænset til visse typer harpiks, og at de derfor er afhængige af leverandørerne på markedet, anført, at en intern produktion, selv om den er begrænset til visse typer kolofoniumharpiks, gør det muligt for dem at udøve et pres på leverandørerne. Under alle omstændigheder har Kommissionen med rette gjort gældende, at de eventuelle begrænsninger i Flints og Siegwerks interne produktion ikke ændrer det væsentlige i Kommissionens i betragtning 69 til den anfægtede beslutning anførte argumentation. Kommissionen har benyttet Flint, Siegwerk og Huber som eksempler med henblik på at godtgøre, at fusionsparternes kunders modstående magt styrkes af den virkelige trussel om vertikal integration. Af disse grunde bør det lægges til grund, at den omstændighed, at Kommissionen ikke i betragtning 69 til den anfægtede beslutning har anført de eventuelle begrænsninger i Flints og Siegwerks produktion, er uden betydning for den af Kommissionen foretagne bedømmelse af den modstående magt.

195 Det følger endelig af det ovenstående, at Kommissionen ikke anlagde noget åbenbart urigtigt skøn, da den lagde til grund, at det under de i sagen foreliggende omstændigheder ikke var fornødent at kontrollere oplysningerne angående produktionen hos Siegwerk og Flint.

196 Det fremgår af det ovenstående, at sagsøgerne ikke har godtgjort, at Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn, da den lagde til grund, at der foreligger en modstående magt hos fusionsparternes kunder, eller, at den for så vidt angår truslen om Flints og Siegwerks vertikale integration foretog en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, der kan ændre denne konklusion.

197 Følgelig bør dette led i anbringendet forkastes.

c) Om det tredje led angående fejl vedrørende indvirkningen af betydelige stigninger i prisen på råvarer

Parternes argumenter

198 Det er sagsøgernes opfattelse, at Kommissionen ikke har foretaget en passende undersøgelse af virkningen på konkurrencen af den prisstigning på kolofoniumgummi fra 500 til 1 250 USD, der fandt sted i løbet af de 29 måneder, der gik forud for fusionen. Sun informerede Kommissionen om betydelige prisstigninger på kolofoniumharpiks og navnlig om de prisstigninger, som fusionsparterne gennemførte fra februar måned 2005 til den 15. maj 2006. Kommissionen undersøgte imidlertid ikke, hvorledes disse prisstigninger, der var forbundet med en stadig større efterspørgsel, påvirkede producenterne og køberne af kolofoniumharpiks, selv om den i andre sager har lagt til grund, at »muligheden for at hæve […] priserne [udgjorde] det vigtigste bevis for, at konkurrencen ikke tidligere [havde] været tilstrækkelig stor, og at den efter al sandsynlighed [ville] blive alt for lille efter fusionens gennemførelse til i væsentligt omfang at kunne begrænse den styrke på markedet«, som det fusionerede selskab vil have (jf. Nestlé/Perrier-beslutningen), og at prisstigninger modsiger argumentet, hvorefter »priserne holdes nede på grund af overskudskapacitet« (Kommissionens beslutning 2002/244/EF af 14.3.2000 om en fusions forenelighed med fællesmarkedet og EØS-aftalen (sag COMP/M.1663 — Alcan/Alusuisse) (EFT 2002 L 90, s. 1, herefter »Alcan/Alusuisse-beslutningen«)).

199 Kommissionen bemærker, at sagsøgerne ikke har forklaret, hvorfor det skulle være nødvendigt at foretage en detaljeret gennemgang af prisstigninger på råvarer, der påvirker alle producenter af de relevante produkter. Den anfører, at disse prisstigninger ikke har nogen forbindelse med den omhandlede fusion, og at fusionen ikke er årsagen til, at priserne er steget. Priserne på de råvarer, der er nødvendige for at fremstille kolofoniumharpiks, er nemlig steget betydeligt gennem de senere år, hvilket har medført, at prisen på kolofoniumharpiks er fulgt efter.

