

Dansk udgave

## Retsforskrifter

### Indhold

#### I Retsakter, hvis offentliggørelse er obligatorisk

.....

#### II Retsakter, hvis offentliggørelse ikke er obligatorisk

##### Kommissionen

2004/206/EF:

- ★ **Kommissionens beslutning af 17. december 2002 om en procedure efter EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 (Sag COMP/C.37.671 — Smagsforstærkere) <sup>(1)</sup> (meddelt under nummer K(2002) 5091) .....** 1

2004/207/EF:

- ★ **Kommissionens beslutning af 16. juli 2003 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 (Sag COMP/38.369: T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Network Sharing Rahmenvertrag) <sup>(1)</sup> (meddelt under nummer K(2003) 2432) .....** 32

2004/208/EF:

- ★ **Kommissionens beslutning af 16. oktober 2003 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 (Sag COMP D3/35470 — ARA, COMP D3/35473 — ARGEV, ARO) <sup>(1)</sup> (meddelt under nummer K(2003) 3703) .....** 59

(<sup>1</sup>) EØS-relevant tekst

Pris: 22,00 EUR

DA

De akter, hvis titel er trykt med magre typer, er løbende retsakter inden for landbrugspolitikken og har normalt en begrænset gyldighedsperiode.

Titlen på alle øvrige akter er trykt med fede typer efter en asterisk.

## II

*(Retsakter, hvis offentliggørelse ikke er obligatorisk)*

**KOMMISSIONEN****KOMMISSIONENS BESLUTNING**

**af 17. december 2002**

**om en procedure efter EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53**

**(Sag COMP/C.37.671 — Smagsforstærkere)**

*(meddelt under nummer K(2002) 5091)*

**(Kun den engelske udgave er autentisk)**

**(EØS-relevant tekst)**

(2004/206/EF)

## INDHOLDSFORTEGNELSE

Side**DEL 1 — SAGSFREMSTILLING**

A.	Overtrædelsen i korte træk .....	3
B.	Nukleotidindustrien .....	3
1.	Produktet .....	3
2.	Producenterne .....	3
3.	Markedet .....	4
C.	Procedure .....	6
D.	Sagsforløb .....	7
1.	Deltagere og organisation .....	7
2.	Kartellet i hovedtræk .....	7
3.	Indledende kontakter .....	8
4.	Kartelaftalen i praksis .....	10

**DEL 2 — RETLIG VURDERING**

A.	Jurisdiktion (anvendelse af traktaten og EØS-aftalen) .....	16
1.	Forholdet mellem traktaten og EØS-aftalen .....	16
B.	Anvendelse af traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 .....	17
1.	Traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1 .....	17
2.	Aftaler og samordnet praksis .....	17
3.	En enkelt vedvarende overtrædelse .....	18
4.	Begrænsning af konkurrencen .....	18
5.	Påvirkning af handelen mellem medlemsstaterne og mellem EØS-aftalens kontraherende parter .....	19
6.	Konkurrenceregler, der gælder for Østrig, Finland, Island, Liechtenstein, Norge og Sverige .....	20
C.	Adressater .....	20
1.	Principper .....	20
2.	Beslutningens adressater .....	20
D.	Overtrædelsens varighed .....	21
E.	Retsmidler .....	22
1.	Artikel 3 i forordning nr. 17 .....	22
2.	Artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 .....	23

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER HAR —

under henvisning til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab,

under henvisning til aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde,

under henvisning til Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af traktatens artikel 85 og 86<sup>(1)</sup>, senest ændret ved forordning (EF) nr. 1/2003<sup>(2)</sup>, særlig artikel 3 og 15,

under henvisning til Kommissionens beslutning af 10. juli 2002 om indledning af proceduren i denne sag,

efter at have givet de deltagende virksomheder lejlighed til at udtale sig om Kommissionens klagepunkter i henhold til artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 17, og Kommissionens forordning (EF) nr. 2842/98 af 22. december 1998 om høring af parter i visse procedurer efter EF-traktatens artikel 85 og 86<sup>(3)</sup>,

efter høring af Det Rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål,

under henvisning til høringskonsulentens endelige rapport i den foreliggende sag<sup>(4)</sup>, og

ud fra følgende betragtninger:

#### DEL I — SAGSFREMSTILLING

##### A. OVERTRÆDELSEN I KORTE TRÆK

- (1) Denne beslutning er rettet til følgende virksomheder:
- Ajinomoto Company Incorporated
  - Takeda Chemical Industries Limited
  - Daesang Corporation
  - Cheil Jedang Corporation
- (2) Overtrædelsen består i, at disse nukleotidproducenter i strid med traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, deltog i en vedvarende aftale, der omfattede hele Fællesskabet og EØS, og hvorved de fastsatte priserne på produktet, gennemførte prisforhøjelser, fordelte kunderne og indførte en ordning for kontrol med og gennemførelse af deres aftaler.

(1) EFT 13 af 21.2.1962, s. 204/62.

(2) EFT L 1 af 4.1.2003, s. 1.

(3) EFT L 354 af 30.12.1998, s. 18.

(4) EFT C 64 af 12.3.2004.

- (3) Virksomhederne medvirkede ved overtrædelsen fra november 1988 til juni 1998<sup>(5)</sup>.

##### B. NUKLEOTIDINDUSTRIEN

###### 1. PRODUKTET

- (4) Nukleinsyre eller nukleotid fremstilles af glukose gennem en fermenterings-, adskillelses-, krystalliserings- og filtreringsproces.
- (5) Der findes to nukleotider, som anvendes til smagsforstærkere, nemlig dinatrium 5'-inosinat (IMP) og dinatrium 5'-guanylat (GMP). Begge nukleotider sælges også i blandinger af disse to produkter, såsom I&G, der er en blanding af de to nukleotider i forholdet 50:50.
- (6) Med IMP var det første gang, man opdagede et nukleotid med den egenskab, at det forstærker smagsstofferne i visse fødevarer. Det blev senere konstateret, at GMP havde de samme egenskaber. De to produkter anvendes kun i små mængder. De fungerer kun som smagsforstærkere i forbindelse med glutamat, hvad enten dette er tilsat, som f.eks. mononatriumglutamat (MSG), eller forekommer naturligt, såsom glutamat i tomater. IMP og GMP er også effektive i formuleringer med lavt natriumindhold. Nukleotidsmagsforstærkere anvendes af de fleste fødevarerproducenter som tilsætning til fødevarer. De kan anvendes alene (med naturligt forefindende glutamat), men anvendes oftest sammen med MSG.
- (7) Som sådanne anvendes de hovedsagelig som erstatning for oksekødsekstrakt, til forstærkning af søde smagsstoffer og kødsmagsstoffer, til »maskering« af bismag i forskellige fødevarsammensætninger og til neutralisering af bitre smagsstoffer.

###### 2. PRODUCENTERNE

- (a) AJINOMOTO COMPANY, INC (JAPAN)
- (8) Ajinomoto Company, Inc. (»Ajinomoto«) er det øverste moderselskab i en koncern, der fremstiller kemikalier, herunder nukleotider og fødevarer. På grundlag af et indgående kendskab til aminosyroteknologi beskæftiger koncernen sig også med udvikling og fremstilling af medicinalvarer. Ajinomotos virksomhed omfatter produktion og afsætning i 21 lande.
- (9) Ajinomoto driver produktionsanlæg for nukleotider i Japan.

(5) Jf. afsnittet »Overtrædelsens varighed«, hvor tidspunkterne for de enkelte virksomheder er anført.

(10) Det har følgende europæiske datterselskaber: Ajinomoto Europe Sales GmbH (Hamburg, Tyskland), Ajinomoto Eurolysine (Paris, Frankrig), OmniChem (Louvain-la-Neuve, Belgien) og Forum Holdings Ltd (Det Forenede Kongerige).

(11) I 2001 havde alle virksomhederne i Ajinomoto-koncernen en samlet omsætning på verdensplan på 8 680 mio. EUR.

(b) TAKEDA CHEMICAL INDUSTRIES LIMITED (JAPAN)

(12) Takeda Chemical Industries Ltd (»Takeda«) er det øverste moderselskab i en koncern, der fremstiller medicinalvarer, kemikalier, bulkvitaminer, plantebeskyttelsesprodukter og tilsætningsstoffer til fødevarer, såsom nukleotider.

(13) Distributionen af nukleotider på EØS-markederne organiseres gennem Mitsui & Co. (Japan). Selskabet har dog en række lokale datterselskaber, der varetager salget i Europa: Mitsui & Co. Deutschland GmbH (salg til Vesteuropa (herunder Tyskland, Nederlandene, Portugal og Schweiz), Nordeuropa, Østeuropa og Tyrkiet), Mitsui & Co. UK Plc (salg i Det Forenede Kongerige og Irland) og Mitsui & Co. France SA (salg i Frankrig).

(14) I det regnskabsår, der løb fra 1. april 2001 til 31. marts 2002, havde Takeda en samlet omsætning på verdensplan på 9 247 mio. EUR <sup>(6)</sup>.

(c) DAESANG CORPORATION (SYDKOREA)

(15) Daesang Corporation (»Daesang«) er det øverste moderselskab i en verdensomspændende koncern, hvis virksomhed omfatter fremstilling af krydderier, dyrefoder og aminosyrer. Det blev oprettet i november 1997 ved en fusion mellem Daesang Industrial Limited og Miwon Corporation Limited. Disse selskaber var tidligere kendt som henholdsvis Sewon Corporation Limited og Miwon Foods Corporation Limited (under ét »Daesang« eller »Miwon«).

(16) Siden september 1994 har Daesang Europe BV været Daesang Corporations europæiske salgsselskab for nukleotider. Daesang Europe sælger hovedsagelig nukleotider til uafhængige distributører i EØS.

(17) Daesangs omsætning på verdensplan i 2001 var på 1 382 mio. EUR <sup>(7)</sup>.

(d) CHEIL JEDANG CORPORATION (SYDKOREA)

(18) Cheil Jedang Corporation (»Cheil«) er det øverste moderselskab i en verdensomspændende koncern. Det blev oprettet som den sydkoreanske Samsung-koncerns første produktionsselskab helt tilbage i 1953. I 1993 blev Cheil Jedang Corporation selvstændigt. Cheil er et konglomerat, der især beskæftiger sig med medicinalvarer og fødevarer, og det kom ind på markedet for nukleotider i 1977.

(19) Cheil opererer inden for EØS gennem sit helejede datterselskab, CJ Europe GmbH, og en række uafhængige distributører.

(20) I 2001 havde virksomhederne i Cheil-koncernen en samlet omsætning på 1 976 mio. EUR <sup>(8)</sup>.

### 3. MARKEDET

(a) UDBUDSSIDEN

#### 1. Produktion

(21) De fire største producenter af nukleotider er Ajinomoto, Takeda, Cheil og Daesang. På overtrædelsestidspunktet var der også andre nukleotidproducenter, nemlig Kyowa Hakko Kogyo Co. Ltd (»Kyowa«) (Japan) <sup>(9)</sup> og Yamasa Corporation (»Yamasa«) (Japan) <sup>(10)</sup>.

(22) Den samlede produktionskapacitet for nukleotider på verdensplan udgjorde i 1997 ca. 10 700 tons, mod ca. 6 660 tons i 1992.

(23) Ingen af de japanske eller koreanske producenter af nukleotider har produktionsanlæg i EU. Cheil har et produktionsanlæg i Indonesien, og Kyowa har for nylig opført et produktionsanlæg i USA.

#### 2. Distribution

(24) Ovennævnte japanske og sydkoreanske producenter af nukleotider sælger produktet på EØS-markedet gennem salgsselskaber og uafhængige distributører, der er etableret i de forskellige medlemsstater.

(25) Siden september 1994 har Daesang solgt nukleotider i Europa gennem sit helejede datterselskab Daesang Europe BV. Daesang Europe BV importerer nukleotider fra Asien og sælger dem fortrinsvis til uafhængige distributører i EØS.

<sup>(6)</sup> Der blev anvendt følgende vekselkurs: 1 EUR = 108,682 JPY (Eurostats referencedatabase — vekselkurs for 2001).

<sup>(7)</sup> 1 EUR = 1,154,83 Won (Eurostats referencedatabase — vekselkurs for 2001).

<sup>(8)</sup> 1 EUR = 1,13404 USD (Eurostats referencedatabase — vekselkurs for 2001).

<sup>(9)</sup> I 1992 standsede Kyowa sin eksport af nukleotider til Europa.

<sup>(10)</sup> Yamasa Corporation standsede leverancerne af smagsforstærkere til Europa i 1994.

- (26) Ajinomoto sælger nukleotider i EØS gennem sit tyske datterselskab Ajinomoto Europe Sales GmbH, der er etableret i Hamburg, og gennem uafhængige distributører.
- (27) Cheil sælger nukleotider i EØS gennem sit helejede datterselskab, CJ Europe GmbH, og gennem uafhængige distributører.
- (28) Takeda sælger nukleotider i EØS gennem en uafhængig distributør, der videresælger produktet gennem sine datterselskaber i Tyskland, Frankrig og Det Forenede Kongerige.
- (b) EFTERSPØRGSELSSIDEN
- (29) Efterspørgslen efter nukleotider er direkte knyttet til fødevarerindustrien. Som nævnt ovenfor benyttes nukleotider fortrinsvis af de største fødevarerproducenter som smagsforstærkere til fødevarer.
- (30) Fra 1992 til 1999 voksede nukleotidmarkedet kraftigt: mens forbruget på verdensplan i 1992 stadig var på ca. 4 465 tons, var det på godt 9 000 tons i 1999. I samme periode anslås det, at forbruget af nukleotider i EU steg fra ca. 200 tons til over 500 tons i 1999.
- (31) Ifølge Kommissionens bedste skøn havde det samlede EØS-marked en værdi på omkring 12 mio. EUR i 1997, mens det i 2000 havde en værdi på ca. 7,5 mio. EUR.
- (32) Det anslås, at de tre største kunder i Europa, [ ]\* (\*), [ ]\* (herunder [ ]\*, der blev overtaget af [ ]\* i 1990'erne) og [ ]\* aftager mellem 45 % og 55 % af alle de nukleotider, der afsættes i Europa om året. Betraget hver især aftager [ ]\* ca. 20 % og [ ]\* 15 % af den samlede nukleotidimport til Europa.
- (c) MARKEDSOPLYSNINGER
- (33) Nukleotidvirksomhed er hovedsagelig global. De største nukleotidproducenter er store multinationale selskaber, der er etableret i Japan og Sydkorea. Selv om produktionen hovedsagelig foregår i Asien, er afsætningen global (især til tre store geografiske områder — Nordamerika, Europa og Asien). Det relevante geografiske marked for nukleotider bør derfor betegnes som verdensomspændende.
- (34) Alle nukleotider, der afsættes i EØS, importeres fra lande uden for EØS.
- (35) Sydkoreanske producenter var indtil den 30. april 1998 omfattet af et fællesskabsarrangement med toldpræferencer<sup>(1)</sup>.
- (36) Den stamme, som produktionen af kommercielle nukleotider hovedsagelig er baseret på (og selve produktionsprocessen) er patenteret. Blandt nogle af de faktorer, der kan påvirke kundernes valg af leverandør, har parterne nævnt produktets kvalitet, pris, levering og teknisk bistand.
- (37) Fra begyndelsen af 1988 til udgangen af 1997 holdt de månedlige gennemsnitspriser på nukleotider sig ret konstante i EØS (mellem ca. 22 EUR og ca. 27 EUR pr. kg). Efter denne periode begyndte nukleotidpriserne at falde betydeligt (priserne anslås til mellem ca. 12 EUR og ca. 16 EUR i 1999 og mellem ca. 8 EUR og ca. 12 EUR i 2000).
- (d) SAMHANDEL
- (38) I den periode, der er omhandlet i denne beslutning, var markedet for nukleotider præget af betydelige handelsstrømme mellem de nuværende medlemsstater og mellem EØS-aftalens kontraherende parter.
- (39) Alle virksomheder afsatte produktet i næsten alle medlemsstater, enten gennem datterselskaber eller gennem distributører, der var etableret i EU.
- (40) Daesang sælger for eksempel nukleotider i hele EU gennem Daesang Europe BV, der er etableret i Nederlandene. Cheil og Ajinomoto opererer på tilsvarende måde. Takeda afsætter til gengæld sine nukleotider gennem en uafhængig distributør, der har datterselskaber i Tyskland, Det Forenede Kongerige og Frankrig. Det tyske salgsselskab er ansvarligt for praktisk talt hele EU-området, undtagen Frankrig, Det Forenede Kongerige og Irland, hvor andre datterselskaber er etableret.

<sup>(1)</sup> 1.1.1989-31.12.1989: 0 % (GSP) Rådets forordning (EØF) nr. 4257/88 af 19. december 1988 om anvendelse af generelle toldpræferencer i 1989 for visse industrivarer med oprindelse i udviklingslande (EFT L 375 af 31.12.1988, s. 1.); 1.1.1990-31.12.1990: 0 % (GSP) Rådets forordning (EØF) nr. 3896/89 af 18. december 1989 om anvendelse af generelle toldpræferencer i 1990 for visse industrivarer med oprindelse i udviklingslande (EFT L 383 af 30.12.1989, s. 1.); 1.1.1991-31.12.1994: 0 % (GSP) Rådets forordning (EØF) nr. 3831/90 af 20. december 1990 om anvendelse af generelle toldpræferencer for visse industrivarer med oprindelse i udviklingslande (EFT L 370 af 31.12.1990, s. 1.); 1.1.1995-30.04.1998: 0 % (GSP) Rådets forordning (EF) nr. 3281/1994 af 19. december 1994 om anvendelse af et flerårigt arrangement med generelle toldpræferencer for perioden 1995-1998 for visse industrivarer med oprindelse i udviklingslande (EFT L 348 af 31.12.1994, s. 1).

(\*) Skarp parentes markeret med en asterisk betegner fortrolige oplysninger, der er udeladt af teksten.

- (41) En betydelig del af afsætningen af nukleotider i EU var derfor omfattet af samhandelen.
- (42) I overtrædelsesperioden og efter etableringen af EØS blev der også afsat nukleotider til brugere i EØS, især gennem de datterselskaber og distributører, der i forvejen var etableret i EU.

### C. PROCEDURE

#### (a) KOMMISSIONENS PROCEDURE

- (43) Den 9. september 1999 indgav det japanske selskab Takeda en ansøgning i henhold til Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager<sup>(12)</sup> (»samarbejdsmeddelelsen«), idet det underrettede Kommissionen om et kartel inden for nukleotider og gav udtryk for, at det ville samarbejde fuldt ud med Kommissionen. Den 14. september 1999 forelagde Takeda Kommissionen et dossier med en række dokumenter om sagen.
- (44) Den 1. februar 2000 henvendte Daesang sig til Kommissionen og bekræftede, at der fandtes et nukleotidkartel og gav udtryk for, at det ville samarbejde fuldt ud med Kommissionen i forbindelse med dens undersøgelse.
- (45) Den 21. februar 2000 sendte Kommissionen begæring om oplysninger til Ajinomoto, Cheil, Daesang og Kyowa, hvorved den anmodede om en udførlig redegørelse for deres kontakter med konkurrenterne mellem 1992 og 1999.
- (46) På grundlag af de oplysninger, Kommissionen modtog i 2000, stod det klart, at kartellet havde fungeret inden 1992, og Kommissionen sendte den 11. juni 2001 Takeda, Ajinomoto, Daesang og Cheil en supplerende begæring om oplysninger for perioden fra 1988 til 1992.
- (47) Daesang indrømmede i sit svar på Kommissionens første begæring om oplysninger (af 3. april 2000 og 21. april 2000), at det havde deltaget i møder med konkurrenter, og forelagde Kommissionen en række dokumenter vedrørende formålet med de forskellige møder samt mødetidspunkterne og -deltagerne. Daesang fremsendte en supplerende meddelelse den 10. maj 2001.
- (48) Ajinomoto svarede på Kommissionens begæring om oplysninger den 3. april og den 5. maj 2000 og udleverede i denne forbindelse en række dokumenter om møderne og gav udtryk for, at det ville samarbejde fuldt ud med Kommissionen i forbindelse med proceduren. Cheil indrømmede i sit svar på Kommissionens

begæring om oplysninger, som Kommissionen modtog den 17. april 2000, at det havde deltaget i møder mellem konkurrenter og gav Kommissionen flere oplysninger og dokumenter vedrørende disse møder. Cheil gav også udtryk for, at det ville samarbejde fuldt ud i forbindelse med undersøgelsen. Kyowa besvarede Kommissionens begæring om oplysninger den 4. maj 2000 og indrømmede i denne forbindelse, at det havde deltaget i møder mellem konkurrenter indtil udgangen af 1993, ligesom det gav udtryk for, at det ville samarbejde fuldt ud i forbindelse med undersøgelsen. Kyowa fremlagde også beviser på, at det ikke havde leveret nukleotider, der anvendes som smagsforstærkere, til Europa siden 1992.

- (49) Den 20. oktober 2000 forelagde Takeda Kommissionen en erklæring om en række konkurrencebegrænsende aktiviteter i Fællesskabet, som Takeda var involveret i, og supplerede hermed de dokumenter, det havde fremsendt den 14. september 1999. Takeda gav i erklæringen en række udførlige oplysninger om kartellet, dets struktur og grundregler og om møderne mellem konkurrenter.
- (50) Som nævnt fremsendte Kommissionen den 11. juni 2001 en supplerende begæring om oplysninger for perioden 1988-1992. Takeda gav i sit svar af 20. juli 2001 yderligere oplysninger om, hvordan kartellet havde fungeret inden 1992.
- (51) Ajinomoto fremførte derimod i sit svar af 30. juli 2001, at det ikke var i stand til at finde henvisninger til møder med konkurrenter inden for nukleotider i perioden 1988-1991. Det indrømmede dog, at der fra tid til anden havde været afholdt sådanne møder.
- (52) Daesang svarede den 23. juli 2001 og bekræftede, at det havde deltaget i kartellet fra oktober 1988.
- (53) Cheil fremsendte sit svar den 14. august 2001 og anførte i denne forbindelse, at det ikke mente, at møderne fra 1988 til 1991 havde vedrørt det europæiske marked.
- (54) Den 24. oktober 2001 og den 20. december 2001 fremsendte Kommissionen en begæring om oplysninger til Yamasa. Dette selskab fremlagde i sit svar af 17. januar 2002 beviser på, at det ikke havde leveret nukleotider til brug som smagsforstærkere til Europa siden juli 1994.
- (55) Den 24. oktober 2001 og den 31. januar 2002 mødtes repræsentanter for Ajinomoto med Kommissionen for at drøfte deres samarbejde og fremlagde yderligere oplysninger den 17. december 2001 og den 31. januar 2002.
- (56) Den 10. juli 2002 fremsendte Kommissionen en klagepunktsmeddelelse til Ajinomoto, Takeda, Daesang og Cheil.

<sup>(12)</sup> EFT C 207 af 18.7.1996, s. 4.

## D. SAGSFORLØB

## 1. DELTAGERE OG ORGANISATION

- (57) Møderne blev normalt holdt på topplan (direktør- og chefniveau), som det fremgår af bevismaterialet i dossieret om tidspunkt, sted og deltagere i forbindelse med de fleste kartelmøder<sup>(13)</sup>.
- (58) Kyowa og Yamasa indstillede deres eksport fra Japan i henholdsvis 1992 og 1994, hvorved Ajinomoto, Takeda, Cheil og Daesang blev de eneste aktører på verdensmarkedet (uden for Japan). Som det fremgår af materialet i Kommissionens dossier blev møderne derfor begrænset til Takeda, Ajinomoto, Cheil og Daesang fra oktober 1994<sup>(14)</sup>.
- (59) Deltagerne mødtes normalt i sidste halvdel af august/ september, inden de årlige pristilbud skulle sendes til de tre (oprindeligt fire) store europæiske kommercielle nukleotidbrugere, [ ]\*, [ ]\*, [ ]\* (og [ ]\*, der blev overtaget af [ ]\* i 1990'erne). Disse priser skulle så anvendes som udgangspunkt for fastsættelse af salgspriserne over for andre kunder<sup>(15)</sup> og for fordeling af disse kunder mellem virksomhederne.
- (60) Derefter holdt producenterne normalt et møde mellem januar og marts for at gennemgå resultaterne af de årlige kontraktforhandlinger med de tre store kunder og drøfte de priser, der generelt skulle anvendes på markedet<sup>(16)</sup>.
- (61) Deltagerne holdt også bilaterale møder, hvor de forberedte de multilaterale møder eller drøftede gennemførelsen af aftalerne, for eksempel i forbindelse med bestemte kunder.

## 2. KARTELLET I HOVEDTRÆK

## GRUNDPRINCIPPER

- (62) Kartellets struktur, organisation og drift byggede på deltageres fælles vurdering af markedet. Som nævnt ovenfor erkendte producenterne, at markedet i Europa stort set bestod af tre store industrielle brugere af nukleotider: [ ]\*, [ ]\* (der overtog [ ]\* i 1990'erne) og [ ]\*. De købte tilsammen ca. 45 %-55 % af alle nukleotider, der afsættes i Europa hvert år.

<sup>(13)</sup> Jf. s. 1931-1947 og 1961-1974 i Kommissionens dossier; se også s. 316-319, s. 1995 og s. 2174-2175 i Kommissionens dossier.

<sup>(14)</sup> Jf. også s. 2170-2171 i Kommissionens dossier.

<sup>(15)</sup> Ajinomoto omtaler disse andre kunder (andre end [ ]\*, [ ]\* og [ ]\*) som »det generelle marked«.

<sup>(16)</sup> Jf. s. 2170-2171 i Kommissionens dossier.

- (63) Formålet med kartelmøderne var at drøfte den generelle udvikling på markedet for nukleotider, at udveksle prisoplysninger og at drøfte, hvordan de årlige salgskontrakter for nukleotider, der blev indgået med de tre store industrielle brugere af nukleotider i EU, skulle fordeles mellem producenterne. Møderne omfattede drøftelser om, at salgspriserne for nukleotider til disse selskaber skulle anvendes som udgangspunkt for fastsættelse af salgspriserne overfor andre kunder<sup>(17)</sup>.

- (64) Det indgik i aftalen, at de japanske producenter skulle købe produktet hos de koreanske producenter, mød at de koreanske indvilligede i at begrænse deres afsætning til bestemte markeder og til bestemte kunder (de såkaldte »modkøbsaftaler«). Takeda skulle således foretage indkøb hos Cheil, mens Ajinomoto skulle have tilsvarende arrangementer med Daesang<sup>(18)</sup>.

- (65) Der er redegjort meget klart for kartellets grundprincipper i Takedas referat af mødet den 25. juli 1997 mellem Takeda og Ajinomoto<sup>(19)</sup>, hvor Ajinomotos nye [...] blev introduceret. Med Takedas egne ord fik han forklaret, at de regelmæssige møder mellem konkurrenterne tog sigte på »a) at opretholde og ændre priserne på de internationale markeder, b) at respektere hinandens markeder og c) at fordele de store kunder i Europa« (»(a) maintaining and reforming international market prices, (b) respecting each other's markets and (c) allocating large clients in Europe«).

(a) **Prisfastsættelse**

- (66) Karteldeltagerne aftalte, hvilke »mindstepriser« og »målpriser« der skulle anvendes. Der blev fastsat priser for salget af nukleotider til de tre store europæiske kunder, og disse priser blev derpå benyttet som udgangspunkt for fastsættelse af salget til andre kunder. Hvert år drøftede man også en målpris for det kommende år for salget til de tre store kunder<sup>(20)</sup> (jf. for eksempel betragtning 80, 87, 92, 94, 98, 108, 112-113, 118-120, 124, 127-129, 139-141).

- (67) Priserne blev fortrinsvis fastsat i både USD og DEM. På det europæiske marked blev DEM normalt anvendt som referencevaluta og omregnet til den relevante nationale valuta, når der blev afgivet tilbud og fastsat priser over for de nationale kunder.

<sup>(17)</sup> Jf. Takedas erklæring, s. 2170 i Kommissionens dossier.

<sup>(18)</sup> Jf. s. 303 og 1962 i Kommissionens dossier.

<sup>(19)</sup> Jf. s. 2158-2161 i Kommissionens dossier.

<sup>(20)</sup> Jf. Takedas erklæring, s. 2170-2171 i Kommissionens dossier, Daesangs erklæring på s. 1933 i Kommissionens dossier, Daesangs supplerende meddelelse på s. 1963 i Kommissionens dossier, Kyowas erklæring på s. 870 og 871 i Kommissionens dossier, Cheils erklæring på s. 304 i Kommissionens dossier og Ajinomotos memorandum, s. 2, afsnit 3, på s. 2445 i Kommissionens dossier.



(b) **Kundefordeling (og markedsdeling)**

## GENNEMFØRELSE

- (68) [ ]\* og [ ]\* fik traditionelt leverancer fra Takeda, mens [ ]\* traditionelt fik leverancer fra Ajinomoto<sup>(21)</sup>. Ifølge Daesang havde Takeda og Ajinomoto indgået en aftale om ikke at sælge til hinandens europæiske kunder<sup>(22)</sup>.
- (69) For at beskytte deres afsætning til disse store europæiske nukleotidbrugere indgik Takeda og Ajinomoto også aftaler med deres største konkurrenter om at købe produktet hos disse, mod at de respektive konkurrenter begrænsede deres salg til de største europæiske nukleotidbrugere<sup>(23)</sup>. Cheil beskriver det på denne måde<sup>(24)</sup>, »De japanske selskaber (Takeda og Ajinomoto) skulle købe nukleotider hos henholdsvis Cheil og Miwon (Daesang). Til gengæld forventede de, at de koreanske producenter ikke solgte til de tre store europæiske kunder, ligesom de skulle begrænse de mængder, de eksporterede til Japan« (»The Japanese companies (Takeda and Ajinomoto) were to buy nucleotides from Cheil and Miwon (Daesang) respectively. In exchange, the Korean producers were supposed not to sell to the European »big 3« and were to restrict quantity to Japan«) (jf. for eksempel betragtning 78, 81, 84, 86, 100-102, 108, 111-112, 114, 116-117, 122-123).
- (70) Denne udligningsordning, der var et supplement til kundefordelingsordningen, førte også til fordeling af markederne på verdensplan, hvilket Cheil har bekræftet<sup>(25)</sup>. De japanske virksomheder købte produktet hos deres koreanske konkurrenter, som til gengæld ikke måtte sælge til bestemte kunder<sup>(26)</sup>. I betragtning af at disse kunder befandt sig på andre markeder end de markeder, hvor udligningssalget foregik, medførte dette i praksis en fordeling af markederne (jf. for eksempel betragtning 81-82, 85, 94-95, 100-102, 110, 112, 122, 124, 134).
- (71) Takeda bekræfter, at en integrerende del af kartelarrangementerne vedrørte »producenternes fordeling af de årlige kontrakter om nukleotidsalg, der blev indgået med de tre store kommercielle brugere af nukleotider i EU, nemlig [ ]\*, [ ]\* og [ ]\*« (»the allocation between the manufacturers of the annual nucleotides sales contracts concluded with the three large commercial users of nucleotides in the Community: namely [ ]\*, [ ]\* and [ ]\*«).
- (72) Afholdelse af regelmæssige og hyppige møder mellem denne beslutnings adressater var et nøgletræk ved kartellets organisation. Fra 1989 til 1998 er der blevet påvist over 20 multilaterale møder (mellem samtlige karteldeltagere). Desuden afholdt parterne regelmæssigt bilaterale møder i denne periode (der er påvist over 35 sådanne møder). Disse møder havde for eksempel til formål at forberede virksomhedernes respektive stillingtagen på de multilaterale møder. Der blev også af og til ført kontakter pr. telefon (der er påvist ca. 10 telefonsamtaler).
- (73) Tidspunktet for kartelmøderne blev normalt fastsat til kort før de årlige kontraktforhandlinger med de tre store europæiske kunder med det formål at aftale de målpriser, der skulle tilbydes, samt fordelingen af disse kontrakter<sup>(27)</sup>. Parterne afholdt også møder for at drøfte gennemførelsen af målpriserne under salgsforhandlingerne<sup>(28)</sup>, selv om gennemgangen af tidligere målpriser og drøftelserne af de nye målpriser, der skulle anvendes, ofte foregik på et og samme møde (jf. for eksempel betragtning 93-94, 96, 103, 109, 118, 125-126, 130-131, 141).
- (74) Deltagerne udvekslede også deres salgspriser og -mængder, der blev anvendt til fastlæggelse af målpriserne<sup>(29)</sup> (jf. for eksempel betragtning 80, 96, 98, 103, 115, 133).

## 3. INDLEDENDE KONTAKTER

- (75) Cheil indrømmer, at der blev holdt en række møder mellem konkurrenter fra juli 1988, selv om selskabet først anførte, at møderne mellem 1988 og 1991 tilsyneladende ikke vedrørte EØS, men i stedet fokuserede på det japanske og det asiatiske marked<sup>(30)</sup>.
- (76) Cheil vedlagde som bilag 5 til sin erklæring af 2001 en rapport om en forretningsrejse, dateret 16.-28. juli 1988, og det fremgår heraf, at »Takeda udtalte, at selskabet tilrettelagde et P-møde<sup>(31)</sup> for nukleotider for at undgå den skarpe konkurrence, som Miwons (Daesang) indtræden på markedet ville medføre, og det bad os om støtte og om at deltage i P-mødet« (»Takeda said they were making P-meeting for Nucleotides to avert severe competition which would be occurred by Miwon's [Daesang] entry and asked us to support and join into the P-meeting«).

(21) Jf. Takedas erklæring, s. 2170 i Kommissionens dossier.

(22) Jf. Daesangs supplerende meddelelse på s. 4 eller s. 1963 i Kommissionens dossier.

(23) Jf. Cheils erklæring, s. 2, afsnit 2 (s. 301 i Kommissionens dossier); Kyowas erklæring på s. 5, første afsnit (s. 870 i Kommissionens dossier) og Daesangs supplerende meddelelse på s. 1963-1964.

(24) Jf. Cheils erklæring på s. 5, s. 304 i Kommissionens dossier.

(25) Jf. Cheils erklæring på s. 4, s. 303 i Kommissionens dossier.

(26) Jf. Cheils erklæring på s. 5 (s. 304 i Kommissionens dossier); se også s. 1963-1964 i Kommissionens dossier.

(27) Jf. Takedas erklæring, s. 2170 og 2171 i Kommissionens dossier.

(28) Jf. Takedas erklæring, s. 2171 i Kommissionens dossier.

(29) Jf. Takedas erklæring, s. 2170, i Kommissionens dossier.

(30) Jf. s. 1181-1182 i Kommissionens dossier.

(31) Der henvises til møderne mellem producenter eller om prisfastsættelse.

- (77) Takeda fremfører, at møderne mellem konkurrenter blev indledt omkring 1989<sup>(32)</sup>.
- (78) Kyowa har derimod fremført, at møderne mellem de japanske nukleotidproducenter i hvert fald begyndte i 1986, men »[...] at der endog kan have været afholdt møder tidligere«<sup>(33)</sup> (»[...] there may have been even earlier meetings«<sup>(33)</sup>). Kyowa fremfører desuden, at det mener, at »hovedaktørerne bag møderne var Takeda og Ajinomoto. Takeda havde til opgave at forhandle med Cheil, og Ajinomoto skulle forhandle med [Daesang]. Takeda var også gruppens koordinator«<sup>(34)</sup> (»the main players behind the meetings were Takeda and Ajinomoto. Takeda was in charge of dealing with Cheil, and Ajinomoto was in charge of dealing with [Daesang]. Takeda was also the co-ordinator of the group«<sup>(34)</sup>).
- (79) Ajinomoto indrømmer, at repræsentanter for Ajinomoto fra tid til anden holdt møde med Cheil, Takeda, Kyowa og Yamasa fra 1988 og frem. Selv om det først hævdede, at det ikke havde kunnet indsamle oplysninger om emnet for disse møder for perioden 1988-1991<sup>(35)</sup>, fremsendte det senere en række interne dokumenter om kontakter i denne periode i sit supplerende memorandum af 17. december 2001<sup>(36)</sup>.
- (80) Et internt memorandum, som Ajinomoto fremsendte, viser, at repræsentanter for de japanske nukleotidproducenter (Takeda, Ajinomoto, Kyowa og Yamasa) holdt møde den 8. og den 10. november 1988, hvor de med hensyn til det europæiske marked udvekslede oplysninger om, drøftede og/eller aftalte de priser, som de enkelte selskaber havde tilbudt eller skulle tilbyde de tre store endelige brugere i Europa, dvs. [ ]\*, [ ]\* og [ ]\*, samt målpriserne på det generelle marked i Europa bortset fra de tre store kunder, for kalenderåret 1989<sup>(37)</sup>.
- (81) Daesang fremfører<sup>(38)</sup>, at det første gang blev kontakten af de japanske producenter kort efter, at det havde indledt sin nukleotidproduktion i 1987: der blev tilrettelagt et møde mellem de japanske producenter (Daesang taler om »Sammenslutningen« af japanske producenter), og repræsentanter for Miwon (nu Daesang) i Tokyo den 5. oktober 1988. Formålet med dette møde var at begrænse Miwons indtrængen på det japanske marked og at drøfte et eventuelt samarbejde med de koreanske producenter. Drøftelserne på dette møde førte til, at der den 19. december 1988 blev indgået en »modkøbsaftale« mellem Ajinomoto og Miwon. Selv om den blev betegnet som en »leveringskontrakt«, indrømmer Daesang, at den mundtligt aftalte betingelse for denne kontrakt var, at Miwon ikke måtte øge sit salg i Japan og ikke måtte forhindre de japanske producenters samarbejde om verdenspriserne<sup>(39)</sup>.
- (82) Dette underbygges af Miwons interne fax af 9. november 1988, hvor der henvises til forhandlingerne med Ajinomoto om leveringskontrakten, og hvor det er anført, at »kontrakten indeholder et forbud mod nyt salg« (»the contract contains a clause on the prohibition of new sales«). Det betød ifølge Daesang, at Ajinomoto kun var villig til at købe produktet hos Miwon, hvis sidstnævnte ikke forøgede sin afsætning i Japan<sup>(40)</sup>.
- (83) Desuden fremfører Daesang, at Ajinomoto på dette møde den 5. oktober 1988 gjorde det klart, at Ajinomoto ville foretage modkøbene fra Miwon, mens Takeda skulle tage sig af modkøbene fra Cheil. Ajinomoto købte Miwons produkter gennem Takedas distributør, som selskabet brugte som stråmand<sup>(41)</sup>.
- (84) Daesang oplyser i denne forbindelse, at det var de japanske producenter, der tog initiativ til aftalen<sup>(42)</sup>, og bekræftede hermed Kyowas ovennævnte udtalelse (»hovedaktørerne bag møderne var Takeda og Ajinomoto. [ ] Takeda var også gruppens koordinator«<sup>(43)</sup>). Cheil deler også den opfattelse, at kartellet blev ledet af de japanske producenter, og selskabet fremførte, at »den generelle kommercielle baggrund for begivenhederne er, at dominerende aktører forsøger at beskytte et effektivt duopol mod ny konkurrence« (»the broad commercial background to the events set out is one of dominant players seeking to protect an effective duopoly from emerging competition«<sup>(44)</sup>).
- (85) Ajinomoto fremfører<sup>(45)</sup> i denne forbindelse, at selskabets rolle bør betragtes som underordnet Takedas, som skal have indledt og organiseret kartelaktiviteterne: »I betragtning af, at Takeda manglede et velorganiseret salgnet i EØS [ ] og stod over for øget konkurrence fra de koreanske selskabers side, var det Takeda, der var ivrig efter at beskytte sin førende stilling over for [ ]\* og [ ]\* gennem fordeling af kunderne og fastsættelse af priserne. Det var [en Takeda-repræsentant]\* [ ], der tog initiativ til møderne mellem konkurrenterne. [En Takeda-repræsentant]\* ledede møderne og holdt den indledende og den afsluttende tale. Under møderne var det ham, der ledte drøftelserne og tegnede diagrammer på en tavle. Takeda beklagede sig kraftigt, når det blev opmærksom på, at andre virksomheder havde underbudt den fastsatte pris til [ ]\* og [ ]\*« (»Faced with the fact that it lacked a well-organised sales network in the EEA [...] and the entry of additional competition from Korean companies, it was Takeda that was keen to protect its leading position vis-à-vis [ ]\* and [ ]\* through customer allocation and price fixing. Meetings among the competitors were initiated by [a Takeda representative]\* [...]. [A Takeda representative]\* chaired the meetings and made the opening and concluding speeches. During the meetings, he would lead the discussion and write grid-charts on a whiteboard. Takeda would complain vigorously whenever it came to its attention that other companies had undercut the pre-determined price to [ ]\* and [ ]\*«<sup>(46)</sup>).

<sup>(40)</sup> Jf. s. 1962 og 990-992 i Kommissionens dossier.

<sup>(41)</sup> Daesangs supplerende meddelelse, s. 3 og de dertil knyttede bilag K og L.

<sup>(42)</sup> Jf. s. 1961-1962 i Kommissionens dossier.

<sup>(43)</sup> Jf. s. 4 i Kyowas erklæring, s. 869 i Kommissionens dossier.

<sup>(44)</sup> Jf. Cheils erklæring på s. 2, afsnit 2, s. 301 i Kommissionens dossier.

<sup>(45)</sup> Jf. s. 2557-2558 i Kommissionens dossier.

<sup>(46)</sup> Dette er i strid med oplysningerne i Kommissionens dossier. I et internt notat fra Ajinomoto (jf. bilag 11 til Ajinomotos memorandum af 30. juni 2000 eller s. 2496-2499 i Kommissionens dossier, er det anført, at »som førende producent må vi [Ajinomoto] sammen med Takeda føre an i prisstigningskapløbet og det er derfor mest sandsynligt, at vi løber i stik modvind. Vi bliver dog nødt til at tage chancer« (»we [Ajinomoto] as leading manufacturer as well as Takeda, have to take the lead in the price increase race, and therefore it is most likely to run against a head wind. However, it is inevitable that we have to take risks«); se også bilag 7 og 8 til Ajinomotos memorandum på s. 2483-2488 i Kommissionens dossier.

<sup>(32)</sup> Jf. s. 2170 i Kommissionens dossier.

<sup>(33)</sup> Jf. s. 869 i Kommissionens dossier.

<sup>(34)</sup> Jf. s. 869 i Kommissionens dossier.

<sup>(35)</sup> Jf. s. 2030 i Kommissionens dossier.

<sup>(36)</sup> Jf. s. 2256-2299 i Kommissionens dossier.

<sup>(37)</sup> Jf. s. 2264-2269 i Kommissionens dossier.

<sup>(38)</sup> Supplerende meddelelse, s. 2, punkt 1.

<sup>(39)</sup> Jf. s. 1962 og s. 986-989 i Kommissionens dossier.

(86) Ifølge Daesang blev der i begyndelsen af marts 1989 indgået endnu en modkøbsaftale mellem Takeda og Miwon, som blev forhandlet af Ajinomoto på Miwons vegne. Kommissionen bemærker, at Ajinomoto i sit svar på klagepunktsmeddelelsen benægter, at det forhandlede en aftale med Takeda på Miwons vegne. Der var knyttet følgende betingelser til kontrakten med Takeda: Miwon (nu Daesang) måtte ikke øge sit salg i Japan, det skulle samarbejde med de japanske producenter om forhøjelse af verdensprisen på nukleotider, og det skulle samarbejde med (dvs. undlade at sælge til) de tre store kunder ([ ]\*, [ ]\*, [ ]\*).

#### 4. KARTELAFTALEN I PRAKSIS

(87) Ifølge en rapport om en forretningsrejse<sup>(47)</sup> blev der mellem den 7. og den 23. marts 1989 holdt et møde mellem nukleotidproducenterne (hvor Cheil deltog). I samme rapport er det anført, at deltagerne aftalte at mødes igen i Kyung Ju i Korea den 7. juni 1989 (ifølge Daesang var det på dette møde, at målpriserne for 1989 blev aftalt).

(88) I en intern fax fra Miwon Japan til Mitra<sup>(48)</sup>, der er dateret 30. maj 1989<sup>(49)</sup>, nævnes ud over leveringen af produktet til Ajinomoto et kommende nukleotidmøde med konkurrenter den 6. og 7. juni 1989 i Kyung Ju i Korea, hvor der skulle deltage repræsentanter for Takeda, Ajinomoto, Miwon og to andre producenter.

(89) Daesang anfører, at det mener, at målpriserne for 1989 blev fastsat på dette producentmøde den 6. og 7. juni 1989<sup>(50)</sup>.

(90) En intern fax fra Ajinomoto af 9. juni 1989 bekræfter dette møde, idet den fastslår, at »Takeda på et møde, der fandt sted i forgårs i Korea, fortalte koreanerne, at [ ]\* havde fremsendt en anmodning om nedsættelse af prisen på 27,50 USD cif til den gældende markedspris« (»at a meeting which took place the day before yesterday in Korea, Takeda told the Koreans that a request was received by [ ]\* to reduce the USD 27.50 CIF price to the prevailing market price«)<sup>(51)</sup>.

(91) En intern fax fra Ajinomoto af 13. juli 1989 viser, at Ajinomotos europæiske salgskontor blev anmodet om at undersøge og bekræfte oplysningerne om Takedas salgspris for nukleotider til [ ]\* og [ ]\* og en række oplysninger om Takedas og andre producenters lave salgspriser og salgsmængder i Vesttyskland, Frankrig, Det Forenede Kongerige, Schweiz og Spanien som optakt til et kommende møde mellem fire japanske og to koreanske nukleotidproducenter på Taiwan den 7. august 1989. Der foreligger ingen yderligere oplysninger om, hvorvidt dette møde den 7. august 1989 fandt sted.

<sup>(47)</sup> Jf. bilag 5 til Cheils erklæring af 2001, s. 2616-2619 i Kommissionens dossier.

<sup>(48)</sup> Miwon Trading and Shipping Company, et datterselskab af Miwon.

<sup>(49)</sup> Jf. s. 1963-1965 i Kommissionens dossier.

<sup>(50)</sup> Jf. s. 1965 i Kommissionens dossier.

<sup>(51)</sup> Jf. s. 2259 og 2270-2272 i Kommissionens dossier (s. 3 i og bilag 2 til Ajinomotos supplerende memorandum af 17. december 2001)

(92) Den 5. oktober 1989 mødtes repræsentanter for Takeda, Ajinomoto, Cheil, Miwon og to andre producenter på ANA Hotel i Tokyo for at drøfte priserne i forbindelse med de kommende forhandlinger med de store kunder, herunder det europæiske marked for 1990, og at se på gennemførelsen af prisaftalen for 1989<sup>(52)</sup>.

(93) Det skal dog bemærkes, at mødet den 5. oktober 1989 ifølge Daesang i praksis bestod af flere møder. Priserne over for de europæiske kunder for 1989 og 1990 blev drøftet bilateralt mellem Takeda og henholdsvis Miwon og Cheil. Miwon blev underrettet af Takeda om, at »Cheil dybest set samarbejder, hvilket tyder på, at Takeda tidligere havde holdt møde med Cheil« (»Cheil is basically co-operating, which indicates that Takeda had previously met with Cheil«)<sup>(53)</sup>. Et afsluttende møde blev holdt kl. 17.00 den samme dag, men behandlede især spørgsmål vedrørende det [ ]\* marked.

(94) Det blev konkluderet, at der var stor afstand mellem målprisen og den faktiske pris på nukleotider. Målpriserne (inklusive Europa) for 1990 blev drøftet på grundlag af »retningslinjerne for prissætningen på det europæiske marked i 1990«, som Takeda fremlagde, og som indeholdt tre forskellige målpriser baseret på den mængde, som en kunde havde bestilt (stor, mellemstor eller lille kunde). Desuden fremfører Daesang, at Takeda, da en kunde fra [ ]\* forventedes at besøge Korea, instruerede Miwon om at tilbyde [ ]\* en pris i overensstemmelse med retningslinjerne (disse retningslinjer er gengivet nedenfor).

(A) Det europæiske marked — (1) foreslåede retningslinjer for 1990

Pris (cif)	Mål Kunde	Bemærkninger
30 USD/kg	Over 1 000 kg (stor kunde)	Et samlet parti
31 USD/kg	500-1 000 kg (mellemstor kunde)	Et samlet parti
32 USD/kg	Under 500 kg (lille kunde)	Et samlet parti

Kilde: Bilag J & L til Daesangs supplerende meddelelse<sup>(54)</sup>.

(95) På mødet den 5. oktober 1989 fremførte Takeda også, at »Europa er Takedas område« (»Europe is Takeda territory«)<sup>(55)</sup>.

<sup>(52)</sup> Jf. s. 2174, 1009-1015, 1016-1024 og 1025-1032 i Kommissionens dossier.

<sup>(53)</sup> Jf. s. 1965 i Kommissionens dossier.

<sup>(54)</sup> Jf. Ajinomotos supplerende memorandum af 17. december 2001, s. 4, eller s. 2260 i Kommissionens dossier.

<sup>(55)</sup> Jf. s. 1009 i Kommissionens dossier.

- (96) Bilag M til Daesangs supplerende meddelelse<sup>(56)</sup> er en intern fax fra Miwon som opfølgning af mødet den 5. oktober 1989, hvori det er anført, at det er (Miwon-) hovedkontorets grundlæggende holdning, at man skal forsøge at følge de japanske virksomheders samarbejdsregler. Det anføres desuden, at »de japanske producenter har solgt (i 1989) til en meget lavere pris end målprisen på det europæiske marked [ ]. Det er derfor tvivlsomt, om ovennævnte retningslinjer for priserne vil blive fulgt af de japanske virksomheder i kontraktperioden for 1990« (»Japanese producers have been selling (in 1989) at a much lower price than the target price in the European market [...]. Therefore it is questionable, whether the above price guideline will be followed by the Japanese companies during the 1990 contract period«).
- (97) Ovennævnte retningslinjer bekræftes ved en intern fax fra Ajinomoto af 6. oktober 1989, hvori det er anført, at retningslinjerne blev udleveret til de koreanske producenter. Til brug for de japanske producenter blev der dog også udvekslet et særskilt sæt retningslinjer for de priser (»guidelines prices«), der skulle anvendes i 1990: 28 USD/kg (52,20 DEM/kg) over for de store kunder og 30 USD/kg (55,80 DEM/kg) over for de øvrige kunder (store kunder på det generelle marked)<sup>(57)</sup>.
- (98) En intern fax fra Ajinomoto af 19. december 1989 vedrører et møde, der blev holdt samme dag mellem de japanske producenter om nukleotidpriserne i Europa for 1990. Ifølge denne fax udtalte Takeda, at det indledte forhandlinger med [ ]\* og [ ]\* under de to seneste rejser til Europa, men at de ikke var enige. Takeda fremsatte et tilbud til [ ]\* på 27,50 USD/kg, men ønskede at fremsætte et nyt tilbud på 26 USD/kg. Takedas forhandlinger med [ ]\* var endnu ikke afsluttet<sup>(58)</sup>.
- (99) Som nævnt ovenfor kontaktede karteldeltagerne også lejlighedsvis hinanden bilateralt. Dokumenterne i bilag N og O til Daesangs supplerende meddelelse er gode eksempler herpå.
- (100) Bilag N til Daesangs supplerende meddelelse<sup>(59)</sup> indeholder en intern fax fra Mitra til Miwon Japan af 22. november 1989, hvor det udtrykkeligt var anført, at Takeda havde foreslået, at det, hvis Miwon ville begrænse sit salg til [ ]\* og [ ]\*, ville acceptere en lavere produktstandard fra Miwon som led i modkøbsaftalen.
- (101) Bilag O til Daesangs supplerende meddelelse<sup>(60)</sup> vedrører en telex af 28. november 1989 fra Takeda, som Miwon først modtog et par dage senere, og som indeholdt betingelserne for selskabets køb hos Miwon i 1990 og en anmodning til Miwon om at tilbyde [ ]\* og [ ]\* en bestemt pris og derefter bekræfte, at det havde efterkommet denne anmodning.
- (102) Ifølge Daesang ville selskabet ikke længere samarbejde om priserne over for [ ]\* og [ ]\* i 1991, medmindre Takeda indvilligede i at købe mindst 20 tons nukleotider hos det, ligesom det heller ikke ville samarbejde med hensyn til [ ]\*, medmindre Takeda aftog i alt 40 tons. Selskabets fax af 10. november 1990<sup>(61)</sup> viste, at dette spørgsmål blev drøftet med [ ]\* fra Takeda, da han besøgte Mitra den 7. november 1990. Det er anført, at »Mitra er helt indstillet på at samarbejde for at forhøje [verdens]markedsprisen. Eksporterer dog i fremtiden frit til Europa til en række kunder, og vil derfor kun samarbejde med hensyn til [ ]\* og [ ]\* for 1991. Desuden anmoder [ ]\* og andre kunder i øjeblikket konstant om tilbud og, om muligt om bekræftelse af kontrakter. Hvis vi [fortsat] følger Takedas anmodning og tilbyder en højere pris, er det sikkert, at vi ikke får [nogen] kontrakter« (»Mitra fully agrees to co-operate in order to increase the [world-wide] market price«. »However, in the future, exports to Europe freely with some customers accounts, so would like to co-operate, in regard to '91, only with respect to [...] and [...]«. »In addition, currently [...] and other customers are continuously requesting offers and if possible looking to confirm contracts. If we [continue] to follow Takeda's request and offer at a higher price, then it is certain that we will not be able to have [any] contracts«). En intern fax af 19. november 1990<sup>(62)</sup> vedrører det samme spørgsmål. De nøjagtige betingelser i modkøbsaftalerne var også hovedemnet for drøftelserne på mødet mellem Ajinomoto, Takedas distributør og Miwon i Tokyo den 1. maj 1991<sup>(63)</sup>.
- (103) Ifølge Kyowas erklæring<sup>(64)</sup> gav [ ]\* fra Takeda på et møde i januar 1991 Kyowa meddelelse om Takedas priser over for [ ]\* og [ ]\*, efter en telefonopringning til sin kollega i Kyowa, hvor han meddelte, at Takeda ønskede at forhøje disse priser til et bestemt niveau fra oktober 1991.
- (104) Ajinomoto fremsendte et internt memorandum vedrørende Takedas nukleotidforhandlinger for 1992, der formodentlig var udarbejdet den 21. november 1991. Ifølge dette memorandum havde Takeda meddelt Ajinomoto med hensyn til kontrakten for 1991, at »Takeda forsøgte at hæve prisen med 2 USD på USD-grundlag (til 28,50 USD), men at forhandlingerne var meget vanskelige, fordi prisforhøjelsen ville være betragtelig på grundlag af lokal valuta som følge af vekselkursen« (»Takeda was trying to raise the price by two dollars on USD basis (to USD 28.50) but the negotiation was very difficult because the price increase would be very significant on a local currency basis due to the exchange rate«). Desuden beklagede Takeda sig over, at [ ]\* modtog lavere tilbud fra Ajinomoto (17,20 USD i stedet for Takedas 17,70 USD), og anmodede Ajinomoto om at tilbyde en salgspris på 18 USD for 1992, hvilket ville ligge over Takedas pris<sup>(65)</sup>.

<sup>(56)</sup> Jf. s. 1033-1036 i Kommissionens dossier.

<sup>(57)</sup> Jf. s. 2260 i Kommissionens dossier

<sup>(58)</sup> Jf. Ajinomotos supplerende memorandum af 17. december 2001, s. 4, eller s. 2260 i Kommissionens dossier.

<sup>(59)</sup> Jf. s. 1037-1038 i Kommissionens dossier.

<sup>(60)</sup> Jf. s. 1039-1040 i Kommissionens dossier.

<sup>(61)</sup> Jf. s. 1041-1044 i Kommissionens dossier.

<sup>(62)</sup> Jf. s. 1045-1050 i Kommissionens dossier.

<sup>(63)</sup> Jf. s. 1051-1054 i Kommissionens dossier.

<sup>(64)</sup> Jf. s. 871 i Kommissionens dossier.

<sup>(65)</sup> Jf. bilag 7 til Ajinomotos supplerende memorandum af 17. december 2001, eller s. 2285-2287 i Kommissionens dossier; jf. også bilag 8, eller s. 2288-2290. Første pristilbud (28,50 USD) vedrører I&G-produktet (blanding af IMP og GMP), mens det andet pristilbud (17,20-18,00 USD) vedrører IMP.

- (105) For at mindske risikoen for at blive afsløret blev møderne mellem konkurrenterne undertiden afholdt med deltagelse af blot nogle få virksomheder, der så handlede på en række andre konkurrenters vegne. For eksempel fremfører Daesang<sup>(66)</sup>, at der den 27.-28. april 1992 blev holdt et todages møde på højt niveau mellem formændene for Daesang, Cheil og Ajinomoto, der handlede på de øvrige japanske producenters vegne fordi det, som Ajinomoto anførte, »ville se mistænkeligt ud, hvis alle de japanske producenter tog til et koreansk feriested sammen« (»it would look suspicious if the Japanese producers all went to a Korean resort together«).
- (106) På dette møde drøftede man nukleotidsamarbejdet. Daesang mener, at Ajinomoto også deltog i mødet på de andre japanske producenters vegne, herunder blandt andet Takeda<sup>(67)</sup>.
- (107) Daesang fremfører, at repræsentanter for Miwon deltog i et møde i Korea den 30. juni 1992 med repræsentanter for Takeda. Der gives dog ingen oplysninger om emnet for dette møde<sup>(68)</sup>.
- (108) Målpriserne for 1993 blev drøftet på et møde i Tokyo den 20. august 1992. Ifølge Daesangs erklæring vedrørte mødets dagsorden et samarbejde om fastsættelse af den internationale markedspris for nukleotider, »modkøbsaftaler« og begrænsninger i salget på det [ ]\* marked. Det endelige mål var, som Takeda udtrykte det, at opnå én verdenspris, herunder for det japanske marked, og at de japanske producenter skulle købe en betydelig mængde produkter fra de koreanske producenter. Målprisen for verdensmarkedet ([...]\*), der blev fremsat på mødet, lå på mellem 30 USD og 32 USD. Efter en pause i mødet blev der indgået en aftale om målprisen for verdensmarkedet. Ifølge Daesang »var det klart, at de japanske virksomheder havde drøftet alle spørgsmålene indbyrdes inden mødet og havde vedtaget en ensartet fremlæggelse« (»it was clear that the Japanese companies had discussed all the issues amongst themselves before the meeting and had agreed upon a unified presentation«)<sup>(69)</sup>. Som støtte for sin udtalelse har Daesang afleveret en kopi af en målprisliste, som Takeda havde udarbejdet til mødet den 20. august 1992. Ifølge listen ville målpriserne for Europa ligge på 48 DEM/kg og 45 DEM/kg for de tre store kunder<sup>(70)</sup>. Ifølge Cheil foreslog de japanske producenter på dette møde, at priserne for Europa kun blev tilbudt i lokal valuta<sup>(71)</sup>.
- (109) Den 28. januar 1993 mødtes deltagerne igen i Tokyo for at se på gennemførelsesbestrebelsene med hensyn til den målpris, der blev fastsat den 20. august 1992. På dette møde besluttede parterne, om den målpris, der blev fastsat i 1992, skulle justeres, og drøftede, hvordan det kunne ske. Daesang fremfører, at de to koreanske producenter fandt det alt for vanskeligt at hæve priserne og bad de japanske producenter om tilladelse til at sælge under målprisen. De japanske producenter afslog. De fremførte blandt andet, at koreanerne kunne sælge til Europa til en lavere pris, fordi de var fritaget for told på grund af Fællesskabets arrangement med generelle toldpræferencer. Selv om parterne tilsyneladende ikke nåede til enighed om, hvordan de skulle opnå målprisen, bekræftede de alle denne målpris<sup>(72)</sup>.
- (110) Desuden blev der drøftet regionale priser for at se, om selskaberne tilsluttede sig den målpris for verdensmarkedet, der blev vedtaget på mødet den 20. august 1992. Man drøftede specielt priserne i [...]\*, [ ]\* og Europa. Man drøftede også generelt samarbejdet med hensyn til de tre store europæiske kunder<sup>(73)</sup>.
- (111) Ajinomoto, Takeda, Miwon og Cheil mødtes igen i Fukuoka (Japan) den 2. marts 1993. På dette møde blev der foretaget en tilpasning af målpriserne for de forskellige regioner for 1993. Desuden drøftede man en afklaring af betingelserne i modkøbsaftalerne, da samarbejdet ikke altid foregik så gnidningsløst, som de japanske producenter kunne have ønsket. Cheil fremfører, at der på mødet blev gjort forsøg på at fastsætte prisen for fællesskabsområdet, men at dette mislykkedes, fordi de koreanske producenter ønskede at anvende en anden pris, fordi de nød godt af de generelle toldpræferencer. Cheil konkluderer, at »det faktisk var de koreanske virksomheders adfærd, der forhindrede aftalerne i at fungere mere effektivt« (»in fact, it was the conduct of the Korean companies which prevented the arrangements from working more effectively«)<sup>(74)</sup>.
- (112) Daesangs referat af dette møde<sup>(75)</sup> indeholder dog en mere detaljeret gennemgang af begivenhederne. Ifølge Daesang blev mødet oprindeligt ledet af Ajinomotos stedfortrædende administrerende direktør, som truede med at ophæve modkøbsaftalerne, hvis de koreanske virksomheder fortsatte med ikke at leve op til deres samarbejde med hensyn til de tre store kunder, anvendelsen af den aftalte verdenspris og begrænsningen af deres salg til Japan. Cheil og Daesang var enige i, at modkøbsaftalerne skulle opretholdes, og de enedes derfor med de japanske producenter om at forbedre deres samarbejdsbestrebelsers. Daesang anfører, at det indvilligede i at samarbejde med hensyn til de tre store kunder, men forlangte, at Ajinomoto og Takeda skulle købe en større mængde nukleotider hos Daesang. Endelig blev det drøftet, hvordan samarbejdet kunne gennemføres, reguleres og håndhæves.

<sup>(66)</sup> Jf. s. 1970-1971 i Kommissionens dossier.

<sup>(67)</sup> Jf. s. 1061-1066 i Kommissionens dossier.

<sup>(68)</sup> Jf. s. 1067-1068 i Kommissionens dossier.

<sup>(69)</sup> Jf. s. 1069 og 1070-1071 samt s. 392-393 i Kommissionens dossier.

<sup>(70)</sup> Daesang forklarer, at disse tal vedrører I&G. Forneden på den samme målprisliste er der særskilt anført en omregningskurs for priserne på IMP og GMP.

<sup>(71)</sup> Jf. Cheils erklæring på s. 4, nr. 2.

<sup>(72)</sup> Jf. s. 1072-1073 i Kommissionens dossier.

<sup>(73)</sup> Jf. s. 1072-1073 i Kommissionens dossier.

<sup>(74)</sup> Jf. Cheils erklæring på s. 5, nr. 5.

<sup>(75)</sup> Jf. s. 395-396 i Kommissionens dossier.