200 Intervenienterne fremhæver ligeledes, at stævningen ikke indeholder nogen redegørelse for, hvorledes prisstigningerne på råvarer kan have en forbindelse med den anmeldte fusion. De er endvidere af den opfattelse, at omstændighederne i de sager, der førte til Alcan/Alusuisse-beslutningen og Nestlé/Perrier-beslutningen, ikke er sammenlignelige med omstændighederne i denne sag. Endelig gør de gældende, at de beviser vedrørende prisstigninger, som Sun har fremlagt, blev gennemgået i betragtning 66 og 67 til den anfægtede beslutning.

Rettens bemærkninger

201 Det bemærkes indledningsvis, at Kommissionen i betragtning 66 til den anfægtede beslutning konstaterede, at Akzo og Hexion tidligere havde forhøjet deres priser på kolofoniumharpiks. Kommissionen bemærkede i betragtning 67 til den anfægtede beslutning, at der i løbet af de seneste år forud for fusionen var forekommet stigninger i prisen på råvarer, som udgør væsentlige elementer ved fremstilling af kolofoniumharpiks, såsom råolie, kolofoniumgummi og harpiksolie, idet prisen pr. ton kolofoniumgummi havde bevæget sig fra 500 USD i januar 2004 til 1 250 USD ved vedtagelsen af den anfægtede beslutning.

202 Det bør således kontrolleres, om Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved ikke, således som sagsøgerne har gjort gældende, i den anfægtede beslutning at foretage en gennemgang af, hvorledes producenterne og køberne blev påvirket af prisstigningerne på dels kolofoniumharpiks, navnlig de stigninger, der blev gennemført af fusionsparterne, dels råvarerne.

203 Hvad for det første angår prisstigningerne på kolofoniumharpiks er det allerede blevet bemærket i præmis 201 ovenfor, at det i betragtning 67 til den anfægtede beslutning forklares, at disse er forårsaget af stigningerne i prisen på råvarer. Sagsøgerne har ikke bestridt denne forklaring. Heraf følger, at Kommissionen under disse omstændigheder ikke kan kritiseres for, at den til forskel fra de sager, der førte til Alcan/Alusuisse-beslutningen og Nestlé/Perrier-beslutningen, i denne sag lagde til grund, at prisstigningerne ikke tydede på, at konkurrencen var utilstrækkelig, og at der forelå markedsmagt. Eftersom sagsøgerne ikke har givet nogen anden forklaring til støtte for påstanden, hvorefter disse generelle prisstigninger, der a priori påvirker alle kunder på samme måde, har betydning for bedømmelsen af fusionens konkurrencebegrænsende virkninger, har de ikke godtgjort, at Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn ved ikke at undersøge virkningen af disse prisstigninger på køberne af kolofoniumharpiks.

204 For det andet bemærkes det i betragtning 67 til den anfægtede beslutning vedrørende priserne på råvarer, at denne stigning til dels beror på stigningen i prisen på råolie. Siegwerk har endvidere anført, hvilket ikke er blevet bestridt, at disse prisstigninger påvirkede alle producenterne af de pågældende produkter på samme måde (jf., præmis 181 ovenfor). Disse generelle prisstigninger på råvarer kan således ikke antages at give anledning til konkurrencemæssige problemer (jf., præmis 181-183 ovenfor). Sagsøgerne har imidlertid ikke anført nogen særlige grunde til, at Kommissionen burde have undersøgt, hvorledes prisstigningen på råvarer påvirkede producenterne og køberne af kolofoniumharpiks.

205 Det følger af ovenstående bemærkninger, at sagsøgerne ikke har godtgjort, at Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn, idet den ikke foretog en gennemgang af prisstigningernes indvirkning på producenterne og køberne af kolofoniumharpiks. Anbringendets led herom bør således forkastes.

d) Om anbringendets fjerde led vedrørende fejl angående den modstående købermagt

Parternes argumenter

206 Sagsøgerne gør gældende, at Kommissionen ikke har foretaget en korrekt gennemgang af argumenterne vedrørende spørgsmålet om modstående købermagt. Det er ikke tilstrækkeligt at påvise, at efterspørgslen på markedet er koncentreret, eller at kunderne lader sig forsyne af flere leverandører. Kommissionen burde have koncentreret sig om købernes evne til at træffe foranstaltninger til at hindre ethvert forsøg fra leverandørernes side på at hæve priserne. Henset til de beviser, der er indeholdt i Kommissionens sagsakter, der modsiger dens argument vedrørende den modstående købermagt, burde Kommissionen have foretaget en grundigere gennemgang, der omfattede industriens struktur og andre faktorer vedrørende dynamikken inden for sektoren samt de præcise strategier, som køberne inden for sektoren kunne have benyttet for at hindre enhver prisstigning som følge af fusionen (Kommissionens beslutning 1999/641/EF af 25.11.1998 om en fusions forenelighed med fællesmarkedet og EØS-aftalen (sag IV/M.1225 — Enso/Stora) (EFT L 254, s. 9, herefter »Enso/Stora-beslutningen«)). Disse spørgsmål behandles imidlertid ikke i den anfægtede beslutning, idet Kommissionen begrænsede sig til at gøre gældende, at fusionsparternes stærke afhængighed af nogle store kunder ville modvirke enhver konkurrencebegrænsende adfærd, selv om sagsøgerne har understreget, at markedet ikke er kendetegnet ved, at der forekommer køberstyrke, og har gjort gældende, at de på grund af, at de køber deres forsyninger hos de to fusionsparter, er særligt sårbare i forhold til, hvad de to virksomheder vedtager. Sagsøgerne har i deres bemærkninger til Kommissionen anført, at det drejer sig om et sælgers marked, og at de ikke kan udøve nogen væsentlig form for forhandlingsstyrke over for sektorens leverandører, fordi der ikke findes alternative leverandører, og på grund af tekniske begrænsninger. Henset til disse bemærkninger burde Kommissionen have været forpligtet til at begrunde sine konklusioner, hvilket den ikke har gjort, ligesom den i den anfægtede beslutning heller ikke foretog en nærmere undersøgelse af sagsøgernes argumenter.

207 Kommissionen understreger, at sagsøgerne ikke bestrider, at efterspørgslen på markedet er meget koncentreret, og bemærker, at de fem største producenter af trykfarver står for ca. [80-90]% af Hexions indtægter og [90-100]% af Akzos. Kommissionen har endvidere bemærket, at udbuddet er mindre koncentreret, eftersom det fusionerede selskabs salg til sagsøgerne svarer til [fortroligt]% af Hexions samlede salg og [fortroligt]% af Akzos, men kun [fortroligt]% af Suns samlede behov. Heraf følger, at fusionsparterne er langt mere afhængige af sagsøgerne end omvendt. Køberne har desuden adgang til et betydeligt antal pålidelige alternative leverandører, en egenproduktion og mulighed for at integrere sig vertikalt. Under disse omstændigheder er det Kommissionens opfattelse, at konstateringen i den anfægtede beslutning, hvorefter fusionsparternes stærke afhængighed af nogle få store kunder forhindrer det fusionerede selskab i at udvise en eventuel konkurrencebegrænsende adfærd, er berettiget.

208 Det er intervenienternes opfattelse, at Kommissionen har foretaget en nøje gennemgang af spørgsmålet om køberstyrke i den anfægtede beslutning. I Enso/Stora-beslutningen er der ikke blevet fastslået nogen bestemt fremgangsmåde, som Kommissionen skal følge, og omstændighederne i den sag har ikke en sådan tilstrækkelig lighed, at det kan begrunde en tilsvarende detaljeret analyse i denne sag. Svarene på de spørgsmål, som sagsøgerne henviser til, er ikke utvetydige, de modsiger ikke de omstændigheder, som Kommissionen har fastlagt, og de er ikke tilstrækkeligt underbygget

Rettens bemærkninger

209 Det bør undersøges, hvorvidt Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn, idet den begrænsede sin gennemgang af den modstående købermagt til de forhold, der er anført i den anfægtede beslutning.