- (113) I den resterende del af 1993 aflagde repræsentanter for Takeda og Ajinomoto flere gange besøg hos Miwon. Under disse besøg drøftede man de samme emner, dvs. samarbejde om de tre store kunder og verdensmarkedspriserne<sup>(76)</sup>.
- (114) Der blev afholdt flere møder i Seoul og Tokyo, ligesom parterne førte regelmæssige kontakter pr. telefon (dvs. møder mellem Takeda og Cheil den 7. og 26. maj 1993 og den 30. august 1993, møde mellem Ajinomoto, Takeda, Cheil og Miwon den 7. juli 1993). De fleste af disse kontakter vedrørte enten gennemførelsen af modkøbsaftalerne (dvs. priser og mængder) eller klager over, at en af deltagerne (de koreanske) ikke overholdt målpriserne.
- (115) Man drøftede også priserne over for bestemte kunder: den 13. september 1993 ringede Takeda for eksempel til Cheil for at meddele, hvilke priser der skulle anvendes over for de tre store europæiske kunder ([ ]\*, [ ]\* og [ ]\*). Desuden drøftede man forholdet mellem priserne på IMP, GMP og I&G (se Cheils erklæring).
- (116) Den 25. januar 1994 holdt Cheil og Takeda et møde for at drøfte videreførelsen af modkøbsaftalen. Det blev aftalt, at mængde og pris skulle holdes på det samme niveau som i 1993. Ifølge Cheil beklagede Takeda sig over, at Cheil ikke efterkom den eksisterende aftale for Europa, [ ]\* og [ ]\*. For eksempel skulle Takeda have beklaget sig til Cheil over, at [ ]\* havde bedt Takeda om at sænke sin pris på IMP til 16,5 USD/kg, efter at Cheil havde tilbudt [ ]\* en pris på dette niveau.
- (117) Cheil fremfører, at dets referat af dette møde klart angiver, at de japanske producenter spillede den førende rolle. Efter drøftelser mellem Cheil og Takeda vedrørende den japanske industris »modkøb«, skal Takeda have anført, at der ville blive truffet en endelig beslutning på dette område på et møde mellem Ajinomoto og Takeda<sup>(77)</sup>.
- (118) Den 25. august 1994<sup>(78)</sup> blev der holdt møde i Tokyo. Cheils og Miwons referater af dette møde viser, at man drøftede de internationale markedspriser og salgspriserne for nukleotider. Parterne udvekslede synspunkter om de nye målpriser, der skulle anvendes. Japanerne ønskede at forhøje de internationale priser. Ifølge Cheils rapport om dette møde<sup>(79)</sup> foreslog Takeda, at parterne hævede prisen på én gang til 30 USD/kg, mens de øvrige foreslog, at priserne blev forhøjet gradvis med 1-2 USD/kg. Cheil fremfører, at japanerne beklagede sig over, at de koreanske virksomheder ikke efterkom beslutningerne.
- (119) Endelig drøftede parterne deres samarbejde med hensyn til de tre store europæiske kunder. Især bad Ajinomoto Cheil og Daesang om at undlade at sælge til [ ]\*. Som konklusion på dette møde blev det vedtaget at holde et andet møde i Seoul i midten af september 1994, hvor de vigtigste spørgsmål, der skulle drøftes, var følgende: »(a) prisforhøjelse: fastsættelse af målpris på 30 USD/kg, (b) Cheil og Miwon skulle redegøre for deres holdning til de »tre store« (især [ ]\*)« (»(a) price raise: setting target price at USD 30/kg; (b) Cheil and Miwon would define their attitude to Big 3 (especially [ ]\*)«<sup>(80)</sup>.
- (120) Tidligere, nemlig den 7. og 8. juli 1994, havde de japanske og koreanske producenter holdt møde om pristilbuddene for Europa for 1995. Det fremgår af Cheils referat af mødet, at de japanske producenter insisterede kraftigt på at forhøje priserne i 1995. De koreanske producenter blev bedt om at tilbyde en pris, der var 2 USD/kg lavere end prisen på de japanske produkter. Referatet fortsætter med en intern meddelelse med én klar besked: »Forsøg venligst at forhøje prisen på baggrund af knapheden hos de koreanske producenter og apprecieringen af yen'en« (»Please, try to raise the price based on the shortage of Korean makers and yen appreciation«)<sup>(81)</sup>.
- (121) Ifølge Cheil blev der holdt endnu et møde den 6. oktober 1994 mellem Ajinomoto, Takeda og Cheil på Hotel Lotte i Seoul, hvor man drøftede det koreanske samarbejde med hensyn til de tre store kunder i Europa. Andre punkter på dagsordenen var det koreanske samarbejde om det [ ]\* marked og en gennemgang af det [ ]\* marked (herunder Cheils salg til en [ ]\* kunde, som i forvejen var genstand for uenighed mellem Cheil og de japanske producenter). Cheil fremfører, at det ikke afgav nogen tilsagn på dette møde under påskud af, at Miwon ikke var til stede<sup>(82)</sup>.
- (122) En intern fax fra Ajinomoto af 17. oktober 1994 vedrører en telefonsamtale mellem Miwon, Cheil og Ajinomoto, og viser, at Ajinomoto bad Cheil om at fremsætte et tilbud til [ ]\* i Europa en uge tidligere end Ajinomotos tilbud til samme virksomhed. Cheil svarede, at det ville acceptere dette, hvis Miwon accepterede først. Med hensyn til pristilbuddet udtaler Cheil, at dets ansatte ville blive instrueret om at fremsætte et salgstilbud på 49,50 DEM/kg, men det afslog at fremsætte et tilbud på 50 DEM/kg. Miwon krævede, at Ajinomoto aftog en yderligere mængde af produktet fra Miwon som betingelse for at acceptere Ajinomotos anmodning om at fremsætte et højt pristilbud til [ ]\*.
- (123) Takeda og Miwon mødtes i Seoul den 6. februar 1995<sup>(83)</sup> for at drøfte verdenspriserne for nukleotider samt modkøbsvilkårene.

<sup>(76)</sup> Jf. s. 1935 i Kommissionens dossier.

<sup>(77)</sup> Jf. s. 306 i Kommissionens dossier.

<sup>(78)</sup> Daesang fremfører, at de japanske producenter havde holdt et forudgående møde den 24. august 1994 som optakt til mødet den 25. august 1994 med de to koreanske producenter (se s. 5 i Daesangs erklæring, og s. 1935 i Kommissionens dossier).

<sup>(79)</sup> Jf. s. 392-393 i Kommissionens dossier.

<sup>(80)</sup> Jf. s. 397-404 i Kommissionens dossier.

<sup>(81)</sup> Jf. Cheils erklæring på s. 6 og bilag 5.

<sup>(82)</sup> Jf. s. 307 i Kommissionens dossier.

<sup>(83)</sup> Jf. s. 1937 og 405-410 i Kommissionens dossier.

- (124) Den 16.-17. oktober 1995 blev der holdt møde på Takedas hovedkontor i Tokyo. Ajinomoto, Takeda, Cheil og Daesang deltog. Ifølge Daesang drøftede man på dette møde verdensmarkederne for nukleotider og situationen med hensyn til de »tre store«. Desuden drøftede man de gældende priser i forskellige lande og regioner (herunder Europa) for at se, om målpriserne blev overholdt, eller om de skulle justeres. Ajinomoto opgav priser, som andre producenter skulle tilbyde [ ]\*, og de øvrige producenter indvilligede heri. Takeda siges at have gjort det samme med hensyn til [ ]\* og [ ]\*, og de øvrige, herunder Ajinomoto, indvilligede heri <sup>(84)</sup>.
- (125) Inden dette møde blev der holdt andre møder mellem parterne bilateralt og mellem de fire producenter. Daesang fremfører, at det i perioden fra april 1995 til den 16. oktober 1995 deltog i omkring 3-4 møder med Ajinomoto på Mitras hovedkontor i Seoul og omkring 1-2 møder med Takeda samme sted. Der blev holdt 2-3 møder i en konferencesal på Hotel Lotte, hvor alle fire producenter deltog. På hvert af disse møder gennemgik parterne priserne i de forskellige regioner for at se, om de tidligere aftalte målpriser blev overholdt, eller om de skulle opretholdes, sænkes eller forhøjes. Nogle af målpriserne blev forhøjet (dvs. [ ]\* målprisen blev fastholdt, selv om den blev omregnet til en pris pr. pund i stedet for en pris pr. kilo). Parterne drøftede og vedtog desuden en forhøjelse af markedspriserne i de forskellige regioner som grundlag for en forhøjelse af prisen over for de tre store europæiske kunder <sup>(85)</sup>.
- (126) Karteldeltagerne mødtes i Seoul i december måned for at se på samarbejdet i 1995. Ifølge mødereferatet <sup>(86)</sup> ledte Ajinomoto dette møde og takkede alle for deres samarbejde i 1995, som havde medført en effektiv gennemførelse af prisforhøjelserne for nukleotider, og opfordrede alle til at fortsætte dette samarbejde i 1996, så nukleotidpriserne kunne forhøjes yderligere. C.H. Kim fra Daesang siges at have udtalt, at han ville fortsætte samarbejdet, og de øvrige deltagere »viste deres tilslutning ved at nikke eller fremsætte bekræftende udtalelser« (»showed their agreement by nodding or saying words to that effect«).
- (127) Ifølge Daesangs erklæring <sup>(87)</sup> mødtes de fire producenter (Takeda, Ajinomoto, Daesang og Cheil) den 7. marts 1996 i Seoul for at fastsætte målprisen for 1996 for salget til de tre store kunder. Ajinomoto foreslog en international målpris på 35 USD/kg. Med hensyn til det europæiske marked generelt foreslog Takeda, at der blev anvendt en ny pris i Europa sidst i august 1996. Ajinomoto foreslog, at denne pris blev fastsat til 51 DEM/kg. Takeda forelagde Kommissionen en kopi af sit referat af dette møde <sup>(88)</sup>.
- (128) Ifølge dette mødereferat var der en fælles forståelse mellem deltagerne for at forhøje prisen i 1996. Virksomhederne bekræftede hver især, at de ikke ville ændre de gældende leveringsmængder, og vedtog, at en forbedring af prisen ville blive prioriteret højest. Ifølge mødereferatet drøftede deltagerne politikken for forhøjelse af 1996-priserne, med prisplanen for 1997 for de tre store (europæiske) kunder in mente. Det blev aftalt, at målprisen for de tre store virksomheder skulle være 35 USD/kg (en forhøjelse på ca. 10 %) på USD-basis. For at opnå denne pris ville nukleotidproducenterne udarbejde en plan for forhøjelse af de generelle markedspriser, der skulle nå op på 35 USD/kg senest i september/oktober [1996].
- (129) Den 21. maj 1996 blev der på Ajinomotos anmodning holdt et møde med Miwon om Miwons lave salgspris i Europa. Med hensyn til Europa underrettede Ajinomoto Miwon om, at det forhandlede med de europæiske kunder om prisen for andet halvår 1996, men at det ville være meget vanskeligt at forhøje prisen i Tyskland og Spanien. Ajinomoto bemærkede, at prisniveauet i Spanien var på 44-45 DEM/kg, men at det burde have ligget på 49 DEM/kg på grundlag af prisen i 1995. En europæisk målpris på 50 DEM/kg blev aftalt i juni 1996, undtagen for afsætningen til »de tre store kunder« <sup>(89)</sup>.
- (130) Samme dag holdt Ajinomoto også møde med Cheil for at drøfte gennemførelsen af de aftalte prisforhøjelser. Cheil siges at have udtalt, at sådanne prisforhøjelser ikke ville være mulige i Europa før juli 1996. Ajinomoto insisterede på, at de aftalte priser blev gennemført senest ved udgangen af august 1996 <sup>(90)</sup>.
- (131) Ifølge Daesangs supplerende meddelelse <sup>(91)</sup> begyndte drøftelserne om de priser, der skulle anvendes over for de tre store kunder for 1997, på et møde den 3. juli 1996. Takeda foreslog en ny europæisk målpris, og de andre parter fremsatte bemærkninger til forslaget under mødet.

<sup>(84)</sup> Jf. s. 1075 i Kommissionens dossier.

<sup>(85)</sup> Jf. s. 1937-1939 og s. 405-423 i Kommissionens dossier.

<sup>(86)</sup> Jf. s. 1076 i Kommissionens dossier.

<sup>(87)</sup> Jf. Daesangs erklæring, s. 10, eller s. 1940 i Kommissionens dossier; jf. også bilag 12 til Daesangs erklæring og s. 426-427 i Kommissionens dossier.

<sup>(88)</sup> Takeda bemærkede korrekt i sit svar på klagepunktsmeddelelsen, at det ganske vist havde bekræftet, at referatet henviser til 17. marts 1996 i stedet for 7. marts, men at der i virkeligheden henvises til mødet den 7. marts (referatet indeholder i virkeligheden også konklusionerne af mødet og var blevet udarbejdet den 12. marts 1996).

<sup>(89)</sup> Jf. s. 1941 i Kommissionens dossier.

<sup>(90)</sup> Jf. bilag 5 til Cheils erklæring, s. 2610-2612 i Kommissionens dossier.

<sup>(91)</sup> Jf. s. 12 og 13 i Daesangs erklæring, s. 1942-1943 i Kommissionens dossier.

- (132) Miwon og Takeda holdt møde igen den 9. juli 1996 i New Jersey i USA og drøftede verdensmarkedsprisen på nukleotider. Takeda bad Daesang om at samarbejde om prisfastsættelsen <sup>(92)</sup>.
- (133) På et eller andet tidspunkt i sommeren 1996 holdt Ajinomoto, Takeda, Miwon og Cheil møde igen for at drøfte situationen på markederne for nukleotider, herunder i Europa, og udvekslede oplysninger om salgspriserne <sup>(93)</sup>.
- (134) På et møde den 29. august 1996 i Seoul underrettede Takeda de øvrige <sup>(94)</sup> om sit planlagte pristilbud til [...] for 1997 og bad de andre om at tilbyde en højere pris (54 DEM/kg). Takeda bad også de øvrige om at underrette den, hvis [...] bad dem om et pristilbud. Takeda foreslog en række forskellige forhold, der kunne meddeles kunderne som begrundelse for en prisforhøjelse <sup>(95)</sup>.
- (135) Det skal også bemærkes, at der ligeledes blev anvendt bilaterale møder til at påvirke resultatet af de »generelle« møder mellem konkurrenter. For eksempel holdt Ajinomoto og Miwon et møde den 28. august 1996, en dag før det faktiske konkurrentmøde, hvor Ajinomoto talte for en prisforhøjelse over for kunden [...] for 1997. Ifølge Daesang ønskede Ajinomoto at sikre sig Miwons støtte, før det faktiske møde mellem konkurrenterne fandt sted <sup>(96)</sup>.
- (136) Takeda fremfører i denne forbindelse, at Ajinomoto, efter de amerikanske myndigheders undersøgelser af selskabets deltagelse i et verdensomspændende lysinkartel, undgik at deltage i firepartsmøderne med andre nukleotidproducenter (fra august 1996), selv om det fortsat deltog i nukleotidaftalerne. I stedet fortsatte det med at føre direkte bilaterale kontakter med Takeda, normalt før eller efter disse møder. Ifølge Takeda forventede Ajinomoto, at Takeda skulle bruge Ajinomotos oplysninger som grundlag for forhandlingerne med de koreanske producenter <sup>(97)</sup>. Som svar på klagepunktsmeddelelsen fremfører Ajinomoto, at disse påstande er ukorrekte og ikke er underbygget af beviser. Det behandles mere detaljeret under afsnittet »Overtrædelsens varighed«, hvor længe Ajinomoto helt nøjagtigt har deltaget i kartelarrangementerne.
- (137) Daesang oplyser, at det blev underrettet af Takeda om, at alle parter havde indgået en aftale om priserne over for de tre store kunder under en golfrunde, der var tilrettelagt af repræsentanter for Miwon og Takeda i New Jersey den 10. september 1996.
- (138) Ifølge en rapport, som Takeda har fremlagt, blev der holdt møde i marts 1997 mellem Takeda, Cheil og Daesang, og der blev indgået en aftale om målpriser på 30 USD <sup>(98)</sup>.
- (139) De målpriser, der blev fastsat for 1997, viste sig at være vanskelige at opretholde. Der blev tilrettelagt et møde i Seoul fra 26.-28. maj 1997. Ifølge Takedas referat af dette møde <sup>(99)</sup> blev der indgået en aftale om fastsættelse af den oversøiske pris på 25 USD/kg for 1997, »et niveau, der ligger under de 30 USD, der blev vedtaget på mødet i marts 1997« (»a level falling short of USD 30 agreed upon in the March 1997 meeting«). I referatet er der endvidere anført følgende: »Idet vi går ud fra den vurdering, at det er nødvendigt at forhøje priserne inden forhandlingerne i efteråret med de forskellige store europæiske selskaber om næste års kontrakter, udvekslede vi synspunkter med de to selskaber (Cheil og Daesang) om intervallet for prisforhøjelsen og tidsplanen« (»proceeding from the judgement that price improvements are necessary before the next year's contracts are negotiated with the different major European companies scheduled for autumn, we exchanged views with the two companies (Cheil and Daesang) on the range of price improvement and the timing (schedules)«).
- (140) Til sidst aftalte de en forhøjelse op til 29-31 USD/kg for det følgende år. Der blev ligeledes indgået en aftale vedrørende en af de europæiske kunder, [ ]\*. Ifølge Takedas mødereferat <sup>(100)</sup> blev den kontraktpris over for [ ]\*, der blev aftalt for 1997, fastsat til 48 DEM/kg/32 USD/kg. Den ville blive forsøgt forhøjet med ca. 6 % (51 DEM/kg), men Takeda erkendte, at det ville blive vanskeligt at opnå en sådan forhøjelse.
- (141) Takeda besøgte Miwon i Amsterdam den 3. juni 1997. På dette møde drøftede man nukleotidmarkedet i Europa, Miwons salg til [...]\*, [...]\* og [...]\*, udvekslingen af prisoplysninger i Europa og mulighederne for prisforhøjelser. Et tilsvarende møde blev holdt mellem Takeda og Cheil den 9. juni 1997 i Frankfurt, hvor der også blev udvekslet oplysninger om priserne i Europa og om muligheden for at forhøje disse priser <sup>(101)</sup>.
- (142) Takeda mødtes igen med Miwon i New Jersey i USA den 10. juli 1997 og den 16. september 1997 for at drøfte nukleotidmarkedet i almindelighed <sup>(102)</sup>.
- (143) Ifølge Takedas erklæring mødtes Takedas [ ]\* for første gang med sin nye kollega i Ajinomoto den 25. juli 1997. På dette møde, der fandt sted på en restaurant i Tokyo, drøftede de, hvordan nukleotidmarkedet var blevet organiseret mellem producenterne i de senere år, og udvekslede deres selskabers synspunkter om prisstrategi. Ajinomoto anfører derimod, at der hverken på dette eller senere møder, så vidt selskabet ved, blev drøftet europæiske målpriser eller kunder (»European target prices or customers were not discussed«).

<sup>(92)</sup> Jf. Daesang' erklæring, s. 1943 i Kommissionens dossier.

<sup>(93)</sup> Jf. Daesangs erklæring, s. 1944 i Kommissionens dossier.

<sup>(94)</sup> Cheil, Daesang og Ajinomoto.

<sup>(95)</sup> Jf. s. 1945 i Kommissionens dossier.

<sup>(96)</sup> Jf. s. 1944 i Kommissionens dossier.

<sup>(97)</sup> Jf. s. 2171-2172 i Kommissionens dossier.

<sup>(98)</sup> Jf. s. 2146 i Kommissionens dossier.

<sup>(99)</sup> Jf. s. 2146 i Kommissionens dossier.

<sup>(100)</sup> Jf. s. 1946 i Kommissionens dossier.

<sup>(101)</sup> Jf. s. 2217-2220 i Kommissionens dossier.

<sup>(102)</sup> Jf. Daesangs erklæring på s. 1947 i Kommissionens dossier.



(144) Takedas oplysninger om dette møde og om mødet i september 1997 giver et noget andet billede. Takedas mødereferat <sup>(103)</sup> nævner udtrykkeligt, at Ajinomoto blandt andet meddelte Takeda, »at Ajinomoto allerede havde foreslået en 10 % forhøjelse på DEM-grundlag (til ca. 51 DEM?) over for deres forhandlere for det kommende år [ ]« (»that Ajinomoto had already suggested a 10 % increase on a DM basis (to around DM 51?) to their distributors for next year [...]«). Takeda nævnte over for Ajinomoto, at »de forstod denne forhøjelse af DEM-prisen med en ændring af dollarprisen in mente, men at dette afhænger af, hvordan det videregives til de øvrige selskaber, Takeda, Cheil og Miwon« (»they understood their increase in DM pricing with a change to dollar pricing in mind, but that [this] depend[s] on how this was passed on the other companies, Takeda, Cheil and Miwon«). Takeda meddelte også Ajinomoto, at det ville fastsætte priserne over for [ ]\* og [ ]\* på grundlag af den europæiske markedsundersøgelse, der var planlagt til begyndelsen af oktober <sup>(104)</sup>.

(145) Ca. 1 måned senere mødtes Takeda med repræsentanter for Cheil og Miwon på særskilte bilaterale møder den 27.-29. august 1997. Ifølge Takeda var modkøbsaftalerne hovedemnet for møderne, men det er muligt, at selskaberne også på dette møde nævnte de kommende årlige kontraktforhandlinger med de tre store kunder. Daesang fremfører, at det også holdt møde med Takeda i USA den 10. juli 1997 og den 16. september 1997 og drøftede nukleotidmarkedet i almindelighed <sup>(105)</sup>.

(146) I september 1997 mødtes Takeda igen med Ajinomoto. Ifølge Takeda meddelte Ajinomoto, at det tilstræbte en 15 % prisforhøjelse for 1998 og et minimum på 10 % <sup>(106)</sup>. I et samtidigt dokument, som Takeda har fremlagt om dette møde <sup>(107)</sup>, er det anført, at »de enkelte selskabers hovedkontor tilsyneladende har vedtaget den pris, som A[jinomoto], C[heil] og MW [Miwon/Daesang] har tilbudt [ ]\*, og den pris, som T[akeda] har tilbudt [ ]\*, [ ]\* i forbindelse med kontraktforhandlingerne for det kommende år. Vi antog, at produkterne fra C[heil] og MW [Miwon] ville blive behandlet i Europa efter arrangementet med toldpræferencer« (»the head office of each company seems to have decided [upon] the offered price from A[jinomoto], C[heil] and MW (Miwon/Daesang) to [...] and the offered price from T[akeda] to [ ]\*, [ ]\* for contract negotiations for the next year. We assumed that in Europe, the products of C[heil] and MW (Miwon) would get GSP treatment«) <sup>(108)</sup>.

<sup>(103)</sup> Jf. s. 2223 i Kommissionens dossier.

<sup>(104)</sup> I sit svar på Kommissionens klagepunktsmeddelelse bestrider Ajinomoto Takedas beskrivelse af disse begivenheder, som behandles mere udførligt under afsnittet »Overtrædelsens varighed«.

<sup>(105)</sup> Jf. s. 1947 and 1974 i Kommissionens dossier.

<sup>(106)</sup> Jf. s. 2176 i Kommissionens dossier; Ajinomoto bestrider denne beskrivelse af begivenhederne, som behandles mere udførligt i forbindelse med beskrivelsen af, hvor længe Ajinomoto deltog i overtrædelsen.

<sup>(107)</sup> Jf. s. 2224 i Kommissionens dossier.

<sup>(108)</sup> Ajinomoto har i sin erklæring af 29. november 2002 gengivet det således: »Seems that the head office of each company has studied and tentatively decided on the price to be proposed at the negotiation for the next year contract scheduled for October and November by A, C, MW with [ ]\* and by T with [ ]\* and [ ]\* groups. On the premise that C's and MW's product will continue to enjoy GSP in Europe next year« (De enkelte virksomheders hovedkontor har tilsyneladende undersøgt og forsøgsvis vedtaget den pris, som under forhandlingerne om næste års kontrakt, der er planlagt til oktober og november, skal foreslås af A, C, MW over for [ ]\* og af T over for [ ]\* og [ ]\*-koncernerne. Under forudsætning af, at C's og MW's produkt fortsat vil falde ind under arrangementet med toldpræferencer i Europa næste år).

(147) Ifølge Daesang holdt Miwon møde med Takeda i Seoul i oktober 1997, hvor de generelt drøftede den faldende pris på nukleotider på verdensmarkedet <sup>(109)</sup>.

(148) Cheil fremfører, at det holdt møder med Takeda den 24. og 26. marts 1998 i Seoul, og at man på disse møder <sup>(110)</sup> drøftede nukleotidmarkedet og -produktionen på verdensplan. Der blev holdt endnu et møde mellem Cheil og Takeda den 2. juni 1998, og Cheil fremfører, at de på dette møde drøftede prisfaldet på nukleotider og Cheils lavprissalg på det japanske marked.

(149) Der er ikke påvist andre kartelmøder.

## Del II — RETLIG VURDERING

### A. JURISDIKTION (ANVENDELSE AF TRAKTATEN OG EØS-AFTALEN)

#### 1. FORHOLDET MELLEM TRAKTATEN OG EØS-AFTALEN

(150) Ovennævnte aftaler blev anvendt i de fleste medlemsstater og i EØS (Norge og, før tiltrædelsen af EU, Østrig).

(151) EØS-aftalen, der indeholder konkurrenceregler svarende til traktatens, trådte i kraft den 1. januar 1994. Denne beslutning omfatter derfor anvendelsen af EØS-aftalens konkurrenceregler (især artikel 53, stk. 1) fra dette tidspunkt på de aftaler, som Kommissionen har rejst indvendinger mod.

(152) For så vidt som aftalerne påvirkede konkurrencen og handelen mellem medlemsstaterne, anvendes traktatens artikel 81, mens EØS-aftalens artikel 53 anvendes i det omfang, hvor kartellet påvirkede handelen mellem Fællesskabets og EFTA's medlemsstater eller mellem de EFTA-lande, der deltog i EØS-samarbejdet.

(153) Hvis en aftale eller praksis kun påvirker handelen mellem Fællesskabets medlemsstater, er det Kommissionen, der har kompetence til at behandle sagen, og den anvender i så fald traktatens artikel 81, stk. 1. Hvis en aftale derimod kun påvirker handelen mellem EFTA-/EØS-landene, har EFTA-Tilsynsmyndigheden enekompetence og anvender i så fald EØS-aftalens konkurrenceregler, især EØS-aftalens artikel 53, stk. 1 <sup>(111)</sup>.

<sup>(109)</sup> Jf. Daesangs erklæring på s. 1947-1948 i Kommissionens dossier.

<sup>(110)</sup> Jf. s. 309 i Kommissionens dossier.

<sup>(111)</sup> Uden at det påvirker Kommissionens kompetence, når handelen mellem medlemsstaterne påvirkes, har EFTA-Tilsynsmyndigheden også kompetence til at behandle sagen, hvis de deltagende virksomheders omsætning på EFTA-staternes område udgør mindst 33 % af deres omsætning i EØS-området, jf. EØS-aftalens artikel 56, stk. 1, litra b).

(154) I den foreliggende sag har Kommissionen kompetence til at anvende både traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, på grundlag af EØS-aftalens artikel 56, da kartellet havde mærkbar indvirkning på handelen mellem Fællesskabets medlemsstater <sup>(112)</sup>.

## B. ANVENDELSE AF TRAKTATENS ARTIKEL 81 OG EØS-AFTALENS ARTIKEL 53

### 1. TRAKTATENS ARTIKEL 81, STK. 1, OG EØS-AFTALENS ARTIKEL 53, STK. 1

(155) I traktatens artikel 81, stk. 1, er det fastsat, at alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, er uforenelige med fællesmarkedet og er forbudt, navnlig når de består i direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser eller af andre forretningsbetingelser, begrænsning af eller kontrol med produktion og afsætning, eller opdeling af markeder eller forsyningskilder.

(156) EØS-aftalens artikel 53, stk. 1 (der er udarbejdet med EF-traktatens artikel 81, stk. 1, som model) indeholder et tilsvarende forbud mod aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, idet henvisningen til handelen »mellem medlemsstater« er erstattet af en henvisning til handelen »mellem de kontraherende parter« (i denne forbindelse forstås ved »kontraherende parter« Fællesskabet og de enkelte (dáværende) EFTA-lande), og henvisningen til konkurrencen »inden for fællesmarkedet« er erstattet af en henvisning til konkurrencen »inden for det af ... [EØS]-aftalen omfattede område«.

### 2. AFTALER OG SAMORDNET PRAKSIS

(157) Traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53 forbyder aftaler, vedtagelser inden for virksomhedssammenslutninger og samordnet praksis.

(158) Der kan siges at foreligge en aftale, når parterne tilslutter sig en fælles plan, der begrænser eller vil kunne begrænse deres individuelle kommercielle adfærd ved at fastlægge retningslinjerne for de foranstaltninger, de skal gennemføre i fællesskab eller undlade at gennemføre på markedet. Den behøver ikke at være udfærdiget skriftligt, der er ingen formaliteter, som skal være opfyldt, og der er ingen krav om kontraktlige sanktioner eller håndhævelsesforanstaltninger. Aftalen kan være udtrykkeligt udformet eller fremgå indirekte af parternes adfærd.

(159) Førsteinstansretten fastslog følgende i sin dom i de forenede sager T-305/94 osv., *Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. m.fl. mod Kommissionen (PVC II)* <sup>(113)</sup>

(præmis 715): »efter fast retspraksis er det, for at der kan være tale om en aftale i henhold til traktatens artikel 81, stk. 1, tilstrækkeligt, at de pågældende virksomheder har udtrykt fælles vilje til at indrette deres adfærd på markedet på en bestemt måde«.

(160) En »aftale« i henhold til traktatens artikel 81, stk. 1, kræver ikke samme sikkerhed som håndhævelsen af en kommerciel kontrakt efter civilretten. Desuden kan udtrykket »aftale« i tilfælde af et langvarigt, komplekst kartel anvendes ikke blot på enhver overordnet plan eller på udtrykkeligt aftalte vilkår, men også på gennemførelsen af, hvad der er aftalt på grundlag af de samme ordninger og med samme fælles mål for øje.

(161) Som Domstolen fastslog i sag C-49/92P, *Kommissionen mod Anic Participazioni SpA* <sup>(114)</sup>, præmis 81 (der stadfæstede Førsteinstansrettens dom), følger det af ordlyden i traktatens artikel 81, stk. 1, at en aftale kan bestå i ikke alene en enkeltstående handling, men også en række handlinger eller en vedvarende adfærd.

(162) Et komplekst kartel kan derfor betragtes som en enkelt vedvarende overtrædelse i den periode, hvor det eksisterede. Aftalen kan meget vel blive ændret fra tid til anden, eller dens ordninger kan tilpasses eller styrkes af hensyn til den nye udvikling. Det påvirker ikke denne vurderings gyldighed, at et eller flere elementer i en række handlinger eller i en vedvarende adfærd i sig selv ville kunne indebære en overtrædelse af traktatens artikel 81, stk. 1.

(163) Selv om et kartel er et fælles foretagende, kan de enkelte deltagere hver især spille en bestemt rolle. En eller flere kan spille en dominerende rolle som primus motor. Der kan også opstå interne konflikter og rivaliseringer, ja endog snyderi, men det forhindrer ikke, at der er tale om en aftale eller samordnet praksis efter traktatens artikel 81, stk. 1, når deltagerne forfølger et fælles og vedvarende mål.

(164) Selve den omstændighed, at de enkelte karteldeltagere kan spille den rolle, der passer bedst til deres specifikke forhold, udelukker ikke, at de hver især er ansvarlige for overtrædelsen som helhed, herunder handlinger begået af andre deltagere, men med samme ulovlige formål og samme konkurrencebegrænsende virkninger. En virksomhed, der deltager i et fælles, ulovligt foretagende gennem handlinger, der bidrager til gennemførelsen af den fælles målsætning, er i hele den periode, hvor den har deltaget, også ansvarlig for handlinger, som andre virksomheder har foretaget som led i samme overtrædelse. Dette er især tilfældet, når det påvises, at den pågældende virksomhed var bekendt med de øvrige deltageres ulovlige adfærd eller med rimelighed kunne have forudset den eller have haft kendskab til den, og at den var indstillet på at løbe den dermed forbundne risiko (Domstolens dom i sagen *Kommissionen mod Anic*, præmis 83.)

<sup>(112)</sup> Jf. kapitel 5 »Påvirkning af handelen mellem medlemsstaterne og mellem EØS-aftalens kontraherende parter«.

<sup>(113)</sup> Saml. 1999 II, s. 931.

<sup>(114)</sup> Saml. 1999 I, s. 4125.

(165) I traktatens artikel 81<sup>(115)</sup> skelnes der mellem begreberne »samordnet praksis«, »aftaler mellem virksomheder« og »vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder«; formålet hermed er med forbuddene i denne artikel at ramme en form for koordinering mellem virksomheder, som, uden at være udmøntet i en egentlig aftale, bevidst erstatter konkurrencerisikoen med et praktisk samarbejde. Selv om parterne ikke udtrykkeligt har udarbejdet en fælles plan for deres handlinger på markedet, men bevidst vedtager eller tilslutter sig hemmeligt aftalte metoder, som letter koordineringen af deres kommercielle adfærd, kan deres adfærd stadig falde ind under traktatens artikel 81, stk. 1, som »samordnet praksis«<sup>(116)</sup>.

(166) Det er dog ikke nødvendigt, især i det tilfælde, hvor der er tale om en langvarig, kompleks overtrædelse, at Kommissionen karakteriserer den som enten den ene eller den anden form for ulovlig adfærd<sup>(117)</sup>. Begreberne aftale og samordnet praksis er flydende og kan overlape hinanden. Det er ikke engang sikkert, at det er realistisk muligt at foretage en sådan skelnen, da en overtrædelse kan omfatte karakteristika for hver type forbudt adfærd samtidig, mens nogle af dens elementer betragtet isoleret kunne beskrives nøje som den ene eller den anden form. Det ville dog være unaturligt at opdele en klart sammenhængende adfærd, der har et og samme overordnede mål, i flere særskilte former for overtrædelse. Et kartel kan derfor både være en aftale og en samordnet praksis samtidig. I artikel 81 fastlægges ingen bestemt kategori for en kompleks overtrædelse af den foreliggende type<sup>(118)</sup>.

<sup>(115)</sup> EF-Domstolens og Førsteinstansrettens retspraksis, der analyseres nedenfor i forbindelse med fortolkningen af udtrykkene »aftaler« og »samordnet praksis« i traktatens artikel 81, afspejler principper, der var anerkendte før EØS-aftalens undertegnelse, og gælder derfor også for disse udtryk for så vidt som de anvendes i EØS-aftalens artikel 53. Henvisninger til traktatens artikel 81 gælder derfor også for EØS-aftalens artikel 53.

<sup>(116)</sup> Jf. Førsteinstansrettens dom i sag T-7/89, Hercules mod Kommissionen, Saml. 1991 II, s. 1711, præmis 256. Jf. også EF-Domstolens dom i sag 48/69, Imperial Chemical Industries mod Kommissionen, Saml. 1972, s. 619, præmis 64 og de forenede sager 40-48/73 ff., Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, Saml. 1975, s. 1663.

<sup>(117)</sup> Jf. også dommen i PVC II, hvor Førsteinstansretten fastslog, at »det i forbindelse med en sammensat overtrædelse, der har involveret adskillige producenter, som i adskillige år har haft det mål at gennemføre en fælles markedsregulering, ikke kan kræves af Kommissionen, at den kvalificerer den enkelte virksomheds overtrædelse på et givet tidspunkt som enten en aftale eller en samordnet praksis, idet begge disse former for overtrædelse under alle omstændigheder er omfattet af traktatens artikel 81«.

<sup>(118)</sup> Førsteinstansrettens dom i sag T-7/89, Hercules mod Kommissionen, præmis 264.

### 3. EN ENKELT VEDVARENDE OVERTRÆDELSE

(167) I den foreliggende sag tilsluttede nukleotidproducenterne sig i en lang periode en fælles plan, der fastlagde retningslinjerne for deres handlinger på markedet og begrænsede deres individuelle kommercielle adfærd. Der er således tale om forhold, som er karakteristiske for en aftale efter traktatens artikel 81, stk. 1, selv om nogle faktuelle elementer i den ulovlige adfærd passende kunne beskrives som samordnet praksis, hvis det var hensigtsmæssigt.

(168) Fra udgangen af 1988 til juni 1998 foreligger der dog omfattende beviser på dette vedvarende hemmelige samarbejde på EØS-markedet for nukleotider mellem Takeda<sup>(119)</sup>, Ajinomoto<sup>(120)</sup>, Daesang<sup>(121)</sup> og Cheil<sup>(122)</sup>, der tilsammen tegner sig for praktisk talt hele markedet. Parterne gav over for hinanden udtryk for deres fælles vilje til at optræde på markedet på en bestemt måde og tilsluttede sig en fælles plan om at begrænse deres individuelle kommercielle adfærd. Aftalen om udarbejdelse af denne plan med henblik på begrænsning af konkurrencen går derfor tilbage til i hvert fald 1988. Det hemmelige samarbejde tog sigte på at nå et enkelt konkurrencebegrænsende økonomisk mål, nemlig at forhindre priskonkurrence ved at aftale målpriser og prisforhøjelser.

(169) I betragtning af producenternes fælles plan og fælles mål, nemlig at udelukke konkurrencen på markedet for nukleotider, mener Kommissionen, at den pågældende adfærd må betragtes som en enkelt vedvarende overtrædelse af traktatens artikel 81, stk. 1, hvor deltagerne hver især må bære ansvaret for den periode, hvor de har tilsluttet sig den fælles plan. Disse arrangementer er beskrevet udførligt i sagsfremstillingen i denne beslutning. Beskrivelsen støttes af et omfattende og klart bevismateriale, hvortil der systematisk henvises i teksten.

### 4. BEGRÆNSNING AF KONKURRENCEN

(170) Aftalekomplekset i den foreliggende sag havde til formål og til følge at begrænse konkurrencen inden for Fællesskabet og EØS.

<sup>(119)</sup> For Takedas vedkommende fra 8. november 1988 til 2. juni 1998.

<sup>(120)</sup> For Ajinomotos vedkommende fra 8. november 1988 til september 1997.

<sup>(121)</sup> For Daesangs vedkommende fra 19. december 1988 til 31. december 1997.

<sup>(122)</sup> For Cheils vedkommende fra (slutningen af) marts 1989 til 2. juni 1998.

(171) I traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, er det udtrykkeligt fastsat, at aftaler er konkurrencebegrænsende, når de består i:

»a) direkte eller indirekte fastsættelse af salgspriser eller andre forretningsbetingelser; b) begrænsning af eller kontrol med produktion, afsætning eller teknisk udvikling eller c) opdeling af markeder eller forsyningskilder«.

Listen er ikke udtømmende.

(172) I det kompleks af aftaler og arrangementer, der er behandlet i den foreliggende sag, kan følgende elementer betragtes som relevante for, at der kan konstateres en overtrædelse af traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1:

- kundefordeling
- markedsfordeling
- aftalte mål- og mindstepriser
- aftalte, samordnede prisforhøjelser
- udveksling af oplysninger om salgstal for at kontrollere anvendelsen af målpriserne
- deltagelse i regelmæssige møder og andre kontakter for at vedtage ovennævnte begrænsninger og gennemføre og/eller ændre dem efter behov.

(173) Disse typer arrangementer har til formål at begrænse konkurrencen som omhandlet i traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1. Da prisen er det vigtigste konkurrenceinstrument, tog producenterne forskellige hemmelige arrangementer og ordninger i sidste instans sigte på at forhøje prisen til deres egen fordel til over det niveau, som ville gøre sig gældende ved fri konkurrence.

(174) For at fastslå, at traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, finder anvendelse, er det ikke nødvendigt at se på en aftales faktiske konkurrencemæssige virkninger, når det først er påvist, at aftalerne havde til formål at begrænse konkurrencen<sup>(123)</sup>.

<sup>(123)</sup> Førsteinstansrettens dom i de forenede sager T-25/95 ff., Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, Saml. 2000 II, s. 491, præmis 3927. Jf. også Førsteinstansrettens dom i sag T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, European Night Services m.fl. mod Kommissionen, Saml. 1998 II, s. 3141, præmis 136, hvor Retten fastslog dette specielt i forbindelse med prisaftaler.

(175) Kartellet havde dog også konkurrencebegrænsende virkninger. Kartellarrangementerne involverede således verdens største producenter af nukleotider og blev udtænkt, ledet og fremmet på højt niveau i de enkelte deltagende virksomheder<sup>(124)</sup>. Målpriserne, prisforhøjelserne og kundefordelingen, der var kartellets primære formål, blev aftalt, meddelt kunderne og gennemført overalt i EØS.

(176) Cheil og Ajinomoto fremfører i deres svar på klagepunktsmeddelelsen, at den restriktive indvirkning på konkurrenceforholdene var meget begrænset. Ajinomoto mener desuden, at Kommissionens konklusion bygger på et ufyldstgørende bevismateriale, som ikke i tilstrækkelig grad viser, hvilken virkning arrangementerne havde på markedet. De pågældende arrangementers restriktive virkninger er beskrevet mere udførligt i betragtning 224-238.

#### 5. PÅVIRKNING AF HANDELEN MELLEM MEDLEMSSTATERNE OG MELLEM EØS-AFTALENS KONTRAHERENDE PARTER

(177) Den vedvarende aftale mellem producenterne havde mærkbar indvirkning på handelen mellem medlemsstaterne og mellem EØS-aftalens kontraherende parter.

(178) Traktatens artikel 81, stk. 1, vedrører aftaler, der kan skade etableringen af et indre marked mellem medlemsstaterne, enten fordi de afskærmer nationale markeder, eller fordi de påvirker konkurrencestrukturen inden for fællesmarkedet. På tilsvarende måde vedrører EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, aftaler, der skader etableringen af et ensartet europæisk økonomisk samarbejdsområde.

(179) Det fremgår af EF-Domstolens retspraksis, at »en aftale mellem virksomheder for at kunne påvirke handelen mellem medlemsstater skal gøre det muligt på grundlag af en række objektive retlige [...] omstændigheder med en tilstrækkelig grad af sikkerhed at forudse, at den kan udøve direkte eller indirekte, aktuel eller potentiel indflydelse på handelsstrømmene mellem medlemsstaterne«<sup>(125)</sup>. Under alle omstændigheder forudsætter traktatens artikel 81, stk. 1, ikke, at de deri omhandlede aftaler rent faktisk har påvirket handelen mellem medlemsstaterne, men at det påvises, at aftalerne kan få en sådan virkning<sup>(126)</sup>.

<sup>(124)</sup> Se ovenfor under »Deltagere«.

<sup>(125)</sup> Dom i de forenede sager C-215/96 og C-216/96, Bagnasco mod Banca Popolare di Novara m.fl., Saml. 1999 I, s. 135, præmis 47 og 48.

<sup>(126)</sup> Dom i sag C-306/96, Javico mod Yves Saint Laurent, Saml. 1998 I, s. 1983, præmis 16 og 17; se også de forenede sager T-374/94 ff., European Night Services m.fl. mod Kommissionen, Saml. 1998 II, s. 3141, præmis 136.

(180) Som anført i afsnittet om samhandelen, er markedet for nukleotider præget af en betydelig handel mellem Fællesskabets medlemsstater. Selv om ingen af nukleotid-producenterne havde nogen produktionskapacitet i EØS i den relevante periode, blev nukleotider afsat i praktisk talt alle EØS-lande, enten gennem helejede datterselskaber eller gennem distributører i enkelte af medlemsstaterne. Samhandelen mellem Fællesskabet og de EFTA-lande, der er medlemmer af EØS, var også betydelig. Norge dækker hele sit behov ved import, især fra Fællesskabet, og før Østrigs, Finlands og Sveriges tiltrædelse dækkede disse lande også hele deres behov for nukleotider ved import.

(181) Anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, på et kartel er dog ikke begrænset til den del af medlemmernes afsætning, der indebærer, at varerne rent faktisk føres fra den ene stat til den anden. Det er heller ikke nødvendigt, for at disse bestemmelser kan anvendes, at de enkelte deltageres individuelle adfærd, i modsætning til kartellet som helhed, påvirkede handelen mellem medlemsstaterne<sup>(127)</sup>.

(182) I den foreliggende sag omfattede kartelaftalerne praktisk talt hele verdenshandelen, herunder samhandelen inden for Fællesskabet og EØS. Prisfastsættelsen og kundefordelingen medførte, eller kunne medføre, en automatisk omdirigering af handelen i forhold til de normale handelsmønstre<sup>(128)</sup>.

#### 6. KONKURRENCE REGLER, DER GÆLDER FOR ØSTRIG, FINLAND, ISLAND, LIECHTENSTEIN, NORGE OG SVERIGE

(183) EØS-aftalen trådte i kraft den 1. januar 1994. I den forudgående periode, hvor kartellet opererede, er traktatens artikel 81 den eneste bestemmelse, der finder anvendelse i forbindelse med denne procedure; i det omfang kartelaftalerne i denne periode begrænsede konkurrencen i Østrig, Finland, Island, Liechtenstein, Norge og Sverige (de daværende EFTA-lande), falder de ikke ind under denne bestemmelse.

(184) I perioden fra 1. januar til 31. december 1994 fandt EØS-aftalens bestemmelser anvendelse på Østrig, Finland, Island, Liechtenstein, Norge og Sverige; kartellet indebar således en overtrædelse af EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, og traktatens artikel 81, stk. 1, og

Kommissionen har kompetence til at anvende begge bestemmelser. Begrænsningen af konkurrencen i disse seks EFTA-lande i denne etårige periode falder ind under EØS-aftalens artikel 53, stk. 1.

(185) Efter Østrigs, Finlands og Sveriges tiltrædelse af EU den 1. januar 1995 kunne traktatens artikel 81, stk. 1, finde anvendelse på kartellet, for så vidt som det påvirkede konkurrencen på disse markeder. Kartellets aktiviteter i Norge, Island og Liechtenstein var fortsat en overtrædelse af EØS-aftalens artikel 53, stk. 1.

(186) Det betyder i praksis, at kartellet, for så vidt som det opererede i Østrig, Finland, Island, Liechtenstein, Norge og Sverige, var i strid med EØS's og/eller Fællesskabets konkurrenceregler fra den 1. januar 1994.

### C. ADRESSATER

#### 1. PRINCIPPER

(187) For at afgøre, hvem denne beslutning er rettet til, er det nødvendigt at fastslå, hvilke juridiske personer der bør tillægges ansvaret for overtrædelsen.

(188) Fællesskabets og EØS' konkurrenceregler finder anvendelse på »virksomheder«, og dette begreb er ikke identisk med begrebet juridisk person i national selskabs- eller skatteretlig forstand. Udtrykket »virksomhed« defineres ikke i traktaten. Det kan dog omfatte enhver, der udøver kommerciel virksomhed.

(189) Når det konstateres, at traktatens artikel 81, stk. 1, og/eller EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, er blevet overtrådt i en bestemt periode, er det nødvendigt at fastslå, hvilke fysiske eller juridiske personer der varetog virksomhedens drift på det tidspunkt, hvor overtrædelsen blev begået, så disse personer kan gøres ansvarlige for den.

(190) Ændring af virksomhedens retlige form eller identitet fritager den dog ikke for at blive straffet for den konkurrenceskadelige adfærd. Når den virksomhed, der har begået overtrædelsen, ikke længere eksisterer retligt set, kan bøden i stedet pålægges en retssuccessor.

#### 2. BESLUTNINGENS ADRESSATER

(191) Under denne procedure opstår der ikke spørgsmål om, hvem beslutningen skal rettes til, og den vil blive sendt til de juridiske personer, der har været direkte involveret i overtrædelsen.

<sup>(127)</sup> Jf. dom i sag T-13/89, ICI mod Kommissionen, Saml. 1992 II, s. 1021, præmis 304.

<sup>(128)</sup> Dom i de forenede sager 209-215 og 218/78, Van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, Saml. 1980, s. 3125, præmis 170.

(192) For Miwon Corporations vedkommende (<sup>129</sup>), der ændrede retlig form i november 1997, er denne vurdering i overensstemmelse med Kommissionens normale praksis og Domstolens retspraksis (<sup>130</sup>). Miwon Corporation Limiteds fuldstændige fusion med Sewon Co. Ltd, hvorved Daesang Corporation (<sup>131</sup>) opstod, betyder, at ansvaret pålægges det nye selskab. Der er en klar kontinuitet mellem Miwon og det nye selskab, det er blevet fusioneret ind i. Miwon ophørte med at eksistere retligt set, og dets retssubjektivitet samt dets aktiver og personale blev overdraget til Daesang Corporation.

#### D. OVERTRÆDELSENS VARIGHED

(193) Selv om noget af det materiale, som Kommissionen har fået forelagt (jf. betragtning 77) viser, at de oprindelige kontakter mellem de japanske producenter går helt tilbage til 1986, vil Kommissionen i forbindelse med denne procedure begrænse sin vurdering efter konkurrencereglerne og pålæggelsen af bøder til perioden fra den 8. november 1988, dvs. tidspunktet for det først kendte møde mellem de japanske producenter, hvor de drøftede og aftalte priserne for de kommende forhandlinger med de tre store kunder (jf. betragtning 79). For Takedas og Ajinomotos vedkommende anses overtrædelsen således for at være begyndt den 8. november 1988.

(194) Daesang indrømmer, at det indgik en modkøbsaftale med Ajinomoto den 19. december 1988, hvor det blev aftalt mundtligt, at det var en betingelse, at Miwon ikke øgede sin afsætning til [ ]\* og ikke forhindrede [ ]\* producenters samarbejde om verdenspriserne (<sup>132</sup>). Kommissionen vil derfor betragte den 19. december 1988 som det tidspunkt, hvor Daesangs overtrædelser begyndte.

(195) Ifølge en rapport om en forretningsrejse (<sup>133</sup>) blev det første møde mellem nukleotidproducenter, hvor Cheil deltog, holdt mellem den 7. og 23. marts 1989. I samme rapport anføres det, at deltagerne aftalte at mødes igen i Kyung Ju i Korea den 7. juni 1989 (ifølge Daesang var det på dette møde, at målpriserne for 1989 blev aftalt).

(196) Med hensyn til de samme »P-møder« er det anført i en tredje rapport om en forretningsrejse, der er dateret 3.-10. oktober 1989 (<sup>134</sup>), at formålet med mødet var at »drøfte, hvordan et prisfald kunne forhindres på det globale marked« (»discuss the way to prevent the price decline in the global market«) og at holde et »foreløbigt møde med Takeda for at drøfte nukleotidleverancerne til Takeda i 1990« (»preliminary meeting with Takeda to discuss nucleotides supply to Takeda in 1990«).

(197) Cheils deltagelse i overtrædelsen inden 1991 bekræftes også af referatet af et møde, der blev holdt den 5. oktober 1989 mellem Ajinomoto, Takeda, Daesang og Cheil, og hvor man drøftede målpriserne for 1990 og gennemførelsen af målpriserne for 1989 (<sup>135</sup>).

(198) Cheil bekræfter, at dette møde fandt sted, selv om det først hævdede, at det kun havde fundet ganske lidt materiale om, hvad mødet havde drejet sig om (<sup>136</sup>).

(199) Cheil bekræfter dog i sit svar på klagepunktsmeddelelsen, at der blev holdt en række møder mellem konkurrenter fra juli 1988, og indrømmer, at det deltog i overtrædelsen fra marts 1989, selv om det tilføjer, at der før 1992 blev lagt hovedvægt på andre markeder end EØS-markederne, og at Cheil under alle omstændigheder kun havde mindre vigtige aktiviteter på det europæiske marked fra 1989 til udgangen af 1991 (<sup>137</sup>).

(200) På grundlag af ovenstående mener Kommissionen, at Cheil har deltaget i overtrædelsen fra marts 1989.

(201) Det skal naturligvis bemærkes, at der for så vidt som kartellet omfattede Østrig, Finland, Norge og Sverige ikke er tale om en overtrædelse af EØS-aftalen før den 1. januar 1994, hvor aftalen trådte i kraft.

(202) Ajinomoto fremfører i sit svar på klagepunktsmeddelelsen, at det ikke længere deltog i kartellet efter august 1996. Som støtte herfor fremfører Ajinomoto, at selskabet ikke blot holdt op med at deltage i producentmøderne efter august, men at det også ophørte med at foretage modkøb hos Daesang. Ajinomoto fremfører, at materialet i Kommissionens dossier i sig selv viser, at selskabet permanent trak sig fuldstændig ud af nukleotidarrangementerne: der er ikke noget bevis på, at Ajinomoto deltog i nogen af producentmøderne efter august 1996, og kontakterne med Takeda var begrænset til Takedas mislykkede forsøg på igen at få Ajinomoto med i arrangementerne.

(<sup>129</sup>) Miwon Corporation Limited medvirkede ved overtrædelsen gennem sine datterselskaber Miwon Japan Inc. og Mitra (Miwon Trading & Shipping Company), men var også direkte involveret (se for eksempel bilag T og U i Daesangs supplerende meddelelse).

(<sup>130</sup>) Sag C-49/92 P, Kommissionen mod Anic Participazioni SpA, præmis 145.

(<sup>131</sup>) Se ovenfor under »Producenterne«.

(<sup>132</sup>) Jf. s. 1962 og s. 986-989 i Kommissionens dossier.

(<sup>133</sup>) Jf. bilag 5 til Cheils erklæring af 2001, s. 2617 i Kommissionens dossier

(<sup>134</sup>) Jf. bilag 5 til Cheils erklæring af 2001, s. 2618 i Kommissionens dossier.

(<sup>135</sup>) Jf. bilag I, J, K, L og M til Daesangs supplerende meddelelse, se også Daesangs supplerende meddelelse s. 6 og Takedas erklæring s. 7.

(<sup>136</sup>) Jf. bilag 5 til Cheils erklæring af 2001, s. 2618 i Kommissionens dossier.

(<sup>137</sup>) Jf. s. 5 og 6, sidste afsnit, i Cheils erklæring af 2001, og s. 9 og 10 i selskabets svar på Kommissionens klagepunktsmeddelelse.

- (203) Takeda fremfører for sit vedkommende, at Kommissionen bør betragte datoen for det sidst kendte møde, hvor der blev aftalt målpriser, som det tidspunkt, hvor overtrædelsen blev afsluttet.
- (204) Daesang og Cheil bestrider ikke overtrædelsens varighed, som den er fastsat i denne beslutning.
- (205) Hvad Ajinomoto angår, er Kommissionen enig i, at der ikke foreligger tilstrækkeligt materiale til, at det kan bevises, at selskabet deltog i aftalen om målpriserne for 1997. Kommissionen kan dog ikke godtage Ajinomotos påstand om, at det ikke længere medvirkede ved overtrædelsen efter mødet i august 1996.
- (206) Det fremgår faktisk klart af det samtidige materiale, som Takeda har fremsendt vedrørende sine bilaterale møder med Ajinomoto, at de to virksomheder drøftede nukleotidmarkedet og -priserne under disse møder. For eksempel anfører Takeda i sine notater vedrørende mødet i juli 1997, at det havde fået besked fra Ajinomoto om, at de ville rejse til Europa i august og september og foreslå forhandlerne en 10 % prisforhøjelse, hvad de forventede, at forhandlerne ville protestere kraftigt imod. I det efterfølgende notat vedrørende mødet i september fremfører Takeda for eksempel, at »[A]jinomotos grundlæggende politik er en forhøjelse på 15 % (mindst 10 %). I august fik de som forventet stærke protester på et møde med de europæiske afdelinger, men de besluttede, at de ville begynde ved 53 DEM og nå op på i hvert fald 51 DEM (en forhøjelse på 10 %)« (»[A]jinomoto's basic policy is 15 % (minimum 10 %) up. In August at a meeting with Europe branches, they received strong resistance as expected, but they decided that they would start at DM 53 and would achieve at least DM 51 (10 % up)«)<sup>(138)</sup>. Disse to notater tilsammen viser klart, at Ajinomoto ikke blot havde angivet den prisforhøjelse, selskabet ville forsøge at opnå i Europa, men også meddelte tilbage, hvordan drøftelserne var foregået, og hvordan de ville gå videre herfra. Dette strækker sig tydeligvis langt ud over Takedas mislykkede forsøg på igen at få Ajinomoto med i arrangementerne<sup>(139)</sup>.
- (207) Kommissionen mener derfor, at Ajinomoto fortsat medvirkede ved overtrædelsen efter mødet i august 1996 ved fortsat at mødes med Takeda for at drøfte nukleotidpriser.
- (208) Selv om Ajinomoto ikke længere foretog modkøb efter august 1996 og ikke deltog i noget multilateralt møde efter dette tidspunkt, fortsatte selskabet med at deltage i det ulovlige kartel, ved aktivt at bidrage til udvekslingen

af prisoplysninger. Selv om formen kan have ændret sig fra deltagelse i multilaterale møder til at føre bilaterale kontakter med Takeda, må det konkluderes, at Ajinomoto medvirkede ved overtrædelsen indtil i hvert fald det sidst kendte møde, hvor man drøftede nukleotidpriser, nemlig mødet med Takeda i september 1997.

- (209) I betragtning af, at de øvrige parter deltog i aftalen om målpriser for 1997, mener Kommissionen, at overtrædelsen har varet indtil udgangen af 1997, undtagen i tilfælde, hvor der er påvist ulovlige kontakter mellem deltagerne efter udgangen af 1997. For Takedas og Cheils vedkommende blev deres sidst kendte møde, hvor de drøftede nukleotidpriser, holdt den 2. juni 1998<sup>(140)</sup>. Kommissionen mener derfor, at overtrædelsen for Takedas og Cheils vedkommende varede indtil den 2. juni 1998.

- (210) Som følge heraf finder Kommissionen, at overtrædelsen har varet indtil september 1997 for Ajinomotos vedkommende, indtil udgangen af 1997 for Daesangs vedkommende og indtil den 2. juni 1998 for Cheils og Takedas vedkommende.

## E. RETSMIDLER

### 1. ARTIKEL 3 I FORORDNING NR. 17

- (211) Når Kommissionen konstaterer, at der foreligger en overtrædelse af traktatens artikel 81, stk. 1, eller EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, kan den i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17 pålægge de deltagende virksomheder at bringe overtrædelsen til ophør.
- (212) I den foreliggende sag anførte Kommissionen i klagepunktmeddelelsen, at deltagerne gik langt for at skjule deres aktiviteter, og at de også havde givet modstridende oplysninger om den periode, hvor overtrædelsen fandt sted. Samtlige virksomheder fremfører i deres svar på klagepunktmeddelelsen, at deres deltagelse var ophørt, inden Kommissionen indledte sin undersøgelse. Ajinomoto fremfører, at det ikke længere deltog efter august 1996.
- (213) På trods af disse bemærkninger og for at udelukke enhver form for tvivl, bør de virksomheder, som fortsat er aktive på nukleotidmarkedet, og som denne beslutning er rettet til, pålægges at bringe overtrædelsen til ophør, hvis det ikke allerede er sket, og for fremtiden afholde sig fra aftaler, samordnet praksis eller vedtagelser inden for virksomhedssammenslutninger med samme eller tilsvarende formål eller virkninger.
- (214) Forbuddet omfatter alle hemmelige møder og multilaterale eller bilaterale kontakter mellem konkurrenter med henblik på at begrænse deres indbyrdes konkurrence eller give dem mulighed for at samordne deres markedsadfærd, især deres prisfastsættelse.

<sup>(138)</sup> Ajinomotos oversættelse heraf, som blev anført i selskabets brev af 29. november 2002 lyder således: »A's head office's basic policy about DM price is 15 % (minimum 10 %) up adjustment. Met with strong opposition, as expected, at the meeting with European branches in August, but for the time being will start with DM 53 and attempt to achieve minimum DM 51 (10 % up)«

<sup>(139)</sup> Ajinomoto bekræfter i sit brev af 29. november 2002, at det bestrider de forhold, der er beskrevet i Takedas notater og drager de to Takeda-notater i tvivl som bevis på Takedas fortsatte medvirken ved overtrædelsen.

<sup>(140)</sup> Jf. s. 309 i Kommissionens dossier

## 2. ARTIKEL 15, STK. 2, I FORORDNING NR. 17

## Overtrædelsens art

## (a) GENERELLE BETRAGTNINGER

- (215) I henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 kan Kommissionen ved beslutning pålægge virksomheder bøder på mindst 1 000 EUR og højst 1 mio. EUR, idet sidstnævnte beløb dog kan forhøjes til 10 % af omsætningen i det sidste regnskabsår i hver af de virksomheder, som har medvirket ved overtrædelsen, såfremt de forsætligt eller uagtsomt overtræder traktatens artikel 81, stk. 1, og/eller EØS-aftalens artikel 53, stk. 1.
- (216) Ved fastsættelsen af bødens størrelse skal Kommissionen tage alle relevante forhold i betragtning, og især overtrædelsens grovhed og varighed, som er de to kriterier, der er udtrykkeligt nævnt i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17.
- (217) De enkelte deltageres rolle i forbindelse med overtrædelsen vil blive vurderet individuelt. Kommissionen vil især lade bøden afspejle eventuelle skærpene eller formildende omstændigheder, ligesom den vil anvende meddelelsen om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager, hvor det er rimeligt.
- (218) Ved vurdering af overtrædelsens grovhed tager Kommissionen hensyn til dens art, dens konkrete indvirkning på markedet, hvis denne kan måles, og det relevante markeds størrelse. De enkelte virksomheders rolle i forbindelse med overtrædelsen vil blive vurderet individuelt.

## (b) BØDENS STØRRELSE

- (219) Kartellet var en forsætlig overtrædelse af traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, idet de førende nukleotidproducenter sluttede sig sammen om oprettelse af et hemmeligt vedvarende system, der skulle begrænse konkurrencen, vel vidende, at deres handlinger ikke blot var konkurrencebegrænsende, men også ulovlige.

## 1. Grundbeløbet

- (220) Grundbeløbet fastlægges i forhold til overtrædelsens grovhed og varighed.

## Overtrædelsens grovhed

- (221) Ved vurderingen af overtrædelsens grovhed tager Kommissionen hensyn til dens art, dens konkrete indvirkning på markedet, hvis denne kan måles, og det relevante geografiske markeds størrelse.

- (222) Det fremgår af sagsfremstillingen i denne beslutning, at overtrædelsen i den foreliggende sag bestod i markedsdeling og prisfastsættelse, som er de værste former for overtrædelse af traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1.

- (223) Kartelaktiviteterne involverede store verdensomspændende virksomheder og blev planlagt, styret og befordret på højt niveau i de enkelte deltagende virksomheder<sup>(141)</sup>. Gennemførelsen af en kartelaftale af ovennævnte art fører automatisk til betydelige konkurrencefordrejninger, som udelukkende gavner de producenter, der deltager i kartellet, og er skadelige for kunderne og i sidste instans for offentligheden.

- (224) Kommissionen mener derfor, at denne overtrædelse på grund af sin art er en meget alvorlig overtrædelse af traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1.

- (225) Ajinomoto fremfører, at en række elementer i denne sag viser, at overtrædelsen kun havde begrænset indvirkning på markedet, og at den heller ikke var så alvorlig, som Kommissionen mener. Blandt disse elementer skal nævnes, at den europæiske nukleotidsektor er af begrænset størrelse, at overtrædelsen ikke blev fuldt gennemført, at nukleotider kun udgør en meget lille andel af omkostningerne ved de endelige produkter, at kartellet derfor kun havde skadet forbrugerne i begrænset omfang, og at muligheden for at spille leverandørerne ud mod hinanden begrænsede en eventuel skade over for de direkte kunder.

- (226) Kommissionen må afvise disse argumenter. Det er indlysende, at pris- og markedsdelingskarteller i sig selv skader det indre marked. Det ville være forkert at konkludere på grundlag af markedets beskedne størrelse, at denne overtrædelse ikke var meget alvorlig. Det væsentlige er, at det normale konkurrencemønster, der ville have præget det indre marked for nukleotider, blev erstattet med et hemmeligt samarbejde om produktets pris, det vil sige en væsentlig konkurrencemæssig komponent. Som det fremgår af nedennævnte betragtninger blev aftalerne gennemført i praksis og fik konkret indvirkning på EØS-markedet for nukleotider<sup>(142)</sup>. Overtrædelsen af traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, betragtes derfor som meget alvorlig. Kommissionen behandler argumentet med hensyn til markedets begrænsede størrelse i betragtning 241-242.

<sup>(141)</sup> Jf. betragtning 57 ff.

<sup>(142)</sup> De resterende elementer, som Ajinomoto har fremhævet, behandles også under afsnittet »Indvirkning på markedet«.



*Overtrædelsens konkrete indvirkning på EØS-markedet for nukleotider*

- (227) Overtrædelsen blev begået af virksomheder, som i den periode, denne beslutning vedrører, tegnede sig for broderparten af nukleotidmarkederne på verdensplan og i Europa. Desuden tog aftalerne specielt sigte på at hæve priserne til et niveau, der lå over det niveau, de ellers ville have ligget på, og at begrænse de afsatte mængder. I betragtning af at disse aftaler blev gennemført, påvirkede de markedet betydeligt.
- (228) Der er ingen grund til at komme nærmere ind på, i hvilket omfang priserne adskilte sig fra de priser, der kunne have været gældende uden disse aftaler. Dette kan nemlig ikke altid måles pålideligt, da en række eksterne faktorer samtidig kan have påvirket prisudviklingen på produktet, så det bliver særdeles vanskeligt at drage konklusioner med hensyn til alle mulige årsagers relative betydning.
- (229) Kartelaftalerne blev dog gennemført. Under hele kartellets varighed udvekslede parterne oplysninger om deres salgspriser og -mængder, og på grundlag af disse tal vedtog de målpriser (jf. for eksempel betragtning 80, 89, 91, 92-94, 97-98, 104, 108-111, 115-116, 118-131, 133, 135 og 138-141). Som det fremgår af sagsfremstillingen i denne beslutning blev målpriserne og prisforhøjelserne aftalt, meddelt kunderne og gennemført i hele EØS (jf. for eksempel betragtning 86, 104, 118-120, 122, 124, 126, 128, 134, 139-141 og 144). Parterne førte nøje tilsyn med gennemførelsen af deres aftaler ved regelmæssigt at afholde multilaterale og bilaterale møder. På disse møder udvekslede de deres salgstal, drøftede markedspriser (hvilket således gav dem mulighed for at kontrollere, om de aftalte målpriser blev opfyldt) og vedtog at justere målpriserne, hvis det var nødvendigt (jf. for eksempel betragtning 92, 109, 111, 124 og 128-130).
- (230) På baggrund af ovenstående og i betragtning af de enkelte deltageres bestræbelser i forbindelse med den komplekse tilrettelæggelse af kartellet, er der ingen tvivl om, at den konkurrencebegrænsende aftale blev gennemført i hele den overtrædelsesperiode, som denne beslutning vedrører. En sådan vedvarende gennemførelse over en niårig periode må have påvirket markedet.
- (231) Ajinomoto fremfører, at Kommissionen, når den påviser, at overtrædelsen påvirkede markedet mærkbart, baserer sin konklusion på et materiale, der ikke er fyldestgørende. Ifølge Ajinomoto havde overtrædelsen kun begrænset indvirkning på markedet. Ajinomoto anfører nemlig, at det ikke blot viste sig at være meget vanskeligt at nå frem til aftaler om målpriser, men at det selv i de tilfælde, hvor der blev indgået sådanne aftaler, aldrig var muligt at opfylde dem fuldt ud: der blev hyppigt afvejet fra aftalerne, uden at dette blev straffet, og der var ikke indført noget effektivt kontrolsystem. Ifølge Ajinomoto blev overtrædelsen derfor ikke gennemført fuldt ud.
- (232) Desuden fremfører Ajinomoto, at nukleotidomkostningerne tegner sig for gennemsnitlig under 0,1 % af prisen på det endelige produkt, og at muligheden for at spille leverandørerne ud mod hinanden begrænsede skaden over for de direkte forbrugere. Endelig mener Ajinomoto, at en analyse af de økonomiske forhold i den periode, der undersøges, bekræfter, at prisudviklingen viste, at der var tale om en konkurrencemæssig adfærd. Til støtte herfor har Ajinomoto fremlagt en rapport udarbejdet af RBB Economics, hvori det er fastsat, at der ikke er noget grundlag for at konkludere, at priserne i perioden 1988-1997 var usædvanlig stabile, eller at prisfaldet i slutningen af 1998/begyndelsen af 1999 afspejlede, at overtrædelsen var bragt til ophør. Ifølge rapporten er det tvivlsomt, om eventuelle kundefordelingsaftaler mellem nukleotidproducenterne var effektive, ligesom prisfaldet sidst i 1998/begyndelsen af 1999 ikke skyldtes kartellets ophør, men snarere vigtige ændringer i eksterne markedsfaktorer, som ændrede prisforholdene i Europa fundamentalt: en betydelig kapacitetsforøgelse på grund af åbningen af Cheils anlæg i Indonesien kombineret med en stagnerende efterspørgsel fra 1997 og frem førte til en betydelig overskudskapacitet. Devalueringen af den koreanske og den indonesiske valuta skabte yderligere pres på de europæiske priser. Ajinomoto anfører i et supplement til sit svar på klagepunktsmeddelelsen, at de gennemsnitlige skøn over kapaciteten, som virksomhederne forelagde Kommissionen (og som er gjort tilgængelige), bekræfter, at prisudviklingen i den relevante periode tydede på, at der var tale om konkurrencemæssige forhold, og at overtrædelsen kun havde begrænset indvirkning på markedet.
- (233) Cheil drager de samme konklusioner i sit svar på klagepunktsmeddelelsen og understreger, at det var Cheils beslutning om at forøge sin kapacitet, der fik priserne til at falde betydeligt sidst i 1998/begyndelsen af 1999. Cheil fremfører også, at markedets beskedne størrelse betyder, at den ulovlige adfærdts faktiske økonomiske virkninger har været mindre, og at dette skulle berettige til at fastsætte et lavere grundbeløb for bøden. Desuden mener Cheil, støttet af Daesang<sup>(143)</sup>, at Kommissionen ved vurderingen af overtrædelsens grovhed bør tage hensyn til, at overtrædelsen kun har påvirket forbrugerne i ubetydeligt omfang, og at koreanerne blev trukket ind i en plan, der eksisterede på forhånd.
- (234) Takeda fremfører ligeledes, at selv den maksimale potentielle indvirkning på de endelige forbrugere er meget begrænset i betragtning af, at det europæiske marked er af beskedne størrelse, at nukleotiderne købes af store fødevarerfabrikanter og ikke af de endelige forbrugere, og at nukleotiderne kun er en beskedne omkostningsfaktor i forbindelse med det endelige produkt. Takeda forbeholder sig endvidere sine retigheder med hensyn til, at Kommissionen ikke har forsøgt at opgøre præcist, hvor stor en prisforhøjelse overtrædelsen medførte i forhold til det prisniveau, der ellers ville have været anvendt.

<sup>(143)</sup> Jf. både Daesangs svar af 20. september 2002 og det sammen-  
drag, der blev fremsendt ved skrivelse af 27. november 2002.

- (235) Ingen af de argumenter, parterne har fremsat for at bagatellisere den virkning, som Kommissionen mener, at kartellet i praksis har haft på markedet, er overbevisende. Forklaringerne med hensyn til prisstabiliteten fra 1988-1997 og prisfaldet sidst i 1998/begyndelsen af 1999 kan i et vist omfang bære berettigede (især hvad angår kapacitetsforøgelsen som følge af åbningen af Cheils nye anlæg i Indonesien hen imod slutningen af kartelperioden), men de virker ikke overbevisende som begrundelse for, at gennemførelsen af kartelaftalen ikke kan have spillet nogen rolle for prisfastsættelsen og -udsvingene på nukleotidmarkedet. Da parterne havde erstattet den usikre situation, som fri konkurrence indebærer, med et vedvarende ulovligt samarbejde, blev priserne nødvendigvis fastsat på et andet niveau, end det, der ville have gjort sig gældende på et konkurrencebetonet marked.
- (236) Som Ajinomoto og Cheil har understreget, viser den kraftige forøgelse af produktionskapaciteten mod slutningen af kartelperioden samtidig med en nedgang i efterspørgslen og dermed et prisfald (og et fald i de respektive producenters kapacitetsudnyttelsesgrad) uden tvivl parternes problemer med at påvirke priserne i en vanskelig markedssituation og måske endda årsagerne til selve kartellets sammenbrud. Det viser dog ikke, at den ulovlige praksis ikke påvirkede markedet i de ni år, kartellet eksisterede, eller at priserne ikke blev holdt oppe over et konkurrencedygtigt niveau.
- (237) Tværtimod kan det, når man ser på karteldeltagernes samlede bestræbelser (jf. betragtning 75-149), med rimelighed konkluderes, at det i hele kartelperioden lykkedes karteldeltagerne at opretholde priserne på et højere niveau, end det havde været tilfældet uden de ulovlige arrangementer.
- (238) Selv om karteldeltagerne ikke fuldt ud opnåede de forventede resultater, ville dette ikke bevise, at kartellet ikke påvirkede markedet. I betragtning af blandt andet de involverede risici er det desuden utænkeligt, at parterne gentagne gange i overtrædelsesperioden ville have aftalt at mødes overalt i verden for at fastsætte målpriser, hvis de havde haft en fornemmelse af, at kartellet ikke eller kun i ringe grad påvirkede markedet for nukleotider. I denne forbindelse kan for eksempel nævnes den særlige tak, som Ajinomoto rettede til samtlige karteldeltagere på et af kartelmøderne, fordi målpriserne for 1995 var blevet gennemført med godt resultat (jf. betragtning 126 eller bilag Z til Daesangs supplerende meddelelse<sup>(144)</sup>).
- (239) Ajinomoto, Cheil og Daesang har også i deres svar på klagepunktsmeddelelsen fremført, at Kommissionens eget materiale viser, at de ofte har tilsidesat arrangementerne og ofte har handlet uafhængigt på markedet. Dette argument kan dog ikke godtages. Kommissionen har ikke blot omfattende beviser på, at Ajinomoto, Daesang og Cheil faktisk fortsatte med at deltage i overtrædelsen i hele overtrædelsesperioden (hvad der heller ikke bestrides af parterne, undtagen Ajinomoto for så vidt angår selskabets deltagelse efter august 1996), men parterne kan meget vel have haft »skjulte dagsordener«, som i en vis grad fik dem til at tilsidesætte deres forpligtelser over for de andre karteldeltagere, og dette er ikke ensbetydende med, at de ikke gennemførte kartelaftalen. Førsteinstansretten fastslog således i sagen Cascades mod Kommissionen: »en virksomhed, der på trods af samordningen med sine konkurrenter følger en mere eller mindre uafhængig politik på markedet, søger eventuelt at udnytte kartellet til sin fordel«<sup>(145)</sup>.
- Det relevante geografiske markeds størrelse*
- (240) Kartellet omfattede hele fællesmarkedet, og efter etableringen af EØS, også hele dette område. Alle dele af fællesmarkedet og EØS blev påvirket af det hemmelige samarbejde. For at vurdere overtrædelsens grovhed fastslår Kommissionen derfor, at kartellet påvirkede hele Fællesskabet og, efter oprettelsen af EØS, hele EØS.
- Kommissionens konklusion med hensyn til overtrædelsens grovhed*
- (241) I betragtning af den adfærd, der behandles i denne sag, dens konkrete indvirkning på nukleotidmarkedet og den omstændighed, at den omfattede hele fællesmarkedet og, efter oprettelsen af EØS, også hele dette område, finder Kommissionen, at de virksomheder, som denne beslutning vedrører, har begået en meget alvorlig overtrædelse af traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1.
- (242) Der må foretages en klar sondring mellem spørgsmålet om produktmarkedets størrelse og spørgsmålet om overtrædelsens faktiske indvirkning på dette produktmarked. Det er ikke Kommissionens praksis at betragte produktmarkedets størrelse som en relevant faktor ved vurderingen af overtrædelsens grovhed.
- (243) Ikke desto mindre vil Kommissionen i denne sag tage hensyn til produktmarkedets begrænsede størrelse, selv om der stadig er tale om en meget alvorlig overtrædelse.

<sup>(144)</sup> Jf. s. 1076 i Kommissionens dossier.

<sup>(145)</sup> Sag T-308/94, Cascades mod Kommissionen, Saml. 1998 II, s. 925, præmis 230.

*Klassificering af karteldeltagerne*

- (244) Inden for kategorien meget alvorlige overtrædelser gør den foreslåede bødeskala det muligt at behandle virksomhederne forskelligt for at tage hensyn til deres faktiske økonomiske muligheder for at skade konkurrencen mærkbart og for at fastsætte bøden til et niveau, der sikrer, at den får en tilstrækkelig afskrækkende virkning. Dette forekommer især nødvendigt, når der er betydelig forskel på de deltagende virksomheders markedsandele, som det er tilfældet i den foreliggende sag.
- (245) I denne sag, der omfatter flere virksomheder, er det nødvendigt ved fastsættelsen af bødernes grundbeløb at tage hensyn til de enkelte virksomheders vægt i overtrædelserne, og dermed den faktiske indvirkning på konkurrencen.
- (246) Med henblik herpå kan de deltagende virksomheder opdeles i forskellige kategorier afhængigt af deres relative betydning på det relevante marked, eventuelt justeret af hensyn til andre faktorer, og især behovet for at sikre, at bøderne får en afskrækkende virkning.
- (247) Som grundlag for en sammenligning af virksomhedernes relative betydning på det relevante marked finder Kommissionen det hensigtsmæssigt i den foreliggende sag at anvende deres respektive markedsandele på verdensplan for det pågældende produkt. I betragtning af markedets globale karakter giver disse tal det bedste billede af de deltagende virksomheders mulighed for at påføre andre virksomheder inden for fællesmarkedet og/eller EØS betydelig skade. Desuden giver en karteldeltagers andel af verdensmarkedet et fingerpeg om den pågældende deltagers bidrag til kartellets effektivitet som helhed eller omvendt til den mangel på stabilitet, der ville have præget kartellet, hvis virksomheden ikke havde deltaget. Sammenligningen bygger på virksomhedernes andele af verdensmarkedet for det pågældende produkt i det seneste hele kalenderår, hvor overtrædelserne er begået (1997).
- (248) Ajinomoto var hele tiden den største nukleotidproducent på det relevante geografiske marked. I 1997 lå dens anslåede andel af verdensmarkedet på mellem 40 % og 50 %.
- (249) Takeda, Cheil og Daesang var mindre virksomheder på verdensmarkedet for nukleotider. For 1997 kan deres respektive markedsandele anslås til mellem 10 % og 20 %, dvs. under halvdelen af den største deltager Ajinomotos andel.
- (250) Ajinomoto vil derfor blive anbragt i første kategori, mens Takeda, Cheil og Daesang anbringes i anden kategori.
- (251) På baggrund af ovenstående fastsætter Kommissionen bødernes grundbeløb på grundlag af overtrædelsens grovhed til følgende:
- Ajinomoto: 6,0 mio. EUR
  - Takeda, Daesang og Cheil: 2,4 mio. EUR.

*Tilstrækkelig afskrækkende virkning*

- (252) For at sikre, at bøden har en tilstrækkelig afskrækkende virkning og tager hensyn til, at store virksomheder har juridisk og økonomisk ekspertise og infrastruktur, der gør det lettere for dem at vurdere, om deres adfærd er ulovlig og hvilke konkurrenceretlige konsekvenser den vil få, vil Kommissionen desuden fastslå, om der er behov for en yderligere justering af grundbeløbet for nogen af virksomhederne.
- (253) Med en verdensomspændende omsætning på henholdsvis 8,7 mia. EUR og 9,2 mia. EUR i 2001 er Ajinomoto og Takeda langt større virksomheder end Daesang (omsætning på 1,4 mia. EUR på verdensplan i 2001) og Cheil (omsætning på 1,9 mia. EUR på verdensplan i 2001). I denne forbindelse mener Kommissionen, at udgangspunktet for bøderne på grundlag af virksomhedernes relative betydning på det relevante marked må justeres opad for at tage hensyn til Ajinomotos og Takedas størrelse og samlede ressourcer.
- (254) På baggrund af ovenstående mener Kommissionen, at det af hensyn til den afskrækkende virkning er nødvendigt, at bødens grundbeløb, der er fastsat i betragtning 251, forhøjes med 100 % til 12 mio. EUR for Ajinomotos vedkommende og med 100 % til 4,8 mio. EUR for Takedas vedkommende.

**Overtrædelsens varighed**

- (255) Kommissionen finder, at Daesang overtrådte traktatens artikel 81, stk. 1, fra den 19. december 1988 til udgangen af 1997 og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, fra 1. januar 1994 til udgangen af 1997.
- (256) Kommissionen finder, at Cheil overtrådte traktatens artikel 81, stk. 1, fra marts 1989 til 2. juni 1998 og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, fra 1. januar 1994 til 2. juni 1998.
- (257) Takeda fremførte, at Kommissionen burde betragte overtrædelserne som endelig afsluttet på tidspunktet for det sidste kendte kartelmøde. Som det fremgår ovenfor under »Overtrædelsens varighed«, viser dossieret, at 2. juni 1998 faktisk var tidspunktet for den sidste kendte ulovlige kontakt mellem Takeda og en karteldeltager. Kommissionen finder derfor, at Takeda overtrådte traktatens artikel 81, stk. 1, fra 8. november 1988 til 2. juni 1998 og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, fra 1. januar 1994 til 2. juni 1998.

- (258) Endelig bestrider Ajinomoto overtrædelsens varighed, idet selskabet kun indrømmer, at det har medvirket ved overtrædelsen indtil august 1996. Hvor længe Ajinomoto har deltaget i kartellet, behandles i betragtning 202-210. Kommissionen mener, at Ajinomoto overtrådte traktatens artikel 81, stk. 1, fra 8. november 1988 til i hvert fald september 1997 og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, fra 1. januar 1994 til i hvert fald september 1997.
- (259) Kommissionen konkluderer derfor, at Takeda, Ajinomoto, Daesang og Cheil har begået en overtrædelse i henholdsvis 9 år og 6 måneder (Takeda), 8 år og 9 måneder (Ajinomoto), 9 år (Daesang) og 9 år og 2 måneder (Cheil), og det vil sige, at overtrædelsen var af lang varighed (over 5 år). Det grundbeløb, der er fastsat for overtrædelsens grovhed (jf. betragtning 251 og 254), forhøjes derfor med 10 % pr. år og 5 % pr. halve år, det vil sige med 95 % for Takedas vedkommende, 90 % for Cheils og Daesangs vedkommende og 85 % for Ajinomotos vedkommende.
- (260) Cheil fremfører dog i sit svar på klagepunktsmeddelelsen, at det ganske vist er fastsat i retningslinjerne for beregningen af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 65, stk. 5, i EKSF-traktaten<sup>(146)</sup>, at en overtrædelse af »lang varighed« kan give anledning til en forhøjelse på 10 % hvert år, men at dette ikke betyder, at enhver overtrædelse er undergivet en sådan »årlig« stigning. Cheil fremfører især, at Kommissionen bør overveje en lavere forhøjelse på grund af overtrædelsens varighed end standardforhøjelsen på 10 % for perioden fra marts 1989 til begyndelsen af 1992 i betragtning af Cheils beskedne deltagelse i overtrædelsen i denne periode (og den deraf følgende beskedne indvirkning på markedet). Tilsvarende fremfører Cheil, at en sådan fremgangsmåde også ville være berettiget for perioden efter 1996 i betragtning af, at denne periode var mindre intensiv og i betragtning af Cheils beslutning i 1996 om at øge kapaciteten (med virkning fra udgangen af 1990'erne).
- (261) Kommissionen må tilbagevise dette argument. Cheils deltagelse i overtrædelsen i hele overtrædelsesperioden er blevet påvist i sagsfremstillingen i denne beslutning. Det er også blevet påvist, at overtrædelsen påvirkede EØS-markedet. Den omstændighed, at en deltager i et kartel kan spille den rolle, som passer bedst til den pågældende deltagers særlige forhold, udelukker ikke, at den er ansvarlig for overtrædelsen som helhed. En virksomhed, der deltager i det fælles ulovlige forehavende gennem handlinger, der bidrager til gennemførelsen af den fælles målsætning, er ligeledes ansvarlig i hele den periode, hvor den har deltaget, for de øvrige deltagers handlinger med samme formål<sup>(147)</sup>. Kommissionen mener derfor, at Cheil medvirkede ved overtrædelsen på samme måde under hele overtrædelsens varighed.

## Konklusion med hensyn til grundbeløbet

- (262) Kommissionen fastsætter derfor bødernes grundbeløb således:
- Takeda: 9 360 000 EUR
  - Ajinomoto: 22 200 000 EUR
  - Daesang: 4 560 000 EUR
  - Cheil: 4 560 000 EUR.

## 2. Skærpene omstændigheder

- (263) Kommissionen har ikke påvist nogen skærpene omstændigheder, der skal tages i betragtning i denne beslutning.

## 3. Formildende omstændigheder

### Fuldstændig passivitet ved overtrædelsen

- (264) Cheil og Daesang fremfører i deres svar<sup>(148)</sup>, at de altid spillede en passiv rolle eller en rolle som medløber ved overtrædelsen. De blev trukket ind i et eksisterende kartel, der blev ledet af Takeda og, i mindre omfang, Ajinomoto, som ønskede at beskytte deres egne markeder og begrænse konkurrencen gennem modkøb. Ajinomoto fremfører i denne forbindelse, at dets rolle var underordnet Takedas, idet sidstnævnte skulle betragtes som kartellets reelle leder. Desuden fremfører de koreanske producenter, at de er langt mindre end deres japanske kolleger, hvilket også beviser, at deres adfærd har haft begrænset indvirkning på markedet.
- (265) Virksomhedernes faktiske økonomiske mulighed for at påvirke EØS-markedet på grundlag af deres økonomiske størrelse er blevet taget i betragtning ved beregningen af bødens grundbeløb (jf. betragtning 244-251).
- (266) Selv om der på grundlag af disse udtalelser kan være visse elementer, som tyder på, at de japanske virksomheder startede kartellet og tog initiativ til at tilrettelægge en række møder, finder Kommissionen ingen grund til at tro, at nogen af de koreanske producenter spillede en rent passiv rolle eller en rolle som medløber ved overtrædelsen. De to virksomheder deltog i langt størstedelen af de påviste kartelmøder og tog direkte og aktiv del i overtrædelsen. Cheil og Daesang deltog således i møderne og udvekslede salgsplysninger i hele den periode, hvor de deltog. De kan derfor ikke hævde, at de har spillet en rent passiv rolle<sup>(149)</sup>.

<sup>(148)</sup> Jf. også Daesangs resumé af 27. november 2002.

<sup>(149)</sup> Jf. for eksempel betragtning 365 i Kommissionens beslutning 2001/418/EF i sag COMP/36.545/F3, Aminosyrer (EFT L 152 af 7.6.2001, s. 24).

<sup>(146)</sup> EFT C 9 af 14.1.1998, s. 3.

<sup>(147)</sup> EF-Domstolens dom i sag Kommissionen mod Anic, præmis 83.

(267) For eksempel fremgår det klart af Daesangs eget referat af mødet i december 1995 om 1995-samarbejdet<sup>(150)</sup>, at alle parter havde samarbejdet om gennemførelsen af prisforhøjelserne for 1995, og at alle parter var enige om at fortsætte samarbejdet i 1996. Som det fremgår af de faktiske omstændigheder fremlagde Cheil og Daesang også på skift forslag til målpriser og afholdt indbyrdes møder for at udarbejde en fælles holdning før producentmøderne.

(268) Det samlede bevismateriale i den foreliggende sag, som beskrevet i denne beslutnings sagsfremstilling, giver et billede af et kartel, hvor samtlige parter deltog aktivt og direkte i overtrædelsen gennem udveksling af salgstal samt gennemgang og diskussion af målpriserne. Deltagerne havde en fælles interesse i arrangementerne. Det er blevet fastslået, at samtlige karteldeltagere har deltaget i de fleste af kartelmøderne og på skift har tilrettelagt disse møder. Der er derfor heller ikke nogen virksomhed, der kan anses for at have spillet en førende rolle i retningslinjernes forstand.

#### Ingen gennemførelse af de ulovlige aftaler i praksis

(269) Som anført i betragtning 229 mener Kommissionen, at de konkurrencebegrænsende aftaler blev gennemført. Denne formildende omstændighed kan derfor ikke anvendes på nogen af denne beslutnings adressater. Kommissionen bemærker, at en aftale om begrænsning af konkurrencen principielt gennemføres, når karteldeltagerne afgør deres adfærd på markedet efter den fælles hensigt, de har givet udtryk for. Ved gentagne aftaler, der indgås over en lang periode, kan det formodes, at aftalerne er blevet gennemført af hver enkelt deltager, da de ellers ikke gentagne gange ville have aftalt at mødes rundt omkring i verden for at fastsætte priser og fordele kunderne over så lang en periode. Ingen af de argumenter, som parterne har fremført, kan modbevise Kommissionens konklusioner.

(270) Som anført i betragtning 239 vil en virksomhed, som til trods for det hemmelige samarbejde med konkurrenterne følger en mere eller mindre uafhængig politik på markedet, måske blot forsøge at udnytte kartellet til sin egen fordel<sup>(151)</sup>. At parterne, som de hævder, ikke regelmæssigt overholdt de aftalte arrangementer, kan derfor ikke betragtes som tilstrækkeligt bevis på, at aftalerne ikke blev gennemført.

#### Andre formildende omstændigheder

(271) Ajinomoto fremfører i sit svar på klagepunktsmeddelelsen, at Kommissionen bør betragte det forhold, at selskabet ensidigt og frivilligt standsede sin deltagelse i kartellet, især inden Kommissionen foretog nogen undersøgelse, som en formildende omstændighed sammen med det forhold, at denne ensidige tilbagetrækning havde bidraget til optrevling af kartellet.

(272) Som støtte herfor anfører Ajinomoto Takedas interne memorandum af 28. maj 1997 og 9. juni 1997<sup>(152)</sup> og Takedas erklæring<sup>(153)</sup>, hvor der henvises til karteldeltagerens betænkeligheder med hensyn til Ajinomotos beslutning om ikke længere at deltage i de multilaterale møder efter august 1996, og de virkninger dette ville få på møderne.

(273) Dette argument må tilbagevises. Det er blevet påvist under afsnittet »Overtrædelsens varighed«, at Ajinomotos beslutning om ikke længere at deltage i de multilaterale møder efter august 1996 ikke kan betragtes som bevis på, at selskabet ensidigt standsede sin deltagelse i overtrædelsen fra dette tidspunkt. Tværtimod mener Kommissionen, at selskabet fortsat deltog i overtrædelsen ved at opretholde de bilaterale kontakter med Takeda, hvor de drøftede nukleotidmarkedet og -priserne. Under disse omstændigheder mener Kommissionen, at det forhold, at Ajinomoto ikke længere deltog i de multilaterale møder, kun kan have spillet en mindre rolle, hvis det overhovedet havde nogen betydning, ved optrevlingen af kartellet.

(274) Cheil fremfører, at Kommissionen bør tage hensyn til, at det allerede har fået pålagt en bøde for denne overtrædelse i USA, idet virksomheder ikke bør udsættes for »dobbelt straf«, og at Kommissionen derfor kun bør lægge de virkninger, som overtrædelsen havde på det forholdsvis beskedne fællesskabsmarked, til grund for bøden.

(275) Dette argument må afvises. Bøder, der pålægges af andre myndigheder, herunder myndighederne i USA, har ingen indflydelse på de bøder, der pålægges for overtrædelse af EU's konkurrenceregler. USA's (eller et hvilket som helst andet tredjeland) indgreb over for karteladfærd kan på ingen måde begrænse eller udelukke Kommissionens kompetence efter EU's konkurrenceret. Det skal bemærkes, at traktatens artikel 81 i kraft af territorialprincippet kun vedrører konkurrencebegrænsninger inden for fællesmarkedet, og at EØS-aftalens artikel 53 kun vedrører konkurrencebegrænsninger på EØS-markedet. På samme måde har USA's konkurrencemyndigheder kun kompetence i den udstrækning, hvor en adfærd har direkte og tilsigtet virkning i USA.

<sup>(150)</sup> Jf. bilag Z til Daesangs supplerende meddelelse, s. 1076 i Kommissionens dossier.

<sup>(151)</sup> Sag T-308/94, Cascades SA mod Kommissionen, præmis 230.

<sup>(152)</sup> Henholdsvis s. 2147 og 2151 i Kommissionens dossier.

<sup>(153)</sup> Takedas erklæring på s. 2173 i Kommissionens dossier.

(276) Takeda fremfører, at Kommissionen bør tage hensyn til, at det allerede har betalt en betydelig bøde i vitaminsagen (<sup>154</sup>). Ajinomoto fremsætter et tilsvarende argument med hensyn til den bøde, det betalte i lysinsagen (<sup>155</sup>). Kommissionen afviser dette argument. Vitaminsagen og lysinsagen vedrørte ikke Takedas og Ajinomotos overtrædelse på nukleotidmarkedet og kan derfor ikke tages i betragtning i forbindelse med denne beslutning.

(277) Cheil og Daesang fremfører endvidere, at de regelmæssigt undlod at efterkomme arrangementerne, og endog modarbejdede dem, for eksempel ved at forhøje produktionskapaciteten eller underbyde målpriserne.

(278) Kommissionen understreger endnu en gang, at det ikke nødvendigvis skal betragtes som en formildende omstændighed i forbindelse med fastlæggelsen af bødens størrelse, at en virksomhed, der bevisligt har deltaget i et hemmeligt prissamarbejde med sine konkurrenter, ikke altid opførte sig på markedet på den måde, der var aftalt med konkurrenterne. Som anført ovenfor kan det forholde sig således, at en virksomhed, der til trods for sit hemmelige samarbejde med konkurrenterne følger en mere eller mindre uafhængig politik på markedet, blot forsøger at udnytte kartellet til sin egen fordel (<sup>156</sup>).

(279) Ajinomoto, Cheil og Takeda påpeger også, at de har truffet foranstaltninger for at forhindre fremtidige overtrædelser af konkurrencereglerne. I denne forbindelse har de vedtaget eller udbygget programmer for overholdelse af konkurrencereglerne. Kommissionen ser med tilfredshed på, at disse virksomheder har indført en politik for overholdelse af konkurrencereglerne. Den mener dog, at initiativet er taget for sent og ikke kan betragtes som et forebyggende instrument, der fritager Kommissionen for sin forpligtelse til at straffe den overtrædelse af konkurrencereglerne, som disse virksomheder tidligere har begået. På baggrund af ovenstående bør vedtagelsen af et program for overholdelse af konkurrencereglerne ikke betragtes som en formildende omstændighed, der gør en nedsættelse af bøden berettiget.

(280) Der er derfor ingen formildende omstændigheder, der kan anvendes over for deltagerne i denne overtrædelse, som berører nukleotidmarkedet.

#### 4. *Anvendelse af Kommissionens samarbejdsmeddelelse*

(281) De virksomheder, som denne beslutning er rettet til, har samarbejdet med Kommissionen på forskellige trin i undersøgelsen med henblik på at opnå en favorabel

behandling som fastsat i samarbejdsmeddelelsen. Af hensyn til de pågældende virksomheders berettigede forventninger, når det gælder bødefritagelse eller bødenedsættelse på grundlag af deres samarbejde, undersøger Kommissionen i det følgende, om de deltagende parter opfyldte samarbejdsmeddelelsens betingelser.

#### **Bødefritagelse eller meget betydelig bødenedsættelse (»Afsnit B«)**

(282) Takeda har anmodet om bødefritagelse. I denne forbindelse mener Takeda, at det bør være omfattet af de ændringer i samarbejdspolitikken, som Kommissionen indførte ved sin meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager (<sup>157</sup>), der blev offentliggjort i 2002 (»2002-meddelelsen«), med den begrundelse, at det ikke tog skridt til at tvinge nogen anden virksomhed til at deltage i overtrædelsen. Som følge heraf mener Takeda, at det er berettiget til bødefritagelse efter de nye regler. Takeda fremfører, at EU-retten anerkender det princip, at ændringer i behandlingen af bøder med afskrækkende virkning under visse omstændigheder bør kunne anvendes med tilbagevirkende kraft, og at princippet kan anvendes mere generelt i forbindelse med administrative beslutninger, som det er tilfældet i en række medlemsstater.

(283) 2002-meddelelsen angiver klart, at den ikke finder anvendelse på sager, hvor virksomheder i forvejen har kontaktet Kommissionen for at opnå en favorabel behandling i henhold til den tidligere meddelelse. Alle henvendelser om favorabel behandling bør derfor behandles efter den samarbejdsmeddelelse, der blev offentliggjort i 1996, og som fortsat gælder i forbindelse med denne beslutning.

(284) Kommissionen erkender, at Takeda var den første virksomhed, der fremlagde afgørende beviser på kartellets eksistens og fortsatte med at samarbejde fuldt ud under undersøgelsen. Takeda underrettede første gang Kommissionen om kartellets eksistens den 9. september 1999 og udleverede den 14. september 1999 et dossier med bevismateriale. På daværende tidspunkt havde Kommissionen ikke modtaget oplysninger om kartellet fra andre kilder.

(285) Ved vurderingen af Takedas samarbejde bemærker Kommissionen, at det materiale, virksomheden først udleverede, ikke vedrørte kartellets aktiviteter før 1992. Ikke desto mindre anførte Takeda i sin erklæring, at kartellet rent faktisk opstod i 1989. Der er ingen tegn på, at Takeda havde andre oplysninger eller dokumenter om kartellet. Det må derfor konkluderes, at Takeda har samarbejdet fuldt ud med Kommissionen.

(<sup>154</sup>) Sag 37.512, endnu ikke offentliggjort.

(<sup>155</sup>) Sag 36.545 (EFT L 152 af 7.6.2001, s. 24-72).

(<sup>156</sup>) Sag T-308/94, Cascades SA mod Kommissionen, præmis 230.

(<sup>157</sup>) EFT C 45 af 19.2.2002, s. 3.

- (286) Til trods for, at der i dossieret findes elementer, som tyder på, at Takeda ved visse lejligheder har spillet en samordnende rolle i kartellet, tvang Takeda ikke andre virksomheder til at deltage i kartellet og handlede heller ikke som kartellets primus motor eller spillede en afgørende rolle i de ulovlige aktiviteter som omhandlet i samarbejdsmeddelelsen. Det er også blevet fastslået, at Takeda standsede sin deltagelse i overtrædelsen, inden det henvendte sig til Kommissionen.
- (287) På baggrund af Takedas generelle samarbejde i forbindelse med undersøgelsen opfylder selskabet betingelserne i afsnit B i samarbejdsmeddelelsen og bør derfor indrømmes en nedsættelse på 100 % af den bøde, det ville have fået pålagt, hvis ikke det havde samarbejdet med Kommissionen.

#### **Betydelig bødenedsættelse (»Afsnit C«)**

- (288) Daesang, Cheil og Ajinomoto anmoder om bødenedsættelse i henhold til afsnit C i samarbejdsmeddelelsen. På det tidspunkt, hvor Daesang, Cheil og Ajinomoto begyndte at samarbejde med Kommissionen, havde Takeda allerede fremsat tilstrækkelige oplysninger til, at Kommissionen kunne bevise kartellets eksistens. Det må derfor konkluderes, at Daesang, Cheil og Ajinomoto ikke var de første, der udleverede afgørende bevismateriale til Kommissionen om nukleotidkartellets eksistens, som fastsat i samarbejdsmeddelelsens afsnit B, litra b). Ingen af disse virksomheder opfylder derfor betingelserne i afsnit C.

#### **Væsentlig bødenedsættelse (»Afsnit D«)**

- (289) Daesang fremfører, at det ikke blot tilbød at samarbejde med Kommissionen i forbindelse med undersøgelsen, inden Kommissionen udstedte den første begæring om oplysninger, men også samarbejdede fuldt ud med Kommissionen under hele undersøgelsen. Selskabet fremfører, at det har sat Kommissionen i stand til at fastslå hele overtrædelsens varighed fra oktober 1988 og dermed var den første virksomhed, der gav Kommissionen de afgørende beviser på hele den overtrædelse, der er omhandlet i klagepunktsmeddelelsen.
- (290) Selv om Daesang først kontaktede Kommissionen, efter at Takeda allerede havde henvendt sig, kontaktede det dog Kommissionen på eget initiativ, inden det modtog en begæring om oplysninger. Desuden samarbejdede Daesang fuldt ud med Kommissionen under hele dens undersøgelse. Daesang gav også oplysninger, der bidrog væsentligt til at fastlægge de nærmere omstændigheder omkring kartelarrangementerne inden 1992.
- (291) De oplysninger, som Daesang gav, inden Kommissionen udsendte sin begæring om oplysninger, blev anvendt af Kommissionen i vid udstrækning i forbindelse med undersøgelsen. Daesang gav især, men ikke udelukkende, værdifulde oplysninger om kartellets drift inden 1992. Efter modtagelsen af klagepunktsmeddelelsen bestred Daesang ikke de faktiske omstændigheder, der ligger

til grund for Kommissionens konklusioner. Daesang opfylder derfor betingelserne i punkt 2, første og andet led i samarbejdsmeddelelsens afsnit D og bør derfor indrømmes en bødenedsættelse på 50 %.

- (292) Cheil udleverede mange samtidige referater af møder og kontakter og bidrog dermed væsentligt til at fastlægge kartellets eksistens. Cheils oplysninger blev anvendt af Kommissionen i vid udstrækning. Cheil bestrider heller ikke de faktiske omstændigheder ved overtrædelsen, som beskrevet i klagepunktsmeddelelsen. Det må derfor konkluderes, at Cheil opfylder betingelserne i punkt 2, første og andet led i samarbejdsmeddelelsens afsnit D, hvad Cheil også har fremført. I betragtning af Cheils generelle samarbejde i forbindelse med Kommissionens undersøgelse bør selskabet derfor indrømmes en nedsættelse på 40 % af den bøde, som det ellers ville have fået pålagt, hvis ikke det havde samarbejdet med Kommissionen.
- (293) Ajinomoto har samarbejdet fuldt ud med Kommissionen i hele undersøgelsesperioden og bistået Kommissionen ved at fastslå overtrædelsens eksistens, idet selskabet har udleveret samtidige dokumenter, der blev brugt af Kommissionen i vid udstrækning, ligesom det har afklaret en række forhold omkring kartellets drift. Ajinomoto opfylder derfor betingelserne i punkt 2, første led i samarbejdsmeddelelsens afsnit D.
- (294) Ajinomoto bestrider dog de faktiske omstændigheder, der er fastsat i klagepunktsmeddelelsen, for så vidt angår kartellets varighed. Ajinomoto er derfor ikke berettiget til en bødenedsættelse i henhold til punkt 2, andet led i samarbejdsmeddelelsens afsnit D. På grundlag af ovenstående må det konkluderes, at Ajinomoto opfylder betingelserne i punkt 2, første led, i samarbejdsmeddelelsens afsnit D og derfor bør indrømmes en bødenedsættelse på 30 %.

#### **Konklusion med hensyn til anvendelsen af samarbejdsmeddelelsen**

- (295) Det må konkluderes, at de virksomheder, som denne beslutning er rettet til, på grundlag af deres samarbejde, bør indrømmes følgende bødenedsættelse i henhold til samarbejdsmeddelelsen:
- Takeda: en nedsættelse på 100 %
  - Ajinomoto: en nedsættelse på 30 %
  - Daesang: en nedsættelse på 50 %
  - Cheil: en nedsættelse på 40 %.

### 5. De endelige bøder i denne sag

(296) Virksomhederne bør pålægges følgende bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, litra a), i forordning nr. 17:

- Takeda 0 EUR
- Ajinomoto 15 540 000 EUR
- Daesang 2 280 000 EUR
- Cheil 2 736 000 EUR

VEDTAGET FØLGENDE BESLUTNING:

#### Artikel 1

Ajinomoto Company Incorporated, Takeda Chemical Industries Limited, Daesang Corporation og Cheil Jedang Corporation har overtrådt traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, ved at deltage i et kompleks af aftaler og samordnet praksis inden for nukleotidsektoren på den måde og i det omfang, der er fastsat i begrundelsen.

Overtrædelsens varighed:

- a) Ajinomoto Company Incorporated: fra 8. november 1988 til september 1997
- b) Takeda Chemical Industries Limited: fra 8. november 1988 til juni 1998
- c) Daesang Corporation: fra 19. december 1988 til udgangen af 1997
- d) Cheil Jedang Corporation: fra marts 1989 til juni 1998.

#### Artikel 2

De i artikel 1 nævnte virksomheder bringer omgående den deri omhandlede overtrædelse til ophør, hvis de ikke allerede har gjort det.

I forbindelse med deres virksomhed inden for nukleotider afholder de sig fra aftaler eller samordnet praksis, der har samme eller tilsvarende formål eller virkninger som overtrædelsen.

#### Artikel 3

De i artikel 1 nævnte virksomheder pålægges følgende bøder for den deri omhandlede overtrædelse:

- Ajinomoto Company Incorporated 15 540 000 EUR

- Daesang Corporation 2 280 000 EUR
- Cheil Jedang Corporation 2 736 000 EUR

Bøderne indbetales inden tre måneder efter meddelelsen af denne beslutning på følgende konto:

Europa-Kommissionens konto nr. 642-0029000-95  
Code SWIFT: BBVABEBB  
Code IBAN: BE76 6420 0290 0095  
Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) SA  
Avenue des Arts/Kunstlaan 43  
B-1040 Bruxelles/Brussel.

Efter denne periodes udløb påløber der automatisk renter til den sats, som Den Europæiske Centralbank anvender ved sine primære markedsoperationer på den første dag i den måned, hvor denne beslutning vedtages, plus 3,5 procentpoint, dvs. 6,75 %.

#### Artikel 4

Denne beslutning er rettet til:

Takeda Chemical Industries Limited  
12-10, Nihonbashi 2-chome  
Chuo-ku  
Tokyo 103-8668  
Japan

Ajinomoto Company Incorporated  
15-1, Kyobashi itchome  
Chuo-ku  
Tokyo 104-8315  
Japan

Cheil Jedang Corporation  
6F, Cheiljedang Bldg  
Namdmoon-Ro  
Chung-Ku, 100-095 Seoul  
Korea

Daesang Corporation  
Daesang Building  
96-48 Shinsul-Dong  
Dongdaemoon-Ku, Seoul  
Korea

Denne beslutning kan tvangsfuldbyrdes efter traktatens artikel 256.

Udfærdiget i Bruxelles, den 17. december 2002.

På Kommissionens vegne

Mario MONTI

Medlem af Kommissionen



**KOMMISSIONENS BESLUTNING**

af 16. juli 2003

**om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53****(Sag COMP/38.369: T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Network Sharing Rahmenvertrag)**

(meddelt under nummer K(2003) 2432)

(Kun den tyske udgave er autentisk)

(EØS-relevant tekst)

(2004/207/EF)

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER HAR —

under henvisning til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab,

under henvisning til aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde,

under henvisning til Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 <sup>(1)</sup>, senest ændret ved forordning (EF) nr. 1/2003 <sup>(2)</sup>, særlig artikel 2, 6 og 8,

under henvisning til anmeldelse med anmodning om negativattest, subsidiært fritagelse indgivet den 6. februar 2002 i henhold til artikel 2 og 4 i forordning nr. 17,

under henvisning til offentliggørelsen i hovedtræk af anmodningen og anmeldelsen i henhold til artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17 og EØS-aftalens protokol 21, artikel 3 <sup>(3)</sup>,

efter høring af Det Rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål,

under henvisning til høringskonsulentens endelige rapport <sup>(4)</sup>, og

ud fra følgende betragtninger:

**1. INDLEDNING**

(1) Den 6. februar 2002 anmeldte T-Mobile Deutschland GmbH (T-Mobile) og O2 Germany &amp; Co OHG (O2

Germany) (tidligere VIAG Interkom GmbH) en rammeaftale af 20. september 2001 om deling af infrastruktur og indenlandsk roaming for tredje generation af GSM-mobiltelekommunikation (3G) på det tyske marked til Kommissionen (aftalen). T-Mobile og O2 Germany (parterne) anmodede i deres anmeldelse om negativattest i medfør af EF-traktatens artikel 81, stk. 1/EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, subsidiært en fritagelse i medfør af EF-traktatens artikel 81, stk. 3/EØS-aftalens artikel 53, stk. 3 <sup>(5)</sup>.

(2) I februar 2002 offentliggjorde Kommissionen en første meddelelse med et resumé af den anmeldte aftale og en opfordring til interesserede parter om at fremsætte bemærkninger <sup>(6)</sup>. I august 2002 fulgte en meddelelse i henhold til artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17, hvori man redegjorde for Kommissionens foreløbige holdning og gav interesserede parter lejlighed til at fremsætte deres bemærkninger til Kommissionens positive holdning <sup>(7)</sup>. I februar 2003 fandt der en supplerende høring sted af de interesserede parter, som havde reageret på den meddelelse, der blev offentliggjort i henhold til artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17, om en række ændringer af den anmeldte aftale. Denne beslutning er sidste skridt i Kommissionens beslutningsprocedure.

<sup>(1)</sup> EFT L 13 af 21.1.1962, s. 204/62.

<sup>(2)</sup> EFT L 1 af 4.1.2003, s. 1.

<sup>(3)</sup> EFT C 189 af 9.8.2002, s. 22.

<sup>(4)</sup> EFT C 64 af 12.3.2004.

<sup>(5)</sup> Kommissionen modtog desuden den 6. februar 2002 en beslægtet anmeldelse fra O2 UK Limited (tidligere BT Cellnet Limited) og BT3G Limited, og fra T-Mobile UK (tidligere One2One Personal Communications Limited) om en netdelings- og roamingaftale for Det Forenede Kongerige. Denne aftale behandles særskilt (sag COMP/38.370 — UK Agreement), og der blev vedtaget en beslutning den 30. april 2003.

<sup>(6)</sup> EFT C 53 af 28.2.2002, s. 18.

<sup>(7)</sup> EFT C 189 af 9.8.2002, s. 22.

## 2. PARTERNE

- (3) T-Mobile er en operatør af digitale mobilnet og -tjenester i Tyskland, der anvender GSM-standarderne. T-Mobile udbyder GSM-tjenester i Tyskland på grundlag af en GSM 900-licens, og selskabet fik tildelt en licens til universel mobiltelekommunikation (UMTS) i Tyskland i august 2000<sup>(8)</sup>. Selskabet ejes 100 % af T-Mobile International AG, som igen er et helejet datterselskab af den etablerede fastnetoperatør Deutsche Telekom AG (DTAG).
- (4) T-Mobile International AG er et internationalt holdingselskab, der beskæftiger sig med telekommunikation. Selskabets vigtigste datterselskaber driver net i Det Forenede Kongerige (T-Mobile (UK) Limited, T-Motion, Virgin Mobile), Østrig, Tjekkiet og USA. T-Mobile International AG har også datterselskaber, der er aktive i Nederlandene, Rusland og Polen. I regnskabsåret 2001 havde DTAG en omsætning på 48,3 mia. EUR på verdensplan, og T-Mobile International AG havde en omsætning på 14,6 mia. EUR på verdensplan.
- (5) O2 Germany driver ligeledes digitale mobilnet og udbyder mobilnet-tjenester i Tyskland, hvor selskabet kom ind på markedet som den fjerde af de fire operatører på grundlag af en GSM 1800-licens tildelt i 1997, og selskabet fik tildelt en UMTS-licens i august 2000. O2 Germany er et helejet datterselskab af mmO2 plc, tidligere BT Cellnet Limited, et selskab, der tidligere blev kontrolleret af British Telecommunications plc. MmO2 driver gennem sine datterselskaber net i Det Forenede Kongerige (O2 UK), Tyskland (VIAG — nu O2 Germany), Irland (Digifone, nu O2 Ireland) og Isle of Man (Manx Telecom). I det regnskabsår, der sluttede den 31. marts 2002, havde mmO2-koncernen en omsætning på 4,3 mia. GBP (ca. 6,7 mia. EUR).

## 3. RETLIG OG FAKTUEL BAGGRUND

### 3.1. Udvikling af mobilkommunikation af tredje generation i EU

- (6) I Europa var første generation af mobilkommunikationssystemer (1G) baseret på analog teknologi. I begyndelse af 1990'erne blev der indført systemer af anden generation (2G), der benyttede digital teknologi, nemlig GSM 900 (European Global System for Mobile Communications) og DCS 1800 (såkaldte PCN-tjenester, Personal Communications Networks services). GSM 900- og

DCS 1800-tjenester kaldes nu ofte under ét GSM-tjenester. Standard GSM-kommunikation er *kredsløbskoblet*, hvilket betyder, at der for hvert opkald etableres en fysisk sti, som er forbeholdt den enkelte forbindelse mellem de to kommunikerende slutpunkter i nettene, så længe forbindelsen opretholdes. Transmissionshastigheden for GSM er 9,6-11,4 kbit/s (kilobits pr. sekund), eller med kompression 14 kbit/s, hvilket gør det muligt at overføre basal taletelefoni, korte tekstmeddelelser (SMS) og e-mail samt kredsløbskoblede data.

- (7) Man er i færd med at udvikle forbedrede 2,5G-mobilteknologier, som benytter mere effektiv *pakkekoblet* kommunikation til at sende data i pakker til bestemmelsesstedet (ad forskellige ruter) uden at reservere en dedikeret transmissionskanal (ved kun at bruge radioressourcer, når brugerne faktisk sender eller modtager data), for at kunne tilbyde en bredere vifte af tjenester som mobil e-mail, visuel kommunikation, multimedie-meddelelser og lokalitetsbaserede tjenester. General Packet Radio Service (GPRS) er en af de vigtigste teknologiske platforme for 2,5G, som giver mulighed for konstant opkobling, større kapacitet og pakkebaserede datatjenester. Datatransmissionshastigheden for GPRS ligger på mellem 30 kbit/s og 40 kbit/s eller med EDGE-teknologi 80-130 kbit/s afhængigt af den specifikke situation. Dermed bliver det muligt at tilbyde tjenester som basal mobil internetadgang og mobile radio- og lokalitetsbaserede tjenester<sup>(9)</sup>.
- (8) Man arbejder nu på at markedsføre en tredje generation (3G) af mobilteknologi, -applikationer og -tjenester<sup>(10)</sup>. 3G er baseret på 2,5G-teknologi og integrerer pakke- og kredsløbskoblet datatransmission. Der er teknisk mulighed for at nå op en hastighed af 144 kbit/s, og teknikken skulle med tiden kunne muliggøre transmissionshastigheder på op til 384 kbit/s<sup>(11)</sup>. 3G-tjenester er mobilkommunikationssystemer, der især kan benyttes til innovative multimedietjenester, som andengenerationssystemer som f.eks. GSM ikke understøttede, og som kan kombinere brugen af jordbaserede komponenter og satellitkomponenter<sup>(12)</sup>.

<sup>(8)</sup> I august 2000 tildelte den tyske regering seks 3G-licenser efter en frekvensauktionsprocedure til en værdi af 50,8 mia. EUR. De selskaber, der tildelte licenserne, var T-Mobile, Vodafone-Mannesmann, E-Plus, Viag Interkom Group, Group 3G og Mobilcom multimedia. Både Group 3G og Mobilcom multimedia har i mellemtiden opgivet deres 3G-aktiviteter, og det er uklart, om deres frekvenser vil blive genanvendt til 3G.

<sup>(9)</sup> Af andre mindre udbredte teknologier kan nævnes WAP (Wireless Application Protocol), HSCSD (High-speed circuit switched data) og EDGE (Enhanced Data GSM Environment).

<sup>(10)</sup> UMTS (Universal Mobile Telecommunications System) er et af de store nye tredjegerationssystemer til mobilkommunikation, der udvikles inden for de rammer, der er fastlagt af Den Internationale Telekommunikationsunion (ITU), og som under ét kaldes IMT-2000.

<sup>(11)</sup> De nøjagtige transmissionshastigheder afhænger af parametre som tid og sted, antal brugere inden for en celle, og hvilke applikationer der bruges, da den maksimale hastighed skal fordeles mellem de forskellige brugere og applikationer.

<sup>(12)</sup> Indførelse af mobilnet af tredje generation i EU: Status og vejen frem (indførelse af 3G i EU), KOM(2001) 141 endelig af 20.3.2001.

- (9) I bilag I til Europa-Parlamentets og Rådets beslutning nr. 128/1999/EF af 14. december 1998 om koordineret indførelse af et mobilt og trådløst kommunikationssystem (UMTS) af tredje generation i Det Europæiske Fællesskab (UMTS-beslutningen) <sup>(13)</sup> fastsættes det, hvad UMTS skal kunne tilbyde. Der er blandt andet tale om:
- multimediefunktioner, applikationer for fuld og lav mobilitet i forskellige geografiske miljøer ud over 2G-systemfunktioner
  - effektiv adgang til internet, intranet og andre tjenester baseret på internetprotokollen
  - talegengivelse med lige så høj kvalitet som i fastnet
  - mulighed for at overføre tjenester på tværs af 3G-miljøer, og
  - drift i en sammenhængende helhed, som indbefatter fuld roaming mellem UMTS-net og GSM-net og mellem de jord- og satellitbaserede komponenter i UMTS-net. Da der endnu ikke er fuld adgang til 3G-net og -tjenester, kan man ikke opstille en troværdig fortegnelse over mulighederne. Blandt eksemplerne på de tjenester, man ser frem til, kan dog nævnes mobile videokonferencer, mobil videotelefoni/mail, avanceret bilnavigation, digitale katalogindkøb og forskellige business to business-applikationer <sup>(14)</sup>.
- (10) Udviklingen af 3G i EU er baseret på en fælles teknologisk platform — Det Universelle Mobile Telekommunikationssystem (UMTS), på en harmonisering af radiospektret og på fastlæggelse af en harmoniseret lovgivning. Disse harmoniseringsmålsætninger blev delvist opfyldt af Europa-Parlamentets og Rådets generelle direktiv 97/13/EF af 10. april 1997 om ensartede principper for generelle tilladelser og individuelle tilladelser for teletjenester <sup>(15)</sup>. Det blev i slutningen af 1998 efterfulgt af ovennævnte (betragtning 9) beslutning om koordineret indførelse af et mobilt og trådløst kommunikationssystem af tredje generation i Det Europæiske Fællesskab <sup>(16)</sup>. Det krævedes heri, at medlemsstaterne skal gøre det muligt at indføre UMTS-tjenester på deres område senest den 1. januar 2002, og der blev lagt vægt på den rolle, som tekniske organer såsom Den Europæiske Post- og Telekonference (CEPT) og Det Europæiske Institut for Telestandarder (ETSI) skal spille med hensyn til at harmonisere frekvensbrugen og fremme en fælles og åben standard for udbud af kompatible UMTS-tjenester i hele Europa.
- (11) Endelig offentliggjorde Kommissionen i marts 2001 en meddelelse om status og vejen frem for indførelse af mobilnet af tredje generation i EU <sup>(17)</sup>. I denne meddelelse konstateres kombinationen af teleoperatørernes vanskelige finansielle situation i hele EU og de høje infrastrukturinvesteringsomkostninger, som får operatørerne til at deltage i arrangementer med fælles udnyttelse af infrastruktur. Det konkluderes, at en økonomisk fordelagtig fælles udnyttelse af netinfrastruktur principielt bør fremmes, forudsat at konkurrencereglerne og andre relevante EF-bestemmelser overholdes <sup>(18)</sup>. I sin opfølgingsmeddelelse »På vej mod fuld dækning med mobilnet af tredje generation« af 11. juni 2002 <sup>(19)</sup> understregede Kommissionen, at den vil fortsætte sit samarbejde med de nationale myndigheder med henblik på at etablere optimal praksis for deling af net. Kommissionen offentliggjorde endnu en meddelelse om »Electronic Communications: The Road to the Knowledge Economy« den 11. februar 2003 <sup>(20)</sup>.
- ### 3.2. Fælles udnyttelse af net og indenlandsk roaming
- (12) 3G-net kan deles på en række forskellige niveauer og omfatter forskellige grader af samarbejde. Operatørernes uafhængighedsgrad afhænger af, hvilke netelementer der deles, og den resterende frihed til at installere separate elementer (planlægningsfrihed). Den grundlæggende skelnen, som er relevant i forbindelse med parternes aftale om fælles udnyttelse af net, er den skelnen, der foretages mellem radioadgangsnet (RAN) og basisnet.
- #### 3.2.1. RAN
- (13) RAN omfatter mast-/antenneanlæg, teknikhuse (SSC) og strømforsyning samt antenner, combinere og transmissionsforbindelser, Node B'er, dvs. de basisstationer, der modtager og sender data på tværs af frekvenser og kontrollerer en bestemt netcelle, og de radionet controllers (RNC), der hver kontrollerer en række sådanne Node B'er, og som er forbundet med basisnettet.
- #### 3.2.2. Basisnettet
- (14) Basisnettet er den intelligente del af nettet, som består af mobilomstillingscentre (MSC), forskellige centraler, tjenesteplatforme, kunderegistre og drifts- og vedligeholdelsescentre. Det er forbundet med det faste ISDN-net (tjenesteintegreret digitalnet) og internettet (se figur 1).

<sup>(13)</sup> EFT L 17 af 22.1.1999, s. 1.

<sup>(14)</sup> Jf. <http://www.umts-forum.org>.

<sup>(15)</sup> EFT L 117 af 7.5.1997, s. 15. I dette direktiv fastsættes procedurerne for udstedelse af tilladelser med henblik på udbud af teletjenester og vilkårene for sådanne tilladelser.

<sup>(16)</sup> UMTS-beslutningen, se fodnote 13.

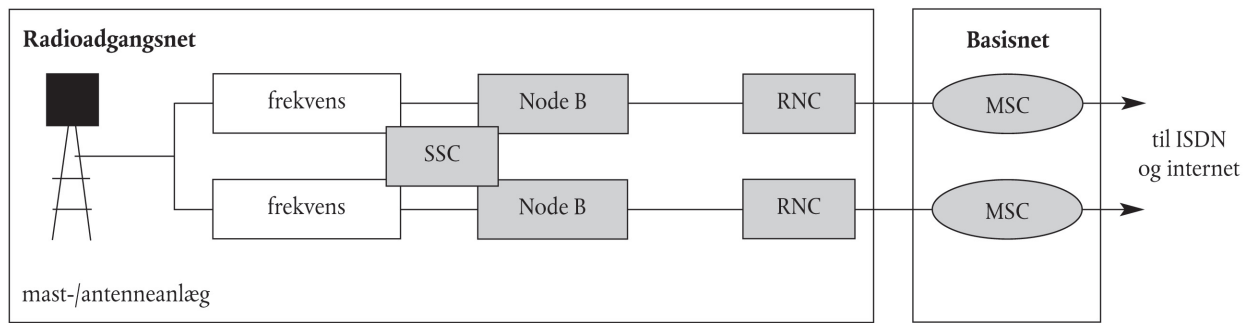
<sup>(17)</sup> KOM(2001) 141 endelig af 20.3.2001, se fodnote 12.

<sup>(18)</sup> Idem, punkt 4.3.

<sup>(19)</sup> KOM(2002) 301 endelig.

<sup>(20)</sup> KOM(2003) 65 final (foreligger ikke på dansk).

Figur 1: UMTS-net



(15) Opdelt efter stigende grad af fælles udnyttelse er det muligt at skelne mellem fælles brug af:

- a) anlægspladser, som strækker sig fra deling af individuelle mastanlæg til deling af net (forudsætter en ensartet netudformning) og kan omfatte anlægsinfrastruktur, såsom teknikhuse
- b) basisstationer (Node B'er) og antenner
- c) radionet controllers (RNC)
- d) basisnet, herunder mobilomstillingscentre (MSC) og forskellige databaser
- e) frekvenser.

(16) Endelig angår indenlandsk roaming en situation, hvor de pågældende operatører ikke deler nogen netelementer som sådan, men blot anvender hinandens net til at udbyde tjenester til deres egne kunder.

(17) I anmeldelsen benytter parterne udtrykket »udvidet deling af anlægspladser« (extended site sharing) for fælles anvendelse af infrastruktur indtil — men ikke inklusive — Node B'er og RNC'er (betragtning 15, litra a)). De forbeholder udtrykket »RAN-deling« til fælles brug af hele radioadgangsnettet, til og med node B'er og RNC'er (betragtning 15, litra a), b) og c)). Parterne forventer ikke at dele deres basisnet eller frekvenser. Deres aftale dækker (efter ændringerne) indenlandsk roaming for O2 Germany på T-Mobiles net inden for dækningsområdet på 50 %, samt gensidig roaming for parterne uden for dækningsområdet på 50 %.

### 3.3. De nationale lovgivningsrammer

(18) Foruden fællesskabsretten skal der tages hensyn til de gældende nationale licens- og lovkrav i forbindelse

med fælles udnyttelse af netinfrastruktur<sup>(21)</sup>. Både de generelle nationale reguleringsrammer i Tyskland og betingelserne i parternes 3G-licenser indeholder parametre for fælles udnyttelse af net. De omfatter:

- a) krav til udbygning af net for så vidt angår effektiv dækning i forhold til en specifik tidsplan, herunder et krav om at dække 25 % af befolkningen inden udgangen af 2003 og 50 % af befolkningen inden udgangen af 2005, hvilket ikke kan opfyldes ved hjælp af indenlandsk roaming, men gennem fælles infrastruktur<sup>(22)</sup>
- b) generelle forpligtelser med hensyn til f.eks. deling af anlægspladser og antenner i relation til planlægningsrestriktioner og miljøhensyn
- c) begrænsninger med hensyn til omfanget af tilladt netdeling i relation til f.eks. deling af netintelligens og følsomme kundedata.

<sup>(21)</sup> En række nationale tilsynsmyndigheder i EU har udsendt vejledninger om betingelserne for, hvornår infrastrukturendeling er forenelig med de nationale licens- og lovkrav. I Tyskland har RegTP offentliggjort sin fortolkning af UMTS-licensvilkårene på baggrund af de seneste teknologiske fremskridt, RegTP (6. juni 2001), kan ses på [www.regtp.de](http://www.regtp.de). I maj 2001 offentliggjorde Oftel, den britiske nationale tilsynsmyndighed, en orienterende note om »3G mobile infrastructure sharing in the UK«, som kan ses på <http://www.oftel.gov.uk/publications/mobile/infrashare0501.htm>. De nederlandske og franske tilsynsmyndigheder har offentliggjort lignende vejledende dokumenter, som kan ses på deres hjemmesider [http://www.opta.nl/download/concept\\_notitie\\_nma\\_vw\\_opta\\_umts\\_netwerken\\_190701.pdf](http://www.opta.nl/download/concept_notitie_nma_vw_opta_umts_netwerken_190701.pdf) og <http://www.art-telecom.fr/dossiers/umts/partage-infras.htm>.

<sup>(22)</sup> Den minimale transmissionshastighed, der er påkrævet for at opfylde dækningsforpligtelsen, fastsættes af RegTP efter en yderligere offentlig høring. På baggrund af de tekniske specifikationer for 3G-tjenester forventes den at ligge omkring eller over 144 kbit/s.