210 Det skal indledningsvis bemærkes, at det i retningslinjernes punkt 64 og 65 er anført, at det kan forekomme, at selv virksomheder med meget store markedsandele ikke altid vil være i stand til at hindre den effektive konkurrence betydeligt efter fusionen, hvis deres kunder har købermagt. Herved forstås den forhandlingsstyrke, som køberen har i kommercielle forhandlinger med sælgeren på grund af sin størrelse, sin kommercielle betydning for sælgeren og sin mulighed for at fremsætte troværdige trusler om inden for en rimelig tid at skifte til andre forsyningskilder, hvis leverandøren beslutter sig for at forhøje priserne eller forringe kvaliteten eller leveringsbetingelserne. Dette vil også være tilfældet, hvis køberen kan fremsætte troværdige trusler om at foretage en vertikal integration på markedet i de foregående omsætningsled eller støtte virksomhedsekspansion på markederne i de foregående omsætningsled eller tilgang af nye virksomheder til disse markeder. Der er større sandsynlighed for, at store avancerede kunder har en sådan købermagt end små virksomheder inden for en fragmentarisk industri.

211 For så vidt angår de oplysninger, som sagsøgerne selv har fremlagt, bemærkes derefter, at Flindt har erklæret, at der dette selskab bekendt ikke var nogen købermagt hos køberne af kolofoniumharpiks (svar på spørgsmål 40 på kundespørgeskemaet). Siegwerk har vurderet, at det drejer sig om et sælgers marked og ikke et købers marked (svar på spørgsmål 40 på kundespørgeskemaet). Sun har påpeget, at køberne efter dette selskabs opfattelse ikke har nogen væsentlig forhandlingsstyrke i forhold til leverandørerne inden for sektoren på grund af det meget begrænsede antal leverandører sammenholdt med, at det er vanskeligt for køberne hurtigt at skifte forsyningskilde eller at anvende alternative kemiske produkter (svar på spørgsmål 40 på kundespørgeskemaet).

212 Det er således kun Sun, der har fremført begrundelser for, at der ikke foreligger købermagt, nemlig det meget begrænsede antal leverandører og vanskelighederne forbundet med at flytte ordrer til andre leverandører. Det er imidlertid allerede blevet fastslået, at sagsøgerne ikke på tilstrækkelig måde har godtgjort disse anta-

gelser (jf. præmis 84 ff. og præmis 94 ff.). Dette gælder ligeledes for de argumenter, der vedrører manglen på tilstrækkelige mængder og en faldende kapacitet, som ifølge sagsøgerne er blevet fremført af Flint i denne sammenhæng (jf., præmis 73 ff. ovenfor).

213 For så vidt angår argumentet, hvorefter Kommissionen burde have undersøgt købernes evne til at træffe foranstaltninger til at hindre ethvert forsøg fra leverandørernes side på at hæve priserne, og at den burde have foretaget en grundigere gennemgang, der omfattede industriens struktur og andre faktorer vedrørende dynamikken inden for sektoren samt de præcise strategier, som køberne inden for sektoren kunne have benyttet for at hindre enhver prisstigning som følge af fusionen, skal det for det første bemærkes, at den anfægtede beslutning i denne henseende er støttet på, at visse kunder har en egenproduktion, der gør det muligt for dem i et vist omfang at kontrollere deres leverandører. Det fremhæves for det andet i beslutningen, at kunderne har mulighed for at lade sig forsyne af andre store og små leverandører, der har en betydelig overkapacitet, og er i stand til at fremstille hele sortimentet inden for kolofoniumharpiks. Det bemærkes for det tredje i beslutningen, at efterspørgslen er koncentreret på et meget begrænset antal store kunder, hvilket giver disse kunder en betydelig forhandlingsstyrke. I beslutningen er det for det fjerde anført, at der foreligger en troværdig trussel om vertikal integration, der giver disse kunder mulighed for at kontrollere deres leverandører (jf., præmis 28 ovenfor).

214 Endvidere svarer disse betragtninger fra den anfægtede beslutning i det væsentlige til de omstændigheder, der er relevante for bedømmelsen af modstående købermagt, som er anført i retningslinjernes punkt 64 og 65 (jf. præmis 210 ovenfor). Der lægges i den anfægtede beslutning vægt på leverandørernes høje grad af afhængighed i forhold til nogle store kunder. Det er i den henseende Rettens opfattelse, at det for sådanne kunder er ufornødent, for at imødegå en konkurrencebegrænsende adfærd fra det fusionerede selskabs side, helt at opgive den omhandlede leverandør. Sagsøgernes mulighed for at flytte en væsentlig del af deres efterspørgsel til andre leveran-

dører kan antages at udgøre en tilstrækkelig betydningsfuld trussel om tab for det fusionerede selskab, til at det afskrækkes fra at forfølge en sådan strategi (jf. præmis 171 ovenfor).