(19) Det tyske post- og teletilsyn (Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post — RegTP) er den nationale tilsynsmyndighed for teleområdet med ansvar for den anmeldte aftale. RegTP offentliggjorde i juni 2001 en generel vejledning, hvori den indtog en positiv holdning til infrastrukturendeling, hvis visse betingelser var opfyldt <sup>(23)</sup>.

(20) RegTP udelukkede især deling af basisnettet og fællesudnyttelse af spektret, men tillod deling af anlægspladser, master, antenner, kabler og combinere samt delt brug af teknikhuse og delt anvendelse af logisk afgrænsede Node B'er samt RNC'er <sup>(24)</sup>, forudsat at:

- a) hver licenshaver har selvstændig kontrol med sin egen logiske Node B, henholdsvis RNC
- b) der ikke sker udveksling af data (såsom kundedata) ud over det, der er nødvendigt for tekniske operationer
- c) operations- og vedligeholdelsescentre er adskilt
- d) yderligere egne Node B'er henholdsvis yderligere egne RNC'er kan drives på en sådan måde, at der sikres planlægningsuafhængighed, og operatørens egne Node B'er, der udelukkende drives af ham selv, er forbundet med egne logiske RNC'er
- e) der ikke er nogen regional opdeling af dækningsområder, som udelukker overlappende net og dækningsområder: dvs. parterne må ikke aftale, at de hver især kun dækker et afgrænset og forskelligt geografisk område og foretager roaming på hinandens net i de områder, hvor deres egne net ikke har dækning.

(21) Den 7. december 2001 fandt RegTP, at parternes rammeaftale var i overensstemmelse med disse reguleringsbegrænsninger, på den betingelse, at parterne respekterede kravene om logisk uafhængig kontrol med Node B'er og RNC'er. RegTP's godkendelse var endvidere betinget af indberetningsforpligtelser vedrørende den geografiske fordeling af fælles infrastruktur og af, at deres respektive forpligtelser med hensyn til dækning af 50 % af befolkningen opfyldes <sup>(25)</sup>.

(22) På grundlag af princippet om, at EU-retten har forrang, anvendes de nationale reguleringsrammer og EU's konkurrenceregler parallelt og kumulativt. De nationale regler må ikke være i strid med EU's konkurrenceregler, og foreneligheden med de nationale regler og reguleringer må ikke indvirke på resultatet af en vurdering i

henhold til EU's konkurrenceregler. Der er derfor behov for en fuldstændig vurdering af den anmeldte aftale i henhold til EU's konkurrenceregler.

#### 4. AFTALEN

(23) Den 20. september 2001 indgik parterne en rammeaftale indeholdende de principielle betingelser for deres samarbejde om 3G-infrastruktur i Tyskland. Parterne har ændret aftalen, især med hensyn til roaming. Aftalen vedrører direkte parternes stilling på de tyske markeder for i) anlægspladser og -infrastruktur til digitale mobilkommunikationstjenester, og ii) engrosadgang til roaming med henblik på 3G-kommunikationstjenester. Aftalen kan få afsmittende virkninger på beslægtede markeder.

(24) Den ændrede aftales målsætninger er at opnå stordriftsfordele i forbindelse med kapital- og driftsudgifter, der vil forbedre parternes økonomiske situation og give dem bedre mulighed for at opnå en vis position på markedet, at udvide den geografiske dækning samtidig med at miljøvirkningerne begrænses, og at opnå en hurtigere spredning af 3G-netinfrastrukturen og hurtig lancering af 3G-tjenester. Aftalen danner grundlag for parternes samarbejde om:

- a) udvidet deling af anlægspladser: deling af elementer i anlægsinfrastrukturen såsom mastanlæg, teknikhuse (SSC) og strømforsyning samt eventuelt antenner, combinere og transmissionsforbindelser inden for et geografisk område, der er tilstrækkelig stort til at sætte parterne i stand til hver især at opfylde deres forpligtelse med hensyn til dækning af 50 % af befolkningen inden udgangen af 2005
- b) deling af radioadgangsnet (RAN-deling): deling af Node B'er (dvs. de basisstationer, der modtager og sender data på tværs af frekvenser og kontrollerer en bestemt netcelle) og radionet controllers (RNC), som hver kontrollerer et antal sådanne Node B'er, og som er forbundet med basisnettet
- c) indenlandsk roaming: O2 Germany vil roame på T-Mobiles net, men ikke omvendt, inden for det område, der er omfattet af O2 Germanys forpligtelse til at dække 50 % af befolkningen mellem den 1. januar 2003 og den 31. december 2008, med de begrænsninger, der er anført i afsnit 4.3.1. For den del af Tyskland, som går ud over hver parts respektive 50 % dækningsforpligtelse, aftales gensidig indenlandsk roaming i hele aftalens løbetid.

(25) Parterne vil fastholde særskilte basisnet og tjenesteudbud og deler ikke deres frekvenser. Aftalen er ikke eksklusiv, i det omfang begge parter kan indgå aftaler om udvidet deling af anlægspladser, RAN-deling og indenlandsk roaming med tredjemand (punkt 1.3). De centrale bestemmelser i aftalen er anført mere detaljeret nedenfor.

<sup>(23)</sup> RegTP (6. juni 2001), kan findes på [www.regtp.de](http://www.regtp.de).

<sup>(24)</sup> »Logisk afgrænset« vil sige, at et enkelt fysisk netelement ifølge sin programmering kan udføre logisk afgrænsede operationer for de to net, som om der var tale om to særskilte Node B'er eller RCS.

<sup>(25)</sup> Brev af 7.12.2001 fra RegTP til Kommissionen.

#### 4.1. Udvidet deling af anlægspladser

- (26) Parterne anlægger hver især deres egen netinfrastruktur, men samarbejder om grundlaget for »udvidet deling af anlægspladser« inden for et område, der svarer til deres licensforpligtelser med hensyn til dækning af 50 % af befolkningen inden udgangen af 2005. Udvidet deling af anlægspladser indebærer i henhold til aftalen deling af fælles teknikhuse (SSC) og strømforsyning samt eventuelt antenner, combinere og transmissionsforbindelser.
- (27) Aftalen specificerer reglerne for afgrænsning af anlægspladser, der kan blive genstand for deleordninger. Det hedder i punkt 2.1, at hver part først skal opstille sine egne udbygningsplaner selvstændigt. Derefter opdeles planerne i planlægningsperioder på [...]\*(<sup>26</sup>), der afspejler de respektive områder, som T-Mobile og O2 Germany planlægger at udvikle. De geografiske områder, som parterne anser for relevante for deres individuelle netudbygning, vil regelmæssigt blive sammenlignet, og i tilfælde, hvor der er overlapninger, kan der blive tale om infrastrukturdeling. Parternes lokale tekniske afdelinger vil afgøre, hvilke anlægspladser der skal være omfattet af udvidet deling med henblik på størst mulige omkostningsbesparelser.
- (28) Det hedder specifikt i punkt 3.2, at parterne ikke i fællesskab kan eje eller kontrollere de elementer, der indgår i den udvidede deling. Den part, der ejer eller kontrollerer de forskellige delte elementer, skal imidlertid tillade, at de anvendes af den anden part. Ifølge punkt 3.3 vil en bilateral rammeaftale for anlægspladserne, som endnu ikke er indgået, indeholde nærmere bestemmelser om den fælles udnyttelse og rettighederne i forbindelse hermed samt omkostningsreglerne for fælles anlægspladser. T-Mobile har i mellemtiden overført ejerskabet af sine anlægspladser til det nyoprettede selvstændige selskab Deutsche Funkturm GmbH, som endnu ikke har forhandlet med O2 Germany om vilkårene for den relevante rammeaftale. Fordi der endnu ikke er indgået en sådan aftale, og Kommissionen ikke har modtaget detaljerede oplysninger om betingelserne, forbeholder den sig sin stilling til aftalen, som under alle omstændigheder ikke er omfattet af denne beslutning.
- (29) Aftalen indeholder også sikkerhedsforanstaltninger vedrørende udveksling af fortrolige oplysninger. Det fastsættes i punkt 2.6, at kun oplysninger, der er nødvendige for den tekniske gennemførelse af udvidet deling af anlægspladser, må udveksles. I henhold til aftalen må andre oplysninger, herunder især kommercielt følsomme kundeoplysninger, ikke udveksles.

(<sup>26</sup>) En del af teksten er redigeret for at sikre, at der ikke afsløres fortrolige oplysninger. De relevante afsnit er omgivet af skarpe parenteser og markeret med en asterisk.

#### 4.2. RAN-delning

- (30) Afsnit 4 i aftalen omhandler samarbejde i form af RAN-delning. Ifølge aftalen kan RAN-delning omfatte yderligere deling af fælles fysiske Node B'er og fælles fysiske radionet controllers (RNC). (For at kunne blive inden for de rammer, der er fastsat af RegTP, skal Node B'er og RNC'er være logisk afgrænsede). Det hedder i punkt 4.1, at parterne skal foretage en gennemførlighedsundersøgelse af RAN-delning inden den 30. juni 2002. Efter at have foretaget denne undersøgelse har parterne foreløbig konkluderet, at de ikke vil benytte RAN-delning, men muligvis overveje det senere. Det hedder i punkt 4.2, at hvis RAN-delning er mulig, indgår parterne en aftale om gennemførelse heraf så hurtigt som muligt. Da der endnu ikke er indgået en aftale, forbeholder Kommissionen sig sin holdning til dette spørgsmål, der under alle omstændigheder ikke er omfattet af denne beslutning.

#### 4.3. Indenlandsk roaming

- (31) Indenlandsk roaming er omfattet af aftalens kapitel 3 (afsnit 5-11), som ændret ved aftaletillæggene af 20. september 2002, 22. januar 2003 og 21. maj 2003.

##### 4.3.1. O2 Germanys roaming på T-Mobiles net inden for 50 % dækningsområdet

- (32) Ved ændringen af 22. januar 2003 af aftalen af 20. september 2001 har parterne aftalt, at T-Mobile tilbyder O2 Germany (men ikke omvendt) indenlandsk roaming inden for et område, der svarer til en dækningsforpligtelse på 50 % af befolkningen fra den 1. januar 2003 til den 31. december 2008. For roaming inden for området med 50 % dækning betaler O2 Germany [...]\*(se afsnit 4.3.2.)).
- (33) Efter drøftelser med Kommissionen har parterne indvilget i at begrænse roaming inden for det område, der er omfattet af forpligtelsen til at dække 50 % af befolkningen, til et absolut minimum. De har derfor udpeget tre særskilte områder (område 1, 2 og 3) inden for det område, der er omfattet af forpligtelsen til at dække 50 % af befolkningen, hvor roaming gradvis vil blive afviklet efter en aftalt tidsplan, efterhånden som O2 Germany opnår en netkvalitet og en densitet, som giver selskabet mulighed for at konkurrere effektivt med de øvrige godkendte netoperatører. Parterne ændrede den 21. maj 2003 aftalen af hensyn til disse ændringer.

(34) I følgende områder vil roaming blive afviklet efter en specifik tidsplan:

- a) Område 1 omfatter [større bymæssige]\* regioner, der dækker ca. [...] af den tyske befolkning, hvor O2 Germany afgiver tilsagn om ikke at roame, og T-Mobile vil udelukke roaming efter den 31. december 2005 <sup>(27)</sup>.
- b) Område 2 omfatter [mindre bymæssige]\* regioner [af sekundær kommerciel betydning]\*, der dækker yderligere ca. [...] af den tyske befolkning, hvor O2 Germany afgiver tilsagn om ikke at roame, og T-Mobile vil udelukke roaming efter den 31. december 2007 <sup>(28)</sup>.
- c) Område 3 omfatter [mindre bymæssige]\* regioner [af mindre kommerciel betydning]\*, der dækker de resterende ca. [...] af den tyske befolkning, hvor O2 Germany afgiver tilsagn om ikke at roame, og T-Mobile vil udelukke roaming efter den 31. december 2008 <sup>(29)</sup>.

Som undtagelse fra denne regel vil O2 Germany fortsat roame inden for område 1 og 2 i de såkaldte underjordiske zoner indtil den 31. december 2008. I henhold til tidsplanen har O2 Germany også ret til at roame i underjordiske zoner i område 3 indtil den 31. december 2008 <sup>(30)</sup>.

#### 4.3.2. Gensidig roaming uden for området med 50 % dækning

(35) Uden for det område, der er nødvendigt for at opnå 50 % befolkningsdækning, har parterne aftalt vilkår for gensidige engrosindkøb af både kredsløbskoblet og pakkekoblet indenlandsk roaming. O2 Germany forpligter sig til at købe en minimumsmængde af sådanne roamingtjenester af T-Mobile. T-Mobile får ret til at købe roamingtjenester af O2 Germany på samme betingelser, men er ikke forpligtet til at gøre det.

<sup>(27)</sup> Område 1 består af [...]\*

<sup>(28)</sup> Område 2 består af [...]\*

<sup>(29)</sup> Område 3 består af [...]\*

<sup>(30)</sup> Ved underjordiske zoner forstås ethvert område i byer eller regioner inden for område 1, 2 og 3, som udgør en del af et offentligt underjordisk transportsystem (herunder jernbaner og metroer), underjordiske indkøbscentre, underjordiske parkeringsanlæg, tunneler til køretøjer og fodgængere og alle andre tilsvarende underjordiske zoner samt områder direkte over dem (overfladeniveau), men kun i det omfang, de underjordiske zoner og overfladeniveauet ikke kan adskilles teknisk med henblik på roaming.

(36) Aftalens afsnit 5 indeholder de centrale principper for indenlandsk roaming. Det hedder i punkt 5.3, at parterne aftaler, at de ikke vil diskriminere mod andre indenlandske eller internationale roamingpartnere. Desuden vil ingen af parterne behandle den anden parts kunder mindre gunstigt end deres egne kunder. Det hedder i punkt 5.6, at parterne forpligter sig til at sikre, at samarbejdet om roaming ikke begrænser tjenestekonkurrencen mellem parterne.

(37) Aftalens afsnit 6 omhandler O2 Germanys kunders indenlandske roaming på T-Mobiles 3G-net. Det hedder i punkt 6.1, at T-Mobile giver O2 Germany mulighed for fælles indenlandsk roaming, så længe aftalen løber. Som en del af aftalen har O2 Germany accepteret at købe en mindstemængde roamingtjenester til en værdi af [...] af T-Mobile inden for tre år fra tidspunktet for lanceringen af 3G-roamingtjenesterne (punkt 6.5). Parterne har fremlagt materiale om erfaringerne med O2 Germanys roaming på T-Mobiles GSM-net, der viser, at den sandsynligvis udgør en meget lille del af O2 Germanys behov. Omvendt omhandler afsnit 7 T-Mobile-kunders indenlandske roaming på O2 Germanys 3G-net. Det fastsættes i punkt 7.1, at T-Mobile har mulighed for, men ikke pligt til, at købe 3G-roamingtjenester af O2 Germany. Hvis T-Mobile imidlertid køber indenlandske roamingtjenester af O2 Germany, er det omfattet af samme minimumsindkøbskrav som O2 Germany (punkt 7.4).

(38) I aftalens afsnit 8 fastsættes der specifikke regler for spærring af kundernes brug. Det hedder i punkt 8.3, at den part, der udbyder indenlandsk roaming, har ret til at nægte den anden parts abonnenter adgang til sit net. Den part, der anvender indenlandsk roaming, kan ligeledes forhindre sine egne kunder i at anvende den anden parts tjeneste. Dette gælder i tilfælde, hvor der er overlappende områder. Aftalen indeholder også informationer om spæringsområder og omstændigheder, hvor parterne ser bort fra spærring.

(39) Aftalens afsnit 10 indeholder et tottrinssystem for pris-sætning på 3G-roaming. Det hedder, at priserne for kredsløbskoblet 3G-roaming (bestemt til taletelefonitjenester) er baseret på T-Mobiles og O2's respektive termineringspriser for samtrafik. Engrostaksterne for pakkekoblet 3G-roaming (til mobile datatjenester) er baseret på en [detailprisformel (»retail minus«)]\* <sup>(31)</sup>, hvor der tages hensyn til den eventuelle fremtidige udvikling i priser og efterspørgsel for så vidt angår pakkekoblet roaming.

<sup>(31)</sup> [...]\*

(40) I aftalens afsnit 11 fastsættes specifikke regler for videresalg af indenlandsk roamingkapacitet til tredjemand. I punkt 11.1.a fastsættes den generelle regel, at hver part har ret til at videresælge den anden parts roamingkapacitet til tjenesteudbydere<sup>(32)</sup>. Imidlertid skal videresalg af roamingkapacitet til operatører af virtuelle mobilnet (MVNO'er), som udbyder taletjenester til slutbrugere<sup>(33)</sup>, og af roamingkapacitet til andre godkendte netoperatører på forhånd godkendes af fremmednetoperatøren, dvs. den anden part.

(41) Det hedder i punkt 11.1.b, at parterne har ret til at stille den anden parts indenlandske roamingkapacitet til rådighed for MVNO'er til datatrafik (data-MVNO'er), forudsat at disse MVNO'er ikke anvender denne kapacitet til udbud af tjenester til slutkunder, som hovedsagelig er identiske med en bruger-til-bruger-mobiltaletjeneste set ud fra en kundes synspunkt (tale-MVNO'er). Parterne kan frit videresælge roamingkapacitet til taletrafik til data-MVNO'er som tjenesteudbydere.

(42) Det fastsættes endvidere i punkt 11.1.c, at videresalg af roamingkapacitet til andre netoperatører med licens eller til tale-MVNO'er som defineret i punkt 11.1.b skal godkendes af den anden part. I henhold til punkt 11.2 gælder kravet om forhåndsgodkendelse i punkt 11.1.c imidlertid ikke, hvis MVNO'erne er medlemmer af den anden parts virksomhedsgruppe, forudsat at de respekterer de forskellige prisordninger for tale- og datatjenester. Når en part selv tilbyder roaming til en tredjepart (ikke en gruppevirksomhed), som er en tale-MVNO, og tilbyder tjenester, som hovedsagelig svarer til en bruger-til-bruger-mobiltaletjeneste set ud fra en kundes synspunkt i henhold til punkt 11.1.b, er denne

part i henhold til punkt 11.3 endvidere forpligtet til at tillade den anden part også at udbyde sin modtagne indenlandske roamingkapacitet til sådanne tale-MVNO'er.

#### 4.4. Varighed

(43) Aftalen gælder indtil den 31. december 2011, hvorefter den automatisk forlænges med en periode på to år, medmindre begge parter opsiges den med to års varsel.

### 5. DET RELEVANTE MARKED

#### 5.1. Indledning

(44) Da aftalen hovedsagelig er af teknisk karakter og ikke har til formål at begrænse konkurrencen, skal dens virkning analyseres. Hvorvidt aftalen kan forventes at ville påvirke konkurrencen negativt afhænger ikke blot af aftalens karakter, men også af den økonomiske sammenhæng, f.eks. parternes markedsindflydelse og andre faktorer, der vedrører markedsstrukturen. Denne analyse kræver en definition af de to relevante engros-markeder, som berøres direkte af aftalen, og en udpegning af en række andre engros- og detailmarkeder, hvor virkningerne kan blive mærkbare.

(45) Telekommunikationsmarkeder kan generelt opdeles i engros- og detailmarkeder. Engrosmarkederne består typisk af udbud af adgang til net (eller netelementer) og netjenester til operatører af net og tjenester, mens detailmarkederne omfatter udbud af kommunikations-tjenester til slutbrugere<sup>(34)</sup>. Inden for disse brede kategorier kan man definere smalle markeder ikke blot på grundlag af de pågældende tjenesters karakter og muligheden for at erstatte dem med andre tjenester på grundlag af pris, anvendelse og forbrugernes præferencer, men gennem en analyse af konkurrencevilkårene og udbuds- og efterspørgselsstrukturen<sup>(35)</sup>. På grund af

<sup>(32)</sup> Tjenesteudbydere (også kaldet videresælgere) er selskaber, som har tilladelse til at tilbyde slutbrugerne mobiltjenester direkte under deres eget varemærke (herunder markedsføring, fakturering m.m.) på grundlag af engrosadgang til netopkobling købt på tredjemands mobilnet. Retsgrundlaget for forpligtelsen til at give tjenesteudbydere adgang til 3G er paragraf 4 i Telekommunikations-Kundenschutzverordnung vom 11.12.1997, BGBl. I S. 2910 Zweite Verordnung zur Änderung der TKV vom 27.8.2002, BGBl. I S. 3365, og paragraf 15 i de tyske 3G-licenser.

<sup>(33)</sup> MVNO'er er virksomheder med egen mobilnetkode og egne IMSI-numre eller tilsvarende for 3G, som ikke har licens til at drive trådløse frekvenser.

<sup>(34)</sup> Meddelelse om anvendelsen af konkurrencereglerne på aftaler om netadgang i telesektoren — Rammebestemmelser, relevante markeder og principper, (adgangsmeddelelsen), EFT C 265 af 22.8.1998, s. 2, punkt 45; Kommissionens retningslinjer for markedsanalyse og beregning af stærk markedsposition i henhold til EU-rammebestemmelserne for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (SMP-retningslinjerne), EFT C 165 11.7.2002, s. 6, punkt 64.

<sup>(35)</sup> Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret, EFT C 372 af 9.12.1997, s. 5; Retningslinjer for anvendelse af EØF's konkurrenceregler på telekommunikationssektoren, EFT C 233 af 6.9.1991, s. 2.



mobiliteten og den pris, man betaler herfor, kan mobil-tjenester generelt ikke erstattes af faste tjenester. Mobile og faste taletjenester tilhører derfor forskellige tjenestemarkeder, som det er fastslået i en række af Kommissionens beslutninger <sup>(36)</sup>.

(46) De markeder for netadgang og -tjenester, som især berøres af denne beslutning, er:

- a) markedet for anlægspladser og -infrastruktur til digitale mobilkommunikationstjenester
- b) markedet for engrosadgang til indenlandsk roaming med henblik på 3G-kommunikationstjenester.

Desuden berøres markederne for engrosadgang til 3G-tjenester samt de afledte detailmarkeder for 3G-tjenester indirekte.

## 5.2. Markederne for engrosadgang til mobilnet

(47) Adgang til fysiske faciliteter som anlægspladser og -infrastruktur, f.eks. master og antenner, samt kabler, faste kredsløb og brugsret, som udgør dele af infrastrukturen i et net til mobil telekommunikation, kan give adgang til de enkelte markeder for mobilnet. Endvidere findes der markeder for engrosnetadgang og for udbud af digitale mobilkommunikationstjenester til andre operatører. De kan groft inddeles i:

- a) for det første, engrosnettjenester i forbindelse med samtrafik, som tillader kommunikation mellem brugere af forskellige net
- b) for det andet, engrosadgangstjenester, som vedrører andre operatørers kunders brug af et fremmednet eller værtnet.

(48) Engrosnettjenester i forbindelse med samtrafik omfatter opkaldsterminering (engrostjeneste bestående i at føre et opkald igennem til en slutbruger), opkaldsetablering (engrostjeneste bestående i at give slutbrugeren mulighed for at foretage et opkald, også kaldet access) samt direkte opkoblingstjenester (en direkte fysisk forbindelse mellem det terminerende og det etablerende net) og transittjenester (indirekte forbindelse mellem det terminerende og

det etablerende net gennem transit via et eller flere tredjenet). Adgangstjenester, der vedrører andre operatørers kunders brug af et fremmednet eller værtnet, omfatter engrosudbud af indenlandsk og international roaming og engrosudbud af netopkobling.

## 5.3. Markeder direkte berørt af aftalen

### 5.3.1. Markedet for anlægspladser og -infrastruktur til digitaludstyr til mobil radiokommunikation

#### Produkt-/infrastrukturmarkedet

(49) Både 2G- og 3G-mobiltelenet benytter celleopdelt netinfrastruktur baseret på antenner, som placeres i hele dækningsområdet, hvorved radiosignaler kan modtages fra og videreføres til slutbrugere inden for en bestemt radius <sup>(37)</sup>. Operatører af 2G- og 3G-mobiltelenet skal bruge anlægspladser til at placere disse antenner og den tilhørende infrastruktur som master, teknikhuse, strømforsyning, combinere og transmissionsforbindelser.

(50) For at erhverve sådanne anlægspladser (enten gennem køb eller, som oftest, leasing) skal man have en aftale med ejerne og bygningstilladelse fra de lokale myndigheder samt i visse tilfælde en godkendelse fra tilsynsmyndighederne for at begrænse risikoen for interferens mellem radiofrekvenser. Selv om antallet af grunde, der egner sig til anlæg til digital mobilkommunikation, i teorien er ubegrænset, er antallet af egnede anlægspladser i praksis begrænset på grund af planlægningsbestemmelser, sundheds- eller miljøhensyn eller mangel på plads omkring såkaldte »hot spots« (f.eks. centralt i de store byer, ved lufthavnsterminaler, på banegårde og i underjordiske zoner). For at kunne bruges som anlægsplads skal en grund derfor være brugbar rent teknisk, være tilgængelig i henhold til lovgivningen og passe ind i den planlagte netarkitektur i dækningsområdet ud fra kapacitetsbehovene.

<sup>(36)</sup> SMP-retningslinjerne, punkt 66. Jf. Kommissionens beslutning 98/2001/EF i sag COMP/M.1439 — Telia/Telenor, EFT L 40 af 9.2.2001, s. 1, Kommissionens beslutning af 12. april 2000 i sag COMP/M.1795 — Vodafone Airtouch/Mannesmann, EFT C 141 af 19.5.2000, s. 19, Kommissionens beslutning af 20. september 2001 i sag COMP/M.2574 — Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia, EFT C 325 af 21.11.2001, s. 12, Kommissionens beslutning af 10. juli 2002 i sag COMP/M.2803 — Telia/Sonera, EFT C 201 af 24.8.2002, s. 19.

<sup>(37)</sup> Eftersom 2,5G er baseret på overlay af eksisterende 2G-net og i Tyskland udbydes af de fire eksisterende 2G-operatører (og deres tjenesteudbydere), analyseres dette ikke særskilt.

- (51) Fra en efterspørgselssynsvinkel er det især de fire operatører med 3G-licenser i Tyskland, der nu driver 2G-net og planlægger at etablere 3G-net, som har behov for anlægspladser<sup>(38)</sup>. I princippet kan de samme anlægspladser anvendes til 2G og 3G, selv om forskellige frekvenser og de større kapacitetskrav til 3G-tjenester betyder, at et 3G-net har større tæthed og kræver op til dobbelt så mange anlægspladser som et 2G-net. Derfor kan kun en begrænset del af efterspørgslen efter 3G-anlægspladser dækkes ved at bruge de eksisterende 2G-pladser. Endelig er indførelsen af 3G-nettene i Tyskland stadig på planlægningsstadiet, i modsætning til 2G-nettene, som allerede er fuldt udbygget. På grund af lovkravet om dækning af 25 % af befolkningen inden udgangen af 2003 og 50 % af befolkningen inden udgangen af 2005 er efterspørgslen i første række størst i byerne og andre tætbefolkede områder. Selv om der er visse muligheder for substitution mellem de forskellige typer anlægspladser (f.eks. mellem placering på tage eller i master eller mellem en lang række anlægspladser, der dækker små celler, f.eks. mikro- eller picoceller, og enkelte anlægspladser, der dækker langt større makroceller), findes der ingen andre produkter, der kan træde i stedet for 2G- og 3G-anlægspladser og -infrastrukturer.
- (52) Fra udbudssynsvinklen kan adgang til 2G- og 3G-anlægspladser og -infrastruktur først tilbydes af 2G- og 3G-netoperatører, som har udvalgt, erhvervet og udviklet anlægspladser for at drive deres egne net. Det er tilfældet, fordi anlægspladser i princippet kan deles af en række operatører, selv om der er tekniske grænser for, hvor mange operatører der kan dele en bestemt anlægsplads. I de fleste tilfælde er der plads til op til tre<sup>(39)</sup>, afhængigt af, hvordan den pågældende plads er indrettet. Der er tilsyneladende stordriftsfordele på udbudssiden, fordi netoperatørerne må forventes at foretrække at handle med parter, som kan give dem det størst mulige antal anlægspladser flest mulige steder for dermed at holde lokaliserings- og transaktionsomkostningerne nede. Operatørerne vil muligvis foretrække »udvidet deling af anlægspladser« med andre operatører, der omfatter elementer i anlægsinfrastrukturen, for derved at mindske omkostningerne yderligere. Endelig er det sandsynligt, at mange af de bedste placeringer allerede er udnyttet f.eks. i større byers centrum, og at nye markedsaktører derfor ikke altid kan få adgang til dem.
- (53) Der er begrænsede udbudsmuligheder for operatører af net til spredning af tv og radio. Der er dog tendens til, at mobiloperatører benytter radio- og tv-strukturer, når de egner sig til at dække de lokale behov. Generelt er udstyr til tv- og radiospredning placeret på steder, der giver langt bedre geografisk dækning, end der er behov for i celleopdelte systemer. Derfor benytter radio- og tv-stationer typisk høje strukturer på højtliggende steder, som udsender signaler med stor effekt (adskillige kilowatt) for at dække så stor en del af befolkningen som muligt fra et begrænset antal placeringer. På grund af kapacitetskravene er mobilnettene celleopdelte. Hver enkelt anlægsplads giver tilstrækkelig, men begrænset, dækning og mindsker samtidig interferensen fra andre celler og gør det muligt at genbruge frekvenser i andre områder. De enkelte celler varierer i størrelse fra nogle få hundrede meter til flere kilometer, idet den faktiske rækkevidde er bestemt af den påkrævede netkapacitet. Hvor højt oppe en anlægsplads befinder sig er sammen med transmissionseffekten afgørende for cellens størrelse. Effekten ligger som regel over en snes watt, mens antennehøjden er mellem 10 og 20 meter.
- (54) Uafhængige selskaber, som er specialiseret i lokalisering, erhvervelse og tilrådighedsstillelse af anlægspladser til brug for tredjemand, er kommet ind på det tyske marked. Andre aktører, som kontrollerer anlægspladser, f.eks. offentlige myndigheder eller forsyningsselskaber, kan ligeledes komme ind på markedet, hvilket også er sket i Tyskland. Desuden har operatører traditionelt erhvervet og leaset individuelle anlægspladser kommercielt direkte af ejerne, og dette foregår stadig. Ud over de normale byggetilladelser, hensynet til den offentlige sundhed og krav om at begrænse den elektromagnetiske interferens er der ingen lovfæstede krav, som kan forhindre rettidig markedsadgang og dermed modvirke substitution på udbudssiden. Der er ikke behov for omfattende investeringer eller vanskeligt tilgængelig teknisk ekspertise for at komme ind på markedet. Det er således stadig muligt for nye virksomheder at få markedsadgang.
- (55) På grundlag af ovenstående analyse af udbud og efterspørgsel kan man konkludere, at der findes et marked for anlægspladser og -infrastruktur til digital mobilradio-kommunikation.

#### Geografisk marked

<sup>(38)</sup> Anlægspladser skal også bruges af digitale tv- og radiostationer og senere af udbydere af TETRA (terrestrial trunked radio), hvis sådanne tjenester bliver en succes i Tyskland. Foreløbig deler parterne kun anlægspladser med andre 2G/2,5G-operatører.

<sup>(39)</sup> En oversigt over fælles udnyttelse af anlægspladser kan findes på <http://www.regts.de>.

<sup>(56)</sup> Efterspørgselsstrukturen, som er præget af operatører med nationale licenser, og den kendsgerning, at planlægningsbestemmelserne er nationale, betyder, at markedet er nationalt, dvs. Tyskland.

### 5.3.2. Engrosmarkedet for adgang til indenlandsk roaming til 3G-kommunikationstjenester

#### Produkt-/servicemarked

- (57) Mobilroaming finder sted, når abonnenterne bruger deres mobiltelefoner, eller mere specifikt det SIM-kort (subscriber identification module), som identificerer abonnenterne på et andet mobilnet (fremmednettet eller værtnettet) end det, de abonnerer på, og som har udstedt deres SIM-kort (hjemnet). Roaming kan enten være indenlandsk eller international. I begge tilfælde er den baseret på aftaler mellem operatøren af hjemnettet og operatøren af fremmednettet om engrosroamingadgang til fremmednettet, som derefter sælges som en detailtjeneste af hjemnettet til abonnenterne. Markedet for indenlandsk roaming adskiller sig imidlertid fra markedet for international roaming, blandt andet fordi den ikke omfatter aftaler mellem operatører i forskellige lande, fordi den ikke er baseret på de standardordninger, der er udarbejdet internt i GSM Association<sup>(40)</sup>, og fordi priserne er helt anderledes.
- (58) Selv om der indledningsvis kan blive tale om overlapning mellem 2G-, 2,5G- og 3G-detailtjenester, vil engrosadgang til indenlandsk roaming for 3G-kommunikationstjenester fra en efterspørgselsvinkel adskille sig fra 2G- eller 2,5G-roaming, fordi det udvalg af både tale- og datatjenester, som kan tilbydes på grundlag af 3G-roaming, er bredere og anderledes, idet man vil få adgang til betydeligt højere transmissionshastigheder (dvs. i praksis 144-384 kbit/s for 3G mod 20-60 kbit/s for 2,5G og 9-14 kbit/s for 2G). En mere fuldstændig beskrivelse af de relevante tale- og datatjenester findes i et separat afsnit nedenfor.
- (59) Fra en udbudssynsvinkel vil kun operatører af 3G-net eller andre aktører, som er i stand til at tilbyde den relevante form for adgang til sådanne aktørers 3G-net, være i stand til at udbyde engrosadgang til indenlandsk roaming for 3G-tjenester. På grund af licenskravet er adgangshindringerne uoverstigelige, undtagen for sekundær adgang baseret på adgangsrettigheder til et eksisterende 3G-net. Engrosadgang til indenlandsk roaming for 3G-kommunikationstjenester udgør derfor et særskilt produkt-/tjenestemarked.

<sup>(40)</sup> GSM Association består af over 690 forskellige 2G- og 3G-mobilnetoperatører, -producenter og -leverandører, som i fællesskab udvikler tekniske platforme for at få trådløse tjenester til at fungere uden mærkbare overgange for brugerne. Hovedvægten er lagt på roaming og samfunktionalitet. Se <http://www.gsmworld.com>.

### Geografisk marked

- (60) På grund af de nationale licenser til 3G-net og prisforskellene mellem indenlandsk og international roaming er det relevante marked nationalt, dvs. Tyskland.

### 5.4. Andre engros- og detailmarkeder, som kan blive berørt

#### 5.4.1. Engrosmarkeder, som kan blive berørt

#### Produkt-/tjenestemarkedet

- (61) Der findes en række andre potentielle engrosmarkeder for 3G-nettjenester og -netadgang, som kan blive berørt af aftalen. Der er f.eks. tale om markedet for udbud af engrosnetopkobling for tjenesteudbydere, der i Tyskland er underlagt lovfæstede forpligtelser. Engrosnetopkobling svarer til indenlandsk roaming, fordi det også vedrører et fremmednets engrosudbud af netadgang. Det ydes til tjenesteudbydere af mobiloperatører med tysk licens, som er forpligtet hertil af deres licensaftale<sup>(41)</sup>. Forskellen mellem de to former for adgang er, at en operatør af et mobilnet, som benytter indenlandsk roaming, selv kan fastsætte, hvilket udbud af tjenester abonnenterne har adgang til, og tilbyde tjenester, som ikke er tilgængelige for fremmednettets kunder. En tjenesteudbyder kan derimod kun tilbyde rent videresalg af det udbud af tjenester, som den netoperatør, der leverer engrosopkoblingen, tilbyder.
- (62) Et andet potentielt engrosmarked er markedet for opkaldsetablering, hvor udbydere af operatørvalgstjenester køber retten til at få adgang til mobilnet for at etablere opkald, som de selv har ansvaret for at terminere. Dette marked findes tilsyneladende endnu ikke i Tyskland, men derimod i andre medlemsstater, f.eks. Det Forenede Kongerige. Det er muligt, at der desuden vil opstå nye former for engrosadgang til 3G-net og -tjenester, som vil udgøre særskilte relevante markeder.

<sup>(41)</sup> Paragraf 4 i Telekommunikations-Kundenschutzverordnung vom 11.12.1997, BGBl. I S. 2910 Zweite Verordnung zur Änderung der TKV vom 27.8.2002, BGBl. I S. 3365, og afsnit 15 af de tyske 3G-licenser.

- (63) 3G-engrostitjenester, -netjenester og -netadgang må forventes at adskille sig fra netjenester og -adgang for 2G- eller 2,5G-tjenester, fordi udbuddet af tjenester, der kan tilbydes på 3G-net, er bredere og anderledes på grund af de væsentlig højere transmissionshastigheder. Eftersom 3G-engrosmarkederne imidlertid stadig befinder sig på udviklingsstadiet, er det for tidligt at foretage en detaljeret vurdering af efterspørgslen efter netjenester og adgang på kommercielle vilkår på sådanne markeder, med undtagelse af efterspørgsel fra tjenesteudbydere efter adgang til engrosopkobling i overensstemmelse med 3G-netoperatørernes lovfæstede forpligtelser. Set fra en udbudssynsvinkel er disse markeder logisk begrænset til operatører af 3G-net og andre parter, som kan opnå rettigheder til at tilbyde den pågældende grad af adgang til 3G-net.

#### Geografisk marked

- (64) Da udstedelse af licenser og fastsættelse af priser foregår nationalt, må sådanne engrosmarkeder forventes at blive nationale <sup>(42)</sup>.
- (65) Da det i denne beslutning ikke er nødvendigt at definere disse markeder nærmere, vil dette spørgsmål stå åbent.

#### 5.4.2. Detailmarkeder, som kan blive berørt

- (66) Selv om det samarbejde, der er omfattet af aftalen, er begrænset til pladsdeling og indenlandsk roaming på engrosnetplan, kan virkningerne af dette samarbejde forgrene sig til de afledte markeder for detailtjenester, hvor parterne driver virksomhed uafhængigt af hinanden. Inden for mobile detailtjenester har man hidtil tilbudt tale- og datatjenester under ét, hvilket peger på, at de tilhører samme marked. Parterne mener, at alle netoperatører kan forventes at tilbyde kundeubemærket sammenkoblede 2G- og 3G-tale- og -datatjenester gennem det samme SIM-kort. Imidlertid venter man, at balancen mellem tale- og datatjenester vil ændre sig afgørende. Hvor 2G-datatjenester i det store og hele er begrænset til fax og SMS, mens taletjenester udgør over 90 % af 2G-mobiloperatørernes indtægter, forventer

man, at 3G-net med tjenester som teleshopping, videotelefonti og videokonferencer til sidst vil få mellem halvdel og to tredjedele af deres indtægter fra datatjenester. Det er derfor nyttigt at analysere digitale mobile taletjenester og digitale mobile datatjenester hver for sig. Denne sondring svarer i hvert fald indledningsvis stort set til sondringen mellem kredsløbskoblede og pakke-koblede tjenester.

#### Digitale mobile taletjenester

- (67) I forbindelse med markederne for mobil taletelefonti har Kommissionen hidtil generelt ikke skelnet mellem forskellige teknologier. I de fleste beslutninger er det blevet fastslået, at både analog og digital GSM 900 og 1800 udgør dele af samme marked for mobil taletelefonti, mens man har afprøvet snævrere markedsdefinitioner for at sikre, at der ikke opstod dominerende stilling med nogen markedsdefinition <sup>(43)</sup>. Da analog mobiltelefonti imidlertid blev afviklet i Tyskland den 1. januar 2000, er de tjenester, der er omfattet af aftalen, digital mobil taletelefonti. Hidtil har Kommissionen ikke defineret særskilte markeder for 2G-, 2,5G- og 3G-detailtjenester <sup>(44)</sup>.
- (68) Med tiden forventer kilder i branchen imidlertid, at der vil blive udviklet avancerede taletjenester over 3G-net, som består af taletjenester integreret med datatjenester som videotelefonti og multimediekonferencer, der går ud over, hvad man kan tilbyde på 2G- og 2,5G-net. Det er således muligt, at der vil blive udviklet et særskilt detailmarked for 3G-taletjenester, eller at 3G-tale- og -datatjenester vil blive samlet på ét marked. Udviklingen

<sup>(43)</sup> Jf. Kommissionens beslutning af 21. maj 1999 i sag IV/M.1430 — Vodafone/Airtouch, EFT C 295 af 15.10.1999, s. 2, Kommissionens beslutning af 21. maj 1999 i sag COMP/JV.17 — Mannesmann/Bell Atlantic/Omnitel, EFT C 11 af 14.1.2000, s. 4, Kommissionens beslutning 98/2001/EF af 13. november 1999 i sag COMP/M.1439 — Telia/Telenor, EFT L 40 af 9.2.2001, s. 1, Kommissionens beslutning af 20. december 1999 i sag COMP/M.1760 — Mannesmann/Orange, EFT C 139 af 18.5.2000, s. 15; Kommissionens beslutning af 12. april 2000 i sag COMP/M.1795 — Vodafone Airtouch/Mannesmann, EFT C 141 af 19.5.2000, s. 19, Kommissionens beslutning af 4. august 2000 i sag COMP/M.2053 — Telenor/BellSouth/Sonofon, EFT C 295 af 18.10.2000, s. 11, Kommissionens beslutning af 11. august 2000 i sag COMP/M.2016 — France Telecom/Orange, EFT C 261 af 12.9.2000, s. 6, Kommissionens beslutning af 25. september 2000 i sag COMP/M.2130 — Belgacom/TeleDanmark/T-Mobile International/Ben Nederland Holding, EFT C 362 af 18.12.2001, s. 6.

<sup>(44)</sup> Kommissionens beslutning af 12. april 2000 i sag COMP/M.1795 — Vodafone Airtouch/Mannesmann, EFT C 141 af 19.5.2000, s. 19, Kommissionens beslutning af 31. juli 2000 i sag COMP/M.1954 — ACS/Sonera Vivendi/Xfera, EFT C 234 af 18.8.2000, s. 6, Kommissionens beslutning af 25. september 2000 i sag COMP/M.2130 — Belgacom/TeleDanmark/T-Mobile International/Ben Nederland Holding, EFT C 362 af 18.12.2001, s. 6.

<sup>(42)</sup> Se dog Kommissionens beslutning af 4. oktober 2001 i sag COMP/M.2598 — TDC/CMG/Migway JV, EFT C 16 af 19.1.2002, s. 16, hvor markederne for opkobling til det internationale signalnet og for engrosadgang (SMS) til mobiltelefoninfrastruktur betegnes som europæiske.

i kvaliteten og omfanget af de pågældende taletjenester som følge af 3G-teknologien vil antagelig betyde, at 3G-taletjenester bliver dyrere. Endvidere vil der formentlig blive tale om envejssubstitution mellem 2G-tjenester på den ene side og 3G-tjenester på den anden (dvs. at brugerne vil erstatte 2G-tjenester med 3G-tjenester, men ikke omvendt), hvilket vil være tegn på, at der findes særskilte markeder. I denne beslutning er det imidlertid ikke nødvendigt at tage stilling til, om 2G- og 3G-taletjenester skal betragtes som særskilte produktmarkeder. Definitionen af det relevante produktmarked står derfor åben.

### Digitale mobile datatjenester

(69) En fundamental forskel mellem 2G-datatjenester på den ene side og 2,5G- og 3G-datatjenester på den anden er, at førstnævnte er kredsløbskoblede, men sidstnævnte er pakkekoblede, dvs. baseret på en anden teknologi med andre og større tekniske muligheder. Eftersom tjenester og indhold på 3G-net forventes at blive forbedret væsentligt i forhold til 2G både med hensyn til datahastigheder og deraf følgende tjenesteudbud, må substitutionen mellem 2G og 3G forventes kun at gå den ene vej. Det fører til den konklusion, at 2G- og 3G-tjenester antagelig vil blive særskilte markeder. Selv om det synes at være klart, at der vil blive tale om en vis overlapning mellem 2,5G- og 3G-tjenester, idet 2,5G f.eks. åbner mulighed for mobil e-mail, multimediebeskeder og konstant internetadgang, er datatransmissionshastighederne ikke tilstrækkelige til at muliggøre de avancerede datatjenester, som forventes at fremkomme på 3G-nettene. Der synes således at være et spirende marked for udbud af mobile 3G-datatjenester.

(70) Under henvisning til mobilitet som distinkt træk har Kommissionen hidtil betragtet markederne for mobile og faste datatjenester som særskilte<sup>(45)</sup>. Imidlertid må man forvente, at de 3G-datatjenester, som kræver størst båndbredde, kun kan leveres, når der er tale om optimal dækning og kun med meget lav eller slet ingen mobilitet. Samtidig er der trådløse lokalnetttjenester (WLAN) under udvikling, som kan tilbyde datakommunikation, herunder internetadgang, med begrænset mobilitet inden for et afgrænset område (f.eks. bygninger eller offentlige mødesteder). Det kan ikke udelukkes, at en tilsvarende

grad af begrænset mobilitet i fremtiden vil blive normen for alle eller størstedelen af alle bredbåndsdatatjenester. Det er derfor et åbent spørgsmål, om tjenester som WLAN vil blive et supplement til eller en erstatning for 3G-tjenester, og om sondringen mellem faste og mobile datatjenester dermed vil ophøre, og et marked for trådløs bredbåndsdatakommunikation vil opstå.

(71) Eftersom 2,5G-tjenester stadig er under udvikling, mens 3G-tjenester foreløbig kun er på tegnebordet, er det ikke muligt at afgøre nøjagtigt, om de tilhører samme eller forskellige markeder, om digitale mobile tale- og datatjenester tilhører samme marked, eller om visse 3G-tjenester tilhører samme marked som bredbåndsdatatjenester som WLAN. I denne beslutning er det imidlertid ikke nødvendigt at tage stilling til, om 2G-, 2,5G- og 3G-data- og/eller -taletjenester samt trådløse bredbåndsdatatjenester skal betragtes som særskilte produktmarkeder. Definitionen af det relevante produktmarked står derfor åben.

### Geografiske markeder

(72) Eftersom fastsættelsen af detalpriser og tjenesteudbudet inden for digital mobiltelefoni foreløbig foregår nationalt, er markederne stadig nationale. Det er dog ikke tilfældet for det spirende marked for udbud af tværeuropæiske mobile teletjenester med kundeubemærket samtrafik til internationalt mobile kunder, som Kommissionen først udpegede i Vodafone/Mannesmann-sagen<sup>(46)</sup>. Internationale roamingtjenester kan ikke erstatte dem på grund af den internationale roaming høje priser og begrænsede funktionalitet<sup>(47)</sup>. Desuden har netoperatørerne generelt afvist at tillade permanent roaming på grundlag af internationalt roamingadgang, dvs. tillade, at et udenlandsk nets kunde permanent roamer på deres egne net. Derfor er det eller de markeder, der er defineret overfor, nationale.

<sup>(45)</sup> I forbindelse med opkalds adgang til internettet via mobiltelefoner og faste forbindelser. Se Kommissionens beslutning af 20. juli 2000 i sag COMP/JV 48 — Vodafone/Vivendi/Canal+, <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases>.

<sup>(46)</sup> Se Kommissionens beslutning af 12. april 2000 i sag COMP/M.1795 — Vodafone Airtouch/Mannesmann, EFT C 141 af 19.5.2000, s. 19, Kommissionens beslutning af 11. august 2000 i sag COMP/M.2016 — France Telecom/Orange, EFT C 261 af 12.9.2000, s. 6.

<sup>(47)</sup> Se Kommissionens beslutning af 22. juni 1998 i sag IV/JV.2 — ENEL/FT/DT, EFT C 178 af 23.6.1999, s. 15, Kommissionens beslutning af 21. maj 1999 i sag IV/M.1430 — Vodafone/Airtouch, EFT C 295 af 15.10.1999, s. 2, Kommissionens beslutning 98/2001/EF af 13. november 1999 i sag COMP/M.1439 — Telia/Telenor, EFT L 40 af 9.2.2001, s. 1.

## 5.5. Markedsstruktur

### 5.5.1. Markedet for anlægspladser og -infrastruktur til udstyr til digital mobil radiokommunikation

- (73) Selv om operatørerne antagelig helst vil entrere med parter, som kan tilbyde et stort antal anlægspladser samtidig, findes der ingen større adgangshindringer, der kræves kun begrænsede investeringer eller teknisk ekspertise, og ejerne af de enkelte anlægspladser kan handle direkte med mobilnetoperatørerne. Blandt de faktiske eller potentielle konkurrenter på markedet kan nævnes de andre godkendte operatører af 2G- og/eller 3G-net og -tjenester i Tyskland, jernbaner og tv-stationer, elselskaber og specialiserede selskaber (master og tårne), som erhverver og tilbyder adgang til anlægspladser, f.eks. New Radio Tower, Plan+Design Netcare AG og Tessag SAG-Abel Kommunikationstechnik GmbH & Co. KG. T-Mobile har for nylig overført sine aktiviteter i forbindelse med placering, erhvervelse og leasing, herunder deling, af anlægspladser til et separat selskab, Deutsche Funkturm GmbH. Af de ca. [40 000-70 000]\* anlægspladser, der findes i dag, anslås det, at ca. [10 000-20 000]\* ejes af T-Mobile, [10 000-20 000]\* af D2 Vodafone, [5 000-15 000]\* af E-Plus og [5 000-15 000]\* af O2 Germany. [2 000-6 000]\* anlægspladser anslås at tilhøre de tyske jernbaner, mens [2 000-6 000]\* tilhører tv-stationen ARD, og ca. [2 000-6 000]\* ejes af andre, herunder Mobilcom samt elselskaber og mast- og tårnvirksomheder.

### 5.5.2. Engrosadgang til indenlandsk roaming med henblik på 3G-kommunikationstjenester

- (74) I Tyskland er det i øjeblikket kun O2 Germanys kunder på T-Mobiles net, der foretager indenlandsk roaming i Tyskland<sup>(48)</sup>. T-Mobile har således en andel på 100 % af engrosmarkedet for indenlandsk 2G-roaming i Tyskland. Eftersom 3G-roaming i praksis især vil finde sted, når O2 Germanys kunder roamer på T-Mobiles net, vil T-Mobile antagelig få en tilsvarende stor andel af markedet for indenlandsk 3G-roaming. Dog er T-Mobile udsat for potentiel konkurrence fra de øvrige 3G-netoperatører, som kan tilbyde indenlandsk roaming uden nævneværdige omkostninger, selv om der måske vil forekomme kapacitetsbegrænsninger.
- (75) Der er tale om betydelige adgangshindringer på grund af formelle licenskrav, et begrænset antal licenser og høje omkostninger i forbindelse med både erhvervelse af en 3G-licens i Tyskland og investeringer i 3G-netinfrastruktur.

tur. Mulighederne for at trænge ind på markedet som netoperatør er begrænsede, da der ikke er planer om at udstede nye licenser eller om at genudstede de licenser, der blev givet til Group 3G og Mobilcom, som ikke vil etablere 3G-net. Selv om det ikke kan udelukkes, at licenserne til Group 3G og Mobilcom vil blive overdraget til andre selskaber enten med tilsynsmyndighedernes godkendelse eller gennem en overtagelse af selskaberne, er det et usandsynligt scenario i det nuværende investeringsklima. Derfor er de vigtigste faktiske eller potentielle konkurrenter på markederne for engrosadgang og tjenester de to øvrige licenshavere, som vil etablere 3G-net og -tjenester i Tyskland, og der kan blive tale om konkurrence fra tredjemand, som videresælger adgang til og engrosroaming på disse andre operatørers net eller på parternes net.

### 5.5.3. 3G-detailtjenester

- (76) Seks operatører har fået licens til at udnytte 3G-frekvensrettigheder og udbyde 3G-net og -tjenester i Tyskland. Ud over T-Mobile og O2 Germany er der tale om D2 Vodafone, E-Plus, Mobilcom og Group 3G. Imidlertid har både Group 3G/Quam og Mobilcom afskrevet værdien af deres 3G-aktiver og opgivet deres planer om at gå ind på 3G-markederne i Tyskland som netoperatører, selv om Mobilcom muligvis fortsætter som tjenesteudbyder<sup>(49)</sup>. De største konkurrenter på 3G-detailmarkederne er derfor D2 Vodafone og E-Plus og potentielle tjenesteudbydere, som køber engrosopkobling hos netoperatører med henblik på videresalg, f.eks. Mobilcom og Debitel, samt eventuelle operatører af virtuelle mobilnet (MVNO'er) på markedet.
- (77) Eftersom der endnu ikke er etableret 3G-net og -tjenester, er det i øjeblikket ikke muligt at give et præcist overslag over markedsandele eller at foretage en vurdering af muligheden for substitution mellem 2G- og 3G-tjenester. Hvis man ikke desto mindre tager udgangspunkt i de anslåede andele af markedet for 2G-detailtjenester i 2002 for at få en idé om andelen på 3G-markedet, herunder medregnet kunder af tjenesteydere, der er aktive på selskabernes net, havde T-Mobile en markedsandel på 41,7 %, O2 Germany havde 7,8 %, mens D2 Vodafone tegnede sig for 38,2 % og E-Plus 12,2 %. Hvis kun selskabernes egne abonnenter medregnes, havde T-Mobile en markedsandel på 29 %, O2 Germany havde 7,5 %, D2 Vodafone 28 % og E-Plus 7 %, og i alt 29 % af abonnenterne deles af over 10 forskellige tjenesteudbydere, anført af Debitel med en markedsandel på 12,7 % og Mobilcom med 8,8 %. Group 3G er ikke aktiv på 2G-markedet i Tyskland.

<sup>(48)</sup> Den relevante aftale blev anmeldt i sag COMP/C1/37.500 — VIAG Interkom + T-Mobil, som blev afsluttet med en administrativ skrivelse den 13. juli 1999.

<sup>(49)</sup> Jf. <http://www.quam.de>: »Quam stellt operatives Geschäft ein«, Quam (15. oktober 2002); <http://www.mobilcom.de>: »Q3/2002: MobilCom schreibt UMTS-Vermögen vollständig ab«, MobilCom AG (28. november 2002).

## 6. PARTERNES ARGUMENTER

- (78) Parterne redegør først og fremmest for behovet for deres aftale om fælles udnyttelse af 3G-net ud fra finansielle hensyn. De hævder mere specifikt, at fælles udnyttelse af net er nødvendig, fordi:
- 3G-netinfrastruktur er dyrere end sine forgængere som følge af den langt større nødvendige antæthed, nemlig to gange så høj som 2G- GSM-net
  - forventningerne til 3G-tjenesteindtægter er blevet nedjusteret, siden der blev tildelt 3G-licenser, og
  - deres kapitalanskaffelsesomkostninger er steget som følge af den generelle nedgang i mobiltelekommunikationsindustrien.

I anmeldelsen oplyste parterne, at de som følge af aftalen forventer en reduktion på op til [15-35 %]\* af deres investeringer i netinfrastruktur med yderligere besparelser på netdriftsomkostningerne. Parterne har senere nedjusteret deres overslag over omkostningsbesparelser.

### 6.1. EF-traktatens artikel 81, stk. 1/EØS-aftalens artikel 53, stk. 1

- (79) Parterne hævder, at aftalen ikke har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen mærkbart inden for fællesmarkedet i strid med artikel 81, stk. 1/EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, idet deres fremtidige deling af anlægspladser og eventuelle RAN-delning ikke vil føre til en fælles udnyttelse af basisnet eller frekvenser, og fordi aftalen forudsætter, at parterne fastholder fuld konkurrence på service- og detailniveauet. Endvidere vil arbejdet med planlægning, udformning og drift af net fortsat foregå uafhængigt, og eventuel videregivelse af tekniske informationer vil være begrænset til det strengt nødvendige.

### 6.2. EF-traktatens artikel 81, stk. 3/EØS-aftalens artikel 53, stk. 3

- (80) Den vigtigste potentielle konkurrencebegrænsning vedrører begrænsningerne for videresalg af roamingkapacitet til MVNO'er med henblik på udbud af taletjenester. Hvis aftalen anses for at begrænse konkurrencen, hævder parterne subsidiært, at den kan fritages efter EF-traktatens artikel 81, stk. 3/EØS-aftalens artikel 53, stk. 3. I betragtning af de store licensomkostninger efterfulgt af et voldsomt fald i den kommercielle værdi af 3G-spektret hævder parterne, at fælles udnyttelse af infrastruktur vil sætte dem i stand til at reducere anlægs- og driftsudgifterne ved at reducere deres investeringer i netinfrastruktur og deres netdriftsomkostninger. 02 Germany, som har størst fordel af national roaming i henhold til aftalen, anslår, at det som resultat af aftalen vil spare [15-35 %]\* af sine etableringsomkostninger til 3G-net hovedsagelig p.g.a. roaming. Ifølge parterne er dette nødvendigt,

idet infrastrukturdeling vil bidrage til at lette nogle af byrderne som følge af den samtidige åbning af adgangen til 3G-markedet i EU. Parterne hævder endvidere, at den valgte fremgangsmåde er i overensstemmelse med den politik, der følges af RegTP, den tyske nationale tilsynsmyndighed, samt af andre nationale tilsynsmyndigheder såsom OfTel i Det Forenede Kongerige. Infrastrukturdeling er desuden nødvendig som følge af planlægningsrestriktioner og af miljøhensyn.

- (81) Parterne hævder, at forbrugerne i sidste ende vil få en fordel gennem levering af hurtigere, mere innovative 3G-tjenester til lavere priser. Som følge af deres samarbejde vil parterne ikke producere standardiserede tjenester til forbrugerne, men fortsat konkurrere direkte på indholdsmæssige anvendelser, detailpriser, engrospriser, servicevilkår, markedsadgangstjenester, kundepleje og markedsføring. Derfor konkluderer de, at konkurrencen som følge af aftalen ikke blot vil blive bevaret, men endog skærpet på markederne for 3G-net og -tjenester i Tyskland. Endelig fremfører parterne, at da de for at beskytte deres investeringer må bevare den endelige kontrol med, hvem der har adgang til deres net, ville de ikke have indgået aftalen uden restriktionen for videresalg til tale-MVNO'er.

## 7. BEMÆRKNINGER FRA TREDJEMAND

- (82) Kommissionens første meddelelse <sup>(50)</sup> efter at have modtaget anmeldelsen i februar 2002 og den efterfølgende meddelelse i henhold til artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17 <sup>(51)</sup> afstedkom bemærkninger fra den tyske konkurrencemyndighed, Bundeskartellamt, samt fem forskellige markedsaktører, der repræsenterer operatører af mobilnet, tjenesteudbydere og operatører på beslægtede markeder i Tyskland. Selv om nogle gav udtryk for, at de gik ind for netdeling, var alle kritisk indstillet over for aftalen i dens nuværende form. Efter parternes anmeldelse af en ændring af aftalen vedrørende indenlandsk roaming fik Bundeskartellamt og de markedsaktører, der fremsatte bemærkninger til meddelelsen i henhold til artikel 19, stk. 3, mulighed for også at kommentere disse ændringer.

### 7.1. Bundeskartellamts bemærkninger

- (83) Bundeskartellamt mener, at konkurrencen om netkvalitet og transmissionskapacitet vil blive særlig hård på UMTS-området og afhænge af omfanget af konkurrencen om infrastruktur. Bundeskartellamt vil derfor være tilbøjelig til at opfatte enhver form for netdeling som konkurrencebegrænsende, medmindre der af praktiske eller juridiske årsager ikke er mulighed for konkurrence baseret på infrastruktur. I denne forbindelse vil Bundeskartellamt også tage f.eks. miljømæssige hensyn og inddrage de deltagende virksomheders økonomiske situation. Bundeskartellamt bemærker, at det bliver stadig sværere at få byggetilladelse i Tyskland, hvilket tvinger

<sup>(50)</sup> EFT C 53 af 28.2.2002, s. 18.

<sup>(51)</sup> EFT C 189 af 9.8.2002, s. 22.

operatørerne til at dele anlægspladser. Man bemærker desuden, at mobiloperatørernes økonomiske situation kan tvinge dem til at dele net for at komme ind på markedet.

(84) Bundeskartellamt mener derfor, at der ikke er tale om konkurrencebegrænsning, da parterne er nødt til at dele anlægspladser for at opfylde deres licensforpligtelser (især kravet om dækning af 50 % af befolkningen inden 2005), og at det således er påkrævet for at komme ind på markedet. Bundeskartellamt finder, at RAN-delning ikke er nødvendig for at opfylde licensforpligtelserne, men medfører en konkurrencebegrænsning, som kun ville være acceptabel i den udstrækning, den er nødvendig for at sikre markedsadgang. Med hensyn til pladsdeling både efter 2005 og ud over kravet om dækning af 50 % af befolkningen samt RAN-delning mener Bundeskartellamt, at der er tale om konkurrencebegrænsning, som kan fritages.

(85) Bundeskartellamt mener dog ikke, at begrænsningerne for videresalg af roamingkapacitet til MVNO'er i aftalens afsnit 11 kan fritages, fordi de fører til prissamordning mellem konkurrenter. Bundeskartellamt kommenterer ikke indenlandsk roaming som sådan og har ikke fremsat yderligere bemærkninger om parternes ændringer af aftalen med hensyn til roaming inden for det område, der er omfattet af kravet om dækning af 50 % af befolkningen.

## 7.2. Bemærkninger fra markedsaktører

(86) En markedsaktør klagede principielt over indenlandsk roaming, som vedkommende fandt begrænsende for netkonkurrencen. Aktøren klagede også over udvidet deling af anlægspladser og RAN-delning og hævdede, at det vil føre til en så omfattende harmonisering af nettene, at de ikke længere skilte sig ud fra hinanden. Som følge heraf mente vedkommende, at konkurrencen ikke blot på netkvalitet, men også på tjenesteydelser i vid udstrækning ville forsvinde. Vedkommende tilføjede, at det ikke var dokumenteret, at parterne som følge af aftalen foretager en hurtigere udbygning af 3G-nettet.

(87) En anden markedsaktør gik principielt ind for fælles udnyttelse af net for at begrænse omkostningerne og lette markedsadgangen, men anmodede om, at aftalens bestemmelser om ikke-eksklusivitet skulle følges op med et tilsagn fra parterne om adgang til tilstrækkelig netkapacitet til at kunne betjene tredjemand.

(88) En tredje markedsaktør hævdede, at aftalen om fælles udnyttelse af net kunne give parterne mulighed for at udnytte deres omkostningsbesparelser til at gå ind på markedet for personsøgnings- og nødopkaldstjenester samt de beslægtede markeder for 3G-tjenester og dermed tvinge mindre konkurrenter ud af disse markeder.

(89) To markedsaktører anfægtede aftalens punkt 11, idet de hævdede, at dens krav om, at operatøren af fremmednettet på forhånd skal godkende videresalg af roamingkapacitet med henblik på MVNO'ers udbud af taletjenester førte til en begrænsning af konkurrencen på detailmarkedet eller -markederne for 3G-tjenester.

(90) Alle bemærkninger er gennemgået omhyggeligt, og i den udstrækning, bemærkningerne fra tredjemand er affødt af konkurrencemæssige betænkeligheder som sådan, fremgår Kommissionens ræsonnement af nedenstående retlige vurdering.

## 8. KONKURRENCEBEGRÆNSNINGER

(91) I henhold til EF-traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, er aftaler mellem virksomheder forbudt, hvis de kan påvirke handlen mellem medlemsstaterne og har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet. Kommissionen kan give dispensation til aftaler med konkurrencebegrænsende virkning jf. EF-traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, hvis betingelserne i EF-traktatens artikel 81, stk. 3, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 3, er opfyldt.