215 Det bemærkes, at sagsøgerne i denne sag for så vidt angår kolofoniumharpiks bestemt til anvendelse i trykfarvesektoren er blandt fusionsparternes største kunder. Følgelig ville en overførsel af selv en del af deres ordrer til andre leverandører repræsentere en væsentlig del af det fusionerede selskabs produktion. Det bemærkes endvidere, at Retten allerede har fastslået, at Kommissionen ikke anlagde noget åbenbart urigtigt skøn, da den i betragtning 68 og 71 til den anfægtede beslutning lagde til grund, at de andre producenter på markedet havde en kapacitet, der gør det muligt at modvirke en konkurrencebegrænsende adfærd og at forsyne fusionsparternes store kunder (jf. præmis 170-172 ovenfor), og at sagsøgerne ikke har godtgjort, at der foreligger de betydelige vanskeligheder ved at skifte leverandør, som de har gjort gældende for så vidt angår nødvendigheden af at godkende kolofoniumharpiksen, og som medfører, at kunderne ikke er i stand til at fremsætte troværdige trusler om inden for en rimelig tid at skifte til andre forsyningskilder, hvis det fusionerede selskab skulle beslutte at forhøje priserne (jf. præmis 96-99 ovenfor).

216 Selv om de faktiske omstændigheder i den sag, der førte til Enso/Stora-beslutningen, på grund af markedets usædvanlige struktur kan have krævet en grundig gennemgang af industriens struktur og de strategier, som køberne kunne følge for at imødegå enhver prisstigning efter fusionen, følger det af de ovenstående betragtninger, at det samme ikke gælder i denne sag. Henset til de ovenfor foretagne konstateringer er det Rettens opfattelse, at det på grundlag af omstændighederne i denne sag ikke kan kræves af Kommissionen, at den foretager en grundigere undersøgelse af fusionsparternes kunders modstående købermagt.

217 I betragtning af det ovenstående bør dette led i anbringendet forkastes.

e) Om begrundelsens hævdede utilstrækkelighed

218 For så vidt som det er sagsøgernes opfattelse, at Kommissionens bedømmelse af den overkapacitet, som fusionsparternes konkurrenter råder over, ikke er tilstrækkeligt begrundet, navnlig idet Kommissionen i den anfægtede beslutning ikke har undersøgt adgangen til de råvarer, der er nødvendige ved fremstilling af kolofoniumharpiks, eller virkningen på kapacitetsudnyttelsen af en hævdet mangel på disse råvarer, og idet den uden begrundelse har set bort fra eller forkastet de beviser, sagsøgerne har fremlagt, skal det bemærkes, at det fremgår af de betragtninger, der er anført i præmis 165-185 ovenfor, at Kommissionen har givet en tilstrækkelig begrundelse for sin konklusion, hvorefter der var overkapacitet på markedet. Der er således i betragtning 62-67 til den anfægtede beslutning klart og utvetydigt redegjort for Kommissionens argumentation i denne henseende, således at Retten kan udøve sin prøvelsesret, og de berørte parter kan gøre deres rettigheder gældende.

219 Endelig følger det ligeledes af konstateringerne i præmis 213 og 214 ovenfor, at Kommissionen på tilstrækkelig måde har begrundet sin konklusion vedrørende fusionsparternes kunders modstående købermagt. I betragtning 69-71 i den anfægtede beslutning redegøres nemlig på en klar og utvetydig måde for Kommissionens argumentation i denne henseende, hvilket gør det muligt for Retten at udøve sin prøvelse og for parterne at gøre deres rettigheder gældende.

220 Det følger heraf, at argumenterne om utilstrækkelig begrundelse bør forkastes.

221 Det følger af alt det ovenfor anførte, at det andet anbringende bør forkastes.

222 Herefter bør Kommissionen frifindes.

Sagens omkostninger

223 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgerne har tabt sagen, bør det pålægges dem at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Kommissionens og intervenienternes påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling)

1) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.

2) **Sun Chemical Group BV, Siegwerk Druckfarben AG og Flint Group Germany GmbH bærer deres egne omkostninger og betaler Kommissionens og intervenienternes omkostninger.**

Pirrung Forwood Papasavvas

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 9. juli 2007.