(92) Den anmeldte aftale er et horisontalt samarbejde mellem to konkurrenter, som også omfatter visse vertikale aspekter. Aftalen har ikke til formål at begrænse konkurrencen via prissætning, produktionsbegrænsninger eller markeds- eller kundedeling, men den kan i praksis få konkurrencebegrænsende virkning, eftersom T-Mobile og O2 Germany konkurrerer om digitale mobilnet og -tjenester på både 2G- og 3G-markedet.

(93) Aftalen mellem T-Mobile og O2 Germany omfatter samarbejde om etablering af parternes 3G-net, navnlig via i) deling af anlægspladser og ii) indenlandsk roaming. Parterne har f.eks. til hensigt at samarbejde om planlægning, erhvervelse, anlægning, ibrugtagning og deling af 3G-pladser samt via tilrådighedsstillelse af roamingtjenester. Parterne vil således få et omfattende samarbejde om etableringen af deres 3G-mobilnet. Et sådant vidtrækkende samarbejde mellem to virksomheder, som påvirker markeder, der kun har et begrænset antal konkurrenter, og markeder med svære, om ikke uoverstigelige, hindringer for markedsadgangen, kan påvirke konkurrencesituationen. Der er navnlig risiko for, at aftalen kan i) begrænse konkurrencen på net i Tyskland og ii) have afsmittende virkning på tjenestemarkedet. Endvidere skal eventuelle andre begrænsende bestemmelser i aftalen vurderes, f.eks. hvad angår videresalg.



### 8.1. Anvendelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1

(94) Deling af anlægspladser, RAN-delning og indenlandsk roaming må opfattes som særskilte former for samarbejde med virkning på forskellige markeder, og derfor analyseres de også særskilt.

#### 8.1.1. Udvidet deling af anlægspladser

(95) Deling af anlægspladser er i princippet en praksis, som der tilskyndes til fra offentlig side, såvel i EU-regi som på nationalt plan. De nationale myndigheder kan desuden pålægge virksomhederne at dele faciliteter, navnlig hvor konkurrenterne ikke har andre realistiske muligheder. Ifølge artikel 11 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/33/EF af 30. juni 1997 om samtrafik på teleområdet med henblik på at sikre forsyningspligtigheder og interoperabilitet ved anvendelse af ONP-principperne<sup>(52)</sup> (samtrafikdirektivet) skal de nationale tilsynsmyndigheder have beføjelser til at fremme og pålægge aftaler om fællesfaciliteter og facilitetsdeling, og denne bestemmelse er i Tyskland gennemført via paragraf 33 i den tyske telelov (TKG), som giver tredjemand ret til at kræve adgang til nødvendige faciliteter hos dominerende operatører<sup>(53)</sup>. I det nye lovgrundlag angives det i betragtning 23 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester<sup>(54)</sup> (rammedirektivet), at »delt brug af faciliteter kan være en fordel af byplanmæssige, sundhedsmæssige eller miljømæssige hensyn, og de nationale tilsynsmyndigheder bør derfor tilskynde hertil på grundlag af frivillige aftaler«. I henhold til artikel 12 i rammedirektivet skal de nationale tilsynsmyndigheder have beføjelser til at foreskrive aftaler om facilitetsdeling, når selskaberne ikke har adgang til rentable alternativer på grund af hensynet til miljøbeskyttelse, den offentlige sundhed og sikkerhed eller den fysiske planlægning. Derfor kan sektorspecifik regulering være en løsning, hvis der ikke findes alternative anlægspladser, og det ikke lykkes konkurrenterne via forhandling at få adgang til de nødvendige anlægspladser og/eller -infrastrukturer på kommercielle vilkår.

(96) Deling af anlægspladser på grundlag af bilaterale aftaler er almindelig praksis mellem alle 2G-operatører i Tysk-

land, og det videreføres sandsynligvis i 3G. Der findes rammeaftaler mellem T-Mobile, D2 Vodafone og E-Plus om brug af fælles anlægspladser. Pladsdeling fremmes i Tyskland desuden fra offentligt hold for at minimere det samlede antal nødvendige anlægspladser ud fra miljø- og sundhedshensyn. Derfor blev der den 9. juli 2001 indgået en generel aftale mellem på den ene side alle mobilnetoperatører og på den anden side de tyske kommuners landsforening for at sikre den bedst mulige udnyttelse af delte anlægspladser<sup>(55)</sup>. Som følge af denne aftale udveksles der i Tyskland oplysninger på regionalt plan om anlægspladser, som er nødvendige i bestemte kommuner for at nå op på så mange delte anlægspladser som muligt.

(97) Markedet for anlægspladser og -infrastruktur til digitaludstyr til mobil radiokommunikation defineres ovenfor (betragtning 49 ff.). Parterne anslår, at der hidtil er erhvervet ca. [40 000-70 000]\* anlægspladser til 2G-net i Tyskland, hvoraf en del kan bruges til 3G-net. Indtil nu gælder følgende generelt for det tyske marked: 64 % af landets anlægspladser bruges kun af én operatør, 20 % af to operatører og 16 % af tre eller flere operatører<sup>(56)</sup>. Eftersom 3G-nettene i første omgang bliver koncentreret i byområderne for at opnå den fornødne befolkningsdækning, får 3G sandsynligvis en højere andel af delte anlægspladser end det har været tilfældet for 2G. Fordelelingen mellem netoperatørerne af de pladser, der allerede er taget i brug, anslås at være som følger: T-Mobile menes at have [10 000-20 000]\*, D2 Vodafone [10 000-26 000]\*, E-Plus [5 000-15 000]\* og O2 Germany [5 000-15 000]\*. Det ventes, at der bliver købt mindst 20 000 nye anlægspladser til 3G-net. T-Mobile planlægger ud over sine eksisterende [10 000-20 000]\* pladser at etablere [...] til selskabets 3G-net. En del af de nye anlægspladser bliver delepladser: parterne angav i anmeldelsen, at de regnede med at dele op til [20-35 %]\* af deres 3G-pladser i henhold til aftalen. Nyere oplysninger fra parterne viser, at O2 Germany nu forventer at dele op mod [40-55 %]\* af sine 2G- og 3G-pladser med alle andre operatører, hvoraf T-Mobile alene kommer til at repræsentere [15-30 %]\*. T-Mobile forventer nu at dele [...] af mastpladserne og [...] af tagpladserne med de tre andre operatører.

<sup>(52)</sup> EFT L 199 af 26.7.1997, s. 32.

<sup>(53)</sup> Telekommunikationsgesetz vom 25. Juli 1996, BGBl. I S. 1120; Änderungsgesetz zum TKG — Kleine Novelle vom 25.10.2002, BGBl. I S. 4186.

<sup>(54)</sup> EFT L 108 af 24.4.2002, s. 33.

<sup>(55)</sup> Vereinbarung über den Informationsaustausch und die Beteiligung der Kommunen beim Ausbau der Mobilfunknetze zwischen Deutscher Städtetag, Deutscher Landeskreistag, Deutscher Städte- und Gemeindebund und DeTeMobil Deutsche Telekom Mobilnet GmbH, E-Plus Mobilfunk GmbH & Co KG, Group 3G, Mannesmann Mobilfunk GmbH, MobilCom Multimedia GmbH, VIAG Interkom GmbH & Co.

<sup>(56)</sup> På grundlag af oplysninger fra RegTP fra maj 2001, som omfatter i alt 39 690 anlægspladser.

- (98) Markedet er meget koncentreret, og parterne har i dag tilsammen en markedsandel på ca. 45 %. Bortset fra parterne har to andre parter fået licenser, som giver mulighed for at etablere egne net, og mindst én af disse, D2 Vodafone, har allerede en meget stærk stilling på 2G-markederne. Disse parter er ligeledes inde på markedet for anlægspladser og -infrastruktur til digitaludstyr til mobil radiokommunikation. Men selv om langt de fleste anlægspladser i Tyskland i dag kontrolleres af mobilnetoperatører, er en række specialiserede mast-selskaber nu også på vej ind på det tyske marked, ligesom der også kan skaffes adgang til de enkelte anlægspladser direkte fra disses ejere. I princippet begrænser pladssdeling heller ikke, hvor mange anlægspladser netoperatørerne har adgang til: Når antallet af pladser går ned, som de operatører, der er med i aftalen, hver især har brug for, stiger den andel af det samlede antal pladser, som andre operatører har adgang til.
- (99) På efterspørgselssiden er markedet endnu mere koncentreret, eftersom det er begrænset til de fire 2G/3G-operatører med licens, som stadig er aktive på det tyske marked. De parter, som spiller en rolle på efterspørgselssiden, er også med på udbudssiden og kan i princippet erhverve anlægspladser til deres egne netbehov helt uafhængigt af parterne og alle andre operatører, hvis de ønsker det. Eftersom parterne må antages at anmode om adgang til anlægspladser, som kontrolleres af de øvrige 2G- og 3G-operatører, må man forvente en vis balance i selskabernes forhandlingsstyrke.
- (100) Tredjemands adgang til anlægspladser, som kontrolleres af parterne, fremmes desuden politisk fra offentlig side, også ved at de nationale tilsynsmyndigheder som ovenfor beskrevet kan give en part pligt til at dele sin anlægsplads, hvis der ikke findes realistiske alternativer. Sluttelig begrænser aftalen ikke parternes kommercielle frihed til at indgå ordninger om pladssdeling med tredjemand, og begge parter har til hensigt at fortsætte med aktivt at dele anlægspladser med tredjemand. Aftalen ser således ikke ud til at hæmme konkurrencen på markedet for anlægspladser og -infrastruktur til digitaludstyr til mobil radiokommunikation. Det står dog stadig ikke klart, om parterne, efterhånden som deres omkostningsstrukturer bliver mere ens, som følge af pladssdeling får ringere mulighed for at differentiere deres detailtjenester, eller om de på grund af pladssdeling vil gennemføre en højere grad af samordning af deres aktiviteter på andre markeder.
- (101) Eftersom omkostningerne til delte anlægspladser udgør en forholdsvis lille del af de samlede omkostninger, forventer parterne ikke de store omkostningsbesparelser på deling af anlægspladser. O2 Germany anslår, at selskabets omkostningsbesparelser på pladssdeling i sig selv kun kommer til at udgøre [7-17 %]\* af den samlede besparelse på [15-35 %]\*, som aftalen vil medføre, hvilket vil sige, at pladssdeling kun giver en besparelse på [under 5 %]\*. Med hensyn til 2G-anlægspladser forventer T-Mobile ingen yderligere omkostningsbesparelser på grund af de nuværende ordninger for deling af 2G-pladser. Efter parternes opfattelse består fordelene ved deling af anlægspladser derimod i hurtigere planlægning og gennemførelse, fordi man hurtigere kan opstille radioplaner, når oplysningerne om de tilgængelige anlægspladser foreligger tidligere, end det ellers ville have været tilfældet. Parterne kommer under alle omstændigheder hverken til at eje eller kontrollere anlægspladser i fællesskab, idet de skal konkurrere med hinanden og andre netoperatører om at tilvejebringe deres egne anlægspladser og hver især skal tildele den anden part brugsrettigheder. Derfor bevirker aftalen ikke, at de skal deles om en omfattende del af deres samlede omkostninger. Pladssdeling giver således ikke parterne samme omkostningsstruktur, hvilket kunne påvirke deres mulighed for reel konkurrence med hinanden på de afledte markeder for net og tjenester.
- (102) Der er tilsyneladende heller ingen mærkbare virkninger på konkurrencen inden for andre net- eller tjenestemarkeder. Omfanget af samarbejdet om deling af anlægspladser er i overensstemmelse med, hvilken mindstegrad af uafhængighed den nationale tilsynsmyndighed (RegTP) vurderer som en forudsætning for, at parterne hver især kan styre deres net og tjenester uafhængigt. Parterne bevarer f.eks. kontrollen over deres basisnet, herunder alle intelligente dele af nettet og de tjenesteplatforme, som bestemmer, hvilke og hvilke typer tjenester der udbydes. Parterne bevarer også hver især kontrollen over deres frekvensplanlægning og retten til at tilføje anlægspladser, herunder også ikke-delte pladser, for at øge nettets dækningsgrad og kapacitet, som ser ud til at være de vigtigste konkurrenceparametre for nettene, og som sandsynligvis har stærk afsmittende virkning på konkurrencen på tjenester. Pladssdeling reducerer omkostningerne ved at søge efter ledig kapacitet og giver med tiden langt bedre dækningsgrad, og det kan give øget konkurrence på såvel net som tjenester, både mellem parterne og tredjemand. Derfor medfører den pladssdeling, der finder sted mellem parterne i henhold til den anmeldte aftale, ingen konkurrencebegrænsning.
- (103) Parterne har tilkendegivet, at de som led i deres deling af anlægspladser vil udveksle de oplysninger, som måtte være nødvendige for at etablere anlægspladser i fællesskab, herunder teknisk information og lokaliseringsdata

til individuelle anlægspladser, dvs. oplysninger om, hvilke parter der har til hensigt at udbygge nettene, og hvor. Der vil ifølge parterne ikke blive udvekslet yderligere oplysninger om, hvordan 3G-nettene forventes udbygget. I aftalens punkt 2.6 angives det, at parterne ikke udveksler konkurrencefølsomme oplysninger, ud over hvad der som minimum er nødvendigt for at planlægge nettene. Sådanne tekniske oplysninger udveksles kun i det omfang, det er nødvendigt for at muliggøre et samarbejde mellem parterne, som ikke forventes at kunne begrænse konkurrencen. Derfor udgør dette heller ikke i sig selv en konkurrencebegrænsning.

### 8.1.2. RAN-delning

- (104) Aftalen åbner ganske vist mulighed for at undersøge, om der kan gennemføres RAN-delning mellem parterne, men der er for nærværende ingen planer om RAN-delning. De nærmere vilkår for RAN-delning mellem parterne er desuden ikke godt nok dækket i anmeldelsen, til at Kommissionen kan gennemføre en analyse jf. EF-traktatens artikel 81/EØS-aftalens artikel 53. Derfor omfatter nærværende beslutning ikke dette aspekt.

### 8.1.3. Indenlandsk roaming

O2 Germanys roaming på T-Mobiles net inden for 50 % dækningsområdet

- (105) Parterne har via aftaletillæggene af 20. september 2002 og 22. januar 2003 aftalt, at O2 Germany kan købe engrosrettigheder til indenlandsk roaming på T-Mobiles 3G-net mellem den 1. januar 2003 og den 31. december 2008. Det betyder, at O2 Germany i løbet af denne periode køber indenlandsk engrosroaming af T-Mobile inden for det område, hvor O2 Germany er lovforpligtet til at dække 50 % af den tyske befolkning via sit eget net. T-Mobile får ingen tilsvarende ret til at købe indenlandsk engrosroaming på O2's net inden for området. Efter drøftelser med Kommissionen har parterne indvilget i at begrænse varigheden af roamingen inden for det område, der er omfattet af forpligtelsen til at dække 50 % af befolkningen, på grundlag af tre særskilte områder (område 1, 2 og 3). Roaming vil gradvis blive afviklet i disse områder efter den tidsplan, der er beskrevet i afsnit 4.3.1, og som indgår i aftalen ved parternes aftaletillæg af 21. maj 2003.

Gensidig roaming uden for 50 % dækningsområdet

- (106) Aftalens ordlyd som oprindeligt anmeldt indeholder bestemmelser om gensidige engrosrettigheder vedrørende indenlandsk roaming på 3G-nettet mellem T-Mobile

og O2 Germany uden for det område, som ifølge lovkravet skal omfatte 50 % af befolkningen. I praksis har T-Mobile tænkt sig at dække [...] af Tysklands befolkning med sit 3G-net inden udgangen af 2006 og udvide dækningsgraden efter efterspørgslen, mens O2 Germany har tænkt sig at [...]\*. Da T-Mobiles net bliver mere omfattende, og det altid er en fordel for en operatør at bruge sit eget net, fordi det giver kontrol over omkostningerne og andre parametre såsom nettets kvalitet og transmissionshastigheder, vil T-Mobile eller selskabets kunder sandsynligvis ikke benytte sig meget af muligheden for roaming på O2 Germanys net, hvis det overhovedet bliver tilfældet. Derfor kommer aftalens indenlandske roaming hovedsagelig til at omfatte O2 Germanys roaming på T-Mobiles net, og ikke omvendt.

## Konkurrencevirkninger

### Virkninger på engrosmarkederne

- (107) Engrosmarkedet for indenlandsk roamingadgang til 3G-tjenester er defineret ovenfor (betragtning 57 ff.). Indenlandsk roaming mellem netoperatører, som har licens til at etablere og drive deres egne konkurrerende digitale mobilnet, begrænser pr. definition konkurrencen mellem de pågældende operatører inden for alle beslægtede netmarkeder, hvad angår parametre såsom dækning, kvalitet og transmissionshastighed. Det begrænser konkurrencen på dækningsgraden, fordi en operatør, som benytter sig af roaming, ikke etablerer sit eget net for at dække så stort et befolkningsudsnit og geografisk område som muligt, men i stedet forlader sig på den dækning, han opnår via fremmednettet. Indenlandsk roaming begrænser også konkurrencen hvad angår nettets kvalitet og transmissionshastigheden, eftersom det afhænger af fremmednettets kvalitet og hastigheder, som fastlægges af en anden operatør ud fra dennes tekniske og kommercielle valg. Endelig afregnes indenlandsk roaming ifølge aftalen til engrostakster, talekommunikation efter opkaldstermineringstaksterne, og datatjenester efter en [retail minus detailprisformel]\*. For O2 Germanys vedkommende kommer indenlandsk roaming til at repræsentere [...]\*. Derfor må selskabet ved faktureringen af sine engrosnet- og -adgangstjenester tage hensyn til de engrostakster, det selv skal betale til T-Mobile.
- (108) Virkningerne af sådanne begrænsninger vil blive større i områder, hvor der er gode økonomiske muligheder for at udbygge parallelle konkurrerende net, især i kerneområder i byerne, hvor konkurrencen derfor hæmmes mere af roaming. Virkningerne bliver mindre alvorlige i områder, hvor der er mindre økonomiske incitamenter for udbygning, hvilket kan være tilfældet i bymæssig bebyggelse af sekundær økonomisk interesse samt især i landområder og fjerntliggende egne.

- (109) Eftersom O2 Germanys og T-Mobile således kun i begrænset omfang kan konkurrere på dækning, kvalitet, transmissionshastigheder og engrostakster, påvirker O2 Germanys og T-Mobiles indenlandske roaming på hinandens 3G-net konkurrencen på alle markeder for 3G-net i Tyskland, også markedet for engrossalg af indenlandsk roamingadgang til 3G-kommunikationstjenester og markedet for engrossalg af netopkobling til 3G-tjenester.
- (110) 3G-markederne er nye markeder, og derfor foreligger der endnu ikke oplysninger om markedsandele. Men det tyske engrosmarked for indenlandsk roamingadgang til 3G-kommunikationstjenester har kun fire operatører med licens, som kan etablere net. Det er meget svært, om ikke umuligt, at komme ind på markedet som følge af licens- og investeringskravene<sup>(57)</sup>. Derfor kan samarbejdet mellem de to af disse fire markedsparter begrænse konkurrencen mærkbart, selv om den ene af parterne (O2 Germany) ikke for nærværende har tænkt sig at etablere et net, der går ud over [...]\*. Aftalen om indenlandsk roaming (i seneste udgave) udgør således en konkurrencebegrænsning, jf. EF-traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1.

#### Virkninger på detailmarkederne

- (111) Der skal desuden tages stilling til, om aftalen om engrossalg af roamingadgang til 3G-net begrænser konkurrencen på 3G-detailtjenester. Indenlandsk roaming på engrosniveau medfører mere ensartede vilkår på detailniveau, eftersom nettet sandsynligvis har en tilsvarende dækning, kvalitet og transmissionshastighed. Transmissionshastighederne har mærkbar betydning for, hvilke typer tjenester en given operatør kan udbyde. Det tidspunkt, hvor forskellige tjenester indføres, afgøres endvidere af, hvornår man kan sikre bestemte transmissionshastigheder på nettet, som også skal samordnes af hensyn til den indenlandske roaming. Operatører, som bruger indenlandsk 3G-roaming på engrosniveau, skal også afregne efter engrostaksterne, som for datatjenesterne vedkommende baseres på en [retail minus detailprisformel]\*, og det begrænser mulighederne for at konkurrere på priserne. Prisformlen kan i sig selv medføre en risiko for samordning af priserne på detailniveau.
- (112) Parternes samarbejde om engrosadgang til indenlandsk roaming på 3G-nettet vil således sandsynligvis påvirke konkurrencen mellem parterne på de detailmarkeder, som baserer sig herpå. Selv om disse detailmarkeder

omfatter flere selskaber end netoperatørerne, og der ikke foreligger præcise tal for selskabernes markedsandele, kan man dog tage udgangspunkt i markedsandelene på 2G-markedet og nå frem til en kumuleret markedsandel på 36,5 % [T-Mobile 29 %; O2 Germany 7,5 %], hvis kun selskabernes egne kunder medregnes, hvilket stiger til 49,5 % [T-Mobile 41,7 %; O2 Germany 7,8 %], hvis man også medregner kunder hos tjenesteudbydere, som bruger parternes net. Uanset hvilken logisk tænkelig markedsudvikling der forudsættes, overskrider parternes samlede andel af 3G-markedet for detailtjenester således sandsynligvis 10 %, hvoraf kan udledes, at der er mulighed for en mærkbar begrænsning af konkurrencen.

#### Mindstekøbskrav

- (113) Aftalen om indenlandsk roaming på 3G-nettene er ingen eksklusivafale, men O2 Germany skal som udgangspunkt mindst købe for [...] EUR fra T-Mobile over en 3-års-periode efter lanceringen af de relevante 3G-roamingtjenester. Ændringerne af aftalen, som giver O2 Germany mulighed for at roame på T-Mobiles net inden for dækningsområdet på 50 % af befolkningen, indebærer, at O2 Germany skal betale T-Mobile [...]\*. Selv om der ikke er tale om et mindstekøbskrav, kan virkningen være, at O2 Germanys køb af 3G-roaming koncentrerer sig på T-Mobiles net.
- (114) Imidlertid er det ikke nødvendigt at analysere hverken mindstekøbskravet eller det faste beløb af hensyn til markedsafskærmning. Salget af engrosadgang til 3G-roaming mellem godkendte 3G-netoperatører er udpeget som konkurrencebegrænsende. Derfor kan potentielle begrænsninger af andre godkendte 3G-nets muligheder for at tilbyde denne form for samarbejde ikke betragtes som en yderligere konkurrencebegrænsning i sig selv. Derimod ville det kræve en analyse på grundlag af konkurrencereglerne, hvis en af parterne indgik en aftale om at aftage betydelige mængder national roamingadgang fra en af eller begge de øvrige godkendte 3G-netoperatører.

#### Videresalg til MVNO'er

- (115) I punkt 11.c) i aftalen begrænses parternes mulighed for at videresælge roamingrettigheder til tredjemand, bl.a. ved at den anden part skal forhåndsgodkende sådanne salg af roamingkapacitet til MVNO'er, som ønsker at udbyde taletelefonitjenester til slutbrugere. Begrænsninger af videresalg af adgangsrettigheder er pr. definition vertikale begrænsninger. I henhold til artikel 2, stk. 4, i Kommissionens forordning (EF) nr. 2790/1999 af

<sup>(57)</sup> Se afsnit 5.5.2.

22. december 1999 om anvendelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler<sup>(58)</sup> gælder gruppefritagelsen for vertikale aftaler dog ikke gensidige vertikale aftaler mellem konkurrerende virksomheder.

- (116) Derfor skal begrænsningen vurderes, både hvad angår mulige virkninger i form af ulovlig samordning, jf. retningslinjerne for horisontalt samarbejde, og hvad angår de vertikale aspekter, jf. retningslinjerne for vertikale begrænsninger. En analyse på grundlag af retningslinjerne for horisontalt samarbejde viser, at begrænsningerne i, hvilken type kunder køberen må sælge kontrakt tjenesterne til, begrænser produktionen og derfor udgør en konkurrencebegrænsning i henhold til EF-traktatens artikel 81, stk. 1/EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, som kræver individuel analyse i henhold til EF-traktatens artikel 81, stk. 3/EØS-aftalens artikel 53, stk. 3<sup>(59)</sup>. Derfor skal bestemmelserne i EF-traktatens artikel 81, stk. 1/EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, anvendes på begrænsningerne for videresalg til tale-MVNO'er for at fastslå, om der findes effektivitetsfordele, som opvejer disse konkurrencebegrænsninger.

#### Begrænsninger for videresalg til andre netoperatører

- (117) Kravet om forhåndsgodkendelse fra fremmednetoperatøren i aftalens punkt 11.c) begrænser også videresalg af roamingrettigheder til andre licensindehavende netoperatører. Parterne hævder, at denne begrænsning skal give dem mulighed for i deres planlægning at tage højde for netkapaciteten og sikre tjenesternes kvalitet. Disse argumenter er der dog ingen grund til at gå nærmere ind på. Engrossalg af 3G-roamingrettigheder mellem licensindehavende 3G-netoperatører er i sig selv udpeget som en konkurrencebegrænsning. Derfor kan en begrænsning af andre licensindehavende 3G-netoperatørers muligheder for at gå med i denne form for samarbejde ikke fortolkes som en konkurrencebegrænsning. Hvis en af parterne derimod indgår aftale om videresalg af omfattende indenlandske roamingrettigheder til en af eller begge de øvrige licensindehavende 3G-netoperatører, vil det kræve en analyse efter konkurrencereglerne.

#### Udveksling af oplysninger med henblik på indenlandsk roaming

- (118) I henhold til aftalens punkt 2.6 må parterne ikke udveksle »konkurrencerelevant information«. I den for-

bindelse har parterne erklæret, at de ikke vil udveksle oplysninger om forventede fremtidige kapacitetskrav, dvs. om kundernes antal og behov.

- (119) Parterne vil dog udveksle de centrale tekniske data, som er strengt nødvendige for at kunne levere en sammenhængende roamingtjeneste, f.eks. kanalnumre og oplysninger til identifikation af kunder (CID) og samtrafikforbindelser. Sammenhængende roaming forudsætter »kundeubmærket samtrafik« mellem de to pågældende net, dvs. at kunden ikke selv skal foretage sig noget for at gå over på det andet net. En kundeubmærket overgang mellem de enkelte celler forudsætter, at de relevante radioparametre videregives til fremmednettet, dvs. cellens identitet, koordinaterne for dens geografiske placering, antennehøjden, antenntypen, ledestrålens retning, kabeldæmpningen og Node B-effekten. Da disse oplysninger er absolut nødvendige for indenlandsk roaming, udgør udvekslingen af oplysningerne ikke en konkurrencebegrænsning i henhold til EF-traktatens artikel 81, stk. 1/EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, som kræver individuel analyse.

#### 8.2. Konsekvenser for samhandlen mellem EØS-landene

- (120) Vilkårene for adgang til mobilnetoperatørers 3G-infrastruktur og engrostjenester kan påvirke samhandlen mellem EØS-landene. Det skyldes, at tjenester, som leveres via telenet, handles i hele EØS — f.eks. engrosterminering af internationale opkald og engrosadgang til international 3G-roaming — og vilkårene for adgang til infrastrukturer og engrostjenester på teleområdet afgør, om andre operatører, tjenesteudbydere og MVNO'er, som har brug for denne adgang, har mulighed for at udbyde deres egne tjenester<sup>(60)</sup>. Vilkårene for deling af net påvirker også, hvad der bliver købt hos producenterne af netudstyr i de forskellige EØS-lande. Desuden er investering og markedsadgang i 3G-net og -tjenester i stigende grad grænseoverskridende inden for EØS. Derfor påvirker vilkårene for adgang til 3G-infrastruktur og engrostjenester i høj grad ikke blot investeringslysten, herunder investeringer mellem EØS-landene inden for 3G-infrastruktur og -tjenester, men også vilkårene for markedsadgang, herunder adgangen for operatører, tjenesteudbydere, MVNO'er og indholdsleverandører fra andre EØS-lande.

<sup>(58)</sup> EFT L 336 af 29.12.1999, s. 21. Jf. Kommissionens meddelelse om retningslinjer for vertikale begrænsninger, EFT C 291 af 13.10.2000, s. 1, punkt 52.

<sup>(59)</sup> Kommissionens meddelelse om retningslinjer for anvendelsen af EF-traktatens artikel 81 på horisontale samarbejdsaftaler, EFT C 3 af 6.1.2001, s. 2, punkt 25.

<sup>(60)</sup> Jf. adgangsmeddelelsen, punkt 144-148.

### 8.3. Anvendelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 3, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 3

(121) Aftalens bestemmelser (i seneste udgave) om indenlandsk roaming falder, som gennemgået ovenfor, ind under EF-traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, idet aftalen om indenlandsk roaming mellem parterne har mærkbare konsekvenser for konkurrencen og samhandlen mellem EØS-landene. En aftale, som udgør en overtrædelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, kan fritages, hvis den opfylder følgende betingelser jf. EF-traktatens artikel 81, stk. 3, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 3:

- a) den skal bidrage til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling
- b) den skal sikre forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved
- c) den må ikke pålægge de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål
- d) den må ikke give de pågældende virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

#### 8.3.1. *Aftalens bidrag til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling*

(122) Adgang til indenlandsk 3G-roaming vil give den roamende part mulighed for at tilbyde en bedre dækning og kvalitet og højere transmissionshastigheder på 3G-engros- og -detailtjenester hurtigere. Salg af adgang til roaming vil give operatøren af værtsnettet yderligere ressourcer til at investere i nettet og vil gøre det muligt at udnytte netkapaciteten bedre på et tidligere tidspunkt og dermed mere effektivt. Selv hvis det i praksis kun er én af parterne, som udnytter aftalens roamingret, vil denne parts brug af parternes samlede net give vedkommende adgang til en bedre dækning og større udbredelse, end vedkommende ville have været i stand til individuelt uden samarbejdet, og dermed bliver både denne parts engros- og detailtjenester mere attraktive for brugerne. Konkurrence fra mindst to andre operatører på netniveau vil sikre, at parternes incitament til at udbygge deres nets dækning og udbredelse i takt med den kommercielle udnyttelse af 3G-tjenester bevares, og at de ikke blot skærer ned på netomkostningerne. Konkurrencen fra disse andre operatører og en række tjenesteudbydere samt muligvis MVNO'er på detailniveau betyder også, at parterne fortsat vil blive tilskyndet til hver især at udbyde et bredere og bedre sortiment af tjenester.

O2 Germanys roaming på T-Mobiles net inden for området med 50 % dækning

(123) O2 Germanys roaming på T-Mobiles mobilnet inden for det område, som er underlagt lovkravet om dækning af 50 % af befolkningen inden den 31. december 2005, vil antagelig give større valgmuligheder og hårdere konkurrence på såvel engros- som detailniveau. Især vil O2 Germanys roaming på T-Mobiles mobilnet inden for dette område give O2 Germany mulighed for fra starten at tilbyde kunderne bedre dækning, kvalitet og transmissionshastighed på selskabets tjenester i etableringsfasen, end selskabet ville have været i stand til på egen hånd, i løbende konkurrence med de øvrige udbydere af 3G-engros- og -detailtjenester.

(124) O2 Germanys net vil opfylde de lovfæstede krav inden den 31. december 2005. Som den mindste tyske operatør på det tyske mobilmarked med en lille andel af 2G-markedet (ca. 8 %) vil selskabet imidlertid næppe være i stand til hurtigt at opbygge et kvalitetsnet, der dækker et tilstrækkeligt stort område til, at selskabet fra starten kan konkurrere effektivt med andre etablerede licenshavende operatører af 3G-net og -tjenester i Tyskland. På grund af de store fordele ved at være den første aktør på markedet vil selskabets muligheder for at konkurrere effektivt antagelig blive begrænsede, og den samlede konkurrencegrad på det tyske marked kan blive påvirket. Der er derfor øjeblikkelige økonomiske fordele ved at tillade, at O2 Germany roamer selv i større byområder i et begrænset tidsrum, indtil selskabet har opbygget et effektivt net. Roaming fra starten vil desuden give O2 Germany mulighed for at lancere 3G-tjenester tidligere og dermed give virksomheden yderligere indtægter. Dette vil medvirke til at finansiere etableringen af dens 3G-net, hvilket vil gøre det muligt at mindske dens afhængighed af roaming på T-Mobiles net.

(125) Hvis O2 Germany desuden er i stand til at koncentrere sine netinvesteringer inden for de områder, hvor efterspørgslen er størst, nemlig kerneområderne i byerne, mens man benytter roaming i bebyggelser af sekundær økonomisk interesse i en længere, men stadig begrænset periode, vil selskabet bedre kunne tilbyde engros- og detailtjenester, herunder på sit eget net, end det ellers ville have været tilfældet. I underjordiske zoner er der behov for roamingadgang for at opnå uafbrudt dækning i områder, der er af strategisk betydning for forbrugeren, men sikkerhedsregler og krav om byggetilladelser begrænser O2 Germanys muligheder for hurtigt at oprette separate net på sådanne steder. Der kan derfor blive behov for en længere undtagelse for netop sådanne områder.

Gensidig roaming uden for området med 50 % dækning

- (126) O2 Germanys mobile roaming på T-Mobiles mobilnet uden for det område, som er underlagt lovkravet om dækning af 50 % af befolkningen inden den 31. december 2005, giver desuden især O2 Germany mulighed for at konkurrere aktivt ved at tilbyde landsdækning på 3G-detailmarkederne. Parterne har fremlagt dokumentation, der skal påvise, at det uden aftalen ville være usandsynligt, at O2 Germany inden for de nuværende tidsrammer kunne have tilbudt en dækning ud over [...]\*. Det skal også bemærkes, at på 2G-mobilmarkederne, som O2 Germany ligeledes kom ind på ved i første omgang i vid udstrækning at benytte national roaming på T-Mobiles net, har selskabet nu opnået egen næsten landsomfattende dækning, som langt overskrider licenskravene, ved at udbygge sit net i takt med markedsefterspørgslen efter tjenester.
- (127) Som følge af aftalen kan O2 Germany også tilbyde videresalg af landsdækkende roamingadgang til data-MVNO'er og engrossalg af landsdækkende 3G-netopkobling til tjenesteudbydere uden for de områder, der er omfattet af licensforpligtelserne. Aftalen fremmer dermed konkurrencen på markederne for indenlandsk 3G-roaming og engros-netopkobling og dermed også konkurrencen på detailniveau, hvorved den ligeledes bidrager til at forbedre produktionen og fordelingen af disse tjenester. Da de pågældende 3G-tjenester forventes at komme til at udgøre et bredt spektrum af nye teknologisk avancerede produkter med højere kvalitet og funktionalitet end 2G-tjenesterne, fremmer aftalen også den tekniske og økonomiske udvikling.
- (128) Aftalen om indenlandsk roaming giver parterne, navnlig T-Mobile, mulighed for at udnytte deres net mere intensivt og dermed mere effektivt, især i tyndtbefolkede egne. Når T-Mobile får et bedre afkast af sine investeringer i infrastruktur, skaber roaming således et yderligere incitament til at forbedre nettets dækning, kvalitet og transmissionshastigheder. Det bidrager ligeledes til at forbedre produktionen og fordelingen af tjenesterne og fremme den tekniske og økonomiske udvikling.

8.3.2. *En rimelig andel af aftalens fordele til slutbrugerne*

- (129) Aftalen om indenlandsk 3G-roaming sætter O2 Germany i stand til for det første at konkurrere mere effektivt i selskabets etableringsfase og for det andet at fremstå som landsdækkende udbyder af 3G-engros- og -detailtjenester (eller i hvert fald som det selskab, der tilbyder den bredeste geografiske dækning, man vil kunne forvente på dette tidspunkt), og derfor styrker den konkurrencen på markederne for både digitale mobilnet og tjenester. Konkurrencen vil udvikle sig hurtigere, og konkurrenterne vil i højere grad være tilskyndet til at lancere nye tjenester på markedet og presset til at sænke priserne

som følge af forskellige selskabers bedre adgang til markedet og den mere omfattende dækning, som parternes indenlandske 3G-roamingadgang giver. Det vil sandsynligvis betyde, at forbrugerne hurtigere får gavn af et bredere udvalg af nye og teknisk avancerede 3G-tjenester, som må forventes at være af højere kvalitet og mangfoldighed end 2G-tjenesterne, og dermed bliver der også større sandsynlighed for priskonkurrence.

- (130) Parterne har fremlagt klare vidnesbyrd for de potentielle fordele for forbrugerne af et mere åbent marked i form af prisudviklinger. De har fremlagt beviser for, at en tredje og fjerde aktørs indtræden på de tyske 2G-mobilmarkeder førte til årlige reduktioner af det mobile detailprisindeks på ca. 20 %. På daværende tidspunkt var O2 Germanys indtræden på det mobile 2G-marked som den fjerde landsdækkende operatør i vid udstrækning baseret på T-Mobiles udbud af indenlandsk roaming. Den øgede konkurrence på detailniveau gør det desuden mere sandsynligt, at eventuelle omkostningsbesparelser som følge af øget konkurrence på den landsdækkende indenlandske roamingadgang, som MVNO'er kan benytte sig af, og på videresalg til tjenesteudbydere (eller MVNO'er, der fungerer som tjenesteudbydere) af engrosopkobling til landsdækkende tjenester, videregives til slutbrugerne.

8.3.3. *Nødvendigheden af begrænsningerne*

Indenlandsk roaming

- (131) Aftalens bestemmelser (i seneste udgave) om indenlandsk roaming er en nødvendig forudsætning for de fordele, som gennemgås i det umiddelbart ovenstående.
- (132) Med hensyn til roaming inden for området med 50 % dækning skal det bemærkes, at de særlige kendetegn ved den tyske geografi og befolkningens fordeling betyder, at der sammenlignet med andre medlemsstater, som f.eks. Det Forenede Kongerige, findes en lang række bycentre i Tyskland med et forholdsvis lille antal indbyggere at dække. Desuden er den samlede tyske befolkning betydeligt større end den britiske eller befolkningen i nogen anden medlemsstat. Den kommercielle interesse i 3G-net er i øjeblikket ikke tilstrækkelig til at begrunde en ensartet landsomfattende dækning, men dækningen vil i takt med den forventede udvikling i efterspørgslen sprede sig mere gradvis fra byerne og muligvis de vigtigste transportakser. Dette betyder, at det vil kræve forholdsvis store investeringer at dække en betydelig procentdel af den tyske befolkning. Selv investeringer i de tættest befolkede områder kræver stadig, at et forholdsvis stort antal geografisk separate dækningsområder skal udvikles og forbindes.

(133) Endelig er O2 Germany som den fjerde netoperatør på GSM-markederne i Tyskland en aktør med et forholdsvis beskedent kundeunderlag, som derfor har mere begrænset adgang til økonomiske ressourcer end de mere etablerede operatører. Da O2 Germany har færre kunder på sit 2G-net, har selskabet også en betydelig ekstrakapacitet til rådighed for sine taletjenester, hvilket mindsker den kommercielle interesse i investeringer i 3G-net til andre formål end udbud af bredbåndstjenester, der kræver en større netdensitet. Derfor betragtes O2 Germanys roaming på T-Mobiles net selv i de største byområder i et begrænset tidsrum som forholdsmæssig og uundværlig, hvilket ikke nødvendigvis ville være tilfældet for operatører med mere etablerede markedspositioner.

#### Begrænsninger for videresalg til tale-MVNO'er

(134) Parterne ønsker på forhånd at have kontrol over, hvem der har engrosadgang til deres 3G-net uden for de kategorier, som foreskrives i de tyske love og administrative bestemmelser — navnlig hvad angår levering af engrosopkobling til tjenesteudbydere — og blokere for operatører af virtuelle mobilnet, som udbyder datatjenester eller fungerer som udbydere af taletjenester. Derfor kræver de forudgående samtykke fra værtsoperatøren, inden de tillader videresalg af roamingadgang til tale-MVNO'er, dvs. MVNO'er, der tilbyder taletelefoni eller tilsvarende tjenester. Når parterne opstiller begrænsninger for videresalg af roamingadgang, med henblik på udbud af taletjenester, til operatører af virtuelle mobilnet, som ikke har investeret i licenser eller infrastruktur til 3G-net, er det for at beskytte deres egne muligheder for at etablere 3G-net og beskytte deres investeringer og dermed få mulighed for at udbyde teknisk avancerede 3G-tjenester til slutbrugere.

(135) Hvis parterne ikke havde mulighed for at styre adgangen til deres net og dermed bl.a. beskytte deres investeringer mod at blive undergravet af lave detailpriser på taletjenester fra tale-MVNO'er baseret på videresalg af roamingkapacitet, ville de slet ikke tilbyde hinanden adgang til denne roamingkapacitet. Det står til troende, da parterne har fremlagt beregninger til dokumentation af, at enhver indtjeningsnedgang på engrosniveau, som den manglende roamingadgang ville medføre, opvejes af det indtjeningstab på detailniveau, som ukontrolleret adgang ellers ville føre til. Hvis O2 Germany ikke har mulighed for indenlandsk roaming for 3G-tjenester på T-Mobiles net, bliver selskabet en mindre effektiv konkurrent i etableringsfasen, som næppe ville komme ind på 3G-engros- og -detailmarkedet som konkurrent på landsplan (eller i hvert fald ikke som konkurrent, der tilbyder den bredeste geografiske dækning, som kan forventes på dette tidspunkt). Desuden ville T-Mobile miste de stor-driftsfordele, selskabet får ved at sælge sit nets overskudskapacitet til O2 Germany. Det samme gælder de øvrige fordele i form af øget konkurrence, fordi O2 Germany får adgang til et bredere marked, og i form af nettets

bedre dækning, kvalitet og transmissionshastigheder. Begrænsningen er derfor en nødvendig forudsætning for aftalen og de fordele, den indebærer.

(136) Begrænsningen påvirker på ingen måde parternes ret til at tilbyde tredjemand adgang til deres egne net. Dens omfang er også begrænset i den forstand, at aftalen tillader, at engrosadgang til 3G-taletjenester videresælges til tjenesteudbydere og MVNO'er, der fungerer som tjenesteudbydere, og at engrosadgang til indenlandsk roaming videresælges til MVNO'er med henblik på 3G-datatjenester uden begrænsninger, mens datatjenester ventes at blive et centralt element i 3G-detailmarkederne. Dermed påvirkes konkurrencen kun på 3G-markederne for taletelefoni. I denne forstand står begrænsningen i rimeligt forhold til målsætningen. Derfor er det for nærværende ikke muligt at opnå et tilsvarende resultat ved hjælp af mindre restriktive midler end en begrænsning for videresalg af roamingkapacitet til MVNO'er med henblik på taletelefoni.

Ingen mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser

(137) Aftalen forøger som angivet ovenfor konkurrencen mellem de fire licensindehavende operatører af 3G-net og -tjenester, som har til hensigt at etablere 3G-net i Tyskland, og mellem tjenesteudbydere og MVNO'er, som ikke forudsætter videresalg af roamingkapacitet til taletelefoni.

(138) Aftalen giver også mulighed for reel konkurrence mellem parterne. Selv om hvert selskab baserer en del af sin dækning på roaming, har det stadig kontrol over sit eget basisnet og dermed mulighed for at udbyde differentierede tjenester. I henhold til aftalens punkt 5.6 skal parterne hver især garantere konkurrencen på tjenester parterne imellem ved at sikre, at roamingkunder kun kan få adgang til de samme tjenester og den samme netadgang til tredjemand, som de har på deres eget net, og at de ikke har adgang til de tjenester, der udbydes på fremmednettet, eller til netadgang til tredjemand via fremmednettet.

(139) Hjemnetoperatørens mulighed for at bevare kontrollen over den trafik, som dennes kunder skaber uden for hjemmet, og for at give adgang til tjenester, som ikke er tilgængelige på fremmednettet, styrkes via brugen af CAMEL-teknologi (Customised Application for Mobile network Enhanced Logic), som f.eks. giver mulighed for tilbagekald. Det illustreres ved, at O2 Germany-abonnenter i dag via roaming på T-Mobiles net har adgang til andre lokalitetstilpassede 2G-tjenester end T-Mobiles egne abonnenter på det samme net. For 3G-detailtjenesternes vedkommende får selskaberne i endnu højere grad kontrol over, hvilke tjenester slutbrugere har adgang til via roaming, fordi brugerne ved enhver dataoverførsel tilsluttes det pakkekoblede datanet via deres hjemnet.



- (140) Ansvar for prissætning og fakturering ligger desuden fortsat hos hjemnetoperatøren. Selv om fremmednetoperatøren forsyner hjemnetoperatøren med detaljerede faktureringsoplysninger, er der ikke nogen direkte forbindelse mellem de kommercielle vilkår for tilbuddet om engrosroaming og de specifikke detailtjenester, som er baseret på tilbuddet. Som eksempel kan nævnes den »klikbaserede« fakturering, som O2 Germany, men ikke T-Mobile, tilbyder på 2,5G-tjenester.
- (141) Engrosomkostningerne til 3G-roaming består kun i fremføringsomkostninger, som dog er ganske betydelige, hvortil kommer indholdsomkostningerne, der for de indholdstunge 3G-datatjenesters vedkommende med tiden forventes at stige i forhold til fremføringsomkostningerne. Inden for basisnet kommer operatørernes omkostninger til at afhænge af, hvilke udstyrsleverandører de vælger, hvordan trafikken fremføres på basisnettet (f.eks. via faste kredsløb eller trådløse mikrobølgenet), hvilket forhold der er mellem antallet af brugere og den tilgængelige kapacitet, og hvilke drifts- og vedligeholdelsesomkostninger operatøren har. Sluttelig kan der også forventes en betydelig prisdifferentiering, da der er en vis margen mellem engrostaksterne og de forventede detailtakster, og da størstedelen af trafikken ikke kommer til at foregå via roaming.
- (142) Den hindring, parterne lægger for MVNO'ers mulighed for at konkurrere via videresalg af roamingkapacitet til taletjenester, opvejes således i stor udstrækning af de generelle konkurrencefremmende virkninger af den anmeldte aftale, og der er fortsat mulighed for reel konkurrence mellem parterne. Konkurrencen hæmmes dermed ikke i mærkbar grad på de markeder, som aftalen angives at vedrøre.
- 8.3.4. *Konklusion*
- Kommissionen konkluderer, at alle betingelser er opfyldt for individuel fritagelse i henhold til EF-traktatens artikel 81, stk. 3, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 3, for så vidt angår konkurrencebegrænsningerne som følge af aftalen om engrossalg af indenlandsk 3G-roaming mellem parterne og begrænsningen for videresalg af roamingkapacitet til MVNO'er.
- 8.4. **Fritagelsens varighed**
- (143) I henhold til artikel 8 i forordning nr. 17 og protokol 21 til EØS-aftalen skal Kommissionen træffe en beslutning i henhold til EF-traktatens artikel 81, stk. 3, for et bestemt tidsrum, og der kan knyttes betingelser og/eller påbud til en sådan beslutning.
- (144) De markeder, som aftalens begrænsninger vedrører, er nye markeder, og derfor kan begrænsningernes konsekvenser ikke vurderes for en periode på væsentligt over fem år og under alle omstændigheder ikke længere end frem til den 31. december 2008. I henhold til artikel 6 i forordning nr. 17 kan en beslutning i henhold til EF-traktatens artikel 81, stk. 3, ikke ligge forud for anmeldelsesdatoen. Derfor har nærværende beslutning virkning fra den 6. februar 2002. Varigheden af de enkelte bestanddele af undtagelsen er begrundet nedenfor (betragtning 145 ff.).
- O2 Germanys roaming på T-Mobiles 3G-net inden for det område, som er underlagt lovkravet om dækning af 50 % af befolkningen*
- (145) Forpligtelsen til at dække 50 % af befolkningen vedrører de byområder, som giver de bedste muligheder for infrastrukturkonkurrence. Derfor kan en undtagelse for roaming i sådanne områder kun begrundes, så længe samarbejdet medvirker til at styrke konkurrencen i den indledende etablering af nettet og til at styrke kommerciel lancering og hurtigere ibrugtagning af 3G-detailtjenester.
- (146) For at sikre at O2 Germanys incitament for at opbygge sit eget kvalitetsnet bevares, tager varigheden af undtagelsen udgangspunkt i en gradvis afvikling af roaming inden for området med 50 % dækning efter en fast tidsplan. Denne tidsplan gælder for område 1, 2 og 3, jf. afsnit 4.3.1. Afviklingen starter den 31. december 2005 i område 1, som omfatter større byområder med ca. [...] af den tyske befolkning. Derefter afvikles roaming inden den 31. december 2007 i område 2, der rummer yderligere ca. [...] af den tyske befolkning, og inden den 31. december 2008 i område 3, som tegner sig for ca. [...] af den tyske befolkning. Byerne og regionerne i område 2 og 3 omfatter mindre bymæssige bebyggelser af sekundær økonomisk interesse. Hvad angår underjordiske zoner, kan O2 Germany fortsat roame indtil den 31. december 2008. Medmindre der sker uventede ændringer af de kommercielle eller lovgivningsmæssige vilkår, vil den økonomiske begrundelse for at anvende EF-traktatens artikel 81, stk. 3/EØS-aftalens artikel 53, stk. 3, på roaming i området med 50 % dækning ophøre den 31. december 2008.
- (147) Efter udløbet af hver af de frister, der er anført i afsnit 4.3.1, og efter at have underrettet parterne vil Kommissionen i passende form offentliggøre listerne over byer og regioner i henholdsvis område 1, 2 og 3.

*Gensidig roaming uden for området med 50 % dækning**Artikel 2*

- (148) Da det område, der går ud over det område, der er omfattet af den lovfæstede forpligtelse til at dække 50 % af befolkningen, består af mindre tæt befolkede og kommercielt mindre interessante dele af Tyskland, kan en fritagelse for roaming i dette område begrundes for en længere periode, især i den udstrækning parterne overstiger deres lovfæstede forpligtelser til at dække nogle af de kommercielt mindre attraktive landdistrikter og fjerntliggende egne af landet.
- (149) Imidlertid er de markeder, som aftalens begrænsninger vedrører, nye markeder, og derfor kan begrænsningernes konsekvenser ikke vurderes for en periode på væsentligt over fem år. Kommissionen finder det derfor passende at indrømme en undtagelse indtil den 31. december 2008. Dette udelukker ikke, at den kommercielle og lovgivningsmæssige situation ved udløbet af denne periode kan være sådan, at EF-traktatens artikel 81, stk. 3/ EØS-aftalens artikel 53, stk. 3, forsat gælder for roaming i dele af det område, der går ud over det område, der er omfattet af den lovfæstede forpligtelse til at dække 50 % af befolkningen.

*Restriktionen for videresalg til tale-MVNO'er*

- (150) Restriktionen for videresalg til tale-MVNO'er er nært forbundet med udbud af roaming, idet restriktionen uden udbud af roaming ikke ville tjene noget formål, og uden restriktionen for videresalg ville parterne ikke have aftalt at sælge roamingrettigheder. For at bevare logikken i videresalgsrestriktionen og den kommercielle ligevægt mellem parterne i henhold til aftalen, skal denne forbindelse bevares indtil undtagelsens udløb. Derfor finder Kommissionen det passende at indrømme en undtagelse for restriktionen for videresalg til tale-MVNO'er indtil den 31. december 2008.
- (151) Nærværende beslutning berører ikke anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 og EØS-aftalens artikel 54 —

VEDTAGET FØLGENDE BESLUTNING:

*Artikel 1*

På grundlag af de oplysninger, Kommissionen har til rådighed, har den ingen grund til at gribe ind efter EF-traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, over for bestemmelserne i aftalen af 20. september 2001 og tillægsaftalerne af 20. september 2002, 22. januar 2003 og 21. maj 2003 om (udvidet) deling af anlægspladser mellem T-Mobile og O2 Germany, for så vidt angår de oplysninger, som skal udveksles for at give mulighed for deling af anlægspladser, og for så vidt angår aftalens begrænsning for videresalg af indenlandsk roaming til andre licensindehavende netoperatører.

I henhold til EF-traktatens artikel 81, stk. 3, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 3, og denne beslutnings artikel 3 og 4, erklæres bestemmelserne i EF-traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, hermed uanvendelige på T-Mobiles udbud af indenlandsk 3G-roaming til O2 Germany inden for det område, som er underlagt lovkravet om dækning af 50 % af befolkningen inden den 31. december 2005, i følgende perioder:

- fra den 6. februar 2002 til den 31. december 2005 i de byer, der indgår i område 1<sup>(61)</sup>, med undtagelse af underjordiske zoner
- fra den 6. februar 2002 til den 31. december 2007 i de regioner, der indgår i område 2<sup>(62)</sup>, med undtagelse af underjordiske zoner
- fra den 6. februar 2002 til den 31. december 2008 i de regioner, der indgår i område 3<sup>(63)</sup>, og i underjordiske zoner i de byer og regioner, der indgår i område 1, 2 og 3.

Ved underjordiske zoner forstås ethvert område i byer eller regioner inden for område 1, 2 og 3, som udgør en del af et offentligt underjordisk transportsystem (herunder jernbaner og metroer), underjordiske indkøbscentre, underjordiske parkeringsanlæg, tunneler til køretøjer og fodgængere og alle andre tilsvarende underjordiske zoner samt områder direkte over dem (overfladeniveau), men kun i det omfang, de underjordiske zoner og overfladeniveauet ikke kan adskilles teknisk med henblik på roaming.

*Artikel 3*

I henhold til EF-traktatens artikel 81, stk. 3, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 3, erklæres bestemmelserne i EF-traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, hermed i en periode fra den 6. februar 2002 indtil den 31. december 2008 uanvendelige på:

- udbud af indenlandsk 3G-roaming mellem T-Mobile og O2 Germany uden for det område, som er underlagt lovkravet om dækning af 50 % af befolkningen inden den 31. december 2005, som angivet i aftalens kapitel 3 (afsnit 5-11)

<sup>(61)</sup> Område 1 omfatter [større bymæssige]\* regioner, der dækker ca. [...] af den tyske befolkning, hvor O2 Germany afgiver tilsagn om ikke at roame, og T-Mobile vil udelukke roaming efter den 31. december 2005. Område 1 består af [...]\*

<sup>(62)</sup> Område 2 omfatter [mindre bymæssige]\* regioner [af sekundær kommerciel betydning]\*, der dækker yderligere ca. [...] af den tyske befolkning, hvor O2 Germany afgiver tilsagn om ikke at roame, og T-Mobile vil udelukke roaming efter den 31. december 2007. Område 2 består af [...]\*

<sup>(63)</sup> Område 3 omfatter [mindre bymæssige]\* regioner [af mindre kommerciel betydning]\*, der dækker de resterende ca. [...] af den tyske befolkning, hvor O2 Germany afgiver tilsagn om ikke at roame, og T-Mobile vil udelukke roaming efter den 31. december 2008. Område 3 består af [...]\*

b) begrænsningen for videresalg af rettigheder til indenlandsk 3G-roaming til MVNO'er i aftalens punkt 11.1.b og 11.1.c.

*Artikel 4*

Denne beslutning er rettet til

T-Mobile Deutschland  
Landgrabenweg 151  
D-53227 Bonn

og

O2 Germany & Co OHG  
Georg Brauchle Ring 23-25  
D-80992 München

Udfærdiget i Bruxelles, den 16. juli 2003.

*På Kommissionens vegne*

Mario MONTI

*Medlem af Kommissionen*

---

## KOMMISSIONENS BESLUTNING

af 16. oktober 2003

om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 (Sag COMP D3/35470 — ARA, COMP D3/35473 — ARGEV, ARO)

(meddelt under nummer K(2003) 3703)

(Kun den tyske udgave er autentisk)

(EØS-relevant tekst)

(2004/208/EF)

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER HAR —

under henvisning til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab,

under henvisning til aftalen om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde,

under henvisning til akten vedrørende Østrigs, Finlands og Sveriges tiltrædelse,

under henvisning til Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86<sup>(1)</sup>, senest ændret ved forordning (EF) nr. 1/2003<sup>(2)</sup>, særlig artikel 2, 6 og 8,

under henvisning til de begæringer om negativattest, subsidiært fritagelse, som blev indgivet af Altstoff Recycling Austria AG (ARA) og ARGEV Verpackungsverwertungs-GesmbH (ARGEV) den 30. juni 1994 og af ARA, ARGEV og Altpapier-Recycling-Organisations GmbH den 31. august 2001, med hensyn til de aftaler, der ligger til grund for ARA-ordningen,

under henvisning til klage indgivet af FRS Folien-Rücknahme-Service GmbH &amp; Co KG og Raiffeisen Umweltgesellschaft mbH den 8. maj 1996, hvori der nedlægges påstand om overtrædelser af traktatens artikel 81 og 82, ligesom der anmodes om, at Kommissionen bringer disse overtrædelser til ophør, og som blev genoptaget og uddybet af EVA Erfassen und Verwerten von Altstoffen GmbH den 27. april 2000,

under henvisning til beslutning af 24. juli 2002 om at indlede procedure i denne sag,

efter at have opfordret de pågældende virksomheder til at udtale sig, jf. artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17<sup>(3)</sup>,

efter høring af Det Rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål,

under henvisning til høringskonsulentens afsluttende rapport i denne sag<sup>(4)</sup>, og

ud fra følgende betragtninger:

## SAGSBESKRIVELSE

## I. INDLEDNING

- (1) Den 30. juni 1994 indgav Altstoff Recycling Austria AG (ARA) og ARGEV Verpackungsverwertungs-GesmbH (ARGEV), begge med hjemsted i Wien, Østrig, anmeldelse til EFTA-Tilsynsmyndigheden angående en række aftaler og ansøgte om en negativattest, subsidiært en fritagelse fra kartelforbuddet.
- (2) Ved brev af 21. marts 1995 overdrog EFTA kompetencen til at undersøge de anmeldte aftaler til Kommissionen.
- (3) ARA driver i Østrig en områdedækkende ordning til indsamling og nyttiggørelse af emballage. Ordningen har til formål at opfylde de krav, der stilles i den østrigske emballagelovgivning (forordning fra den østrigske forbundsminister for miljø, ungdom og familie om forebyggelse og genvinding af emballageaffald og indførelse af indsamlings- og genvindingssystemer<sup>(5)</sup>- herefter »emballageforordningen«). Med henblik herpå indgår ARA indsamlingskontrakter med såkaldte branchegenvindingsselskaber (Branchenrecyclinggesellschaften — BRG, herefter »genvindingsselskaber«), som på grundlag heraf får overdraget organiseringen af indsamling, sortering, transport og nyttiggørelse af emballagen. Genvindingsselskaberne, som også omfatter ARGEV, er hver især ansvarlig for bestemte emballagematerialer eller grupper af emballagematerialer. De indgår selv aftaler med virksomheder eller lokale myndigheder, som står for den faktiske indsamling, sortering, transport og nyttiggørelse. ARA og genvindingsselskaberne danner sammen ARA-ordningen.

<sup>(1)</sup> EFT L 13 af 21.2.1962, s. 204/62.<sup>(2)</sup> EFT L 1 af 4.1.2003, s. 1.<sup>(3)</sup> EFT C 252 af 19.10.2002, s. 2.<sup>(4)</sup> EFT C 64 af 12.3.2004.<sup>(5)</sup> BGBl. nr. 648/1996.

(4) Ved brev af 28. august 2001 anmeldte ARA yderligere aftaler til Kommissionen med henblik på at opnå en negativattest eller subsidiært en fritagelse fra kartelforbuddet. Endvidere ansøgte ARA og ARGEV om sammenlægning af deres anmeldelser. Samtidig meddelte Altpapier-Recycling-Organisations GmbH (herefter »ARO«), at selskabet tilsluttede sig den eksisterende anmeldelse som anmelder af aftaler.

(5) Anmeldelsen vedrører aftaler, som alle ligger til grund for ARA-ordningens funktion.

(6) Den 8. maj 1996 indgav FRS Folien-Rücknahme-Service GmbH Co KG og Raiffeisen Umweltgesellschaft mbH en klage til Kommissionen (COMP/A.36011/D3) med hensyn til den påtænkte oprettelse af et joint venture til opbygning af en ordning til indsamling og nyttiggørelse af emballage. Klagen blev imidlertid ikke efterfølgende videreført af de oprindelige klager, da de havde opgivet deres hensigt om i fællesskab at opbygge ordningen. EVA Erfassen und Verwerten von Altstoffen GmbH med hjemsted i Wien (herefter »EVA«) — det joint venture, der i mellemtiden var blevet oprettet — genoptog og supplerede ved brev af 27. april 2000 som ny klager klagen mod selskaberne i ARA-ordningen under henvisning til de aspekter, som allerede var blevet taget op af de tidligere klager. EVA er nu et 100 % ejet datterselskab af INTERSEROH Aktiengesellschaft zur Verwertung von Sekundärrohstoffen med hjemsted i Köln.

(7) Endelig henvendte Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte sig til EFTA-Tilsynsmyndigheden med klage af 24. marts 1994 og — efter at sagen var overdraget til Kommissionen — til Kommissionen, Generaldirektoratet for Konkurrence, med brev af 19. februar 1996 under henvisning til den nævnte klage og fremsatte sine bemærkninger vedrørende ARA-ordningen, som navnlig blev uddybet ved brev af 22. marts 2002.

## II. PARTERNE

(8) ARA-ordningen dækker hele Østrig og tager sigte på indsamling og nyttiggørelse af enhver form for emballagemateriale og emballage (med undtagelse af biogene emballagematerialer) fra husstande, erhverv og industri, såfremt disse er omfattet af emballageforordningen. ARA-ordningen blev oprettet i 1993 på initiativ af det østrigske erhvervsliv med henblik på at gennemføre emballageforordningen. ARA-ordningen, som ikke arbejder med profit for øje, består af ARA og otte økonomisk selvstændige genvindingsselskaber.

(9) ARA organiserer og koordinerer sammen med genvindingsselskaberne indsamling, sortering og nyttiggørelse af transport- og salgsemballage i Østrig. De tilbyder deres serviceydelser til alle østrigske og udenlandske virksomheder, som er direkte berørt af emballageforordningen.

### 1. ARA

(10) ARA er et privatdrevet aktieselskab, som blev oprettet i 1993. ARA's ejer og eneaktionær er Altstoff Recycling Austria Verein (ARA-Verein). Enhver virksomhed, som er direkte berørt af emballageforordningen, samt sammenslutninger af sådanne virksomheder, kan blive medlem af ARA-Verein. Heriblandt hører virksomheder fra emballageindustrien, emballeringsvirksomheder samt handelsvirksomheder. For at undgå interessekonflikter er virksomheder inden for affaldshåndterings- og genbrugssektoren udelukket fra at blive medlemmer. ARA-Verein består af tre grupper — svarende til de interessegrupper, som er berørt af emballageforordningen — dvs. emballeringsvirksomheder/importører, handelsvirksomheder og emballageindustrien. Grupperne er ligeligt repræsenteret i ledelsen, som samtidig udgør ARA's bestyrelse. På nuværende tidspunkt har ARA-Verein ca. 240 medlemmer.

### 2. Genvindingsselskaberne

(11) ARA tager ikke selv den brugte emballage tilbage og nyttiggør den heller ikke selv. Hertil benytter selskabet de genvindingsselskaber, med hvilke det har indgået såkaldte indsamlingskontrakter. På grundlag af disse indsamlingskontrakter forpligter genvindingsselskaberne sig til at forestå indsamling, sortering og/eller nyttiggørelse af den brugte emballage i overensstemmelse med emballageforordningen.

(12) Følgende selskaber i ARA-ordningen optræder over for det kompetente østrigske forbundsministerium som systemoperatør i henhold til § 45, stk. 11, i den østrigske lov om affaldshåndtering<sup>(6)</sup> (AWG) og § 7a i AWG: ARGEV inden for emballage af metal (jern, aluminium) og såkaldt let emballage (træ, keramik, plast, kompositmateriale, tekstilfibre), Österreichischer Kunststoff Kreislauf AG (ÖKK) inden for emballage af plast og tekstilfibre, ARO inden for emballage af papir, karton, pap og bølgepap og Austria Glas Recycling GmbH (AGR) inden for emballage af glas.

(13) Ved afgørelse i henhold til § 7e i AWG har det kompetente østrigske forbundsministerium fastslået med hensyn til ARO, ÖKK, ARGEV og AGR samt Öko-Box Sammel GmbH, som samarbejder med ARA-ordningen, at der foreligger et monopol eller en monopolagtig stilling.

<sup>(6)</sup> BGBl. nr. 102/2002.

- (14) Driften af indsamlings- og nyttiggørelsesordningen gør det muligt for ARA's licenspartnere i henhold til § 3, stk. 5, i emballageforordningen at blive fritaget for tilbagebetalingspligten med hensyn til den emballage, der er omfattet af ordningen. Licenspartnerens rettigheder over for genvindingselskaberne varetages af ARA som administrator.
- (15) Genvindingselskaberne varetager heller ikke umiddelbart deres indsamlings- og nyttiggørelsesopgaver, men indgår til udførelse heraf for alle østrigske regioner, dvs. »politische Bezirke«, kontrakter med private virksomheder (såkaldte regionale partnere), som sørger for den faktiske indsamling. De regionale partnere kan anvende underentreprenører til opfyldelse af deres opgaver. I nogle tilfælde, navnlig i større byer, optræder kommuner også som regionale partnere. Genvindingselskaber er:
- ARGEV Arbeitsgemeinschaft Verpackungsverwertungs-GesmbH
- ÖKK Österreichischer Kunststoff Kreislauf AG (ÖKK)
- Aluminium-Recycling GmbH (ALUREC)
- Arbeitsgemeinschaft Verbundmaterialien GmbH (AVM)
- Verein für Holzpackmittel (VHP)
- Ferropack Recycling GmbH (FERROPACK)
- Altpapier-Recycling-Organisations-gesellschaft mbH
- Austria Glas Recycling GmbH (AGR).
- ARGEV Arbeitsgemeinschaft Verpackungsverwertungs-GesmbH
- (16) ARGEV er ansvarlig for indsamling, sortering og konditionering af emballage af plast, metal, træ, tekstilfibre, keramik og kompositmateriale. ARGEV ejes af ARA (andel på 11 %) og ARGEV-Verein. ARGEV-Verein omfatter ca. 110 medlemmer fra fire medlemsgrupper (producenter/importører, handelsvirksomheder, emballageindustrien/genvindingselskaber, indsamlingsselskaber/nyttiggørelsesvirksomheder). Affaldshåndteringssektoren har ingen stemmeret i foreningens organer (bestyrelse, generalforsamling).
- (17) ARGEV's indsamlingsordninger omfatter en husholdningsordning for let emballage, en husholdningsordning for metalemballage og en erhvervsordning for let emballage og metalemballage.
- (18) I 2000 drev 57 regionale partnere — indsamlingsselskaber, kommunale selskaber og sammenslutninger — indsamlingsordningerne på vegne af ARGEV. På regionalt plan deltog 144 private og kommunale selskaber som indsamlere og 47 sorteringsanlæg og shreddervirksomheder i udførelsen af opgaverne. Siden 2002 har der været 64 regionale partnere.
- (19) ARGEV har indgået samarbejdskontrakter med følgende genvindingselskaber, der er ansvarlige for nyttiggørelsen.
- ÖKK Österreichischer Kunststoff Kreislauf AG (ÖKK)
- (20) ÖKK er ansvarlig for nyttiggørelse af plast- og tekstilemballage. ARA ejer 11 % af andelene i ÖKK. De øvrige 89 % af andelene ejes af foreningen »Österreichischer Kunststoffkreislauf«. Den 31. december 2000 havde foreningen i alt 51 medlemmer. Medlemmerne af foreningen er opdelt i grupper for plastproducenter og -distributører, plastvareproducenter og -distributører, brugere af plastemballage, deltagere i ordningen (konkret ARGEV), organisationer og virksomheder inden for genbrug af plastmaterialer, organisationer og virksomheder inden for affaldshåndteringssektoren. For at undgå interessekonflikter er organisationer og virksomheder inden for genbrug af plastmaterialer og affaldshåndteringssektoren (som til dels har forretningsforbindelse med ÖKK) ikke stemmeberettigede i foreningsudvalget og fuldstændig udelukket fra at deltage i møder vedrørende retshandler mellem foreningens medlemmer og ÖKK.
- (21) Til udførelse af nyttiggørelsesopgaverne har ÖKK indgået kontrakter med nyttiggørelsesvirksomheder og transportører. I 2001 fandtes der 16 nyttiggørelsesvirksomheder for sorteret plast og 8 for blandet plast i Østrig.
- Aluminium-Recycling GmbH (ALUREC)
- (22) Aluminium-Recycling GmbH (ALUREC) er ansvarlig for nyttiggørelse af den aluminiumemballage, som indsamles af ARGEV. ALUREC ejes af aluminiumproducenterne Austria Metall AG (AMAG) og Salzburger Aluminium AG (SAG). De øvrige ejere er emballageproducenter.
- (23) Aluminiumemballagen nyttiggøres i AMAG's og SAG's to eneste østrigske nyttiggørelsesvirksomheder. Aluminiumindtægterne genforhandles hvert år og er via en procentnøgle bundet til den sekundære notering for aluminium på London Metall Exchange.
- Arbeitsgemeinschaft Verbundmaterialien GmbH (AVM)
- (24) Arbeitsgemeinschaft Verbundmaterialien GmbH (AVM) er ansvarlig for nyttiggørelse af emballage af kompositmateriale med undtagelse af kompositemballage til drikkevarer. ARO og ÖKK ejer hver især 50 % af selskabet. AVM forestår organiseringen af nyttiggørelsen af materialerne i nært samarbejde med ÖKK.

*Verein für Holzpackmittel (VHP)*

- (25) Verein für Holzpackmittel (VHP) er ansvarlig for nyttiggørelse, til dels også indsamling, af emballage af træ. Foreningen har på nuværende tidspunkt 16 medlemmer. Der er i den forbindelse tale om østrigske producenter og forhandlere af træemballage.

*Ferropack Recycling GmbH (FERROPACK)*

- (26) Ferropack Recycling GmbH (FERROPACK) er ansvarlig for nyttiggørelse af den emballage af jernmetaller, dvs. hvidblik og stål, som ARGEV indsamler. Verein für Metallrecycling FerroPack er ene-ejer af FERROPACK. Foreningen har på nuværende tidspunkt seks medlemmer, og der er i den forbindelse tale om de østrigske producenter af emballage af hvidblik og stål.

*Altpapier-Recycling-Organisations-gesellschaft mbH*

- (27) ARO er ansvarlig for indsamling og nyttiggørelse af emballage af papir, karton, pap og bølgepap (såkaldt materialegruppe »PKK«). ARA ejer 11 % af andelen i ARO. 28 % af de øvrige andele ejes af papirproducerende virksomheder, 27 % af afsvævningsanlæg og ca. 34 % af den papirforarbejdende industri. ARO's i alt 17 ejere ejer hver især mindre end 17 % af selskabet.
- (28) ARO har i hele Østrig indgået aftaler med 538 lokale myndigheder vedrørende indsamling i nærheden af husstandene og med 79 indsamlingsselskaber med hensyn til alle aktiviteter i forbindelse med indsamlingen hos handelsvirksomheder, erhverv og industri.

*Austria Glas Recycling GmbH (AGR)*

- (29) Austria Glas Recycling GmbH (AGR) er ansvarlig for indsamling og nyttiggørelse af emballage af glas. ARA ejer 11 % af andelen i AGR. De to østrigske glasproducenter Vetropack Austria GmbH og Stözlze Oberglas GmbH ejer hver halvdelen af de øvrige 89 %.
- (30) AGR's områdedækkende indsamlingsordning er hovedsagelig etableret som bringeordning med containere på centrale standpladser. AGR arbejder tæt sammen med kommuner og over 30 private indsamlingsselskaber.

**III. DE RETLIGE RAMMER**

- (31) Den 1. december 1996 trådte den østrigske emballageforordning i kraft i Østrig. Den er baseret på AWG og tjener til at gennemføre Europa-Parlamentets og Rådets

direktiv 94/62/EF af 20. december 1994 om emballage og emballageaffald (7). Der er tale om den nye emballageforordning, der ændrede den første emballageforordning, som trådte i kraft i oktober 1993 (8).

- (32) Formålet med emballageforordningen er at forebygge eller mindske miljøbelastningen fra affald og emballage. I henhold til § 1, stk. 1, i emballageforordningen er producenter, importører, emballeringsvirksomheder, distributører samt endelige forbrugere omfattet af emballageforordningen. I henhold til § 3 i emballageforordningen er producenter, importører, emballeringsvirksomheder og distributører af transport- og salgsemballage forpligtet til vederlagsfrit at tage emballage, som de har markedsført, tilbage efter brug og tilbagelevere den til en i givet fald tilbagetagningspligtig virksomhed i et tidligere led, genanvende den eller nyttiggøre den på grundlag af den bedste foreliggende teknologi.
- (33) I henhold til § 12 i emballageforordningen er også producenter, importører, emballeringsvirksomheder og distributører af multipakemballage forpligtet til vederlagsfrit at tage emballage, som de har markedsført, og som de ikke selv er endelige forbrugere af, tilbage efter brug og tilbagelevere den til en i givet fald tilbagetagningspligtig virksomhed i et tidligere led, genanvende den eller nyttiggøre den på grundlag af den bedste foreliggende teknologi. Den tilbagetagningspligtige virksomhed kan opfylde sine forpligtelser via tredjemand. Disse forpligtelser gælder lige fra slutdistributøren i alle distributionsled til den indenlandske producent eller importør. Multipakemballage kan af den endelige forbruger ved erhvervelsen af den emballerede vare efterlades på eller i nærheden af leveringsstedet. Efterlader den endelige forbruger ikke multipakemballagen, gælder bestemmelserne for salgsemballage på tilsvarende måde.

- (34) Producenter, importører, emballeringsvirksomheder og distributører er i henhold til § 3, stk. 3, i emballageforordningen forpligtet til vederlagsfrit at tilbagetage brugt salgsemballage fra den endelige forbruger i nærheden af leveringsstedet, idet denne forpligtelse er begrænset til emballage af samme art, form og størrelse fra varer og produkter, som markedsføres.

- (35) Ejere af virksomheder, hvor der fremkommer bestemte minimumsmængder af emballageaffald, kan ansøge om optagelse i et register over storproducenter af emballageaffald (Großanfallstellenregister), hvilket medfører, at de internt i virksomheden skal sørge for opsamling og genbrug eller nyttiggørelse af emballagen (§ 8 i emballageforordningen).

(7) EFT L 365 af 31.12.1994, s. 10.

(8) BGBl. nr. 645/1992

- (36) I det omfang, hvori producenter, importører og emballeringsvirksomheder deltager i en indsamlings- og nyttiggørelsesordning, overgår i henhold til § 3, stk. 5, i emballageforordningen forpligtelserne med hensyn til tilbagetagning og nyttiggørelse af transport- og salgsemballage også for de tidligere og efterfølgende distributionsled til operatøren af denne ordning i det. Det samme gælder i henhold til § 4 i emballageforordningen for distributører, som også afleverer transport- og salgsemballage til endelige forbrugere (slutdistributører). Der tales i denne forbindelse sædvanligvis om, at producenterne, importørerne og emballeringsvirksomhederne »fritages for deres tilbagetagningspligt« (Entpflichtung) via systemoperatøren
- (37) I henhold til § 11 i emballageforordningen skal en sådan indsamlings- og nyttiggørelsesordning for transport- og salgsemballage sikre indsamling og nyttiggørelse af de emballagematerialer, for hvilke der blev indgået kontrakter med de tilbagetagningspligtige virksomheder.
- (38) Det er i princippet ikke lovbeftet at deltage i en sådan indsamlingsordning (se dog betragtning 43). Virksomheder, der ikke deltager, er i princippet fortsat omfattet af den individuelle tilbagetagningspligt. Indsamlings- og nyttiggørelsesordningerne er dog forpligtet til inden for rammerne af deres virkeområde at indgå aftaler med enhver tilbagetagningspligtig virksomhed, såfremt denne ønsker det, og det er sagligt begrundet. Indsamlings- og nyttiggørelsesordningernes virkeområde omfatter emballage, der ender hos private husstande samt inden for erhverv og industri. Der er ingen forpligtelse til at forsyne emballage, der er omfattet af indsamlings- og nyttiggørelsesordningen, med en særskilt mærkning.
- (39) Oprettelsen eller en væsentlig ændring af indsamlings- og nyttiggørelsesordninger skal i henhold til § 29, stk. 1, i AWG godkendes af den kompetente forbundsminister. Efter godkendelsen er ordningerne fortsat underlagt dennes tilsyn (§ 31, i AWG). Ministeren støttes i den forbindelse af en ekspertgruppe (§ 34, i AWG) og en styrelse af en ekspertgruppe (§ 35, i AWG). Der eksisterer for husholdnings- og erhvervsordninger delvist forskellige lovkrav.
- (40) § 32 i AWG indeholder særlige pligter for indsamlings- og nyttiggørelsesordninger i nærheden af husstandene. Disse skal tilstræbe så høj en deltagelsesprocent som muligt (§ 32, stk. 1 AWG), indgå aftaler med hver enkelt af de i henhold til emballageforordningen tilbagetagningspligtige virksomheder, såfremt den tilbagetagningspligtige virksomhed ønsker det, og det er sagligt begrundet (§ 32, stk. 2, i AWG) og er omfattet af særlige indberetningsforpligtelser (§ 32, stk. 4, i AWG). Ligeledes er de offentlige myndigheders tilsyns- og kontrolmuligheder i forhold til disse ordninger i henhold til § 35, i AWG, udformet væsentligt mere intensive end i forhold til de ordninger, som alene tilbyder indsamling og nyttiggørelse i erhvervssektoren.
- (41) § 32, stk. 3, i AWG, vedrører indsamlings- og nyttiggørelsesordninger i nærheden af husstandene, som ud over aktiviteter i husstandene også udøver et forretningsområde vedrørende affald, der ender i erhvervssektoren. I dette tilfælde må de ikke tværsubventionere erhvervsområdet og skal gennem en passende organisatorisk eller regnskabsmæssig adskillelse af forretningsområderne sikre gennemsigtighed med hensyn til betalings- og tjenestestrømme mellem disse aktivitetsområder.
- (42) Både tilbagetagningspligtige virksomheder, som ikke deltager i en ordning, og indsamlings- og nyttiggørelsesordninger skal opfylde bestemte indsamlings- og nyttiggørelseskvoter. I henhold til § 11, stk. 7, i emballageforordningen skal der i godkendelsen i forbindelse med indsamlings- og nyttiggørelsesordninger fastsættes bestemte indsamlings- og nyttiggørelseskvoter, for så vidt som det er i overensstemmelse med miljøbeskyttelseskravene, er samfundsøkonomisk relevant samt hensigtsmæssigt. I henhold til § 3, stk. 6, i emballageforordningen gælder der med hensyn til tilbagetagning og nyttiggørelse for producenter, importører og emballeringsvirksomheder som omhandlet i § 3, stk. 4, i emballageforordningen samt slutdistributører som omhandlet i § 4 i emballageforordningen og alle efterfølgende distributionsled en bestemt dokumentationspligt samt emballagespecifikke tilbagetagnings- og nyttiggørelseskvoter for emballage, som ikke deltager i en indsamlings- og nyttiggørelsesordning, eller hvor der ikke foreligger en undtagelse i henhold til § 7 i emballageforordningen.
- (43) I henhold til § 3, stk. 9, i emballageforordningen er det obligatorisk at deltage i en indsamlings- og nyttiggørelsesordning, hvis der ikke fremlægges dokumentation med hensyn til tilbagetagningspligten på grundlag af § 3, stk. 6, i emballageforordningen.
- (44) På anmodning fra Kommissionen har Østrig i sine bemærkninger af 15. januar 2003 oplyst, at det i henhold til AWG, emballageforordningen og i forbindelse dermed vedtagne afgørelser er muligt, ud over den allerede eksisterende ordning, at tillade yderligere ordninger for indsamling og nyttiggørelse af emballageaffald, der ender i private husstande.
- (45) Ligeledes var det efter de nævnte normer ved indsamling af emballageaffald fra private husstande tilladt konkurrenter at benytte ARA-ordningens eksisterende containere. Det var nemlig i praksis ikke muligt for ARA-ordningens konkurrenter at opstille yderligere containere hos de endelige forbrugere på grund af pladsmangel og af fredningshensyn.



- (46) Det er imidlertid Østrigs opfattelse, at enhver indsamlings- og nyttiggørelsesordning skal dokumentere indsamling og nyttiggørelse af emballageaffald, som indgår i ordningen. Derfor skal der efter indsamlingen i den fælles container ske en sortering af emballagen alt efter tilhørsforhold til en bestemt ordning.

#### IV. DE ANMELDTE AFTALER

- (47) ARA og ARGEV har anmeldt følgende aftaler:

- fritagelses- og licensaftalerne mellem ARA og de virksomheder, der er tilbagetagningspligtige efter emballageforordningen (uden takstoversigt)
- indsamlingskontrakten mellem ARA og ARGEV som standardkontrakt for de indsamlingskontrakter, der blev indgået mellem ARA og følgende genvindingsselskaber, der var anført i bilaget til anmeldelsen: ARGEV, AVM, ARO, AGR, ALUREC, Verein für Holzpackmittel, FERROPACK, ÖKK
- indsamlings- eller samarbejdskontrakten mellem ARGEV og ÖKK samt mellem ARGEV og ALUREC som standardkontrakt for de kontrakter, der blev indgået mellem ARGEV og ÖKK, ALUREC, FERROPACK og VHP og
- ARGEV's og ARO's kontrakter med deres respektive regionale indsamlingspartnere.

##### 1. Fritagelses- og licensaftalerne

- (48) Deltagelsen i ARA-ordningen sker efter ophøret af den fritagelses- og licensaftale, hvorved den kontraherende virksomhed overdrager sin forpligtelse i henhold til emballageforordningen mod betaling af en afgift til ARA-ordningen og derved »fritages«. Der findes følgende varianter af standardkontrakten:

- en fritagelses- og licensaftale for transport-, salgs- og multipakemballage (ELV) og
- en fritagelses- og licensaftale for serviceemballage.

- (49) Licenspartnere med en lav årlig licensafgift kan indgå en »tillægsaftale for små emballagemængder«. Virksomheder, som har hjemsted i medlemsstater, kan blive ARA-licenspartner ved at indgå en »tillægsaftale for udenlandske licenspartnere fra EU-stater«.

##### 1.1. Fritagelses- og licensaftale for transport-, salgs- og multipakemballage (ELV)

- (50) ELV fastsætter i afsnit I, pkt. 1, ARA's rolle som licenspartnerens administrator, der varetager licenspartnerens interesser over for genvindingsselskaberne. Licenspartnerne giver ARA i opdrag og bemyndigelse til i deres interesse at indgå så fordelagtige indsamlingskontrakter som muligt med genvindingsselskaberne. I indsamlingskontrakterne forpligtes genvindingsselskaberne til at sørge for en i overensstemmelse med emballagefor-

ordningen saglig og faglig korrekt indsamling og/eller nyttiggørelse (alt efter genvindingsselskab) af al emballage, hvor der foreligger indsamlings- og/eller nyttiggørelsesgarantier. Licenspartnerens rettigheder over for genvindingsselskaberne varetages udelukkende af ARA som administrator i eget navn, men for licenspartnerens regning og i dennes interesse. Som genvindingsselskaberne aftalepartner modtager ARA ganske vist disses ydelser i eget navn, men for licenspartnerens regning og i dennes interesse.

- (51) I henhold til afsnit I, pkt. 2, er licenspartneren forpligtet til i aftalens løbetid at deltage i ARA-ordningens indsamlings- og nyttiggørelsesordninger med hensyn til al emballage, som er omfattet af emballageforordningen, og hvor der foreligger indsamlings- og nyttiggørelsesgarantier. En undtagelse herfra findes kun med hensyn til emballage, hvor det kan dokumenteres, at der allerede er sket fritagelse i et andet led, eller at licenspartneren selv eller en af denne bemyndigede tredjemand sørger for indsamling og nyttiggørelse i overensstemmelse med loven uden direkte eller indirekte brug af ARA-ordningen.

- (52) ARA har meddelt, at det som dokumentation for brugen af en parallel fritagelsesordning er tilstrækkeligt, at der foreligger en bekræftelse herfor, som i henhold til § 3, stk. 5, i emballageforordningen skal udstedes til licenspartnerne af operatøren af godkendte indsamlings- og nyttiggørelsesordninger. Med hensyn til emballage, der indsamles som led i en individuel indsamlingsordning, er det tilstrækkeligt for ARA, at der forelægges den dokumentation for tilbagetagning, som i henhold til § 3, stk. 6, pkt. 2, i emballageforordningen skal tilvejebringes i forbindelse med individuelle indsamlingsordninger og forelægges miljøministeriet.

- (53) I henhold til afsnit I, pkt. 4, giver ARA licenspartneren ret til i aftalens løbetid at anvende »Der Grüne Punkt«-mærket, der er beskyttet som mærke for Duales System Deutschland AG (DSD), som mærke for deltagelsen i ARA-ordningens indsamlings- og nyttiggørelsesordninger. Retten til at anvende mærket kan til enhver tid tilbagekaldes af ARA, er geografisk begrænset til Østrigs område og kan ikke overdrages. Mærkningen af emballage skal ske på en ikke vildledende måde. Anvendelsen skal til stadighed ske på en måde, der tager hensyn til de interesser, der knytter sig til mærket. Licenspartneren skal tage til efterretning, at anvendelsen af mærket i udlandet kan være betinget af, at dette godkendes af en part, der dér har rettigheder med hensyn til udnyttelsen af mærket. Betalingen af licensafgifter til ARA er ikke ensbetydende med en godkendelse fra DSD eller en anden udenlandsk udnyttelsesberettiget part til at udnytte mærket. Der er ingen forpligtelse til, at den emballage, der deltager i ARA-ordningen, skal forsynes med »Der Grüne Punkt«-mærket.

- (54) Afsnit II regulerer beregningen og betalingen af licensafgiften. I henhold til pkt. 1 beregnes den afgift, som licenspartneren skal betale, på grundlag af den emballage, som den pågældende har markedsført i Østrig (afsnit I, pkt. 2, se betragtning 51). Licenspartneren forpligter sig til for hver emballagemateriale at oplyse den af aftalen omfattende emballage og anvende disse værdier til beregningen af den licensafgift, der skal betales. Licensafgifterne beregnes på grundlag af de afgiftssatser, som ARA offentliggør, og som i henhold til pkt. 5 højst en gang årligt kan ændres af ARA under overholdelse af en forudgående frist på tre måneder. I tilfælde af en væsentlig ændring af omkostningssituationen eller grundlaget for antagelserne for beregningen af licensafgifternes størrelse er der mulighed for ekstraordinære tilpasninger af licensafgifterne. I henhold til pkt. 10 modtager licenspartneren senest den 1. marts hvert år en årsopgørelse fra ARA, hvori al emballage, som licenspartneren i det forløbne år har indberettet, er anført for hvert emballagemateriale. Licenspartneren har ret til med tilbagevirkende kraft at ændre sine indberetninger for det løbende kalenderår og anmode om en regulering af licensafgiften i overensstemmelse hermed. ARA har i denne henseende meddelt, at årsopgørelsen dermed giver licenspartneren mulighed for efterfølgende at foretage en justering af indberetningerne til det aktuelle omfang af den pågældendes individuelle indsamling. ARA forbeholder sig på sin side ret til kun at foretage en regulering af licensafgiften, såfremt der fremlægges dokumentation med hensyn til ændringerne af årsopgørelsen.
- (55) Ifølge ARA havde licenspartnerens betalingsforpligtelse i afsnit II aldrig været en afgift for udnyttelsen af mærket (dvs. til gengæld for retten til at udnytte »Der Grüne Punkt«-mærket på emballagen), men altid en afgift for den fritagelsesydelse, der blev leveret via ordningen. I overensstemmelse hermed skal afsnit II, pkt. 1, forstås og bliver forvaltet på den måde, at licensafgiften kun skal betales for den emballage, hvor licenspartnerne tilstræber en fritagelse via ordningen. Dette princip gennemføres ved, at licenspartnerne hver måned eller hvert kvartal i henhold til afsnit II, pkt. 4, til ARA kun indberetter den emballage, hvor de hverken gør brug af en individuel indsamlingsordning eller deltager i en parallel fritagelsesordning. Dette går så vidt, at der hos ARA også findes »tomme indberetninger«, dvs. virksomheder, som fastholder deres ELV, men i en vis periode ikke ønsker at lade emballage være omfattet af ARA-ordningen og anfører »nul« i deres indberetninger i forbindelse den licenserede emballage, der er markedsført.
- (56) ARA har endvidere meddelt, at der efter selskabets opfattelse ikke er noget til hinder for, at emballage, der ikke er licenseret af ARA, er forsynet med »Der Grüne Punkt«-mærket, så længe det dokumenteres, at denne emballage indsamles og nyttiggøres i overensstemmelse med forordningen, og ARA kan kontrollere dette. ARA har i den henseende afgivet det andet tilsagn, der er anført i afsnit 5. I henhold til afsnit III er aftalen indgået på ubestemt tid. Licenspartneren har ret til at opsigte aftalen til udgangen af hvert kalenderår under overholdelse af et opsigelsesvarsel på seks måneder. ARA giver afkald på en almindelig opsigelsesret. Såfremt der foreligger en vægtig grund, har begge parter en særlig opsigelsesret.
- (57) Afsnit IV indeholder ARA's oplysnings- og kontrolrettigheder og pligter. ARA fører tilsyn med licenspartnerens fritagelse for tilbagetagningspligten via genvindingsselskaberne og disses indsamlingspartnere. Selskabet kan kontrollere rigtigheden af licenspartnerens indberetninger, f.eks. gennem indsigt i forretningspapirer i denne henseende.

#### 1.2. Fritagelses- og licensaftale for serviceemballage

- (58) Fritagelses- og licensaftalen for serviceemballage adskiller sig fra standardaftalen for transport- og salgsemballage, for så vidt som afsnit I, pkt. 2, i fritagelses- og licensaftalen for serviceemballage forpligter licenspartneren til at deltage i ARA-ordningen med hensyn til al emballage, som er omfattet af emballageforordningen, og hvor der for det første foreligger indsamlings- og/eller nyttiggørelsesgarantier fra genvindingsselskabernes side, og kunderne for det andet ønsker en fritagelse via den pågældende. Licenspartneren kan derfor alt efter kundernes ønsker også indgå en fritagelses- og licensaftale for kun dele af sin serviceemballage uden at være nødt til at fremlægge dokumentation i overensstemmelse med afsnit 1, pkt. 2, andet punktum, i ELV med hensyn til emballage, hvor der allerede er sket fritagelse i et andet led, eller hvor indsamling og nyttiggørelse finder sted i overensstemmelse med loven uden brug af ARA-ordningen. Fritagelses- og licensaftalen for serviceemballage er således formuleret mere åbent.

#### 1.3. Tillægsaftale for små emballagemængder

- (59) Såfremt ARA og licenspartneren forventer, at licenspartnerens årlige licensafgift i overensstemmelse med afsnit II i ELV udgør mindre end 1 817 EUR (ekskl. moms), kan der indgås en »tillægsaftale for små emballagemængder«. Herved aftales en forenkling af de administrative procedurer med hensyn til betingelserne for indberetningen af emballagemængder og betalingen af licensafgiften.

#### 1.4. Tillægsaftale for udenlandske licenspartnere fra EU-stater

- (60) I henhold til afsnit 5 i tillægsaftalen har også ARA en almindelig ret til at opsigse ELV (afsnit III, pkt. 1, i ELV). Som begrundelse herfor har ARA anført, at det er vanskeligere at udøve kontrol med licenspartnere i udlandet. Derudover er håndhævelsen også vanskeligere i udlandet. Den almindelige opsigelsesret tjener som et retsmiddel i de tilfælde, hvor ARA har en konkret anledning til at formode, at aftalepartnere ikke opfylder sine aftalemæssige forpligtelser korrekt, men dette på grund af bevisvanskelighederne i udlandet ikke kan påvises, som en ekstraordinær opsigelse af aftalen ifølge ELV ville kræve.

## 2. Indsamlingskontrakterne

### 2.1. Forholdet mellem ARA og genvindingsselskaberne

- (61) ARA har i perioden mellem den 25. august 1993 og den 30. september 1993 indgået en indsamlingskontrakt med samtlige genvindingsselskaber, som omfatter hele Østrigs område. Kontrakten med ARGEV blev anmeldt som standardkontrakt.
- (62) Kontraktens genstand er i henhold til § 1, stk. 1, indsamling af den emballage, der for hvert genvindingsselskab er anført i garantierklæringerne (bilag 2 til indsamlingskontrakten). Aktiviteterne omfatter indsamling, transport samt sortering og konditionering i overensstemmelse med emballageforordningen og under hensyntagen til den rammeaftale, som ARA har indgået med de lokale myndigheder (bilag 3 til kontrakten); navnlig skal — mindst — de mål og kvoter, der er angivet i emballageforordningen, nås forholdsmæssigt. ARA aftager efter § 1, stk. 3, genvindingsselskabernes indsamlingstjenester i eget navn, men i licenstagernes interesse og for disses regning; selskabet optræder således som administrator for licenstagere. Genvindingsselskaberne er efter § 1, stk. 5, forpligtet til vederlagsfrit at tilbagetage eller modtage al emballage, for hvilken der foreligger en kontrakt mellem ARA og licenstagere. Som bevis for betalingen af licensafgiften gælder »Der Grüne Punkt«-mærket, som ARA har tildelt, og som er beskyttet som varemærke. ARA har i denne forbindelse præciseret, at § 1, stk. 5, ikke har nogen praktisk betydning. Navnlig anvender selskaberne i ARA-ordningen helt andre afgrænsningsmetoder end »Der Grüne Punkt« til at afgøre, om en emballage må afleveres til ARA-ordningen eller ej. Der er ikke knyttet retlige konsekvenser til bestemmelsen.
- (63) Såfremt genvindingsselskabet anvender underentreprenører til udførelse af deres indsamlingstjenester, skal disse i henhold til § 4 forpligtes til at opfylde genvindingsselskabets kontraktlige forpligtelser i denne henseende. Genvindingsselskabet skal indgå nye kontrakter med underentreprenører efter principperne om fri konkurrence og under overholdelse af økonomisk gennemsigtige kriterier. I den forbindelse skal der imidlertid tages hensyn til bestemmelserne i de rammeaftaler om udvælgelsen af indsamler/sorteringsvirksomhed, som ARA har indgået med de lokale myndigheder. Endvidere skal genvindingsselskabet indgå nye kontrakter med underentreprenører efter forudgående udbud. ARA har ret til at få indsigt i udbudsdokumenterne og tilbuddene.
- (64) I henhold til § 5 har genvindingsselskabet eksklusivitet i kontraktens løbetid i aftaleområdet, dvs. hele Østrigs område. Genvindingsselskabet forpligter sig til ikke at oprette, drive eller deltage i en anden indsamlings- eller nyttiggørelsesordning i henhold til emballageforordningen end ARA-ordningen og ikke udføre aktive indsamlingstjenester, som er omfattet af andre genvindingsselskabers ansvarsområde. Genvindingsselskabet anerkender ARA's rolle som udelukkende mellemed mellem genvindingsselskabet og licenstagere, men afskæres derved ikke fra at føre direkte drøftelser med licenstagere og indgå aftaler, såfremt dette er nødvendigt for at opfylde deres kontraktlige forpligtelser; genvindingsselskabet må ikke indgå aftaler med licenstagere, som fører til, at licenstagere fritages for sin tilbagetagningspligt.
- (65) I henhold til § 6 består betalingen for genvindingsselskabets indsamlingstjenester i den andel af licensafgifterne, som ARA på grundlag af omkostningerne opkræver for deres ydelser, minus et tillæg, som ARA har krav på. Konkret beregnes betalingen på grundlag af de omkostninger, som nødvendigvis opstår i forbindelse med indsamlingen af den brugte emballage. I henhold til § 6, stk. 4, må der ikke ske krydssubsidiering mellem genvindingsselskaberne og ARA i beregningen på grundlag af emballagematerialer. Krydssubsidiering defineres som en fastsættelse af betalingen, som ikke er omkostningsægte, og som medfører, at et emballagemateriale stilles bedre eller ringere end et andet emballagemateriale (§ 6, stk. 4). Betalingen fastsættes på forhånd af ARA på forslag af genvindingsselskabet for principielt et kalenderår ad gangen. § 6, stk. 13, indeholder en såkaldt mestbegunstigelsesklausul, hvorefter genvindingsselskabet indrømmer ARA mestbegunstigelse i form af, at det ikke vil tilbyde eller udføre tjenester, der er sammenlignelige med de i kontrakten fastsatte indsamlingstjenester, eller dele af sådanne sammenlignelige tjenester for tredjemand på mere fordelagtige vilkår end for ARA eller selskabets licenstagere.
- (66) Kontrakten mellem ARA og genvindingsselskabet indgås på ubestemt tid. Genvindingsselskabet er forpligtet til at udføre de i kontrakten fastsatte indsamlingstjenester fra den 1. december 1993. Kontraktforholdet kan i henhold til § 7B opsiges af hver part med et opsigelsesvarsel på 12 måneder til udgangen af hvert kalenderår. Parternes almindelige opsigelsesret gælder først fra den 31. december 2000. I tilfælde af, at en anden virksomhed tilbyder ARA billigere tjenester, havde ARA på visse betingelser allerede en opsigelsesret inden den 31. december 2000.

- (67) Ved aftale af 23. januar 2001 har ARA aftalt med såvel ARGEV som ARO, at de indsamlingskontrakter, der er indgået med disse to genvindingsselskaber mellem den 24. august 1993 og den 30. september 1993, ikke er omfattet af den almindelige opsigelsesret inden den 31. december 2003. § 7C fastsætter ret til opsigelse uden varsel af vægtige grunde. Kontrakten ophører bl.a. uden varsel, hvis kontrakten eller ARA-ordningen ikke opnår en nødvendig kartelretlig godkendelse.
- (68) I henhold til § 11 indrømmes ARA ret til inden for normal arbejdstid efter forudgående aftale at udøve tilsyn med genvindingsselskabets indsamlingssteder eller andre driftssteder, der er omfattet af kontrakten. Der er ligeledes en sådan ret til at udøve tilsyn med hensyn til genvindingsselskabets underentreprenører. Der er tillige fastsat ret til efter forudgående aftale at få indsigt i genvindingsselskabets forretningspapirer, såfremt ARA anser dette for nødvendigt for at kunne kontrollere, om genvindingsselskabet afvikler kontrakten korrekt. I henhold til § 12 har genvindingsselskabet også oplysnings- og indsigtret.
- (69) § 13 fastsætter gensidige indberetningsforpligtelser for parterne: Genvindingsselskaberne skal forelægge ARA kvartalsvise og årlige indberetninger vedrørende deres indsamlingstjenester, mens ARA er forpligtet til løbende at holde genvindingsselskabet orienteret om antallet og omfanget af aftaler, der er indgået med licenstagere, samt de emballagemængder, som licenstagere har markedsført.
- (70) Eventuelle uoverensstemmelser mellem parterne afgøres i henhold til § 14 af en voldgiftsinstans eller en voldgiftsret.
- (71) I henhold til § 15 skal de genvindingsselskaber, der er ansvarlige for den pågældende materialegruppe, sørge for nyttiggørelsen af emballagen. Med henblik herpå er ARA forpligtet til med hvert af disse genvindingsselskaber at indgå en i det væsentlige identisk indsamlingskontrakt, der som genvindingsselskabernes indsamlingstjeneste fastsætter nyttiggørelsen af den nævnte emballage. Endvidere er det fastsat, at der mellem ARGEV og de forskellige genvindingsselskaber, der er ansvarlige for nyttiggørelsen, indgås en kontrakt, som regulerer det indbyrdes forhold mellem de to selskaber, for så vidt angår de indsamlingstjenester, som dels ARGEV, dels det ansvarlige genvindingsselskab skal udføre for ARA. På grundlag af denne kontrakt skal det navnlig sikres, at ARGEV og genvindingsselskabet tilsammen sørger for en fuldstændig affaldshåndtering — lige fra indsamling over transport og sortering til nyttiggørelse — og at der mellem ARGEV og genvindingsselskabet ikke opstår nogen huller i denne forbindelse.
- 2.2. *Forholdet mellem genvindingsselskaberne indbyrdes*
- (72) Da ARGEV kun er ansvarlig for organiseringen af indsamling og sortering, har selskabet indgået samarbejdskontrakter med andre genvindingsselskaber (ÖKK, ALUREC, FERROPACK, AVM og VHP), som er ansvarlige for organiseringen af nyttiggørelsen. ARGEV's kontrakter med ÖKK og ALUREC blev anmeldt som standardkontrakter.
- (a) *Samarbejdskontrakt mellem ARGEV og ÖKK*
- (73) Kontrakten, der blev indgået den 9. marts 1994, regulerer forholdet mellem ARGEV og ÖKK med hensyn til afgrænsningen og den ubrudte udførelse af de indsamlingstjenester, som dels ARGEV, dels ÖKK skal udføre for ARA.
- (74) I henhold til afsnit 1, pkt. 1.2, organiserer ARGEV opbygningen og den kontinuerlige drift af en område-dækkende indsamlings-, sorterings- og konditioneringsordning for emballage; selskabet forpligter sig over for ÖKK til løbende at overdrage alt sorteret emballage, der indsamles som led i ARGEV's indsamlingsordning. ÖKK organiserer en tilstrækkelig og egnet nyttiggørelseskapacitet og mulighed for midlertidig oplagring samt transporten mellem den enkelte ARGEV-partner og nyttiggørelsesvirksomheden eller anlægget til midlertidig oplagring.
- (75) I henhold til afsnit 2 garanterer ÖKK over for ARGEV, at selskabet vil aftage den emballage, som ARGEV eller selskabets aftalepartnere indsamler i overensstemmelse med aftalen. Kontrakten vedrører endvidere forpligtelser med hensyn til overdragelse og modtagelse af genbrugs-materialer og emballagens kvalitet, dokumentation for licensering, grundlaget for beregningen af ARA's licensafgifter, en informations- og tavshedspligt samt en aftale om voldgift.
- (76) I afsnit 4 er det fastsat, at ARGEV erhverver ejendomsretten til den emballage, der indsamles som led i selskabets ordning. Når emballage, der er i overensstemmelse med specifikationerne, aftages af anlægget til midlertidig oplagring eller nyttiggørelsesvirksomheden, overgår ejendomsretten til emballagen til ÖKK.
- (77) I henhold til afsnit 15 forpligter aftaleparterne sig i kontraktens løbetid til ikke at oprette, drive eller deltage i en anden indsamlings- og nyttiggørelsesordning i henhold til emballageforordningen end ARA-ordningen, medmindre den anden aftalepartner udtrykkeligt godkender dette. ARGEV forpligter sig desuden til i kontraktens løbetid ikke at videregive emballagen til tredjemand uden ÖKK's godkendelse. Tilsvarende forpligter ÖKK sig til ikke at modtage emballage fra tredjemand uden ARGEV's godkendelse. Udtrykkeligt undtaget fra denne eksklusivitet er gensidige aftaler med såkaldte individuelle indsamlingsordninger, såfremt dette er i overensstemmelse med de indsamlingskontrakter, der er indgået med ARA. Endvidere forpligter aftalepartnerne sig til ikke at udføre aktive indsamlingstjenester, som er omfattet af den anden aftaleparts ansvarsområde.

(78) I henhold til afsnit 16 løber kontrakten fra den 1. oktober 1993 og på ubestemt tid. Kontrakten kan opsiges af hver part med et opsigelsesvarsel på 12 måneder til udgangen af hvert kalenderår. Der er ikke mulighed for almindelig opsigelse inden den 31. december 2000. I henhold til afsnit 17 er det muligt at ophæve kontrakten af vægtige grunde.

(b) Samarbejdskontrakt mellem ARGEV og ALUREC

(79) Kontrakten, der blev indgået den 20. januar 1994, regulerer opfyldelsen af ARGEV's og ALUREC's kontraktlige forpligtelser over for ARA. Med hensyn til kontraktens genstand og løbetid svarer den i det væsentlige til kontrakten mellem ARGEV og ÖKK.

(80) I henhold til afsnit II forpligter ARGEV sig til at overdrage al emballage, som selskabet selv eller dets underentreprenører indsamler. I henhold til afsnit III forpligter ALUREC sig til at sørge for en forsvarlig genanvendelse af den emballage, som selskabet modtager fra ARGEV eller sorteringsvirksomhederne.

(81) I henhold til afsnit V forpligter ARGEV sig til i aftalens løbetid at overdrage al emballage, som er omfattet af kontrakten, og som selskabet selv eller dets underentreprenører indsamler, udelukkende til ALUREC. ALUREC forpligter sig på sin side til udelukkende at aftage og nyttiggøre relevant materiale, som er indsamlet af ARGEV eller selskabets underentreprenører.

(82) Med hensyn til ejendomsretten gælder — selv om dette ikke udtrykkeligt er reguleret i kontrakten mellem ARGEV og ALUREC — det samme som i samarbejdskontrakten mellem ARGEV og ARO. Først erhverver ARGEV ejendomsretten til det indsamlede materiale, som derpå med overdragelsen heraf til ALUREC overgår til sidstnævnte.

(83) I henhold til afsnit VI løber kontrakten fra den 1. oktober 1993 og på ubestemt tid. Kontrakten kan opsiges af hver part med et opsigelsesvarsel på 12 måneder til udgangen af hvert kalenderår. Der er ikke mulighed for almindelig opsigelse inden den 31. december 2000. I henhold til afsnit VII er det muligt at ophæve kontrakten af vægtige grunde.

2.3. Forholdet mellem genvindingsselskaber og regionale partnere

(84) I denne forbindelse er der tale om ARGEV's og ARO's kontrakter med de regionale indsamlingsselskaber eller lokale myndigheder. Kontrakternes genstand er reguleringen af den faktiske gennemførelse af indsamlingen af brugt emballage.

ARGEV's aftaler

(85) I den oprindelige udgave af ARGEV's aftale med den regionale partner (såkaldt partneraftale) fra 1994 forpligter den regionale partner sig i afsnit 2.2 til at opbygge en indsamlings-, sorterings- og konditioneringsordning i overensstemmelse med aftalen. For hvert indsamlingsdistrikt indgås kun aftale med en enkelt regional partner.

(86) Indsamlingen af emballageaffald fra private husstande og steder med tilsvarende emballagemængder opbygges af den regionale partner i samarbejde med den lokale myndighed. Det er i henhold til afsnit 2.3 muligt at indgå aftaler med underentreprenører efter aftale med ARGEV. Indsamlingen sker i henhold til afsnit 2.7 i indsamlingscontainere, som skal stilles til rådighed af enten den regionale partner eller den lokale myndighed. I henhold til afsnit 3 dækkes omkostningerne til indsamlingscontainerne samt oprettelsen af en indsamlingsinfrastruktur gennem en betaling fra ARGEV.

(87) I afsnit 2.10 fastsættes, at den regionale partner indsamler genbrugsmaterialerne på vegne af ARGEV og derfor i forbindelse med indsamlingen udelukkende erhverver ejendomsret til genbrugsmaterialerne på vegne af ARGEV. Den regionale partner må derfor ikke behandle genbrugsmaterialerne på anden måde end den, der er fastsat. I modsat fald foreligger der en vægtig grund til, at ARGEV kan ophæve kontrakten uden varsel.

(88) I henhold til afsnit 2.16 garanterer ARGEV via de bilaterale kontrakter med nyttiggørelsesgarantiselskaberne den regionale partner, at selskabet vil aftage de genbrugsmaterialer, som den regionale partner indsamler i overensstemmelse med aftalen. Den regionale partner skal holde genbrugsmaterialerne klar til afhentning på sit lager og ufortøvet meddele ARGEV og/eller den nyttiggørelsesvirksomhed, der er udpeget af enten ARGEV eller det ansvarlige nyttiggørelsesgarantiselskab, at overdragelse kan finde sted.

(89) I henhold til afsnit 2.18 skal opnås enighed med den kompetente lokale myndighed; i tilfælde af uoverensstemmelser anvendes i henhold til afsnit 2.21 en voldgiftsinstans.

(90) Kontrakten indgås første gang i 1994 for ubestemt tid og kan opsiges af hver aftalepartner med et opsigelsesvarsel på 12 måneder til udgangen af hvert kalenderår. Der var ikke mulighed for en almindelig opsigelse på et tidspunkt inden den 31. december 2000. I tilfælde af, at en anden virksomhed tilbød ARGEV den samme tjeneste billigere, havde ARGEV på visse betingelser ret til at foretage almindelig opsigelse inden den 31. december 2000. Afsnit 4.2 regulerer retten til opsigelse uden varsel af vægtige grunde.

- (91) Alle ARGEV's lovbestemte og kontraktlige forpligtelser, der er anført i afsnit C i præamblen, gælder også for de regionale partner.
- (92) ARGEV havde i forbindelse med tillægsaftaler til de eksisterende indsamlingskontrakter aftalt mestbegunstigelsesklausuler med praktisk talt alle indsamlingsselskaber, med hvem selskabet har kontraktforhold. I henhold til disse klausuler må indsamlingsselskabet ikke tilbyde sine tjenesteydelser til en anden virksomhed på mere favorable vilkår eller ikke må udføre tjenesteydelser for en anden virksomhed på mere favorable vilkår end for ARGEV. Med det første tilsagn, der er anført i betragtning 139, har ARGEV fra den 29. november 2000 givet afkald på at anvende disse mestbegunstigelsesklausuler.
- (93) I den nye udgave af aftalerne til regulering af forholdet til indsamlingsselskaberne sondres der nu mellem sorterings- og indsamlingspartnere, og der findes en særskilt standardkontrakt for begge grupper. De to aftaler ligner i vidt omfang den oprindelige aftale, men er affattet mere detaljeret.
- (94) Begge standardkontrakter trådte i kraft den 1. januar 2002, undtagen kontrakterne med tre kommuner (Wien, Linz og Salzburg), som allerede var trådt i kraft inden denne dato og indholdsmæssigt på de væsentlige punkter stemmer overens med standardkontrakterne. Kontrakterne fra 1993 og 1994 er ikke længere i kraft.
- Forholdet mellem ARGEV og indsamlingspartnere
- (95) Aftalen med indsamlingspartnere regulerer den konkrete udveksling af ydelser mellem ARGEV og indsamlingspartnere i forbindelse med gennemførelsen af emballageforordningen med hensyn til delområderne »indsamling«, »omladning« og »virksomheders individuelle aflevering« (Betriebliche Individualentsorgung). For hvert indsamlingsdistrikt indgås kun aftale med en enkelt indsamlingspartner.
- (96) Aftalens genstand er i henhold til afsnit 1.2 opbygning og problemfri drift af en indsamlingsordning for brugt emballage i et bestemt indsamlingsdistrikt. I henhold til afsnit 1.6 forbeholder ARGEV sig ret til inden for indsamlingsordningen selv at indsamle affald, som ikke er emballageaffald; kontraktbestemmelserne finder tilsvarende anvendelse herpå.
- (97) Affald fra husholdningsområdet indsamles i henhold til afsnit 2.2 sammen med affald fra steder med tilsvarende emballagemængder, som kan være erhvervsvirksomheder eller institutioner; de skal hvert år tilmelde sig indsamlingen og i den forbindelse dokumentere en 100 % ARA-licensering i forbindelse med den emballage, der skal afleveres; i tilfælde af mindre end en 100 % licensering skal affaldshåndteringen ske som erhvervsaffald.
- (98) I henhold til afsnit 2.2.3 aftaler ARGEV i en særskilt aftale med den lokale myndighed tilvejebringelsen af de fornødne standpladser. Indsamlingscontainerne og -sækkene stilles til rådighed af indsamlingspartneren eller den lokale myndighed efter aftale med ARGEV. I henhold til afsnit 2.2.4 dækker ARGEV kun omkostningerne hertil med hensyn til containerne til husholdningsområdet, men ikke til steder med tilsvarende emballagemængder.
- (99) Indsamlingsaktiviteterne omfatter i henhold til afsnit 2.2.5 planmæssig tømning af indsamlingscontainere og afhentning af sække samt transport af det indsamlede materiale til fastlagte sorteringsanlæg eller et omladningsanlæg i det område, som aftalen dækker. Indsamlingspartneren stiller indsamlingsvolumen til rådighed efter behov, dvs. alt efter indsamlingsadfærden hos husstandene eller på indsamlingsstederne under hensyntagen til en gennemsnitlig udnyttelse af indsamlingscontainere og -sække på 80 % og en maksimal fejlsortering af det indsamlede materiale på 20 masseprocent. I tilfælde af samtidig indsamling af emballage fra erhvervsvirksomheder som led i indsamlingen hos husstandene skal dette afgrænses i overensstemmelse med ARGEV's retningslinjer (bilag 2).
- (100) I erhvervssektoren sørger virksomhederne selv for individuel aflevering. Indsamlingspartneren driver i henhold til afsnit 2.4.1 på dette område et regionalt modtageanlæg for vederlagsfri tilbagetagelse af ARGEV-emballage fra industrien, den kontrollerede modtagelse på genvindingsanlæg og indsamlingen af problematisk materiale. Navnlig i regioner med mange erhvervsaktiviteter tilbyder indsamlingspartneren i henhold til afsnit 2.4.2 foruden basisinfrastrukturen i forbindelse med de regionale modtageanlæg også henteordninger til indsamling af licenseret emballage i virksomhederne.
- (101) I henhold til afsnit 2.5.1 kræves ARGEV's forudgående godkendelse, hvis der gøres brug af tredjemand med hensyn til deltjenester i henhold til disse aftaler.
- (102) Afsnit 2.5.2 gør det klart, at indsamlingspartneren modtager emballagen på vegne af ARGEV og derfor ikke på noget tidspunkt erhverver ejendomsretten til den. Indsamlingspartneren må derfor heller ikke behandle ARGEV-indsamlingsmateriale eller ARGEV-emballage på anden måde end den, der er fastsat. I modsat fald foreligger der en vægtig grund til, at ARGEV kan ophæve kontrakten uden varsel.

- (103) Som svar på en anmodning fra Kommissionen oplyste ARGEV, at indsamlings-selskabet ved indsamlingen i husstandene ikke var forhindret i at stille volumen i den samme container til rådighed for en anden ordning, for så vidt dette ikke gik ud over opfyldelsen af selskabets forpligtelser over for ARGEV. Navnlig skulle den i kontrakten aftalte minimumsindsamlingsvolumen, i overensstemmelse med ARGEV's specifikationer, stå til rådighed til indsamling af ARA-licenseret emballage uden begrænsning til en bestemt kvote. Skulle indsamlings-selskabet ved at tillade brug bringe ARA-licenspartnernes fritagelse i fare, ville det udgøre et brud på kontrakten.
- (104) Med hensyn til erhvervsordningen gav ARGEV ikke nogen retningslinjer med hensyn til indsamlingscontainere. Det stod indsamlings-selskaberne og/eller virksomhederne frit for i indsamlingscontainere også at indsamle fremmedlicenseret emballage. Dog skulle det gennem nøje optegnelser for hver virksomhed sikres, at ARGEV's modtagelsesanlæg kun modtog emballage, som efter mængde og kvalitet svarer til den ARA-licenserede emballage, der rent faktisk endte der.
- (105) Indsamlingspartneren modtager i henhold til afsnit 3.1 en kvartalsvis betaling efter container-/sæktørrelse for de indsamlingscontainere og -sække, der stilles til rådighed og kan dokumenteres. For tømning af indsamlingscontainere og indsamling af sække hos husstande og tilsvarende steder samt transport og tømning af det indsamlede materiale på et sorterings- eller omladningsanlæg og for indberetningen modtager indsamlingspartneren en mængdebestemt betaling. For omladning af indsamlingsmateriale fra husstande og tilsvarende steder fra aftaleområdet og for indberetningen modtager indsamlingspartneren en mængdebestemt betaling. De indsamlings- og omladningstjenester, der årligt skal afregnes med ARGEV, er begrænset til en maksimal værdi pr. indsamlingsdistrikt og indsamlingsfraktion. Mængderne for perioden 2002 til og med 2004 blev beregnet på grundlag af de forventede bruttoindsamlingsmængder i 2001 fra husstande og tilsvarende steder. For modtagelse og indsamling af emballage fra virksomheder, herunder inputkontrol, eftersortering, konditionering, midlertidig oplagring, klargøring, lastning osv. af de fraktioner, der er modtaget fra nyttiggørelsesvirksomheden, fra erhvervsvirksomheder, industrien og institutioner samt fra kontrolleret modtagelse og indsamling af problematisk materiale modtager indsamlingspartneren mængdebestemte outputbetalinger.
- (106) I henhold til afsnit 3.5 garanterer ARGEV den regionale partner, at selskabet via de bilaterale aftaler med nyttiggørelsesgarantiselskaberne vil modtage alle de genbrugs-materialer, som den regionale partner indsamler i overensstemmelse med aftalen.
- (107) I henhold til afsnit 5.1 begynder aftalen at løbe den 1. januar 2002. Den indgås på ubestemt tid og kan opsiges af hver aftalepart med et opsigelsesvarsel på 6 måneder, første gang dog til den 31. december 2004. Desuden har begge parter ret til at foretage ekstraordinær opsigelse, hvis der foreligger en vægtig grund; en sådan vægtig grund foreligger eksempelvis i tilfælde af en grov tilsidesættelse af pligten til at holde materiale indsamlet hos husstandene afgrænset fra erhvervsmateriale.
- (108) Med hensyn til kontraktens løbetid har ARGEV afgivet tilsagn 4, der er gengivet i betragtning 139.
- (109) ARGEV har endvidere meddelt, at aftalerne med indsamlingspartnerne ikke indeholder eksklusivitetsforpligtelser for indsamlings-selskaberne, hverken med hensyn til indsamlingen i nærheden af husstandene eller i erhvervssektoren. Indsamlings-selskaberne kan også frit udføre tilsvarende tjenester for andre fritagelsesordninger eller som led i individuelle indsamlingsordninger. Med hensyn til benyttelse af indsamlingscontainere har ARGEV afgivet tilsagn 3, der er anført i betragtning 139.
- Forholdet mellem ARGEV og sorteringspartneren
- (110) Standardaftalen for sorteringspartneren svarer i meget vidt omfang til aftalen for indsamlingspartneren.
- (111) I henhold til 1.5 indgår ARGEV i hele Østrig i fastlagte indsamlingsdistrikter (som regel »politischer Bezirk« eller »Statuarstadt«) aftaler med indsamlingspartnere, som skal stå for driften af indsamlingsordninger for let emballage og metalemballage fra husstande og tilsvarende steder. De mængder, som indsamlingspartnerne indsamler, overdrages direkte eller via en transportør til sorteringspartneren. For hvert indsamlingsdistrikt indgås kun aftale med en enkelt sorteringspartner.
- (112) Med henblik på at optimere ordningen med hensyn til indsamlings-, sorterings- og transporttjenester henvises de indsamlede mængder fra bestemte indsamlingspartnere eller fra bestemte indsamlingsdistrikter i henhold til afsnit 1.6 til bestemte sorteringspartnere eller bestemte sorteringsanlæg. Gennem bestemmelser herom i aftalerne med de enkelte indsamlingspartnere vil ARGEV sikre, at den emballage fra husstande og tilsvarende steder, som indsamlingspartnerne indsamler i bestemte indsamlingsdistrikter (efter aftalens bilag 5) udelukkende sorteres i indsamlingspartnerens sorteringsanlæg.
- (106) I henhold til afsnit 3.5 garanterer ARGEV den regionale partner, at selskabet via de bilaterale aftaler med nyttig-

(113) Sorteringspartneren er i henhold til afsnit 2.1.1 forpligtet til at modtage og sortere den samlede mængde emballage, som indsamlingspartneren/-partnerne har indsamlet eller afhentet i indsamlingsdistrikterne, fra husstande (modul 1) og tilsvarende steder (modul 2). Sorteringspartneren modtager usorteret indsamlet materiale fra modul 1/2 — ARGEV-indsamling kun fra indsamlingspartnere eller fra indsamlingsdistrikter i henhold til bilag 5. I henhold til afsnit 2.2 driver sorteringspartneren ved sorteringsanlægget et regionalt modtageanlæg, hvor der vederlagsfrit modtages emballage fra erhverv (modul 3), fra modtagelsen på genvindingsanlæg (modul 4) og indsamlingen af problematisk materiale (modul 5).

(114) I henhold til afsnit 2.4.2 modtager sorteringspartneren emballagen på vegne af ARGEV og erhverver derfor på intet tidspunkt ejendomsretten dertil. Sorteringspartneren må derfor ikke behandle emballagen på anden måde end den, der er fastsat. I modsat fald foreligger der en vægtig grund til, at ARGEV kan ophæve kontrakten uden varsel i henhold til afsnit 5.5.2 (a).

(115) På anmodning af Kommissionen oplyste ARGEV, at der på basis af ejendoms klausulen ikke opstod noget forbud mod benyttelse af sorteringsstederne for tredjemand. Men skulle indsamlingsselskabet ved at tillade brug bringe ARA-licenspartnernes fritagelse i fare, ville dette udgøre et brud på kontrakten.

(116) Bestemmelserne med hensyn til brug af en underentreprenør (afsnit 2.4.1) og kontraktens løbetid/ophør (afsnit 5) svarer til bestemmelserne herom i aftalen med indsamlingspartneren.

(117) Sorteringspartneren modtager i henhold til afsnit 3.1 inden for de fastsatte mængdeintervaller de inputbetalinger, der er anført i bilag 6 til denne kontrakt. Inputbetalingerne er betalingen for modtagelsen af de indsamlede materialer fra ARGEV's husholdningsordning og ordning til indsamling i nærheden af husstandene, inputkontrollen, de forholds mæssige faste omkostninger i forbindelse med anlægget, i relation til de aftalte årlige inputmængder, fjernelse og korrekt bortskaffelse af urenheder fra det indsamlede materiale, samt konditionering, midlertidig oplagring, overdragelse og lastning af alle outputfraktioner, hvorfra urenheder er frasorteret eller genbrugsmaterialer manuelt udsorteret. Den sorteringsinputmængde, som årligt skal afregnes med ARGEV, er begrænset til summen af indsamlingsmængderne hos husstandene i bestemte indsamlingsdistrikter. For udsorteringen af

genbrugsmaterialer fra outputfraktioner fra husstande og tilsvarende steder modtager indsamlingspartneren materialespecifikke betalinger. Disse outputbetalinger gælder også for modtagelse af leverancer, inputkontrol, eftersortering, konditionering, midlertidig oplagring, klargøring, lastning osv. af specificerede materialegrupper fra virksomheder, genvindingsanlæg og fra indsamlingen af problematisk materiale.

(118) ARGEV har meddelt, at aftalerne med sorteringspartnerne ikke indeholder eksklusivitetsforpligtelser for sorteringspartnerne. Sorteringsvirksomhederne kan frit udføre tilsvarende tjenester for andre fritagelsesordninger eller som led i individuelle indsamlingsordninger. Endvidere har ARGEV afgivet tilsagn 3, der er anført i betragtning 139, samt tilsagn 4 med hensyn til aftalernes løbetid.

#### ARO's aftaler

#### ARO og indsamlingspartnerne

(119) Aftalens genstand er driften af en indsamlingsordning for papiremballage til opfyldelse af forpligtelserne på grundlag af AWG, emballageforordningen, indsamlingskontrakten mellem ARA og ARO samt godkendelserne. For hvert indsamlingsdistrikt indgås kun aftale med en enkelt indsamlingspartner.

(120) Indsamling af returpapir og papiremballage fra husstande og steder med tilsvarende mængder er ikke omfattet af aftalen i henhold til afsnit 1.1. Aftalen vedrører derimod afhentning af papiremballage hos erhvervsvirksomheder som led i en fællesordning (Geschäftsstraßenentsorgung) (afsnit 2.4), transport af emballage fra genvindingsanlæg (afsnit 2.5) samt virksomheders individuelle aflevering (afsnit 2.6).

(121) I henhold til afsnit 1.5 er ARO's tilbagetagningspligt begrænset til den mængde emballage af papir, karton, pap og bølgepap, der er licenseret hos ARA. ARO er dog rede til at modtage hele mængden af emballage, der er anmeldt til levering til indsamlings- og nyttiggørelsesordningen. Såfremt forpligtelserne på grundlag af godkendelsen, dvs. tilvejebringelse af en tilstrækkelig kapacitet med henblik på at kunne modtage papiremballage med en dækningsgrad på 90 % i erhvervs- og 80 % i husholdningssektoren samt en nyttiggørelseskvote på 85 % i erhvervs- og 75 % i husholdningssektoren, derved overskrides, og dette ikke er i licenspartnernes økonomiske og retlige interesser, forbeholder ARO sig ret til igen at tilpasse sin modtagegaranti og de tilsvarende betalinger til kravene i godkendelserne; indsamlingspartnerne underretter dem rettidigt herom.