E. Coulon J. Pirrung

Justitssekretær Afdelingsformand

Indhold

Retsforskrifter ..... II - 2155

Tvistens baggrund ..... II - 2156

A — Sagens parter og fusionsparterne ..... II - 2156

B — Produktmarkedet ..... II - 2158

C — Den administrative procedure ..... II - 2159

D — Den anfægtede beslutning ..... II - 2160

Retsforhandlinger ..... II - 2165

Parternes påstande ..... II - 2167

Retlige bemærkninger ..... II - 2168

A — Formaliteten ..... II - 2168

1. Parternes argumenter ..... II - 2168

2. Rettens bemærkninger ..... II - 2170

B — Realiteten ..... II - 2171

1. Indledende bemærkninger ..... II - 2172

2. Om det første anbringende, hvorefter Kommissionen ikke har fulgt retningslinjerne ..... II - 2174

a) Om anbringendets andet led, hvorefter Kommissionen ikke har fulgt retningslinjerne for så vidt angår fusionens ikke-koordinerede virkninger ..... II - 2174

Om det første anbringende, hvorefter Kommissionen ikke har fulgt retningslinjerne for så vidt angår tætheden af fusionsparternes konkurrencemæssige forhold ..... II - 2175

— Parternes argumenter ..... II - 2175

— Rettens bemærkninger ..... II - 2177

Om det andet klagepunkt, hvorefter Kommissionen ikke har fulgt retningslinjerne for så vidt angår de alternative leverandørers pålidelighed ..... II - 2181

— Parternes argumenter ..... II - 2181

— Rettens bemærkninger ..... II - 2183

Om det tredje klagepunkt, hvorefter Kommissionen ikke har fulgt retningslinjerne for så vidt angår fusionsparternes kunders mulighed for at skifte leverandører ..... II - 2185

— Parternes argumenter ..... II - 2185

— Rettens bemærkninger ..... II - 2187

Om det fjerde klagepunkt vedrørende fejl vedrørende den disponible kapacitet på markedet ..... II - 2189

Om det femte klagepunkt, hvorefter Kommissionen undlod at følge retningslinjerne for så vidt angår det fusionerede selskabs evne til at forhindre konkurrenterne i at ekspandere ..... II - 2189

— Parternes argumenter ..... II - 2189

— Rettens bemærkninger ..... II - 2190

b) Om det tredje led, hvorefter Kommissionen ikke har fulgt retningslinjerne for så vidt angår den omtvistede fusions koordinerede virkninger II - 2192

Parternes argumenter ..... II - 2192

Rettens bemærkninger ..... II - 2193

c) Om det første led, hvorefter Kommissionen ikke fulgte retningslinjerne vedrørende markedsandele og koncentrationsgrad ..... II - 2199

Parternes argumenter ..... II - 2199

Rettens bemærkninger ..... II - 2200

3. Om det andet anbringende vedrørende en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder og urigtige skøn ..... II - 2203

a) Om det første led angående fejl ved bedømmelsen af den disponible kapacitet på markedet ..... II - 2203

Parternes argumenter ..... II - 2203

Rettens bemærkninger ..... II - 2210

— Om det første klagepunkt vedrørende fejl angående overskudskapaciteten på markedet ..... II - 2210

— Om det andet klagepunkt om fejl angående adgangen til råvarer ..... II - 2214

b) Om det andet led angående fejl vedrørende arten og omfanget af det fusionerede selskabs kunders vertikale integration ..... II - 2219

Parternes argumenter ..... II - 2219

Rettens bemærkninger ..... II - 2221

c) Om det tredje led angående fejl vedrørende indvirkningen af betydelige stigninger i prisen på råvarer ..... II - 2223

Parternes argumenter ..... II - 2223

Rettens bemærkninger ..... II - 2224

d) Om anbringendets fjerde led vedrørende fejl angående den modstående købermagt ..... II - 2226

Parternes argumenter ..... II - 2226

Rettens bemærkninger ..... II - 2227

e) Om begrundelsens hævdede utilstrækkelighed ..... II - 2231

Sagens omkostninger ..... II - 2232