- (122) I forbindelse med »Geschäftsstraßenentsorgung« indsamles papiremballage i rene fraktioner hos små virksomheder. De bemandede modtageanlæg (genvindingsanlæg, genbrugscentre osv.) drives af den lokale myndighed og modtager emballage fra private emballagebrugere samt virksomheder med små emballagemængder. ARO's indsamlingspartner modtager emballagen fra genvindingsanlægget og gennemfører den videre transport. Med henblik på virksomhedernes individuelle aflevering driver ARO's indsamlingspartner såkaldte ARO-modtageanlæg, hvor virksomheder vederlagsfrit kan aflevere deres emballage til indsamlings- og nyttiggørelsesordningen.
- (123) I henhold til afsnit 2.7 er indsamlingspartneren forpligtet til at modtage al papiremballage, der er omfattet af aftalen, på ARO's modtageanlæg. Den virksomhed, der producerer emballageaffaldet, skal i henhold til afsnit 2.7.4 på egnede måde bekræfte, at den emballage, der overdrages, er licenseret hos ARA. Yderligere modtageanlæg skal godkendes af ARO.
- (124) I henhold til afsnit 2.8 træffer ARO afgørelse om nyttiggørelsesvirksomheden og de nærmere vilkår for transporten af emballagen. Partneren skal derfor indhente skriftligt samtykke fra ARO i denne henseende. Indsamlingspartneren garanterer over for ARO, at papiremballagen vil være af en vis minimumskvalitet ved leveringen til nyttiggørelsesvirksomheden (afsnit 2.9).
- (125) I afsnit 2.10 fastsættes, at partneren indsamler papiremballagen på vegne af ARO, og at det indsamlede materiale derfor udelukkende ejes af ARO. Det indsamlede materiale må derfor kun behandles på den af ARO foreskrevne måde. I modsat fald foreligger der en vægtig grund til, at ARO kan ophæve kontrakten uden varsel.
- (126) I henhold til afsnit 2.15 garanterer ARO via de bilaterale kontrakter med nyttiggørelsesvirksomhederne indsamlingspartneren, at selskabet vil aftage og nyttiggøre den indsamlede papiremballage i overensstemmelse med emballageforordningen. Såfremt nyttiggørelsesgarantierne over for ARO tages tilbage, skal selskabet sørge for, at andre nyttiggørelsesvirksomheder kan træde ind som erstatning.
- (127) I henhold til afsnit 4 løber aftalen fra den 1. januar 2002 og indgås på ubestemt tid. Under overholdelse af et opsigelsesvarsel på 6 måneder kan den første gang opsiges med virkning pr. 31. december 2004. Hvis der foreligger en vægtig grund, er det muligt at ophæve kontrakten uden varsel.
- (128) Med hensyn til kontraktens løbetid har ARO afgivet tilsagn 4, der er anført i betragtning 139.
- (129) ARO har endvidere meddelt, at aftalerne med indsamlingspartnerne ikke indeholder eksklusivitetsforpligtelser for indsamlingsselskaberne. Indsamlingspartnerne kan også frit udføre tilsvarende tjenester for andre fritagelsesordninger eller som led i individuelle indsamlingsordninger.
- ARO og den lokale myndighed
- (130) Aftalens genstand er samarbejdet mellem ARO og den lokale myndighed i forbindelse med driften af de kommunale returpapirordninger inden for papiremballage fra husstande og steder med tilsvarende mængder emballageaffald i det område, som aftalen omfatter. Der henvises i den forbindelse til forpligtelserne på grundlag af AWG, emballageforordningen, indsamlingskontrakten mellem ARA og ARO samt godkendelserne.
- (131) I henhold til afsnit 2.1 er ARO's tilbagetagningspligt i overensstemmelse med emballageforordningen begrænset til emballage af papir, karton, pap og bølgepap, der er licenseret hos ARA. ARO er rede til at modtage hele mængden af emballage, der er anmeldt til levering til ordningen, dog under forbehold af en efterfølgende tilpasning til forpligtelserne på grundlag af godkendelsen, hvilket de lokale myndigheder vil blive underrettet om rettidigt.
- (132) I forbindelse med den kommunale indsamling af returpapir, som drives af den lokale myndighed, indsamles i henhold til afsnit 2.2 planmæssigt emballage sammen med ikke-emballage af samme materiale (aviser, blade, kataloger osv.). De forholdsmæssige omkostninger ved indsamlingen af emballage af papir, karton, pap og bølgepap bæres af ARO; de øvrige omkostninger ved den kommunale indsamling af returpapir bæres af den lokale myndighed.
- (133) I henhold til afsnit 2.4 skal grundlæggende ændringer af den indsamlingsordning, der er beskrevet i indsamlingsplanen (f.eks. omstilling fra bringe- til henteordning) fastlægges i fællesskab af den lokale myndighed og ARO, såfremt dette er forbundet med betydelige omkostningsstigninger for ARO. Den lokale myndighed gennemfører udbud eller nyforhandlinger i forbindelse med indsamlingstjenesterne efter forudgående aftale med ARO. Det påhviler den lokale myndighed at udvælge indsamleren.
- (134) Den lokale myndighed skal udføre følgende tjenester: indsamle papiremballage som led i den kommunale indsamling af returpapir (afsnit 3.1), stille standpladser til rådighed til indsamlingscontainere samt tilvejebringe de fornødne godkendelser (afsnit 3.2), tilvejebringe og vedligeholde indsamlingscontainere (afsnit 3.3), modtage emballagen via bemandede genvindingsanlæg, genbrugscentre osv. (afsnit 3.4), garantere emballagens kvalitet og afholde omkostningerne, hvis det er nødvendigt at eftersortere den emballage, der er modtaget på genvindingsanlæggen (afsnit 3.5). ARO garanterer på

sin side via de bilaterale kontrakter med nyttiggørelsesvirksomhederne, at materialet vil blive nyttiggjort i overensstemmelse med kravene i emballageforordningen (afsnit 3.6).

- (135) Afsnit 3.7. regulerer overgangen af ejendomsretten til emballagen: Hvad angår indsamlingen fra husstande og steder med tilsvarende emballagemængder, overgår ejendomsretten hertil fra den lokale myndighed til ARO ved emballagens aflevering til ARO's modtageanlæg. Ejendomsretten til de materialer, der er indsamlet på de bemandede genvindingsanlæg, genbrugscentre osv., overgår til ARO, når de afhentes af ARO's indsamlingspartner; såfremt den lokale myndighed står for transporten, overgår ejendomsretten fra den lokale myndighed til ARO først ved modtagelsen på ARO's modtageanlæg.
- (136) Den lokale myndighed må derfor ikke behandle papiremballagen på anden måde end den, ARO har fastsat. I modsat fald foreligger der en vægtig grund til, at ARO kan ophæve kontrakten uden varsel. Papiremballage kan nyttiggøres særskilt fra eller sammen med ikke-emballage af samme materiale.
- (137) I henhold til afsnit 5.1 begynder kontrakten af løbe den 1. januar 2002. Den indgås på ubestemt tid og kan under overholdelse af et opsigelsesvarsel på 6 måneder første gang opsiges med virkning pr. 31. december 2003. Hvis der foreligger en vægtig grund, er det muligt at ophæve kontrakten uden varsel.
- (138) Kontrakten indeholder ingen bestemmelse, som udelukker, at en anden indsamlings- og nyttiggørelsesordning ligeledes benytter de containere, der er opstillet i forbindelse med den kommunale returpapirindsamling. ARO har meddelt, at ARO i forbindelse med papirindsamlingen i nærheden af husstandene egentlig kun køber mængder af den kommunale indsamling. Der er ingen grund til, at de lokale myndigheder ikke skulle indgå lignende aftaler med andre fritagelsesordninger.

#### V. AFGIVNE TILSAGN

- (139) Med hensyn til en række dele af de anmeldte kontrakter havde Kommissionen fremført konkurrencemæssige betæneligheder. I løbet af proceduren har parterne afgivet følgende tilsagn over for Kommissionen:
- (Tilsagn 1) ARGEV og ARO giver fra den 29. november 2000 afkald på at anvende de mestbegunstigelsesklausuler, som var blevet aftalt i forbindelse med tillægsaftaler til indsamlingskontrakterne med de indsamlingsselskaber, med hvem begge selskaber hver især har kontraktforhold.
  - (Tilsagn 2) ARA forpligter sig til ikke at gøre sine licensrettigheder til »Der Grüne Punkt«-mærket gældende over for virksomheder, som inden for eller uden for Østrig a) med den mærkede emballage

eller emballage af samme art deltager i indsamlings- og genanvendelsessystemer som omhandlet i direktiv 94/62/EF om emballage og emballageaffald, som foreskriver anvendelse af »Der Grüne Punkt«-mærket, eller b) af regulatoriske grunde skal forsyne emballagen med »Der Grüne Punkt«-mærket. Denne forpligtelse gælder under forudsætning af, at den pågældende virksomhed kan dokumentere, at den emballage, der er forsynet med »Der Grüne Punkt«-mærket, i Østrig indsamles eller nyttiggøres i overensstemmelse med emballageforordningen (forordning BGBL 648/1996 i den gældende affattelse) (hvad enten det er via en individuel indsamlingsordning som omhandlet i emballageforordningen eller ved deltagelse i en godkendt indsamlings- og nyttiggørelsesordning) og ved aftale indrømmer ARA de nødvendige kontrolrettigheder. Kontrolrettighederne må ikke gå videre end kontrolbeføjelserne på grundlag af ARA's standardkontrakt. ARA vil ved udøvelsen af disse kontrolrettigheder ikke stille strengere krav til dokumentationen for, at indsamling og nyttiggørelse er i overensstemmelse med forordningen, end der stilles i forbindelse med den pågældende virksomheds dokumentationspligt over for de kompetente myndigheder i forbindelse med emballageforordningens gennemførelse.

- (Tilsagn 3) ARGEV hindrer ikke lokale myndigheder og/eller indsamlingsselskaber i at arbejde for konkurrenter til ARA-ordningen. Derudover vil ARGEV ikke hindre lokale myndigheder og/eller indsamlingsselskaber i at indgå og opfylde aftaler med konkurrenter til ARA-ordningen om benyttelse af containere eller øvrige faciliteter til indsamling og/eller sortering af brugt emballage fra husstande og tilsvarende steder. Dette tilsagn begrænser ikke ARGEV's ret til at gennemføre sine kontraktlige handlemuligheder med hensyn til de pågældende indsamlings- og nyttiggørelsesfaciliteter og træffe alle foranstaltninger, som er nødvendige, for at ARGEV trods benyttelsen kan opfylde sine forpligtelser som indsamlings- og nyttiggørelsesordning i henhold til loven og godkendelsen. Derudover gælder tilsagnet kun, såfremt

- a) de lokale myndigheder og/eller indsamlingsselskaberne erklærer sig rede til at foretage en forholdsmæssig nedsættelse af de gebyrer, som ARGEV skal betale for tilvejebringelsen og driften af faciliteter til indsamling/sortering og/eller for indsamlingen/sorteringen — svarende til udnyttelsen af containere og øvrige faciliteter — og yde ARGEV en forholdsmæssig godtgørelse af de øvrige omkostninger, som direkte kan henføres til indsamlingen/sorteringen (dvs. omkostninger til den løbende udvikling og forvaltning af de pågældende indsamlingsfaciliteter, omkostninger til affaldskonsulent, omkostninger til F&U osv.); ARGEV vil fremlægge en erklæring fra en uafhængig revisor med hensyn til størrelsen og fordelingen af de beregnede omkostninger;

- b) de lokale myndigheder og/eller indsamlings-selskaberne erklærer sig rede til at godtgøre ARGEV de yderligere omkostninger, som opstår for selskaberne i ARA-ordningen og/eller disses aftalepartnere som følge af benyttelsen (f.eks. yderligere analyseomkostninger eller sorteringsomkostninger til opretholdelse af kvaliteten af den emballage, der indsamles og overdrages til nyttiggørelse på vegne af ARGEV). ARGEV vil fremlægge en erklæring fra en uafhængig revisor med hensyn til størrelsen og fordelingen af de beregnede omkostninger. Der tages ikke hensyn til yderligere omkostninger, som opstår for selskaberne i ARA-ordningen og/eller disses aftalepartnere blot som følge af fald i licensmængden. Gennemførelsen af dette tilsagn sker i det konkrete tilfælde gennem tillægsaftaler til de enkelte kontrakter.

- (Tilsagn 4) ARGEV og ARO vil opsigte deres kontrakter med indsamlingspartnere til udløbet af en periode på tre år, såfremt aftaleparterne ikke opnår enighed om en forlængelse af kontraktforholdet med højst to år. Senest når kontrakterne har løbet i fem år, vil ARGEV og ARO på ny udbyde dem som led i et gennemslagsomt og objektivt udbud (alle former for udbud, indhentning af tilbud osv.).

## VI. DET RELEVANTE MARKED

- (140) Med henblik på en vurdering af de her omhandlede aftaler må de relevante markeder afgrænses både med hensyn til den pågældende tjenesteydelse og rent geografisk.

### Produktmarked

- (141) Det sagligt relevante produktmarked omfatter alle produkter og/eller tjenesteydelser, som forbrugeren med hensyn til egenskaber, priser og anvendelsesformål anser for at være substituerbare.
- (142) ARA-ordningens forretningsformål er at organisere og drive en områdedækkende indsamlingsordning i Østjylland for brugt emballage. De aftaler, som ligger til grund for ARA-ordningen, har økonomiske virkninger i de forskellige omsætningsled. Desuden sondres der inden for aftalernes rammer i ARA-ordningen både mellem enkelte emballagetyper og forskellige steder for indsamling af emballage. Undersøgelsen på grundlag af EF-

traktatens artikel 81, stk. 1, skal med hensyn til de enkelte aftaler og det relevante indsamlingssted ske på grundlag af forskellige, selvstændigt relevante markeder.

### 1. Markederne for ordninger eller individuelle ordninger til indsamling og nyttiggørelse af brugt emballage

- (143) Gennem driften af indsamlings- og nyttiggørelsesordningen gør ARA det muligt for sine licenspartnere i henhold til emballageforordningen at blive fritaget for tilbagetagingspligten med hensyn til den emballage, der er omfattet af ordningen (den såkaldte fritagelsesordning) og optræder således som administrator for licenspartnere i forhold til genvindingsselskabernes pligt til tilbagetagning og nyttiggørelse. Aftagere er de virksomheder, som er forpligtet gennem emballageforordningen.
- (144) Eftersom ARA optræder som administrator for de tilbagetagningspligtige virksomheder, er den samtidig aftager af en fritagelsesordnings organisatoriske tjenesteydelse. De genvindingsselskaber, som er indehavere af de offentligretlige godkendelser, tilbyder drift af en fritagelsesordning. Både ARA's aktiviteter som administrator og genvindingsselskabernes drift af fritagelsesordningen skal på tilbudssiden henføres til samme niveau i værdiskabelskæden. Hvis ARA ikke var koblet imellem som administrator, ville genvindingsselskaberne kunne tilbyde de tilbagetagningspligtige virksomheder fritagelsesydelsen direkte. Da ARA og genvindingsselskaberne er aktive på et fælles marked, tales der i det følgende om ARA-ordningens tilbud om fritagelsesydelse.
- (145) Virksomheder som ikke ønsker at tilslutte sig en områdedækkende ordning til indsamling og nyttiggørelse, er selv ansvarlige for at opfylde forpligtelserne i henhold til emballageforordningen. Det samme gælder for registrerede storproducenter af emballageaffald med hensyn til emballage, der ender hos dem. De virksomheder, som ikke deltager i nogen ordninger, kan imidlertid overdrage deres pligt til indsamling af brugt emballage til andre virksomheder. Det medfører, at disse andre virksomheder tilbyder at organisere individuel opfyldelse af indsamlings- og nyttiggørelsespligterne i forbindelse med brugt emballage i henhold til emballageforordningen (den såkaldte individuelle indsamlingsordning).
- (146) Det er ikke nødvendigt med nogen afsluttende konstatering af, om fritagelsesordninger og individuelle indsamlingsordninger opererer på samme marked eller på forskellige, men beslægtede markeder. For som anført udgør ingen af disse saglige markedsafgrænsninger, for så vidt angår de aftaler, der skal undersøges her, en konkurrencebegrænsning som omhandlet i EF-traktatens artikel 81, stk. 1. For så vidt kan spørgsmålet om den nøjagtige markedsafgrænsning med hensyn til organiseringen af tilbagetagningen og nyttiggørelsen af brugt emballage lades åbent.

- (147) Et marked, hvor både fritagelsesordninger og individuelle indsamlingsordninger opererer, kan sammenfattes under betegnelsen »systemmarked«. Systemmarkedet er begrænset til emballageaffald, eftersom dette på grund af de specifikke forpligtelser, som er nedfældet i emballageforordningen for aftagerne, kan afgrænses i forhold til det øvrige affald.
- (148) Inden for dette »systemmarked« skal der med hensyn til det relevante indsamlingssted for emballage sondres mellem de relevante markeder som følger.
- (149) ARA-ordningen tilbyder dels deltagelse i en ordning for indsamling af brugt emballage, som ender i husstandene hos den private endelige forbruger og på steder i nærheden af husstandene. For det andet tilbyder ARA-ordningen deltagelse i en ordning for indsamling af affald, der ender i store virksomheder og i industrien. ARA-ordningen har fået tildelt særskilte tilladelser for sin husholdnings- og erhvervsordning.
- (150) En virksomhed, som ansøger om at blive fritaget for sine pligter i henhold til emballageforordningen, markedsfører emballage, som enten ender i husstande, store virksomheder/industri eller i afgrænsede mængder i begge områder. Virksomheden kan derfor kun deltage i én indsamlings- og nyttiggørelsesordning, som er indrettet for de pågældende steder. Set med den efterspørgende virksomheds øjne kan en deltagelse med emballage i en ordning for husholdningsemballage og i en ordning for emballage fra området store virksomheder og industri ikke substitueres med henblik på at opnå fritagelse fra forpligtelserne i emballageforordningen.
- (151) På tilbudssiden skal organiseringen af en ordning, der fritager licenspartnerne for tilbagetagningspligten i det væsentlige rette sig efter de lovkrav, som eksisterer mellem husholdnings- og erhvervsordninger og forskellige andre krav. Forretningsområderne skal adskilles organisatorisk eller i det mindste regnskabsmæssigt (betragtning 41), og alene husholdningsordninger må tilstræbe en så høj deltagelse som muligt, har en aftalepligt, har forhøjet indberetningspligt og er omfattet af mere omfattende kontrolmuligheder (betragtning 40).
- (152) Kommissionen kommer på baggrund heraf til det resultat, at en fritagelsesydelse, som tilbydes en virksomhed inden for rammerne af en ordning for husholdningsemballage, set med systemvirksomhedens øjne, ikke er funktionelt substituerbar med den ordning, der tilbydes virksomheden inden for rammerne af en ordning for emballage hos store virksomheder og industri.
- (153) En underopdeling af de to relevante markeder efter enkelte materialegrupper (f.eks. papir, glas osv.), som går ud over denne differentiering, kan her udelades, eftersom dette ikke ville føre til nogen anden konkurrenceretlig vurdering som omhandlet i EF-traktatens artikel 81, stk. 1.
- (154) Kommissionen konstaterer således, at markedet for ordninger for husholdningsemballage, for så vidt angår organiseringen af ordninger til indsamling af brugt emballage (»systemmarked«), skal adskilles fra markedet for ordninger for emballage fra området store erhverv og industri.
2. *Markederne for indsamling og sortering af brugt emballage*
- (155) Inden for ARA-ordningen er nogle genvindingsselskaber ansvarlige for organiseringen af indsamlingen og sorteringen af brugt emballage. Eftersom de ikke selv står for indsamlingen, får de denne tjenesteydelse leveret eksternt. Udbydere af indsamlingstjenesten er indsamlingsselskaber og kommunale myndigheder (herefter »indsamlingsselskaber«).
- (156) Ved indsamling og sortering af brugt emballage skal en separering dels efter materialegrupper og dels mellem husholdning og erhverv undersøges.
- (157) PPK-emballage, som ender hos husstandene, indsamles sammen med ikke-emballage af samme materiale (aviser, tidsskrifter osv.). Indsamlingen forestås af de kommunale myndigheder. Disse udbyder således også kontrakterne med indsamlingsselskaberne. ARO indkøber udelukkende bestemte mængder hos den kommunale indsamling af returpapir. Den kommunale indsamling af returpapir eksisterede allerede inden etableringen af ARA-ordningen. Returpapir har helt overvejende en positiv markedspris. Normalt indsamles PPK-affald inden for afleveringsordningen i opsamlingscontainere, der er opstillet på kommunal jord. Skal der foretages en eftersortering, er denne relativt simpel. På grund af disse særlige forhold antager Kommissionen, at der eksisterer et afgrænset marked for indsamling og sortering af returpapir, som ender i husstandene. Dette marked omfatter PPK-emballage, som f.eks. aviser, tidsskrifter og andet returpapir. PPK-emballage, som ender i erhvervssektoren, indsamles enten i genvindingsanlæg eller genbrugscentre, på de af ordningerne etablerede modtageanlæg eller afhentes direkte hos storproducenter af emballageaffald. Indsamlingsselskabet indgår kontrakt med ARO, med konkurrerende ordninger eller med storproducenten af emballageaffald. Der forekommer kun i ringe omfang overlappninger med indsamlingen hos husstandene.

- (158) Der eksisterer for materialegruppen glas særlige forhold, som ligeledes peger i retning af en afgrænsning efter denne materialegruppe. Indsamling af returglas eksisterende allerede inden etableringen af ARA-ordningen. I reglen indsamles returglas i myndighedens ordning i opsamlingscontainere, som er opstillet på kommunal jord. Skal der foretages en eftersortering, er denne relativt simpel. Returglas har en positiv markedspris. Indsamling af returglas begrænser sig stort set til returglas, som ender i husstande.
- (159) Indsamlingen af let emballage (især plast, kompositmaterialer, aluminium, hvidblik og stål) foretages derimod først efter etableringen af ARA-ordningen adskilt fra indsamlingen af husholdningsaffald. Indsamlingen sker overvejende under henteordningen i de tønder eller sække, som er opstillet hos husstandene. Let emballage af plast og kompositmateriale har ganske overvejende en negativ markedspris. Deraf følger, at betingelserne for indsamling og sortering af husholdningsemballage fra disse materialegrupper i indsamlingslogistisk henseende afviger væsentligt fra betingelserne både for husholdningsindsamling af returpapir og returglas og for indsamling og sortering af emballage fra store virksomheder og industrien.
- (160) Da let emballage normalt skal indsamles direkte hos alle husstande, opstår der udprægede netvirkninger, dvs. omfattende økonomiske skala- og stordriftsfordele. Disse specifikke udbudsbetingelser betyder, at indsamlingssteder hos husstandene sædvanligvis kun kan forestås rentabelt af et begrænset antal indsamlingsselskaber. Desuden kan der normalt kun opstilles én affaldscontainer pr. materialegruppe pr. husstand. Antallet af indsamlingssteder hos industrien og store virksomheder er derimod mere overskuelig og også nemmere at betjene for forskellige indsamlingsselskaber på grund af den store indsamlingsmængde.
- (161) Desuden adskiller den salgsemballage, som forekommer i husstandene, sig markant med hensyn til materialebasis fra den emballage, som forekommer i store virksomheder og i industrien. De forskellige materialegrupper forekommer nemlig i ringe mængder hos private endelige forbrugere og håndteres samlet af disse med den konsekvens, at de skal sorteres efterfølgende i relativt kapitalintensive sorteringsanlæg. For emballage fra store virksomheder og industrien, som normalt forekommer i stor mængde og allerede sorteret i specifikke materialegrupper, er sorteringsanlæg i en sådan teknisk konfiguration ikke nødvendig.
- (162) På den baggrund er det ikke givet, at der funktionelt er mulighed for at substituere indsamlings- og sorteringstjenesteydelser med hensyn til emballage, som indsamles hos den private endelige forbruger, med de for industri og store virksomheder nødvendige tjenester.
- (163) Markedet for indsamling og sortering af brugt husholdningsemballage skal afgrænses fra det husholdnings- og restaffald, der også efter vedtagelsen af emballageforordningen fortsat hører ind under de indsamlingspligtige myndigheders ansvarsområde. Markedet for indsamling og sortering af brugt emballage adskiller sig fra sidstnævnte gennem en væsentligt højere tjenesteydelsesprofil, fordi den materialespecifikke sortering af den indsamlede emballage efter specifikke retningslinjer og tilrådighedsstillelsen af de sorterede materialer til genanvendelse har en selvstændig værdiskabelseskæde, som i reglen forudsætter omfattende og aftagerspecifikke bundne investeringer i en tilsvarende sorteringsinfrastruktur. Samtidig har hvert område sin egen indsamlingsinfrastruktur, idet husholdnings- og restaffald i private husstande indsamles i andre containere end brugt emballage.
- (164) Der kan for husholdningsområdet således sondres mellem følgende markeder: markedet for indsamling af returpapir, markedet for indsamling af returglas og markedet for indsamling og sortering af let emballage.
- (165) På erhvervsområdet er aftagerne efter indsamlingstjenester de genvindingsselskaber (ARGEV og ARO), som beskæftiger sig med indsamlingen, samt konkurrerende ordninger, som kun aftager indsamlingstjenester vedrørende emballage og ikke kan substituere denne efterspørgsel med andre indsamlingstjenester som følge af lovkrav. Som aftagere optræder derudover individuelle indsamlingsordninger og storproducenter af emballageaffald. Disse håndterer både emballageaffald og andet erhvervsaffald. På grund af den særlige udformning af de lovmæssige forpligtelser kan indsamling af emballage imidlertid set med aftagernes øjne ikke substitueres med indsamling af andet erhvervsaffald.
- (166) Også for udbyderne af affaldshåndteringsydelser er der store forskelle mellem indsamling og sortering af erhvervsemballage og håndtering af andet erhvervsaffald. Ganske vist er de håndteringslogistiske krav (indsamlingssted og -interval, affaldsegenskaber) delvist sammenlignelige, men de forskellige lovfæstede pligter har også virkninger med hensyn til indsamling og sortering. Emballageaffald er underlagt krav til indsamling, som indsamlings- og sorteringsvirksomhederne er ansvarlige for at overholde. De skal derfor over for deres ordregivere påvise og dokumentere indsamling og forberedelse til nyttiggørelse af mindstemængder. Det kræver en planlægning, som ikke kun er koncentreret om det opståede affald, men som også samtidig bør sikre en konstant tilførsel af tilstrækkelige affaldsmængder. Dokumentationskravene gør det derudover vanskeligt at indsamle emballage og ikke-emballage fra samme

materialegruppe i samme containere. Enten tillader ordretageren det ikke, eller der skal foretages en pro rata opdeling, som skal være i overensstemmelse med de lovmæssige krav til dokumentation af kvoter.

- (167) Det må derfor antages, at markedet for indsamling og sortering af erhvervsemballage skal afgrænses fra markedet for indsamling af andet erhvervsaffald. Det kan lades åbent, om der på markedet for indsamling og sortering af erhvervsemballage skal foretages en sondring efter materialegrupper, idet dette ikke er af betydning for den konkurrenceretlige vurdering som omhandlet i EF-traktatens artikel 81, stk. 1.
- (168) På grundlag af heraf kan der ud over husholdningsmarkederne afgrænses et marked for indsamling og sortering af brugt emballage fra store virksomheder og industrien. En differentiering derudover efter elementære omsætningsled (f.eks. indsamling, transport, sortering) er ikke nødvendig, idet der ikke vil være nogen afvigende konkurrenceretlig vurdering som omhandlet i EF-traktatens artikel 81, stk. 1.

### 3. Markederne for nyttiggørelsestjenester og sekundære råstoffer

- (169) På markederne for nyttiggørelsestjenester og/eller sekundære råstoffer sørger ARA-ordningen for i forbindelse med de genbrugsmaterialer, der indsamles som led i ordningen, at de frasorterede genbrugsmaterialer permanent og uafhængigt af den aktuelle situation på markedet genvindes af genvindingsselskaber, undtagen ARGEV, i overensstemmelse med emballageforordningen. Nyttiggørelsesselskaberne forpligter sig som genvindingsselskabernes aftaleparter til i overensstemmelse med bestemmelserne i emballageforordningen at genvinde de genbrugsmaterialer, som indsamlingsselskaberne stiller til rådighed.
- (170) Det må antages, at der er tale om særskilte markeder opdelt på grundlag af materialegrupper. Desuden foretages der på nyttiggørelsesniveauet ikke nogen differentiering mellem husholdnings- og industriemballage af en materialegruppe, idet de tekniske og økonomiske krav til håndteringen stort set er identiske. Af samme grund kan der medtages andre til nyttiggørelse bestemte produkter fra samme materialegruppe i nyttiggørelsesmarkedet. For PPK's vedkommende kunne dette bl.a. være aviser og tidsskrifter.
- (171) Desuden er der med hensyn til genvindingsselskabernes rene organisation af nyttiggørelsen af en bestemt materialegruppe og den faktiske gennemførelse af nyttiggørelsen af materialet henholdsvis tilbuddet af sekundære råstoffer tale om forskellige niveauer for hvert produktmarked.

## Geografisk marked

- (172) Ved det relevante geografiske marked forstås det område, hvor de deltagende virksomheder er involveret i udbud af og efterspørgsel efter produkter eller tjenesteydelser, og som har tilstrækkelig ensartede konkurrencevilkår og kan skelnes fra de tilstødende områder, navnlig på grund af, at konkurrencevilkårene er meget anderledes.
- (173) De objektive efterspørgsels- og udbudsbetingelser på de relevante markeder må antages at adskille sig markant fra vilkårene på andre områder af fællesmarkedet. Ved anvendelsen af Fællesskabets konkurrenceregler på de produktmarkeder, som er omfattet af ARA-ordningen, er det derfor, for så vidt angår systemmarkeder og markederne for indsamling og sortering, hele Østrig, der skal lægges til grund.
- (174) Med hensyn til markederne for nyttiggørelsestjenesteydelser og sekundære råstoffer går Kommissionen ud fra, at dette marked til dels allerede tydeligt er præget af internationaliseringstendenser og grænseoverskridende elementer, og at Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde skal lægges til grund som relevant geografisk marked. I denne henseende er det derimod ikke nødvendigt at foretage en endelig nøje fastlæggelse af det relevante geografiske marked.

## VII. MARKEDSSTRUKTUR

- (175) Antallet af licenspartnere i ARA-ordningen udgjorde i 1997 10 994, i 1998 11 479, i 1999 12 027, i 2000 12 295 og i 2001 12 652. ARA's licensindtægter udgjorde i 1997 2 608,1 mio. ATS/189,6 mio. EUR, i 1998 2 673,0 mio. ATS/194,2 mio. EUR, i 1999 2 694,2 mio. ATS/195,8 mio. EUR, i 2000 2 543,3 mio. ATS/184,8 mio. EUR og i 2001 162,7 mio. EUR.
- (176) ARA-ordningen er den eneste områdedækkende ordning til indsamling og nyttiggørelse af alle materialegrupper (undtagen kompositemballage til drikkevarer) inden for husholdningsemballage i Østrig.
- (177) På husholdningsområdet driver ud over ARA kun ÖKO-BOX SammelGmbH en områdedækkende ordning til indsamling og nyttiggørelse af brugt drikkevareemballage og samarbejder i den forbindelse med ARGEV for at kunne sikre en områdedækkende indsamling. Desuden driver Bonus Holsystem für Verpackung GmbH & Co. KG en indsamlingsordning for emballage, som på byggeområdet i forbindelse med råbyggeri ender hos den private endelige forbruger og på landbrugsområdet hos landbrugeren.

- (178) På husholdningsområdet drives der ikke i nævneværdigt omfang individuelle indsamlingsordninger i henhold til § 3, stk.6, i emballageforordningen.
- (179) Inden for emballage fra erhvervsvirksomheder og industrien har ARA-ordningen en række konkurrenter, hvis økonomiske betydning imidlertid ikke kan sammenlignes med ARA-ordningen. Der er tale om følgende:
- »EVA Erfassen und Verwerten von Altstoffen GmbH« (EVA), et datterselskab af INTERSEROH-gruppen i Tyskland, ansvarlig for indsamling af metal, plast, papir, træ, kompositmaterialer
  - »Bonus Holsystem für Verpackungen GmbH & Co. KG« (Bonus) (tidligere FRS Folien-Rücknahme-Service GmbH & Co KG), Kufstein, for indsamling af emballage af metal, plast, papir, træ og tekstilemballage, dog begrænset til emballage, der ender hos en erhvervsmæssig endelig forbruger (på byggeområdet også i forbindelse med råbyggeri hos den private endelige forbruger og på landbrugsområdet også hos landbrugeren)
    - »RUG Raiffeisen Umweltgesellschaft mbH«, Kornneuburg, for indsamling af genbrugsflasker til vin og landbrugsfolier
    - »GUT Dr. Klaus Galle Umwelttechnik & Ökoconsulting« (GUT), Klosterneuburg, for indsamling af metal, plast, papir, træ, kompositmaterialer, biogen emballage
    - »Pape Entsorgung GmbH & Co KG«, Hannover, Tyskland, for indsamling af emballage fra bilreserverede.
- (180) Kun virksomhederne EVA, Bonus og GUT råder over en systemgodkendelse, der dækker hele erhvervssektoren.
- (181) Derudover findes der individuelle indsamlingsordninger, bl.a. med hensyn til såkaldte storproducenter af emballageaffald.
- (182) Tabeller over licens- og indsamlingsmængder

#### Licensmængder / systemmængder emballageaffald 2001 <sup>(9)</sup>

	Mængde på markedet (mængden af den i Østrig markedsførte emballage) i tons	Licensmængde andre systemer i tons	Licensmængde ARA i tons	Andel af ARA-licenseret emballage i forhold til mængden af den i Østrig markedsførte mængde i %
PPK	535 000	13 300	[...]* (*)	[... 50-60 % ...]*
Glas	230 000	0	[...]*	[... 80-90 % ...]*
Træ	70 000	1 600	[...]*	[... 65-75 % ...]*
Keramik	28	0	[...]*	[... 90-100 % ...]*
Metal	85 000	900	[...]*	[... 50-60 % ...]*
Tekstil	—	34	[...]*	[... 15-25 % ...]*
Plast	210 000	7 100	[...]*	[... 50-60 % ...]*
MV <sup>(10)</sup>	40 000	23 600	[...]*	[... 15-25 % ...]*
Øvrige	—	54	0	[... 0-10 % ...]*
I alt	1 170 028	46 700	[...]*	[... 55-65 % ...]*

— = ingen tilgængelige oplysninger.

(\*) En skarp parentes efterfulgt af en asterisk betyder, at fortrolige oplysninger er blevet fjernet fra teksten.

<sup>(9)</sup> Oplysninger i denne tabel i henhold til informationer fra det østrigske forbundsministerium for landbrug, skovbrug, miljø og vandøkonomi, stand 2001.

<sup>(10)</sup> MV = Materialverbunde = kompositmaterialer.

Indsamlingsmængder emballageaffald 2001 <sup>(11)</sup>

	Indsamlingsmængde ARA i alt i tons	Indsamlingsmængde øvrige ordninger	Indsamlingsmængder anlæg 3 (= erhverv)	Deponi og forbrænding	I alt	ARA's andel af det totale indsamlede emballage-affald i %
PPK	297 400	11 500	102 200	92 000	503 100	59 %
Glas	174 400	0	900	39 000	214 300	81 %
Træ	15 600	600	12 100	40 000	68 300	23 %
Keramik	9	0	0	0	9	100 %
Metal	29 500	700	4 600	27 000	61 800	48 %
Tekstil	7	27	300	0	334	2 %
Plast	102 800	6 000	6 900	78 000	193 700	53 %
MV <sup>(12)</sup>	5 000	17 200	100	5 000	27 300	18 %
Øvrige	0	45	200	0	245	0 %
I alt	624 716	36 072	127 300	281 000	1 069 088	58 %

## VIII. BEMÆRKNINGER FRA TREDJEMAND

(183) Efter den meddelelse, der blev offentliggjort i henhold til artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17 og artikel 3, i protokol nr. 21 i EØS-aftalen, fremsatte i alt otte interesserede tredjemænd bemærkninger til Kommissionen. Disse er koncentreret om følgende punkter.

(184) Interesserede tredjemænd har foreslået, at de tilsagn, som ARA har afgivet, skal sikres gennem påbud. Det var især gældende for benyttelsen af indsamlingsinfrastruk-

turen på husholdningsområdet. Desuden betragtede de ikke tilsagnene som tilstrækkelige.

(185) Desuden blev det fremført, at ARA-ordningen foretog en tværsubventionering af det erhvervsmæssige område på bekostning af husholdningsområdet med det formål at fortrænge konkurrenter fra markedet. Der var hverken med hensyn til takterne eller ved beregningen nogen klar sondring mellem de to områder. Derfor skulle ARA's aktiviteter på erhvervsområdet forbydes.

(186) Endelig blev det gjort gældende, at ARA foretrak visse grupper af licenstagere, idet den målrettet refunderede beløb til disse, mens andre licenstagere kun fik glæde af de generelle takstreduktioner.

(11) Oplysningerne i denne tabel i henhold til informationer fra det østrigske forbundsministerium for landbrug og skovbrug, miljø og vandøkonomi, stand 2001. I henhold til mundtlig oplysning fra den ansvarlige medarbejder i det østrigske forbundsministerium for landbrug og skovbrug, miljø og vandøkonomi fra juni 2003 fordeles den af ARA omfattede PPK-mængde med ca. 1/3 på husholdningsområdet og ca. 2/3 på erhvervsområdet; de af ARA omfattede plastmængder fordeles sig med ca. 7/10 på husholdningsområdet og 3/10 på erhvervsområdet.

(12) MV = Materialverbunde = kompositmaterialer. Til kompositmaterialerne hører også kompositdrikkekartoner. Öko-Box har indsamlet 16 000 tons kompositdrikkekartoner, ARA-ordningen har ikke indsamlet nogen kompositdrikkekartoner.

(187) ARA anmeldte ikke takstoversigten. Derfor er takstordningen og eventuelle tværsubventioneringer ikke genstand for denne beslutning.

(188) Kommissionen har omhyggeligt undersøgt bemærkningerne fra tredjemænd og i den udstrækning, det har været nødvendigt, taget højde for dem med denne beslutning.



**IX. EF-TRAKTATENS ARTIKEL 81 OG EØS-AFTALENS ARTIKEL 53, STK. 1**

- (189) Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, er uforenelige med fællesmarkedet og er forbudt.

**Aftaler mellem virksomheder**

- (190) ARA og de virksomheder, som er forpligtet i henhold til emballageforordningen, udøver en økonomisk aktivitet. Dermed udgør de mellem ARA og de forpligtede virksomheder indgåede indsamlings- og licensaftaler en aftale mellem virksomheder.
- (191) Genvindingsselskaberne udøver en selvstændig økonomisk aktivitet. Da ARA kun har en andel i nogle genvindingsselskaber på 11 %, kan de ikke kontrollere disse genvindingsselskaber i selskabsretlig henseende. Da der mellem de i ARA-ordningen deltagende virksomheder hverken eksisterer et koncernforhold eller et moderdatterselskabsforhold — med undtagelse af AVM, som ejes af ÖKK og ARO med hver 50 % — er både de mellem ARA og genvindingsselskaberne indgåede indsamlingskontrakter, og de mellem ARGEV og ÖKK, ALUREC, FERROPACK og VHP indgåede samarbejdsaftaler mellem virksomheder som omhandlet i EF-traktatens artikel 81, stk. 1.
- (192) Med det formål reelt at tilvejebringe indsamlings-, sorterings- og nyttiggørelses-tjenesteydelser indgår genvindingsselskaberne på deres side aftaler med indsamlingsselskaber. Indsamlingsselskaberne optræder til dels som kommunale myndigheder. Disse udøver også på dette område en økonomisk aktivitet. Samtlige aftaler mellem genvindingsselskaberne og indsamlings-/sorterings- og nyttiggørelsesvirksomheder udgør derfor aftaler mellem virksomheder som omhandlet i EF-traktatens artikel 81, stk. 1.

**Begrænsning af konkurrencen**

**1. Systemmarked for husholdningsemballage**

**1.1. Begrænsning af konkurrencen som følge af fritagelses- og licensaftalen**

- (193) ARA griber ind på markedet for husholdningsemballage ved at indgå fritagelses- og licensaftaler med virksomheder, hvorved disse virksomheder med hensyn til de af aftalen omfattede emballagetyper, som efterfølgende indsamles i private endelige forbrugeres husstande, fritages for deres tilbagetagnings- og nyttiggørelsespligter i henhold til emballageforordningen.

- (194) ARA anvender forskellige varianter af fritagelses- og licensaftaler. Som standardaftale undersøges her »fritagelses- og licensaftalen for transport, salgs- og multipakemballage« (»ELV«) i det følgende nærmere.

Dokumentation for brugen af en parallel fritagelsesordning eller individuel indsamlingsordning

- (195) I henhold til afsnit I, pkt. 2, i ELV fritages licenspartneren kun fra sin forpligtelse til at deltage med al emballage i ARA-ordningens indsamlings- og nyttiggørelsesordninger, hvis det kan dokumenteres, at der bruges en parallel fritagelsesordning eller individuel indsamlingsordning. Med hensyn til kravene til denne dokumentation har ARA meddelt, at det som dokumentation for brugen af en parallel fritagelsesordning er tilstrækkeligt, at der foreligger en bekræftelse herfor, som i henhold til § 3, stk. 5, i emballageforordningen skal udstedes af systemoperatøren, og at det er tilstrækkeligt, at der forelægges den dokumentation for tilbagetagning, som i henhold til § 3, stk. 6, pkt. 2, i emballageforordningen skal tilvejebringes i forbindelse med individuelle indsamlingsordninger og forelægges miljøministeriet (betragtning 52).
- (196) I henhold til afsnit II, pkt. 1, i ELV beregnes den afgift, som licenspartneren skal betale, ud fra den emballage, som licenspartneren markedsfører i Østrig. Imidlertid har ARA meddelt, at afsnit II, pkt. 1, i ELV bliver forvaltet på den måde, at licensafgiften kun skal betales for emballage, hvor licenspartneren tilstræber en fritagelse via ARA-ordningen, og hvor licenspartneren følgelig kun indberetter denne mængde emballage til ARA-ordningen i henhold til afsnit II, pkt. 4, som grundlag for beregningen af licensafgiften (betragtning 55). Desuden har licenspartneren ret til med tilbagevirkende kraft at ændre sine indberetninger for det løbende kalenderår og anmode om en regulering af licensafgiften i overensstemmelse hermed, såfremt han har bortskaffet visse mængder til anden side. Ved denne fleksible ordning for beregning af licensafgiften er der imidlertid den risiko, at virksomheder, som deltager i ARA-ordningen, efterfølgende undlader at medtage en vis mængde emballagemateriale i beregningen af licensafgiften uden at sikre indsamling ad anden vej. Da ARA navnlig også accepterer en efterfølgende ændring af anmeldelserne af emballagemateriale, forekommer det set med Kommissionens øjne berettiget, hvis ARA med kravet om dokumentation forhindrer, at den fleksible indberetningsordning undermineres af licenstagere.
- (197) I betragtning af dette sagsforhold strider den i afsnit I, pkt. 2, i ELV formulerede dokumentationspligt ikke mod EF-traktatens artikel 81, stk. 1.

Udnyttelse af mærket »Der Grüne Punkt«

- (198) Der kunne være tale om konkurrencebegrænsning som omhandlet i EF-traktatens artikel 81, stk. 1, såfremt licenstagere skulle betale en licensafgift for al emballage, som er mærket »Der Grüne Punkt«. Dette ville give problemer for en licenstag, som kun gør brug af ARA's fritagelse for delmængder af emballage, eller som helt undlader at benytte fritagelsen i Østrig, eller som markedsfører en ensartet udformet emballage med »Der Grüne Punkt«-mærket i andre EØS-lande. Han ville så være tvunget til, for de mængder, hvormed han ikke deltager i ARA-ordningen, enten at betale licensafgift til ARA og en yderligere licensafgift til konkurrenten, eller indføre adskilte emballage- og distributionslinjer, hvilket hverken ville være praktisk gennemførligt eller rentabelt.
- (199) ELV indeholder ikke regler, i henhold til hvilke emballage, som hører under ARA-ordningen og markedsføres i Østrig, skal bære mærket »Der Grüne Punkt«. Heller ikke i emballageforordningen er der indeholdt en sådan mærkningspligt for emballage, som deltager i en indsamlings- og håndteringsordning.
- (200) Derudover skal afsnit II i ELV efter ARA's oplysninger forstås på den måde, at licenspartnernes betalingsforpligtelse ikke er en modydelse for retten til at udnytte »Der Grüne Punkt«-mærket, men skal forstås som en afgift for den fritagelsesydelse, som ARA-ordningen leverer. Derfor er der ikke tale om en afgift for udnyttelsen af mærket, men derimod om en afgift for en tjenesteydelse.
- (201) Det betyder, at virksomheder med delmængder eller en samlet mængde af den emballage, som er »Der Grüne Punkt«-mærket, kan deltage i en konkurrerende fritagelsesordning eller individuel indsamlingsordning, uden at være forpligtet til at betale en licensafgift til ARA, såfremt de over for ARA kan dokumentere, at indsamlingen af denne emballage sker i overensstemmelse med forordningen.
- (202) For at sikre, at ARA ikke træffer andre modforanstaltninger over for virksomheder, som ikke er licenstagere hos ARA, men som på grund af en kontrakt med en indsamlingsordning fra en anden medlemsstat eller på grund af nationale retsregler i en anden medlemsstat er forpligtet til at mærke den markedsførte emballage med »Der Grüne Punkt«-mærket, har ARA afgivet det tilsagn, at den ikke havde noget at indvende imod, at emballage, der ikke er licenseret af ARA, forsynes med »Der Grüne Punkt«-mærket, så længe det dokumenteres, at denne emballage markedsføres i overensstemmelse med forordningen, og ARA kan kontrollere dette. Det gælder både for en delvis såvel som en fuldstændig ikke-deltagelse i ARA-ordningen. Heller ikke ved en fuldstændig manglende deltagelse i ARA-ordningen forlanges der nogen henvisning hertil på emballagen.
- (203) På grundlag af disse omstændigheder kan bestemmelserne i ELV, for så vidt angår anvendelsen af mærket »Der Grüne Punkt« på markedsført emballage, antages ikke at føre til en hindring af eksisterende eller potentielt konkurrerende indsamlingsordninger eller individuelle indsamlingsordninger for husholdningsemballage og dermed ikke fører til en begrænsning af konkurrencen som omhandlet i EF-traktatens artikel 81, stk. 1.
- Almindelig opsigelsesret for udenlandske licenstagere fra andre medlemsstater
- (204) I henhold til artikel 7 i direktiv 94/62/EF skal sådanne ordninger også være åbne for importerede varer på ikke-diskriminerende betingelser. Med hensyn til reglerne for adgang og eventuelle afgifter må der ikke finde forskelsbehandling sted. I overensstemmelse hermed fastlægger § 32, stk. 2, i AWG for husholdningsområdet en kontraheringstvung. Som følge heraf må ARA i princippet ikke udøve sin opsigelsesret. Skulle dette dog ske i de af ARA beskrevne undtagelsestilfælde (betragtning 60), er ARA underlagt en misbrugskontrol. På baggrund heraf er en aftalebaseret indrømmelse af en almindelig opsigelsesret for udenlandske licenstagere ikke at betragte som nogen mærkbar konkurrencebegrænsning som omhandlet i EF-traktatens artikel 81, stk. 1.
- 1.2. Begrænsning af konkurrencen som følge af indsamlingskontrakterne mellem ARA og genvindingsselskaberne
- (205) Den mellem ARA og ARGEV indgåede indsamlingskontrakt, som blev anmeldt som standardkontrakt for de af ARA med samtlige genvindingsselskaber indgåede kontrakter, indeholder i henhold til § 5 eksklusivitetsklausuler både til fordel for ARA og til fordel for genvindingsselskaberne. Desuden indeholder kontrakten i § 6, nr. 13, en mestbegünstigelsesklausul til fordel for ARA.
- Eksklusivitet til fordel for ARA
- (206) Den i indsamlingskontrakten mellem ARA og genvindingsselskaberne i henhold til § 5, stk. 2, fastsatte eksklusivitet til fordel for ARA i kontraktens løbetid indebærer, at potentielle konkurrenter til ARA ikke kan indgå aftale med de genvindingsselskaber, som er indehavere af systemtilladelser. Dette er imidlertid ikke nogen i konkurrenceretlig henseende påbudt forudsætning for adgangen til systemmarkedet. Det, der er afgørende, er tværtimod, at konkurrenter kan indgå kontrakter med virksomheder, som står for den faktiske indsamling og sortering. Dette marked, som befinder sig i ledet efter systemmarkedet, undersøges nærmere i det følgende.

(207) Undersøgelsen af eksklusivtetsaftalen i § 5 i indsamlingskontrakten viser, at den ikke fører til nogen mærkbar konkurrencebegrænsning som omhandlet i EF-traktatens artikel 81, stk. 1.

Eksklusivitet til fordel for genvindingsselskaberne

(208) Af eksklusiviteten til fordel for genvindingsselskaberne i kontraktens løbetid i henhold til § 5, stk. 1, følger, at ingen anden virksomhed kan blive et genvindingsselskab i ARA-ordningen og følgelig ikke kan gøre krav på ARA's tjenesteydelse som administrator. Eftersom konkurrenterne netop ønsker at indgå aftaler med de forpligtede virksomheder i stedet for ARA, kan der ikke konstateres nogen interesse for at gøre brug af ARA's tjenesteydelse. Kommissionen kommer derfor også her til det resultat, at der ikke foreligger nogen mærkbar konkurrencebegrænsning som omhandlet i EF-traktatens artikel 81, stk. 1.

(209) Derudover tildeles hvert enkelt genvindingsselskab bestemte materialegrupper og indsamlingsforløb. I henhold til § 5, stk. 3, i indsamlingskontrakten forpligter det pågældende genvindingsselskab sig til ikke at udføre aktive indsamlingstjenester, som er dækket af andre genvindingsselskabers ansvarsområde. Dette bevirker, at genvindingsselskaberne ikke kan konkurrere indbyrdes, hvilket i første omgang rammer organisationen inden for ARA-ordningen. Uden for ARA-ordningen medfører denne regel ikke nogen virkning, som går ud over den ovenfor drøftede eksklusivitet. Men imidlertid begrænses genvindingsselskabernes handlefrihed yderligere inden for ARA-ordningen. Dette kan imidlertid retfærdiggøres på grund af nødvendigheden af en klar indplacering og relevant specialisering inden for ordningen. På systemniveau ville der ikke uden en klar afgrænsning af ansvarsområderne kunne ske nogen effektiv håndtering af opgaverne, som f.eks. udbud af kontrakter med indsamlings-, sorterings- og nyttiggørelsesvirksomheder, eller sikring af overholdelsen af kvotereglerne. Ligeledes er det af betydning, at en fastlæggelse af genvindingsselskabernes opgaveområde ikke får nogen virkning for tiden efter kontraktens udløb. Reglen i § 5, stk. 3, i indsamlingskontrakten, strider således ikke mod EF-traktatens artikel 81, stk. 1.

Mestbegunstigelsesklausul

(210) Derudover skal det undersøges, om den i § 6, nr. 13, i indsamlingskontrakten mellem ARA og genvindingsselskaberne indeholdte mestbegunstigelsesklausul, hvorefter genvindingsselskaberne ikke tilbyder sine tjenester for tredjemand på mere fordelagtige vilkår end for ARA eller selskabets licenstagere, udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning som omhandlet i EF-traktatens artikel 81, stk. 1, på systemmarkedet. Mestbegunstigelsesklausulen har ved siden af eksklusivtetsklausulen ikke nogen selvstændig virkning, idet det er genvindingsselskaberne forbudt i henhold til sidstnævnte klausul at

samarbejde med andre indsamlingsordninger end ARA. Spørgsmålet om mere fordelagtige vilkår opstår derfor i princippet ikke. Derfor kan mestbegunstigelsesklausulen heller ikke i sig selv udgøre nogen mærkbar konkurrencebegrænsning som omhandlet i EF-traktatens artikel 81, stk. 1.

1.3. Begrænsning af konkurrencen som følge af samarbejdsaftalen mellem ARGEV og genvindingsselskaberne

(211) Der kunne ligge en konkurrencebegrænsning i den eksklusivtetsklausul, som er indgået mellem ARGEV og ÖKK/ALUREC til fordel for ARGEV, såfremt potentielle konkurrenter derved hindres i at få adgang til markedet. Ifølge stk. 15 i ARGEV's indsamlingskontrakt med ÖKK, som er ansvarlig for organisation og håndtering af plastemballage, forpligter aftaleparterne sig til i kontraktens løbetid ikke at etablere, drive eller deltage i nogen anden indsamlings- og genanvendelsesordning uden for ARA-ordningen, medmindre der foreligger en godkendelse fra de andre aftaleparter. I henhold til afsnit V i aftalen mellem ARGEV og ALUREC foreligger der en indholdsmæssigt lignende eksklusivitet.

(212) Potentielle konkurrenter er således organisatorisk udelukket fra at kunne genanvende og/eller markedsføre sekundære råstoffer, men er ikke udelukket fra adgangen til dette marked. Organisationsstrukturen kan opbygges af en konkurrent selv. Navnlige findes der heller ikke nogen holdepunkter for, at der skulle foreligge hindringer med hensyn til indgåelse af kontrakter mellem ARA-ordningens mulige konkurrenter og nyttiggørelsesvirksomhederne. Der foreligger ingen konkurrencebegrænsning som omhandlet i EF-traktatens artikel 81, stk. 1, på grundlag af eksklusivtetsklausulen til fordel for ARGEV.

2. Systemmarkedet for emballage fra store virksomheder og industri

2.1. Begrænsning af konkurrencen som følge af fritagelses- og licensaftalerne (ELV)

(213) ELV finder både anvendelse på licensering af husholdningsemballage og på emballage fra store virksomheder og industri.

(214) Derfor finder analysen i pkt. 1.1 (betragtning 193 ff.) af bestemmelserne i ELV med hensyn til dokumentation for brugen af en parallel fritagelsesordning eller individuel indsamlingsordning anvendelse på samme måde for emballage fra store virksomheder og industri. Tilsagnet om brug af »Der Grüne Punkt«-mærket kan komme til anvendelse, såfremt en emballage i en anden medlemsstat i det mindste også forekommer i husstandene og derfor må bære »Der Grüne Punkt«-mærket.

- (215) Af denne grund kommer Kommissionen til det resultat, at de relevante bestemmelser i ELV ikke fører til nogen konkurrencebegrænsning på systemmarkedet for emballage fra området store virksomheder og industri og som sådan ikke er omfattet af EF-traktatens artikel 81, stk. 1.
- 2.2. Begrænsning af konkurrencen som følge af indsamlingskontrakterne mellem ARA og genvindingsselskaberne
- (216) ARA's indsamlingskontrakter med genvindingsselskaberne, for hvilke den mellem ARA og ARGEV indgåede kontrakt blev anmeldt som standardkontrakt, omfatter både indsamling af emballage fra husholdningssektoren og fra erhvervssektoren. Med hensyn hertil skal der henvises til den retlige vurdering af de problematiske eksklusivetsbestemmelser i husholdningssektoren, som er indeholdt i betragtning 206 ff. Lige som i husholdningssektoren medfører heller ikke de undersøgte klausuler i erhvervssektoren en konkurrencebegrænsning som omhandlet i EF-traktatens artikel 81, stk. 1.
- 2.3. Begrænsning af konkurrencen som følge af samarbejdsaftalen mellem ARGEV og genvindingsselskaberne
- (217) Der sondres ikke i de mellem ARGEV og genvindingsselskaberne indgåede samarbejdsaftaler, for hvilke aftalen mellem ARGEV og ÖKK samt ARGEV og ALUREC blev anmeldt som standardkontrakt, mellem husholdnings- og erhvervssektoren. Der er ingen forskelle med hensyn til den retlige vurdering inden for rammerne af undersøgelsen af markedet for indsamling og sortering af husholdningsemballage (betragtning 211 f.). Af de dér nævnte grunde udgør de i kontrakterne indeholdte gensidige eksklusivetsbestemmelser ikke nogen konkurrencebegrænsning som omhandlet i EF-traktatens artikel 81, stk. 1.
3. *Markedet for indsamling og sortering af brugt husholdningsemballage*
- (218) ARA-ordningen har navnlig indvirkning på markedet for indsamling og sortering af brugt let emballage, som opstår i husstandene, gennem ARGEV's regionalpartneraftale med indsamlings- og sorteringsvirksomheder.
- (219) ARGEV har med de fra den 1. januar 2002 gældende aftaler med indsamlingsselskaberne indgået særskilte kontrakter vedrørende indsamling og sortering af emballage.
- 3.1. Begrænsning af konkurrencen som følge af regionalpartneraftalen mellem ARGEV og indsamlingspartnerne
- Eksklusivitet til fordel for indsamlingspartnerne
- (220) Indsamlingspartneraftalen indgås mellem ARGEV og en indsamlingspartner vedrørende et bestemt opsamlingsdistrikt, hvor indsamlingspartneren har enekompetence.
- (221) Da ARGEV har forpligtet sig til i kontraktens løbetid udelukkende at efterspørge indsamlingsydelse hos et indsamlingsselskab for det relevante aftaleområde, afskæres andre udbydere af tjenesteydelser til indsamling af let husholdningsemballage som følge af aftageren, ARGEV's førende markedsposition (se betragtning 182) fra vigtige tilbudsmuligheder.
- (222) Da ARGEV kun indgår aftale med én indsamlingspartner pr. indsamlingsdistrikt, har ARGEV begrænset sig selv med hensyn til at efterspørge indsamlingsydelser for let husholdningsemballage. Denne begrænsning har den følge, at konkurrerende udbydere af indsamlingsydelser for let husholdningsemballage afskæres fra at byde på sådanne tjenesteydelser over for den bestemmende aftager, hvorved konkurrencen på tilbudssiden mellem indsamlingspartnerne på de pågældende aftaleområder begrænses. Også selvom indsamlingen og sorteringen blev adskilt i de gældende kontrakter fra 2002, ophobes efterspørgslen fortsat hos ARA-ordningen. Dertil kommer, at indsamlingsselskaberne samtidig opererer på erhvervsområdet for ARA-ordningen på grundlag af en fælles indsamlingspartneraftale.
- (223) ARGEV's kontrakter med indsamlingspartnerne indeholder i princippet ikke nogen tidsmæssig begrænsning og kun en almindelig opsigelsesmulighed efter tre år. ARGEV har inden for rammerne af sit tilsagn 4 i betragtning 139 forpligtet sig til at opsig sine kontrakter med indsamlingspartnerne til udløbet af en periode på tre år, såfremt aftaleparterne ikke opnår enighed om en forlængelse af kontraktforholdet med højst to år. Under alle omstændigheder udbyder ARGEV efter udløbet af en kontraktperiode på fem år på ny kontrakter i et objektivt udbud. Også selvom det gennem dette tilsagn forhindres, at aftaleparterne binder sig for ubestemt tid, er det muligt med en løbetid for kontrakten på indtil fem år. Dermed afskæres de udelukkede indsamlingsselskabers adgang til den bestemmende aftager i et tidsrum af tre til fem år, hvilket begrænser konkurrencen på aftaleområdet mærkbart.

## Mærkbarhed

- (224) Eksklusiviteten til fordel for indsamlingspartnerne er kun i strid med EF-traktatens artikel 81, stk. 1, hvis denne påvirker konkurrencen mærkbart. Det er i den forbindelse frem for alt aftalepartnerens stilling på det relevante marked og eksklusivitetsforpligtelsens varighed, der er bestemmende for, hvor mærkbar konkurrencebegrænsningen er.
- (225) ARGEV har for i alt 64 aftaleområder indgået en indsamlingspartneraftale og dermed skabt et netværk af kontrakter, som dækker hele Østrig. Alene ARA-ordningen råder dermed p.t. over en områdedækkende ordning til indsamling og nyttiggørelse af husholdningsemballage i Østrig, som omfatter alle materialegrupper, og er derved både med hensyn til Østrig og i det pågældende indsamlingsdistrikt den bestemmende aftager af sådanne indsamlingstjenester. Med hensyn til let husholdningsemballage har alene Öko-Box iværksat en konkurrerende ordning. Denne er imidlertid begrænset til kompositemballage til drikkevarer, som udgør ca. 20 % af den samlede mængde let emballage, som opstår i husstandene (se betragtning 182).
- (226) Eftersom ARGEV har dækket det samlede relevante geografiske marked med et netværk af lignende kontrakter, indebærer ophobningen af de deri indeholdte eksklusivitsforpligtelser, at tredjeparts adgang til markedet hindres i kontrakternes løbetid. Den samlede virkning af alle kontrakter fører til, at de udelukkede indsamlingsselskaber afskæres fra markedet.
- (227) Med hensyn til udbudssiden skal det endvidere tages i betragtning, at det navnlig er fysiske og indsamlingslogistiske grunde, som står i vejen for etableringen af en yderligere struktur for indsamling hos den private endelige forbruger ved siden af den struktur, som drives af ARGEV's indsamlingspartnere (se betragtning 160, 281 ff.). Også Öko-Box benytter til dels ARGEV-indsamlingsselskabernes indsamlingsinfrastruktur. Alternative tilbudsmuligheder for udelukkede udbydere af indsamlingstjenester må derfor p.t. betegnes som relativt usandsynlige. Tværtimod er det realistisk at antage, at en fritagelsesordning, som potentielt konkurrerer med ARA, vil samarbejde med de indsamlingspartnere, som allerede står for indsamling af emballage for ARA-ordningen inden for rammerne af indsamlingspartneraftalen. På baggrund heraf må det anses for usandsynligt, at der i indsamlingspartneraftalens løbetid i de respektive aftaleområder i mærkbart, dvs. betydeligt omfang, opstår nye tilbudsmuligheder på det relevante marked for udelukkede leverandører af indsamlingstjenester.

- (228) Også løbetiden spiller en væsentlig rolle i forbindelse med vurderingen af de konkurrencemæssige virkninger af eksklusivitsforpligtelsen. På grundlag af ARGEV's afgivne tilsagn 4 (betragtning 139) skal indsamlingspartneraftalerne udbydes på ny efter senest fem års løbetid af kontraktforholdet. Dette medfører en tilsvarende lang udelukkelse af centrale tilbudsmuligheder for andre udbydere af indsamlingstjenester, som ikke blev medtaget i tildelingen af bud.
- (229) Kommissionen kommer derfor til det resultat, at den i indsamlingspartneraftalerne indeholdte eksklusivitet til fordel for de respektive indsamlingspartnere påvirker konkurrencen mærkbart.

## Adgang til indsamlingspartnernes faciliteter

- (230) I henhold til betragtning 227 virker infrastrukturen for indsamling i husstandene som en flaskehals, hvilket har særlig betydning for ARA-ordningens konkurrenters uhindrede og frie adgang til disse faciliteter. Især vil der foreligge en konkurrencebegrænsning som omhandlet i EF-traktatens artikel 81, stk. 1, såfremt indsamlingspartneraftalen var udformet således, at ARA-ordningens konkurrenter afskæres fra adgangen til indsamlingsinfrastrukturen.
- (231) Tjenestekontrakterne indeholder ikke nogen eksklusivitsforpligtelse til fordel for ARGEV, således at indsamlingsselskaberne kan tilbyde deres tjenester også til andre fritagelsesordninger eller inden for rammerne af individuel indsamling. ARGEV har i det under betragtning 139 angivne tilsagn 3 bekræftet, at selskabet har givet afkald på eksklusivitsforpligtelsen til fordel for ARGEV.
- (232) Der resterer at undersøge, om indsamlingspartneraftalen er til hinder for, at ARA-ordningens konkurrenter også kan benytte indsamlingspartnernes indsamlingscontainere.
- (233) Med hensyn hertil kunne klausulen om ejendomsret i stk. 2.5.2. i indsamlingspartneraftalen være problematisk, idet det heraf fremgår, at indsamlingspartneren overtager emballagen for ARGEV og derfor kun må håndtere det indsamlede materiale fra ARGEV på den måde, som er foreskrevet i aftalen. Desuden betaler ARGEV et beløb til udligning af omkostningerne til indsamlingscontainerne og forbeholder sig ret til at bestemme, at opstillingen skal ske efter aftale med den. ARGEV kunne af disse bestemmelser udlede at have en vis kontrol med indsamlingscontainerne, men bestemmelserne udelukker ikke udtrykkeligt, at tredjemand også kan benytte disse. Desuden har ARGEV erklæret, at indsamlingsselskabet ikke var forhindret i at stille volumen til rådighed i samme container til en anden ordning, for så vidt opfyldelsen af dennes forpligtelser i

forhold til ARGEV derved ikke påvirkes (betragtning 103). Med hensyn til klausulen om ejendomsret har ARGEV præciseret, at denne kun vedrører de emballagemængder, som er licenseret for ARA, og dermed ikke forhindrer, at ARA-ordningens konkurrenter også kan gøre uindskrænket brug af emballage, som er indsamlet i indsamlingsanlæg. Klausulen om ejendomsret skal således fortolkes på den måde, at den ikke forhindrer, at indsamlede emballagemængder opdeles i én og samme container til flere ordninger.

- (234) Følgelig kan det ikke påvises, at der findes bestemmelser i indsamlingspartneraftalen, der forhindrer indsamlingsselskaberne i at indgå og opfylde kontrakter om benyttelse med ARA-ordningens konkurrenter. Begrænsningerne i tilsagn 3 om benyttelse indebærer imidlertid den risiko, at ARGEV uden konkret reference til en enkelt bestemmelse i indsamlingspartneraftalen kunne forsøge at lægge hindringer i vejen for, at indsamlingspartnerne giver konkurrenterne adgang til indsamlingscontainerne. Denne risiko skal der tages højde for, når der træffes afgørelse om, hvorvidt betingelserne for fritagelse foreligger for eksklusivitetsforpligtelsen til fordel for indsamlingspartnerne (se nedenfor betragtning 278 ff.).

### 3.2. Begrænsning af konkurrencen som følge af regionalpartneraftalen mellem ARGEV og sorteringspartnerne

- (235) På grundlag af opdelingen i indsamlings- og sorteringspartneraftalen fra 1. januar 2002 kan indsamlings- og sorteringspartnerne være forskellige virksomheder. Indholdsmæssigt ligner ARGEV's kontrakter med sorteringspartnerne de tilsvarende kontrakter indgået med indsamlingspartnerne.

- (236) Sorteringspartneraftalen fastlægger i stk. 5 den samme varighed for kontrakten som indsamlingspartneraftalen. Desuden får for hvert indsamlingsdistrikt ligeledes kun én sorteringspartner for ARGEV tilladelse til sortering af brugt salgsemballage. Det i betragtning 139 anførte tilsagn 4 med hensyn til kontraktens løbetid samt det fornyede udbud senest når kontrakterne har løbet i fem år, gælder også for sorteringspartneraftalen. Med hensyn til den retlige vurdering af denne eksklusivitetsforpligtelse til fordel for sorteringspartnerne henvises der til redegørelsen vedrørende indsamlingspartneraftalen. I sidste instans udgør også den i sorteringspartneraftalen indeholdte eksklusivitet en mærkbar konkurrencebegrænsning på det relevante marked som omhandlet i EF-traktatens artikel 81, stk. 1.

### 3.3. Begrænsning af konkurrencen som følge af ARO's aftaler med de lokale myndigheder

- (237) ARO har indgået en aftale med de lokale myndigheder om drift af de kommunale returpapirordninger for papiremballage fra husstande og steder med tilsvarende emballagemængder. I henhold til denne aftale stiller de lokale myndigheder imidlertid ikke deres indsamlingstjenester til rådighed for ARO, men driver selv en selvstændig kommunal indsamling og bortskaffelse af returpapir, som også omfatter ikke-emballage (f.eks. aviser og tidsskrifter). Med hensyn til indsamling af emballage af papir, pap og karton fra husstande begrænser ARO sig til at indkøbe mængder fra den kommunale indsamling. Der er i aftalen med de lokale myndigheder ikke fastlagt bestemmelser, som udelukker, at også en anden indsamlings- og genanvendelsesordning benytter containerne fra den kommunale indsamling af returpapir. Det står således de lokale myndigheder frit for også at indgå kontrakter med ARO's konkurrenter om indsamling og nyttiggørelse af papiremballage.

- (238) Kommissionen kommer på grundlag af dette sagsforløb til den konklusion, at den af ARO med de lokale myndigheder indgåede aftale ikke indeholder nogen konkurrencebegrænsende klausuler og følgelig ikke strider mod EF-traktatens artikel 81, stk. 1.

### 4. Markedet for indsamling og sortering af erhvervsemballage

- (239) ARA-ordningen får især virkning på markedet for indsamling og sortering af erhvervsemballage via de mellem genvindingselskaberne og indsamlings- / sorteringspartnerne indgåede regionalpartneraftaler.

- (240) De aftaler, som ARGEV og ARO har indgået med indsamlings- og sorteringspartnerne om den konkrete gennemførelse af de i den østrigske emballageforordning fastlagte krav til indsamlings- og nyttiggørelsessystemer, omfatter erhvervsemballage.

### 4.1. Begrænsning af konkurrencen som følge af regionalpartneraftalen mellem ARGEV og indsamlingspartnerne

- (241) Eksklusivitetsbestemmelsen i artikel 4.1. til fordel for indsamlingspartnerne skal også undersøges med hensyn til indsamling af erhvervsemballage, for så vidt angår dens forenelighed med EF-traktatens artikel 81, stk. 1.

- (242) På grund af den af ARGEV indgåede forpligtelse til at samle efterspørgslen efter samtlige indsamlingstjenester, også på erhvervsområdet, hos et enkelt indsamlingsselskab, afskæres andre konkurrerende udbydere af indsamlingstjenester for erhvervsemballage fra at give tilbud, hvorved konkurrencen mellem indsamlingspartnerne/indsamlingsselskaberne på erhvervsområdet begrænses.
- (243) Modsat området for indsamling af husholdningsemballage er ARGEV på markedet for erhvervsemballage og andet erhvervmæssigt affald ganske vist ikke den helt overvejende aftager af indsamlingstjenester. For så vidt angår erhvervsemballage eksisterer der yderligere ordninger, som ligeledes optræder som aftagere af indsamlingstjenester på markedet. Indsamlingsselskaberne kan tilbyde deres indsamlingstjenester også til storproducenter af emballageaffald.
- (244) Også selvom ARGEV ikke er den helt overvejende aftager af indsamlingstjenester på erhvervsområdet, kan de konkurrerende indsamlings- og nyttiggørelsesordninger og storproducenter af emballageaffald ikke sammenlignes med ARA-ordningen på området for erhvervsemballage, for så vidt angår deres økonomiske betydning (jf. betragtning 182). Det må derfor antages, at eksklusivitetsforpligtelsen afskærer indsamlingsselskaberne fra ikke ubetydelige tilbudsmuligheder og dermed har mærkbare virkninger på fællesmarkedet for indsamlingstjenester vedrørende erhvervsemballage.
- (245) Eftersom der ifølge indsamlingspartneraftalen skal indgås en ensartet kontrakt både for indsamling af emballage fra husholdningsområdet og fra erhvervsområdet, har indsamlingsselskaberne kun mulighed for at blive indsamlingspartnere for ARGEV med hensyn til erhvervsemballage, såfremt selskabet samtidig er i stand til at levere en infrastruktur for husholdningsindsamling. Små og ikke så stærke indsamlingsselskaber hindres således i at udbyde deres tjenester. En sådan regel forstærker den netop beskrevne konkurrencebegrænsning.
- (246) Desuden er det for vurderingen af eksklusivitetens virkninger på konkurrencen også vigtigt at se på dennes løbetid. På grund af det af ARGEV afgivne tilsagn må indsamlingspartneraftalerne senest udbydes på ny efter fem års løbetid. Det fører til, at udbydere i dette tidsrum afskæres fra ikke ubetydelige muligheder for at tilbyde.
- (247) Her kan det således konstateres, at eksklusivitetsforpligtelsen for ovennævnte kontraktperiode udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning som omhandlet i EF-traktatens artikel 81, stk. 1, på markedet for indsamling og sortering af erhvervsaffald.
- 4.2. Begrænsning af konkurrencen som følge af regionalpartneraftalen mellem ARGEV og sorteringspartnerne
- (248) Også sorteringspartneraftalen regulerer både husholdnings- og erhvervsområdet.
- (249) Med hensyn til eksklusivitetsforpligtelsen til fordel for sorteringspartnerne kan der henvises til de under 241 ff. fremførte redegørelser. Resultatet er, at der foreligger en overtrædelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 1.
- 4.3. Begrænsning af konkurrencen som følge af aftalen mellem ARO og indsamlingspartnerne
- (250) ARO's aftale med indsamlingspartnerne for PPK-emballage, som ender hos erhvervsvirksomhederne, indeholder en eksklusivitet til fordel for indsamlingspartnerne med en gennem tilsagnet begrænset kontraktmæssig løbetid på maksimalt fem år. Gennem denne klausul er de udelukkede udbydere afskåret fra at levere indsamlingstjenester på erhvervsområdet og optræde som en vigtig aftager over for ARO. Ganske vist eksisterer der også med hensyn til indsamling af PPK-emballage andre ordninger, som ligeledes optræder som aftagere af indsamlingstjenester på markedet. Men for området for PPK-indsamling gælder, at de konkurrerende indsamlings- og nyttiggørelsesordninger med hensyn til deres økonomiske betydning ikke kan sammenlignes med ARA-ordningen (jf. betragtning 182). Det må derfor antages, at indsamlingsselskaberne som følge af eksklusivitetsforpligtelsen er afskåret fra ikke ubetydelige muligheder for at tilbyde. Dermed foreligger der en mærkbar konkurrencebegrænsning som omhandlet i EF-traktatens artikel 81, stk. 1, på det relevante produktmarked.
5. Markederne for nyttiggørelse og markedsføring af sekundære råstoffer
- (251) ARA påvirker markedet for nyttiggørelse og markedsføring af sekundære råstoffer, idet de respektive genvindingselskaber organiserer den materielle nyttiggørelse af det emballagemateriale, som indsamles i ordningen. ARGEV er ansvarlig for let emballage og metalemballage fra husstande og tilsvarende steder samt for emballage af plast, kompositmetal, træ, tekstilfibre og keramik fra erhvervmæssige indsamlingssteder, og ARO er ansvarlig for emballage af papir, karton, pap, bølgepap fra husholdnings- og erhvervsområdet.

(252) Det skal undersøges, i hvilket omfang den i kontrakterne mellem ARGEV og ARO og indsamlingspartnerne indeholdte styring af emballagestrømmen påvirker nyttiggørelses- og markedsføringsmarkedet, og om denne styring er forenelig med EF-traktatens artikel 81, stk. 1.

#### 5.1. Aftalen mellem ARGEV/ARO og indsamlingspartnerne

(253) I henhold til aftalerne mellem ARGEV og ARO og indsamlingspartnerne havde indsamlingspartnerne kun kompetence vedrørende emballage til at vælge sorteringsanlæg, omlastningsstationer og nyttiggørelsesvirksomheder (artikel 2.5.2 sammen med 2.2.5 i ARGEV-aftalen og artikel 2.8 i ARO-aftalen).

(254) I henhold til ARO's aftale med de lokale myndigheder, som primært vedrører indsamling af emballage fra husholdningsområdet, må de lokale myndigheder ikke disponere over papiremballagen på nogen anden måde end den, som er foreskrevet af ARO (stk. 3.7).

(255) Den i kontrakterne mellem ARGEV og ARO og indsamlingspartnerne indeholdte styring af emballagestrømmen begrænser ikke indsamlingspartnerens dispositions- og nyttiggørelsesmuligheder, idet de på intet tidspunkt erhverver ejendomsretten til emballagen. ARGEV og ARO disponerer over den emballage, som de har ejendomsretten til.

(256) Muligheden for, at markedet bliver afskærmet som følge af aftalerne, eksisterer ikke på grund af de pågældende genvindingsselskabers stilling på de berørte markeder for nyttiggørelse og markedsføring af sekundære råstoffer og under hensyntagen til markedernes struktur.

(257) Ferropack Recycling GmbH's markedsandel for emballage af FE-metaller (hvidblik og stål) ligger under 10 %, og ALUREC's markedsandel for aluminiumsemballage ligger kun på 1,7 %. ARO's årlige nyttiggørelsesmængde for emballage af papir, karton, pap og bølgepap udgør 22 % af den samlede mængde i Østrig. Det kan ikke på grundlag af disse lave markedsandele antages, at der finder en afskærmning af markedet sted på disse materialeområder.

(258) Kun for materialegruppen plast ligger det relevante genvindingsselskab, ÖKK's, markedsandel af den årlige nyttiggørelsesmængde på 40 %. Men her skal det imidlertid betænkes, at denne materialegruppe i modsætning til andre grupper, som f.eks. glas eller papir, frem til vedtagelsen af emballageforordningen og etableringen af ARA-ordningen var en bestanddel af det traditionelle husholdningsaffald og ikke blev indsamlet og nyttiggjort separat. Der blev således i kraft af emballageforordningen skabt et nyt, miljøpolitisk motiveret erhvervsmæssigt aktivitetsområde omkring indsamling og nyttiggørelse

af plastemballage. Ganske vist fremviser de fleste af de inden for rammerne af ARA-ordningen indsamlede plastgrupper ikke nogen positiv markedsværdi, hvilket indebærer, at ÖKK med hensyn til en nyttiggørelse i henhold til forordningen af disse materialer skal foretage ekstrabetalinger. På grund af nyttiggørelsesmarkedets struktur med hensyn til plastmaterialegruppen kan der ikke konstateres nogen konkurrencebegrænsning, som er betinget af ÖKK's markedsandel.

(259) Desuden skal der tages hensyn til, at affaldshåndteringssektoren, for så vidt som den er en del af ARGEV's foreningsudvalg, ikke har nogen stemmeret og er udelukket fra at deltage i møder vedrørende retshandler mellem nyttiggørelsesvirksomhederne og foreningens medlemmer. Her har affaldshåndteringssektoren således ikke nogen mulighed for at øve indflydelse til egen fordel.

(260) På den baggrund kommer Kommissionen til den erkendelse, at de relevante bestemmelser i aftalerne mellem ARGEV og ARO og indsamlingspartnerne ikke fører til nogen mærkbar konkurrencebegrænsning som omhandlet i EF-traktatens artikel 81, stk. 3, på det relevante produktmarked for nyttiggørelse og markedsføring af sekundære råstoffer.

#### 5.2. Aftalerne mellem ARGEV og genvindingsselskaberne

(261) Kontrakterne mellem ARGEV og ÖKK/ALUREC indeholder hver for sig en eksklusivitetsklausul til fordel for sidstnævnte, i henhold til hvilken ARGEV forpligter sig til ikke at overdrage den samlede emballage til en anden virksomhed i kontraktens løbetid. Konsekvensen er, at ingen anden virksomhed kan være aktiv med hensyn til organiseringen af nyttiggørelsen for ARGEV. Men tilvejebringelsen af de faktiske nyttiggørelsesjenester for ARA-ordningen udelukkes derved ikke. Kontrakterne mellem nyttiggørelsesselskaberne/genvindingsselskaberne og de nyttiggørelsesselskaber, som står for den konkrete nyttiggørelse, udbydes i en årlig licitationsprocedure. Desuden taler nyttiggørelsesselskabernes andele på det samlede marked for nyttiggørelse og markedsføring af sekundære råstoffer for den antagelse, at eksklusivitetsklausulerne ikke medfører nogen afskærmning af markedet.

(262) Den i ARGEV's kontrakter med ÖKK og ALUREC indeholdte eksklusivitetsklausul til fordel for nyttiggørelsesselskaberne fører i henhold hertil heller ikke til nogen mærkbar konkurrencebegrænsning på markedet for nyttiggørelse og markedsføring af sekundære råstoffer som omhandlet i EF-traktatens artikel 81, stk. 1.



Virkninger på samhandelen mellem medlemsstater

- (263) Da eksklusivitetsforpligtelsen til fordel for indsamlings- og sorteringspartnerne virker konkurrencebegrænsende i ARGEV's og ARO's indsamlings- og sorteringspartneraftaler, skal det undersøges, om den kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne mærkbart.
- (264) ARGEV og ARO har med hensyn til i alt mere end 64 aftaleområder indgået indsamlingspartneraftaler med en eksklusivitetsforpligtelse og dermed oprettet et net for indsamling af brugt emballage, som dækker hele Østrig. Derved gøres det i hele aftalens løbetid i lang tid særdeles vanskeligt for andre udbydere af indsamlingstjenester, navnlig fra andre medlemslande i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, at få adgang til markedet. Udenlandske indsamlingsselskabers muligheder for at etablere sig på det relevante marked for indsamling og sortering af husholdningsemballage og erhvervsaffald påvirkes i vidt omfang negativt af eksklusivitetsforpligtelserne. Derfor kan eksklusivitsbestemmelsen i serviceaftalerne påvirke samhandelen mellem medlemsstater mærkbart.
- (265) Af de nævnte årsager kan den i sorteringspartneraftalen indeholdte eksklusivitetsforpligtelse påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne mærkbart.

Konklusion

- (266) Det fremgår af undersøgelsen af indsamlings- og sorteringspartneraftalens eksklusivitetsaftale til fordel for udbydere af indsamlings- og sorteringstjenester, at indenlandske og udenlandske indsamlingsselskabers adgang til det relevante marked hæmmes i vid udstrækning, hvilket i betydelig grad medvirker til en markedsafskærmning inden for en væsentlig del af fællesmarkedet. EF-traktatens artikel 81, stk. 1, finder derfor anvendelse på indsamlings- og sorteringspartneraftalens eksklusivitsbestemmelse.

#### X. ANVENDELSE AF ARTIKEL 81, STK. 3, I EF-TRAKTATEN OG ARTIKEL 53, STK. 3, I EØS-AFTALEN

- (267) Da eksklusivitetsforpligtelsen til fordel for indsamlings- og sorteringspartnerne i indsamlings- og sorteringspartneraftalen opfylder betingelserne for anvendelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 1, skal det undersøges, om bestemmelserne opfylder betingelserne for, at EF-traktatens artikel 81, stk. 3, finder anvendelse. I det følgende skal de positive virkninger, som kan være forbundet med indsamlingspartneraftalens eksklusivitsbestemmelse, der strider mod EF-traktatens artikel 81, stk. 1, afvejes i forhold til dens konkurrencebegrænsende virkning.

#### 1. Markedet for indsamling og sortering af brugt, let emballage til husstande

##### 1.1. Regionalpartneraftalen mellem ARGEV og indsamlingspartnerne

Forbedring af produktionen eller fordelingen af varerne eller fremme af den tekniske eller økonomiske udvikling

- (268) ARA driver på nuværende tidspunkt i Østrig den eneste områdedækkende ordning til indsamling og nyttiggørelse af husholdningsemballage, og har til formål at gennemføre målene med den nationale og Fællesskabets miljøpolitik inden for forebyggelse, genanvendelse og nyttiggørelse af emballageaffald. Indsamlingspartneraftalen tjener således både til at gennemføre bestemmelserne i den østrigske emballageforordning og til at gennemføre direktiv 94/62/EF. Formålet med denne retsakt er at forebygge eller mindske miljøbelastningen fra emballageaffald og derved sikre et højt miljøbeskyttelsesniveau.
- (269) På grundlag af den mellem ARGEV og indsamlingspartnerne indgåede indsamlingspartneraftale sker den operative gennemførelse af disse miljøpolitiske mål inden for indsamling af brugt, let emballage. Den er en betingelse for, at ARA og ARGEV kan opfylde de forpligtelser, de har påtaget sig i forbindelse med driften af ordningen. Med henblik herpå kræves det i indsamlingspartneraftalen, at der opbygges en indsamlingslogistik, som er forbundet med betydelige investeringer (betragtning 160 f). Den regelmæssige indsamling af brugt salgsemballage hos den private endelige forbruger efter bestemte materialegrupper har til formål umiddelbart at gennemføre miljøpolitiske målsætninger.
- (270) Den oven for undersøgte eksklusivitetsforpligtelse gør det muligt for aftaleparterne at planlægge og organisere deres tjenester på lang sigt. Da der inden for indsamlingen af brugt husholdningsemballage kan opnås omfattende skala- og stordriftsfordele på grund af de under betragtning 160 nævnte positive netværksvirkninger, er det forhold, at der i aftaleperioden indgås aftale med et enkelt indsamlingsselskab pr. aftaleområde, forbundet med effektivitetsgevinster. Som aftagere af tjenesterne sikres ARA/ARGEV samtidig en regelmæssig og pålidelig dækning af deres behov på dette følsomme område, der tidligere var organiseret i offentligt regi.
- (271) På denne baggrund når Kommissionen til den konklusion, at eksklusivitetsforpligtelsen til fordel for indsamlingspartnerne i kontrakterne bidrager til at forbedre produktionen af varerne og til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling.

### Fordele for forbrugeren

- (272) Formålet med indsamlingspartneraftalen er i praksis at gennemføre en områdedækkende og materialedifferentieret indsamling af salgsemballage hos den private endelige forbruger, som er tilsluttet ARA-ordningen. Det stemmer på den ene side overens med de endelige forbrugeres hidtidige indsamlingsvaner, hvorfor ordningen må kvalificeres som værende særlig forbrugervenlig. På den anden side skulle en deltagelse i en områdedækkende fritagelsesordning for de producenter og distributører, som er berørt af tilbagetagnings- og udnyttelsespligten, realistisk set kunne medføre omkostningsbesparelser på grundlag af de fordele med hensyn til størrelse og kompositmaterialer, som er nævnt under betragtning 160, sammenlignet med en individuel opfyldelse af denne pligt. Derfor må det antages, at de i kontraktperioden realiserede omkostningsbesparelser med konkurrence på markederne for emballageprodukter i rimeligt omfang vil komme forbrugerne til gode.
- (273) Kommissionen når derfor til den konklusion, at indsamlingspartneraftalen er til fordel for forbrugeren og sikrer denne en rimelig andel af fordelene herved.

### Nødvendigheden af begrænsningen

- (274) Med undersøgelsen af eksklusivitetsordningen i indsamlingspartneraftalen har Kommissionen lagt den nye løbetid for kontrakterne, der er indeholdt i tilsagn 4 i betragtning 139, herunder et nyt udbud efter fem år, til grund og betragter denne løbetid som nødvendig.
- (275) Bedømmelsen af eksklusivitetsforpligtelsens nødvendighed afhænger af de økonomiske og retlige betingelser, under hvilke den undersøgte aftale blev indgået. Fra ARA's synspunkt er fordelene ved, at der kun indgås kontrakt med én indsamlingspartner pr. indsamlingsområde i kontraktperioden, en forbedret styring og effektivitet, men navnlig hensynet til en permanent og pålidelig sikring af indsamlingstjenesten, der er nødvendig for hele ordningens succes.
- (276) Ved vurderingen af nødvendigheden af den aftalte eksklusivitet har kravet om planlægnings- og investeringssikkerhed for de investeringer, som skal gennemføres for at overholde indsamlingspartneraftalen, afgørende betydning. For at videreføre ordningen skal der foretages omfattende investeringer fra ARA's indsamlingspartnere i opbygningen og vedligeholdelsen af indsamlingsinfrastrukturen for brugt emballage. Især skal der investeres i egnede indsamlingsskøretøjer og -containere.

- (277) Kommissionen når derfor til den konklusion, at eksklusivitetsforpligtelsen på mindst tre år af økonomiske årsager er nødvendig under hensyntagen til de særlige omstændigheder, der knytter sig til gennemførelsen af retningslinjerne i emballageforordningen og den dermed forbundne etablering af en områdedækkende tilbagetagnings- og fritagelsesordning. Omvendt er dette ikke tilfældet længere efter en femårig løbetid for kontrakten, hvorfor et nyt udbud af kontrakterne som anført i tilsagnet er berettiget fra dette tidspunkt og også er nødvendigt med hensyn til en fritagelse fra kartelforbudet som omhandlet i EF-traktatens artikel 81, stk. 3.

### Ingen udelukkelse af konkurrencen

- (278) Heller ikke under hensyntagen til ARA-ordningens markedsstilling på de pågældende markeder er eksklusivitetsforpligtelsen i indsamlingspartneraftalen egnet til at udelukke konkurrencen på markedet for indsamling og sortering af husholdningsemballage.
- (279) I forbindelse med vurderingen af, om der er tale om udelukkelse af konkurrence, skal der dog tages hensyn til de specifikke udbudsforhold på det pågældende marked. Som anført i betragtning 160 er markedet for indsamling og sortering hos private endelige forbrugere af let emballage på udbudssiden kendetegnet ved omfattende økonomiske netvirkninger, dvs. skala- og stor-driftsfordele, hvorfor det i hvert fald i forbindelse med en fritagelsesordning er økonomisk fordelagtigt kun at indgå aftale med et enkelt indsamlingsselskab pr. aftaleområde.
- (280) Selvom det er usandsynligt af netop ovenfor anførte grunde, at der skulle opstå konkurrence mellem udbyderne af indsamlingstjenester *inden for* indsamlingsområdet, må det alligevel forventes, at den i tilsagnet indeholdte nye regel, i henhold til hvilken ARGEV senest efter fem år på ny kan udbyde sine kontrakter i et åbent, gennemsigtigt og objektivi udbud, i det mindste fører til en »konkurrence om indsamlingsområder« inden for rammerne af en sådan udbudsprocedure. Dermed tages der højde for, at markedet for indsamling og sortering af husholdningsemballage er underkastet specifikke udbudsforhold.
- (281) Der skal med hensyn til konkurrencen på aftagersiden på markedet for indsamling og sortering af husholdningsemballage tages hensyn til, at det praktisk og økonomisk næppe vil være muligt at duplikere indsamlingsinfrastrukturer på husholdningsområdet i hele Østrig. Det skyldes både geografiske begrænsninger og de endelige forbrugeres indarbejdede vaner i forbindelse med affaldshåndtering.

- (282) Etableringen af en yderligere indsamlingsordning ville i første omgang ikke være rentabel. Omkostningerne til etableringen af en yderligere eller sågar flere parallelle indsamlingsordninger ville ikke stå i noget økonomisk holdbart forhold til den på tidspunktet for adgangen til markedet relativt ringe mængde materiale fra forbrugerne, således at der ikke ville være de nødvendige incitamenter for konkurrenterne til at komme ind på markedet. En duplikering af systemerne ville ud fra en nationaløkonomisk betragtning udelukkende føre stigende omkostninger med sig, hvorimod de indsamlede mængder heller ikke ved ARA-ordningen konkurrenters adgang til markedet ville stige væsentligt. Dels bestemmes disse af den endelige forbrugers forbrug, og dels må det forventes, at konkurrenterne i det mindste delvist ville kunne hverve kunder fra ARA-ordningen.
- (283) Derudover gør de lokale forhold og også den endelige forbrugers indarbejdede vaner i forbindelse med indsamling det i praksis umuligt at oprette en yderligere parallel indsamlingsordning. Der findes i de private husstande for det meste ikke nogen plads til at placere ekstra indsamlingscontainere til let emballage. Tilsvarende forventes en indførelse af indsamling af sække ikke at medføre nogen grundlæggende ændring, da også fyldte sække optager lige så megen plads som faste indsamlingscontainere. Det samme ville gælde for etablering af en alternativ afleveringsordning på offentlige steder for glas og papirindsamlingscontainere. Denne geografiske begrænsning bliver tydelig især, hvis der kommer en tredje eller fjerde konkurrent på markedet: der findes ikke henstillingspladser til opsamlingscontainere fra tre eller fire fritagelsesordninger til indsamling af identiske materialegrupper hverken på privat eller offentlig grund.
- (284) Desuden ville der ved en duplikering af indsamlingsordningen opstå alvorlige problemer med hensyn til accept. Det ville være vanskeligt for de endelige forbrugere at gennemskue og ville ikke svare til deres hidtidige indsamlingsvaner, hvis de skulle indsamle emballage fra samme materialegruppe i forskellige containere. Samtidig vil det være et åbent spørgsmål, hvilke kriterier de endelige forbrugere skulle anlægge med hensyn til, hvilken indsamlingsordning den pågældende emballage skal henføres til.
- (285) Østrig henviser i sine bemærkninger af 15. januar 2003<sup>(13)</sup> til, at opstilling af yderligere containere i nærheden af de endelige forbrugere måtte udelukkes på grund af pladmangel, af hensyn til beskyttelse af lokalområder og natur samt på grund af den forøgede trafiktaethed (kørsel med forskellige vogne og tømning af containere) samt større miljøbelastninger. Desuden rejste der sig det spørgsmål, om ikke en sortering ville komplicere indsamlingen og forøge forbrugernes omkostninger til sorteringen. Disse synspunkter omkring den større miljøbelastning og de yderligere sorteringsomkostninger gælder tilsvarende for en separat indsamling af sække.
- (286) Etablering af en yderligere parallel indsamlingsordning og en alternativ bringeordning vanskeliggøres således af betydelige reelle, retlige og økonomiske forbehold. På grund af disse særlige udbudsbetingelser på det relevante marked er opsamlingscontainere opstillet i nærheden af husstandene til brugt salgsemballage ofte en flaskehals for konkurrencen. Realistisk betragtet kan man gå ud fra, at nye fritagelsesordninger på markedet ofte vil samarbejde med de indsamlingsselskaber, som allerede leverer indsamlingstjenester til ARGEV. Tilsvarende er en fri og uhindret adgang til den disponible indsamlingsstruktur derfor en afgørende forudsætning for såvel en intensivering af konkurrencen på aftagersiden med hensyn til tjenesteydelser inden for indsamling af brugt salgsemballage hos den private endelige forbruger og med hensyn til en intensivering af konkurrencen på det i vertikal henseende forudgående marked for organisering af tilbagetagning og nyttiggørelse af brugt salgsemballage, der ender hos den private endelige forbruger.
- (287) En konkurrence på aftagersiden efter indsamlingstjenester for brugt salgsemballage kan følgelig kun opstå, såfremt ARGEV ikke forbyder indsamlingspartnerne at indgå kontrakter med ARA-ordningens konkurrenter om benyttelse af indsamlingscontainere. Derfor må ARGEV hverken på grund af konkrete bestemmelser i indsamlingspartneraftalen (se derom betragtning 230) eller af andre grunde hindre indsamlingspartnerne i at benytte indsamlingscontainere.

#### P å b u d

- (288) ARGEV har ganske vist erklæret, at indsamlingsselskaberne ikke hindres i at levere volumen i samme container til konkurrerende ordninger, men samtidig ønsker ARGEV at begrænse benyttelsen heraf væsentligt (se tilsagn 3, betragtning 139). På baggrund af den centrale betydning, som uhindret adgang til indsamlingsinfrastrukturen har for konkurrencen på dette marked, som er kendetegnet ved særlige udbudsbetingelser, er det derfor for nødvendigt at knytte visse påbud til Kommissionens beslutning. Målet er at sikre, at virkningerne for konkurrencen rent faktisk opstår, at konkurrencen på aftagersiden på dette marked er mulig, og at betingelserne for fritagelse i EF-traktatens artikel 81, stk. 3, er til stede.

<sup>(13)</sup> Se bilag, s. 4, 5.

- (289) ARGEV får påbud om ikke at hindre indsamlingsselskaberne i at indgå kontrakter med konkurrenter til ARA og ARGEV om benyttelse af containere eller andre faciliteter til indsamling og sortering af brugt salgsembalage (påbud a)).
- (290) Desuden kan ARGEV af indsamlingsselskaberne kun forlange dokumentation for de emballagemængder, som svarer til ARA-ordningens andel af de samlede emballagemængder, som er licenseret via ordninger på husholdningsområdet for bestemte materialegrupper (påbud b)). ARGEV må ikke forlange af indsamlingsselskaberne, at disse over for ARGEV skal dokumentere emballagemængder, som ikke er blevet indsamlet til ARA-ordningen. Dette påbud er nødvendigt for at sikre, at ARGEV ikke binder den samlede mængde indsamlet emballage til sig og således gør det umuligt for konkurrenterne at opfylde deres kvote, men skal derimod sikre, at ARA-ordningens konkurrenter har ubegrænset adgang til de emballagemængder, der er indsamlet for dem.
- (291) I dette tilfælde kan ARGEV nedsætte betalingen i henhold til betragtning 3.1.1 i indsamlingspartneraftalen i det i påbud b) nævnte forhold. For betalingerne i henhold til pkt. 3.1.2 og 3.1.3 i indsamlingspartneraftalen er det de mængder, som er dokumenteret over for ARGEV, der er afgørende. Derved skal det forhindres, at tjenesteydelser fra indsamlingspartnerne, som påviseligt tilvejebringes til fordel for tredjepart, afregnes til ARGEV. Derfor kan ARGEV foretage en passende reduktion i betalingen i forhold til indsamlingspartnerne.
- (292) Påbud b) vedrører ikke alene de indsamlingsselskaber, som tillader en benyttelse, men samtlige indsamlingsselskaber, som ARGEV har indgået en indsamlingspartneraftale med. Det gælder, såfremt og i det omfang en konkurrerende ordning i det pågældende indsamlingsdistrikt i det hele taget tilstræber den i påbud a) omhandlede benyttelse og fra det tidspunkt, hvor tilladelsen til ordningen er givet. Dermed får dels indsamlingsselskaberne et incitament til at indgå kontrakt med den konkurrerende ordning, og dels sikres det, at den konkurrerende ordning har adgang til emballagemængderne, såfremt dette er nødvendigt for opfyldelsen af kvoten.
- (293) Disse påbud er nødvendige for at forhindre en udelukkelse af konkurrencen på de relevante markeder, og konkretiserer af hensyn til retssikkerheden kontraktforholdet mellem ARGEV og dennes indsamlings- og sorteringspartnere. Påbuddene indskrænker ikke ARGEV's kon-

traktlige handlemuligheder over for sine indsamlings- og sorteringspartnere. De er i særdeleshed ikke til hinder for ARGEV's ret til at bestemme, hvilke materialegrupper der skal indsamles.

- (294) Det er ARGEV's opfattelse, at der ikke findes noget retsgrundlag for påbuddene, at påbuddene ikke kan gennemføres og er uforholdsmæssige og griber ind i tredjeparts retsstilling.

#### Manglende retsgrundlag

- (295) ARGEV understreger endnu en gang, at der ikke eksisterer nogen eksklusivitetsret i forhold til emballage, der indsamles i de eksisterende containere. Da ARGEV's indsamlings- og sorteringspartneraftaler således ikke indeholdt nogen konkurrencebegrænsninger, var der ikke hjemmel for påbuddet.
- (296) Konkurrencebegrænsningen følger af eksklusivitetsforpligtelsen til fordel for indsamlings- og sorteringspartnere (betragtning 229 og 236). For at kunne opnå fritagelse for denne konkurrencebegrænsning må konkurrencen på markedet for indsamling og sortering af husholdningsemballage ikke udelukkes. En konkurrence på aftagersiden er på dette marked, som er kendetegnet ved særlige forhold, kun mulig, såfremt ARGEV ikke forhindrer indsamlings- og sorteringspartnerne i at indgå aftaler med ARA-ordningens konkurrenter om benyttelse af indsamlingscontainere (betragtning 281 og 287). Til denne benyttelse knytter ARGEV betydelige begrænsninger, som står i vejen for en benyttelse (betragtning 288 samt 304 ff.). Påbuddet er derfor nødvendigt for at skabe betingelserne for en fritagelse og har sit retsgrundlag i artikel 8, stk. 3, litra b), i forordning nr. 17.

#### Manglende gennemførlighed og forholdsmæssighed

- (297) ARGEV mener, at påbuddene ikke kan gennemføres, idet hverken ARGEV eller indsamlingsselskaberne har kendskab til, hvor stor ARA-ordningens andel af de emballagemængder er, som i alt er licenseret gennem ordninger på husholdningsområdet for bestemte materialegrupper.
- (298) Konkurrerende systemer vil informere indsamlingsselskabet om, for hvilke licenseringsmængder de tilstræber en benyttelse. Indsamlingsselskabet leder denne mængde videre (anonymt) til ARGEV. ARGEV kan på grundlag af disse oplysninger beregne sin licenseringsandel.

- (299) Det er endvidere ARGEV's opfattelse, at påbuddene er uforholdsmæssige, idet de uvægerligt måtte føre til, at ARGEV ikke mere ville kunne opfylde sin godkendelse vedrørende driften af en indsamlings- og nyttiggørelsesordning. Såfremt en konkurrerende ordning ville give licens til yderligere emballagemængder, ville ARGEV ikke kunne opfylde sine indsamlingskvoter, fordi den eksisterende infrastruktur ikke uden videre kunne optage mere emballageaffald. Såfremt en ny ordning helt eller delvist skulle installere egne indsamlingsfaciliteter, måtte ARGEV acceptere reduktioner i den indsamlede mængde, selvom den konkurrerende ordning slet ikke havde brug for den emballage, som ender hos de af ARGEV bestilte faciliteter.
- (300) ARGEV kan også i tilfælde af en benyttelse af containerne fortsat opfylde sine offentligretlige forpligtelser. Emballageforordningen indeholder ikke nogen henvisning til, at indsamlingscontainerne udelukkende skal stilles til rådighed for én ordning. Tilsvarende har Østrig i sine bemærkninger af 15. januar i år fremført, at en benyttelse af containere til indsamling i husstande i princippet er tilladt i henhold til AWG 2002, forudsat at betingelserne for tilladelse af ordningerne overholdes. Det kan tilføjes, at der ved fortolkningen af emballageforordningen skal tages hensyn til den betydning, som benyttelsen af indsamlingsinfrastrukturen spiller for konkurrencen på grundlag af virkningen af Fællesskabets konkurrence-regler<sup>(14)</sup>.
- (301) Såfremt og i det omfang en konkurrerende ordning licenserer yderligere emballagemængder, ville dette afspejle sig i retningslinjerne for ordningerne med hensyn til indsamlingsmængder. I givet fald ville containervolumen skulle tilpasses for at kunne indeholde en større indsamlingsmængde. Såfremt og i det omfang en konkurrerende ordning ikke ønsker at benytte en eksisterende indsamlingsstruktur, men derimod installerer egne indsamlingsfaciliteter, finder påbuddene ingen anvendelse.
- (302) Desuden fremfører ARGEV, at påbuddene var stærkt til ulempe, idet ARGEV ikke fik nogen compensation for den løbende optimering af indsamlingsordningen, selv om disse ydelser også forholdsmæssigt kom konkurrenten til gode. Desuden blev det forudsat, at konkurrerende ordninger med hensyn til emballagemateriale på husholdningsområdet fungerede på samme måde som ARA-ordningen, hvilket der ikke fandtes noget empirisk grundlag for, og hvilket ikke svarede til de hidtidige erfaringer.
- (303) Ved i påbud b) at give ARGEV mulighed for at reducere betalingen i forhold til indsamlingspartnerne i et passende omfang, tages der hensyn til ARGEV's legitime interesse i, at ingen tjenester fra indsamlingspartnerne, som påviseligt tilvejebringes for tredjepart, afregnes over for ARGEV.
- (304) Det er imidlertid ikke nødvendigt, at ARGEV's indsamlingsselskaber erstatter eventuelle øvrige omkostninger, som kan henføres direkte til indsamlingen, som fastsat af ARGEV i sit tilsagn 3, litra a) (betragtning 139). De nævnte øvrige omkostninger er systemomkostninger, som opstår hos ARGEV til vedligeholdelse af dets ordning. ARGEV's indsamlingspartner leverer visse tjenesteydelser og modtager til gengæld herfor en godtgørelse. De øvrige systemomkostninger i ARGEV er ikke relevante for disse og er ikke genstand for partneraftalen. En delvis overvæltning af disse omkostninger ville desuden, såfremt man tillader en benyttelse, medføre en finansiell risiko for indsamlingsselskaberne, som ikke kan beregnes. Konkurrenterne får derved ikke nogen uberettiget fordel, fordi der ligeledes opstår omkostninger hos dem til opbygningen af deres egen ordning. Desuden bør konkurrenterne have mulighed for direkte og selvstændigt at træffe aftaler med de lokale myndigheder f.eks. om betaling af affaldsrådgivere.
- (305) Desuden er det ikke rimeligt, at ARGEV's indsamlingsselskaber refunderer yderligere omkostninger, som opstår hos ARA-ordningens selskaber eller disses aftaleparter som følge af benyttelsen (jf. tilsagn 3, litra b), betragtning 139). Sådanne omkostninger falder ikke ind under indsamlingsselskabernes ansvarsområde. Overtagelsen af disse omkostninger ville påføre indsamlingsselskaberne en finansiell risiko, som ikke kan beregnes.
- (306) Derudover går Kommissionen ud fra, at en benyttelse ikke medfører yderligere analyse- og sorteringsomkostninger. Ganske vist har Østrig i sine bemærkninger af 15. januar i år anført, at der skulle fremlægges dokumentation for kvoterne gennem indsamling og nyttiggørelse af emballageaffald, som også indgik i ordningen. Navnlig blev den tekniske nyttiggørelse af emballagen bestemt af produkterne, størrelsen af de anvendte etiketter og mængdeforholdene for plastemballage materialet. Derfor var det nødvendigt med en så nøjagtig analyse som muligt af de indsamlede mængder i de enkelte containere og en efterfølgende opdeling af emballagemængderne. Det ville medføre betydeligt højere omkostninger, skønvist op til 25 % af de samlede omkostninger.

<sup>(14)</sup> Se Kommissionens beslutning 2001/463/EF af 20. april 2001 i sag COMP D3/34493 — DSD et al (EFT L 319 af 4.12.2001, s. 1, betragtning 171).

- (307) Emballageforordningen indeholder imidlertid ikke nogen bestemmelse, som knytter dokumentationen for kvoterne til indsamling og nyttiggørelse af emballage, som udelukkende indgår i den pågældende ordning. I henhold til § 11 i emballageforordningen skal en indsamlings- og nyttiggørelsesordning for transport og salgsemballage sikre indsamling og nyttiggørelse af det emballagemateriale, for hvilket der blev indgået kontrakter med emballagefabrikanterne. Ved emballagemateriale forstås i henhold til den fastlagte definition i § 2, stk. 6, i emballageforordningen visse materialegrupper, af hvilke der fremstilles emballage, som f.eks. PPK, glas eller plast.
- (308) Desuden ville et påbud om benyttelse i forbindelse med dokumentation for kvoter kun via emballage, som konkret indgår i ordningen, ikke kunne gennemføres. Dette princip kan derfor ikke gøres til genstand for påbuddet. I stedet skal det antages, at de indsamlede mængder opdeles pr. materialegruppe i forhold til de licenserede mængder pr. materialegruppe<sup>(15)</sup> mellem ordningerne. Der er således ikke nødvendigt med yderligere analyse- og sorteringsinitiativer. Østrig skal også ved fortolkningen af emballageforordningen samt ved afgørelser, der vedrører ordningerne, tage hensyn til påbuddets virkning på grund af den dominerende betydning, som benyttelsen af ordningen har for konkurrencen.
- (309) Den konkurrenceretligt tilstræbte virkning af påbuddet påfører ikke ARGEV urimelige ulemper. Der er ikke noget, som tyder på, at det i tilfælde af en benyttelse af den eksisterende indsamlingsinfrastruktur vil medføre en kvalitetsændring af de indsamlede materialegrupper generelt. Tværtimod må det forventes, at ordninger, som ønsker at etablere sig på husholdningsområdet som væsentlig konkurrent og derfor tilstræber en benyttelse, vil forsøge at tilbyde kontrakter for hele emballagepaletten. Den bonusordning, som ARGEV har fremført som eksempel, vedrører primært erhvervsemballage og opererer på husholdningsområdet kun på helt specifikke steder (se betragtning 179). Dertil kommer, at også ARA-ordningen ved licenseringen efter de foreliggende takster kun sondrer efter materialegruppe og emballagestørrelse, men ikke efter indhold eller branche.

#### Indgreb i tredjemands retsstilling

- (310) Endelig gør ARGEV gældende, at påbuddene indskrænkede indsamlingspartnerens rettigheder, fordi de mængdeafhængige betalinger også kunne reduceres i det

<sup>(15)</sup> Man kunne forestille sig en yderligere underopdeling efter bestemte emballagetyper inden for en materialegruppe, såfremt disse ved licenseringen samt ved indsamlingen og/eller sorteringen behandles særskilt.

tilfælde, indsamlingsselskabet ikke finder andre interessenter, og da indsamlingsselskabet måtte acceptere en forholdsmæssig reduktion i betalingen for opstillingen af containere. Dette sidste var ganske vist i princippet legitimt, men indsamlingspartnerne måtte imidlertid i det mindste have lejlighed til at tage stilling.

- (311) Påbud b) vedrører alle indsamlingsselskaber, således at der — for så vidt der overhovedet tilstræbes en benyttelse — skabes et incitament for indsamlingsselskaberne til at indgå kontrakt med konkurrerende ordninger. Når et indsamlingsselskab har besluttet sig for at tillade benyttelse, belaster påbuddene ikke denne ud over de i tilsagn 3 fastsatte betingelser (se tilsagn 3, litra a) og b), betragtning 139).
- (312) Indsamlingspartnerne fik inden vedtagelsen af beslutningen mulighed for at fremsætte deres bemærkninger. Verband Österreichischer Entsorgungsbetriebe (VÖEB) har i en kommentar på vegne af flertallet af indsamlings- og sorteringspartnere anført, at organisationen stiller sig positivt til benyttelse af indsamlingsfaciliteter. Den er imidlertid af den opfattelse, at påbud b) påfører indsamlingsselskaberne administrative byrder og kan føre til en reduktion af betalingen for de indsamlingsselskaber, som ikke har indgået kontrakter med alternative systemoperatører.
- (313) Som anført i betragtning 298 underretter den konkurrerende ordning indsamlingsselskabet om den licenserede mængde, som denne videreoplyser til ARGEV. Det påfører ikke indsamlingsselskabet nogen uforholdsmæssig omkostning. Men man kunne også forestille sig, at både ARGEV og indsamlingsselskaberne indberetter licensmængderne til et uafhængigt organ, som kontrollerer licenseringsandelene. Der vil kun blive tale om en reduktion af betalingen, såfremt og i det omfang den konkurrerende ordning tilstræber en benyttelse i det pågældende indsamlingsdistrikt og først fra tidspunktet for tilladelsen til ordningen (betragtning 301).
- (314) Desuden peger VÖEB på, at indsamlings- og sorteringsinfrastrukturen til dels blev stillet til disposition af kommunerne. VÖEB er af den opfattelse, at den konkurrerende ordning burde benytte alle de infrastrukturfaciliteter, som er nødvendige for indsamlingen og sorteringen uafhængigt af, hvem der stillede disse til rådighed. Mængdeopdelingen kunne først foretages efter sorteringen.

(315) Påbuddene vedrører forholdet mellem ARGEV og indsamlings- og sorteringspartnerne. En konkurrerende ordning skal skabe den forudsætning for en benyttelse, som ligger inden for dens ansvarsområde. En mængdeopdeling efter sorteringen synes navnlig at være relevant, når der foretages en yderligere underopdeling efter emballagetyper inden for en materialegruppe, og når disse først separeres efter sorteringen (se betragtning 308).

## 1.2. Aftale mellem ARGEV og sorteringspartnerne

### Betingelser for fritagelse

(316) Eksklusivitetsforpligtelsen i sorteringspartneraftalen opfylder af de nævnte grunde ligeledes betingelserne for fritagelse under hensyntagen til det påbud, som er knyttet til fritagelsen. Sorteringspartnerne skal foretage betydelige investeringer til op- og udbygning af en sorteringsinfrastruktur for let emballage. Separeringen af let emballage efter materialer kræver teknisk krævende løsninger. De investeringer, som er nødvendige for op- og udbygningen, skal kun i begrænset omfang gøres tilgængelige for andre sorteringsprocesser.

### Påbud

(317) ARGEV har ganske vist erklæret, at indsamlingsselskaberne ikke forhindres i at stille sorteringsfaciliteter til rådighed for konkurrerende ordninger, men at den gerne vil knytte betydelige begrænsninger til en benyttelse (se tilsagn 3, betragtning 139). Kommissionen finder derfor, at det på grund af den betydning, som en uhindret adgang til sorteringsanlæggene spiller for konkurrencen, er nødvendigt til den foreliggende beslutning at knytte et påbud om, at ARGEV ikke hindrer indsamlingsselskaberne i at indgå kontrakter med ARA-ordningens konkurrenter om benyttelse af faciliteter til sortering af brugt salgsemballage og at opfylde disse. I denne forbindelse skal der i det væsentlige henvises til de netop fremførte bemærkninger til ARGEV's indsamlingspartneraftaler. Også her skal påbuddet sikre, at de forventede virkninger for konkurrencen rent faktisk indtræder, at konkurrencen på aftagersiden på dette marked rent faktisk bliver mulig, og at betingelserne for fritagelse efter EF-traktatens artikel 81, stk. 3, dermed er til stede.

(318) Konkurrenterne til ARA-ordningen er især, når de påbegynder deres aktiviteter, henvist til at benytte sorteringsfaciliteter for at kunne opfylde deres sorterings- og nyttiggørelsesforpligtelser. Etablering af nye sorteringsfaciliteter ville kræve for store investeringer, som ville medføre begrænsninger i deres markedsadgang i et ikke

ubetydeligt omfang. I det mindste ville det føre til en betydelig udsættelse af indførelsen af konkurrence på markedet for indsamlingstjenester. Desuden får ARA-sorteringspartnerne, i og med at de også kan tilbyde deres tjenester til ARA-ordningens konkurrenter, mulighed for at udnytte de skala- og stordriftsfordele, som eksisterer på markedet for sortering af salgsemballage, som ender hos den private endelige forbruger.

## 2. Markedet for indsamling og sortering af erhvervsemballage

### 2.1. Indsamlingspartneraftalen mellem ARGEV og indsamlingspartnerne

(319) Da eksklusivitetsforpligtelsen til fordel for indsamlingspartnerne i indsamlingspartneraftalen også med hensyn til indsamling af erhvervsemballage falder ind under bestemmelserne i EF-traktatens artikel 81, stk. 1, skal det undersøges, om bestemmelsen opfylder betingelserne for anvendelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 3.

Forbedring af produktionen eller fordelingen af varerne eller fremme af den tekniske eller økonomiske udvikling

(320) ARA stiller også på erhvervsområdet en områdedækkende indsamlings- og nyttiggørelsesordning for emballage i Østrig til rådighed, som er afstemt efter emballageforordningen og Abfallwirtschaftsgesetz, som gennemfører direktiv 94/62/EF. Direktivet finder anvendelse på husholdningsemballage og erhvervsemballage. En regelmæssig indsamling af brugt emballage på erhvervsområdet efter bestemte materialegrupper tjener således den umiddelbare gennemførelse af miljøpolitiske retningslinjer.

(321) Som på husholdningsområdet tillader eksklusivitetsforpligtelsen aftaleparterne at planlægge og organisere de ydelser, de skal levere, langsigtet. Udbygningen af indsamlingslogistikken med hensyn til indsamling af erhvervsemballage og affald kræver ikke ubetydelige investeringer. Det er nødvendigt med en vis periode til amortisering som incitament til disse investeringer. Selvom netværksvirkningerne på området for erhvervsaffald er mindre end for emballage, som ender hos husstandene, kan der opnås skala- og stordriftsfordele ved at tildele en ordre til et enkelt indsamlingsselskab i kontraktens løbetid, hvilket igen fører til effektivitetsgevinster. For ARA-ordningen som aftager af tjenester er det med henblik på de af emballagefabrikanterne overtagne forpligtelser som følge af emballageforordningen vigtigt at sikre en vis planlægningsikkerhed med hensyn til en regelmæssig og pålidelig dækning af behovene. Planlægningsikkerheden garanterer således for alle deltagere en pålidelig overholdelse af deres forpligtelser som omhandlet i emballageforordningen.

- (322) På denne baggrund når Kommissionen til den konklusion, at eksklusivitetsforpligtelsen i serviceaftalerne bidrager til at forbedre produktionen af varerne og til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling.

#### Fordele for forbrugeren

- (323) Formålet med indsamlingspartneraftalen er den praktiske gennemførelse af en områdedækkende indsamling af salgsemballage opdelt efter materialegruppe, der indgår i ARA-ordningen, også for store virksomheder og industrien.
- (324) Forbrugere som omhandlet i EF-traktatens artikel 81, stk. 3, er ikke alene endelige forbrugere af de tilbudte tjenesteydelser, men alle direkte eller indirekte aftagere af de pågældende produkter eller tjenesteydelser, altså også store virksomheder og industri. For disse er indsamlingspartneraftalen fordelagtig, fordi der dermed sikres en løbende bortskaffelse, der er i overensstemmelse med forordningen, af emballage, som opstår hos dem.
- (325) Kommissionen når således til den konklusion, at indsamlingspartneraftalen er til fordel for forbrugeren og sikrer denne en rimelig andel af fordelene herved som omhandlet i EF-traktatens artikel 81, stk. 3.

#### Nødvendigheden af begrænsningen

- (326) Kommissionen har ved undersøgelsen af den eksklusivtetsregel, som er indeholdt i indsamlingspartneraftalen, også for erhvervsområdet lagt den nye løbetid for kontrakterne, som er anført under betragtning 139 i tilsagn 4, herunder det nye udbud efter senest fem års løbetid for kontrakten, til grund og betragter denne som nødvendig.
- (327) Ved vurderingen af nødvendigheden af eksklusivitetsforpligtelsen skal der tages hensyn til de økonomiske og retlige betingelser, hvorpå den undersøgte aftale blev indgået. Af afgørende betydning ved vurderingen af eksklusivitetens nødvendighed er planlægnings- og investeringssikkerheden for de investeringer, der er nødvendige for at overholde indsamlingspartneraftalen. Der skal på erhvervsområdet oprettes regionale modtageanlæg og en henteordning, desuden skal logistikken for afhentningerne afstemmes. Indsamlingspartneren er derfor henvist til for et bestemt tidsrum at kunne planlægge sine investeringer og sine aktiviteter. Desuden er det ud fra ARA's synspunkt også med hensyn til indsamlingen af erhvervsemballage — under hensyntagen til en permanent og pålidelig sikring af indsamlingstjenesten — overordnet betragtet nødvendigt for ordningens succes, at kun en enkelt indsamlingspartner pr. indsamlingsdistrikt får kontrakt på indsamlingen for ARA-ordningen i

kontraktens løbetid. Ganske vist er de investeringer, som er nødvendige til op- og udbygning af infrastrukturen, mindre omfattende end på husholdningsområdet, men på den anden side er konkurrencebegrænsningen, som følger af eksklusivitetsforpligtelsen, mindre på grund af ARGEV's begrænsede magt på aftagersiden. Det er således nødvendigt med en eksklusivitetsforpligtelse samtidig med en kontraktlig løbetid på mindst tre år og højst fem år også på erhvervsområdet. Også her gælder, at dette ikke længere er tilfældet efter en femårig kontraktlig løbetid, hvorfor det fra dette tidspunkt er rimeligt med et nyt udbud af kontrakterne, jf. tilsagnet, og også påkrævet for en fritagelse fra kartelforbuddet som omhandlet i EF-traktatens artikel 81, stk. 3.

#### Ingen udelukkelse af konkurrencen

- (328) Heller ikke under hensyntagen til ARGEV's stilling på de pågældende markeder kan eksklusivitetsforpligtelsen i indsamlingspartneraftalen udelukke konkurrencen på markedet for indsamling og sortering af husholdningsemballage.
- (329) De leverandører af indsamlingstjenester, som er udelukket af ARGEV, har udbudsmuligheder både i forbindelse med andre indsamlings- og nyttiggørelsesordninger på erhvervsområdet og individuelle indsamlingsordninger og storproducenter af emballageaffald.
- (330) Ligeledes skal det for erhvervsområdet sikres, at indsamlingsselskaberne har ret til at indsamle licenseret emballage i deres indsamlingscontainere hos ARA-ordningens konkurrenter, og at der i modsætning til husholdningsområdet allerede sker en fælles indsamling her.
- (331) Det skal undersøges, hvilke virkninger koblingen mellem indsamlingstjenesten for erhvervsemballage og indsamlingen af husholdningsemballage har på konkurrencen. En virksomhed har under disse betingelser kun mulighed for at optræde som indsamlingspartner for ARGEV på erhvervsområdet, når den er i stand til også at gennemføre de nødvendige investeringer til etablering af indsamlingsinfrastrukturen for husholdningsområdet. Ganske vist fører heller ikke kravet om at etablere en infrastruktur for husholdningsområdet med det formål at blive ARGEV-indsamlingspartner på erhvervsområdet til en udelukkelse af konkurrencen på markedet for erhvervsemballage og andet erhvervsaffald. De indsamlingsselskaber, som ikke er i stand til at etablere en tilsvarende infrastruktur for indsamling af husholdningsemballage, kan som allerede anført tilbyde deres indsamlingstjenester til de øvrige indsamlings- og nyttiggørelsesordninger, hvor etablering af en indsamlingsinfrastruktur for husholdningsområdet ikke er nødvendig, samt til individuelle indsamlingsordninger og storproducenter af emballageaffald.



(332) Ligeledes skal det bemærkes, at ARA-ordningen har udbudt indsamling efter forskellige materialegrupper særskilt, således at udbydere kan tilbyde deres tjenester på bestemte materialegrupper specifikt. På erhvervsområdet gælder dette især for let emballage på den ene side og for PPK-emballage på den anden side.

(333) Den resterende konkurrence bliver ikke via eksklusivtetsforpligtelsen udelukket fra fællesmarkedet for indsamling af erhvervsemballage og andet erhvervsaffald.

(334) Betingelserne for fritagelse som omhandlet i EF-traktatens artikel 81, stk. 3, er således opfyldt med en kontraktlig løbetid på mellem tre til fem år.

## 2.2. *Sorteringspartneraftalen mellem ARGEV og sorteringspartnerne*

(335) Af de nævnte grunde opfylder eksklusivtetsforpligtelsen i sorteringspartneraftalen, for så vidt angår konkurrencebetingelserne på markedet for sortering af erhvervsaffald, ligeledes betingelserne for fritagelse.

## 2.3. *Aftalen mellem ARO og indsamlingspartnerne*

(336) Eksklusivtetsforpligtelsen i aftalen mellem ARO og indsamlingspartnerne sikrer de deltagende indsamlingsselskaber en vis planlægnings- og investeringssikkerhed, og således også alle interessenter en regelmæssig og pålidelig opfyldelse af deres forpligtelser som omhandlet i emballageforordningen. I den forbindelse skal en kontraktlig løbetid på mellem tre til fem år anses for at være nødvendig under hensyntagen til konkurrencebegrænsningens betydning via den foreliggende eksklusivtetsforpligtelse. Konkurrencen på det pågældende marked udelukkes ikke af de ovenfor nævnte grunde (betragtning 329-332). Betingelserne for en fritagelse som omhandlet i artikel 81, stk. 3, er således opfyldt ved en maksimal kontraktlig løbetid på fem år.

## XI. **TILBAGEVIRKENDE KRAFT, FRITAGELSENS VARIGHED, PÅBUD**

(337) ARGEV's og ARO's indsamlings- og sorteringspartneraftaler blev anmeldt den 30. juni 1994 til EFTA-Tilsynsmyndigheden og blev som omhandlet i tiltrædelsesaktens artikel 172, stk. 3, overdraget til Kommissionen. Den 28. august 2001 blev den nye version af indsamlings- og sorteringspartneraftalerne anmeldt til Kommissionen. Kommissionen konstaterer, at indsamlings-

sorteringspartneraftalerne siden tidspunktet for deres anmeldelse opfylder betingelserne for anvendelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 3.

(338) I henhold til artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 17 skal en fritagelse gives for et begrænset tidsrum, og der kan knyttes betingelser og påbud hertil. I henhold til forordningens artikel 6 kan tidspunktet for, hvornår en sådan beslutning skal have virkning, ikke ligge forud for det tidspunkt, hvor anmeldelsen blev indgivet i overensstemmelse med betingelserne for anvendelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 1 og 3. Af hensyn til sikringen af investeringerne bør fritagelsen gælde fra ARGEV's og ARO's på nuværende tidspunkt gældende indsamlingspartneraftaler til den 31. december 2006 for at give ARA, ARGEV, ARO og indsamlingsselskaberne en tilstrækkelig retssikkerhed inden for rammerne af Fælleskabernes konkurrenceregler.

(339) For at sikre tredjemand adgang til indsamlingsfaciliteterne hos ARGEV's og ARO's indsamlings- og sorteringspartnerne og for at undgå at udelukke konkurrencen på de relevante markeder bør ARGEV have de nævnte påbud. Disse påbud er påkrævede for at undgå at udelukke konkurrencen på de relevante markeder. Disse påbud gælder i hele fritagelsesperioden. I henhold til artikel 8, stk. 3, litra b), i forordning nr. 17 kan Kommissionen tilbagekalde den foreliggende beslutning, hvis parterne handler i strid med påbuddene.

(340) Denne beslutning berører ikke anvendelsen af EF-traktatens artikel 82.

(341) Denne beslutning foregriber desuden ikke igangværende eller fremtidige procedurer, som Kommissionen har indledt eller vil indlede i forbindelse med emballageforordningen eller andre statslige forskrifter —

VEDTAGET FØLGENDE BESLUTNING:

### *Artikel 1*

På grundlag af de foreliggende oplysninger og under hensyntagen til tilsagnene fra Altstoffrecycling Austria AG (ARA), ARGEV Verpackungswerwertungs-GesmbH (ARGEV) og Altpapier-Recycling Organisationsgesellschaft mbH (ARO) fastslår Kommissionen, at den ikke har grund til i medfør af EF-traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, at gribe ind over for fritagelses- og licensaftalerne mellem ARA og de virksomheder, der er bundet af den østrigske emballageforordning, den mellem ARA og genvindingsselskaberne indgåede indsamlingskontrakt, den mellem ARGEV og genvindingsselskaberne indgåede indsamlings- og samarbejdskontrakt, samt den mellem ARO og de lokale myndigheder indgåede kontrakt.

*Artikel 2*

I medfør af EF-traktatens artikel 81, stk. 3, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 3, erklæres EF-traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, uanvendelige på ARGEV's og ARO's individuelle indsamlings- og sorteringsaftaler med deres respektive regionale indsamlingspartnere, som indeholder en eksklusivitetsforpligtelse og som udløber senest den 31. december 2006.

Denne fritagelse gælder fra den 30. juni 1994 og indtil den 31. december 2006.

*Artikel 3*

Til fritagelsen efter artikel 2 knyttes følgende påbud:

- a) ARGEV hindrer ikke indsamlingsselskaberne i at indgå og opfylde aftaler med ARA-ordningens konkurrenter om benyttelse af containere eller andre faciliteter til indsamling og sortering af brugt salgsemballage fra husstandene.
- b) ARGEV må kun af indsamlingsselskaberne kræve, at disse skal dokumentere emballagemængder, som svarer til ARA-ordningens andel af de i alt gennem ordningerne på husholdningsområdet for bestemte materialegrupper licenserede emballagemængder. I dette tilfælde kan ARGEV nedsætte beløbet i henhold til punkt 3.1.1 i

indsamlingspartneraftalen i det forhold, der er nævnt i første punktum. For betalingerne ifølge punkt 3.1.2 og 3.1.3 i indsamlingspartneraftalen er de mængder, som er dokumenteret over for ARGEV afgørende. Dette påbud omfatter alle indsamlingsselskaber, som ARGEV har indgået en indsamlingspartneraftale med.

*Artikel 4*

Denne beslutning er rettet til følgende virksomheder:

Altstoffrecycling Austria AG  
Mariahilfer Straße 123  
A-1062 Wien

ARGEV Verpackungsverwertungs-GmbH  
Lindengasse 43/12  
A-1071 Wien

Altpapier-Recycling Organisationsgesellschaft mbH  
Gumpendorfer Straße 6  
A-1061 Wien

Bruxelles, den 16. oktober 2003.

*På Kommissionens vegne*

Mario MONTI

*Medlem af Kommissionen*