

Edición
en lengua española

Legislación

Sumario

I Actos cuya publicación es una condición para su aplicabilidad

.....

II Actos cuya publicación no es una condición para su aplicabilidad

Comisión

2004/206/CE:

- ★ **Decisión de la Comisión, de 17 de diciembre de 2002, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE y el artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/C.37.671 — Reforzadores del sabor de los alimentos) ⁽¹⁾ [notificada con el número C(2002) 5091]** 1

2004/207/CE:

- ★ **Decisión de la Comisión, de 16 de julio de 2003, relativa a un procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 81 del Tratado CE y el artículo 53 del Acuerdo EEE Asunto COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Compartición de redes — Rahmenvertrag ⁽¹⁾ [notificada con el número C(2003) 2432]** 32

2004/208/CE:

- ★ **Decisión de la Comisión, de 16 de octubre de 2003, en un procedimiento con arreglo al artículo 81 del Tratado CE y al artículo 53 del Acuerdo EEE (asuntos COMP D3/35470 — ARA, COMP D3/35473 — ARGEV, ARO) ⁽¹⁾ [notificada con el número C(2003) 3703]** 59

⁽¹⁾ Texto pertinente a efectos del EEE

Precio: 22,00 EUR

ES

Los actos cuyos títulos van impresos en caracteres finos son actos de gestión corriente, adoptados en el marco de la política agraria, y que tienen generalmente un período de validez limitado.

Los actos cuyos títulos van impresos en caracteres gruesos y precedidos de un asterisco son todos los demás actos.

II

(Actos cuya publicación no es una condición para su aplicabilidad)

COMISIÓN**DECISIÓN DE LA COMISIÓN**

de 17 de diciembre de 2002

relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE y el artículo 53 del Acuerdo EEE

(Asunto COMP/C.37.671 — Reforzadores del sabor de los alimentos)

[notificada con el número C(2002) 5091]

(El texto en lengua inglesa es el único auténtico)

(Texto pertinente a efectos del EEE)

(2004/206/CE)

ÍNDICE

| | <u>Página</u> |
|--|---------------|
| PARTE I — HECHOS | |
| A. Resumen de la infracción | 3 |
| B. La industria del nucleótido | 3 |
| 1. Producto | 3 |
| 2. Productores | 3 |
| 3. Mercado | 4 |
| C. Procedimiento | 6 |
| D. Descripción de los acontecimientos | 7 |
| 1. Participantes y organización | 7 |
| 2. Características esenciales del cártel | 7 |
| 3. Contactos iniciales | 8 |
| 4. Funcionamiento del cártel | 10 |
| PARTE II — EVALUACIÓN JURÍDICA | |
| A. Jurisdicción (aplicación del Tratado y del acuerdo EEE) | 16 |
| 1. Relación entre el Tratado y el Acuerdo EEE | 16 |
| B. Aplicación del artículo 81 del Tratado y del artículo 53 del Acuerdo EEE | 17 |
| 1. Apartado 1 del artículo 81 del Tratado y apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE | 17 |
| 2. Acuerdos y prácticas concertadas | 17 |
| 3. Infracción única y continuada | 18 |
| 4. Restricción de la competencia | 18 |
| 5. Efecto sobre el comercio entre Estados miembros y entre Partes contratantes del EEE | 19 |
| 6. Disposiciones de las reglas de competencia aplicables a Austria, Finlandia, Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suecia | 20 |
| C. Destinatarios | 20 |
| 1. Principios aplicables | 20 |
| 2. Destinatarios de la Decisión | 20 |
| D. Duración de la infracción | 21 |
| E. Cese de la infracción | 22 |
| 1. Artículo 3 del Reglamento nº 17 | 22 |
| 2. Apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17 | 23 |

LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea,

Visto el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo,

Visto el Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado ⁽¹⁾, cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) nº 1/2003 ⁽²⁾, y, en particular, su artículo 3 y su artículo 15,

Vista la Decisión de la Comisión de 10 de julio de 2002 de incoar un procedimiento en este caso,

Habiendo dado a las empresas afectadas la oportunidad de dar a conocer sus opiniones sobre las objeciones planteadas por la Comisión, de conformidad con el apartado 1 del artículo 19 del Reglamento nº 17 y del Reglamento (CE) nº 2842/98 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1998, relativo a las audiencias en determinados procedimientos en aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE ⁽³⁾,

Previa consulta al Comité consultivo sobre prácticas restrictivas y posiciones dominantes,

Visto el informe del consejero auditor en este asunto ⁽⁴⁾,

Considerando lo siguiente:

PARTE I — HECHOS

A. RESUMEN DE LA INFRACCIÓN

- (1) Los destinatarios de la presente Decisión son las siguientes empresas:
 - Ajinomoto Company Incorporated,
 - Takeda Chemical Industries Limited,
 - Daesang Corporation,
 - Cheil Jedang Corporation.
- (2) La infracción consiste en la participación de estos productores de nucleótidos en un acuerdo continuado contrario al apartado 1 del artículo 81 del Tratado y al apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE, que afecta a la Comunidad y al EEE y por el cual fijaron los precios del producto, incrementaron los precios, se asignaron clientes y crearon un sistema para supervisar y hacer cumplir sus acuerdos.

⁽¹⁾ DO 13 de 21.2.1962, p. 204/62.

⁽²⁾ DO L 1 de 4.1.2003, p. 1.

⁽³⁾ DO L 354 de 30.12.1998, p. 18.

⁽⁴⁾ DO C 64 de 12.3.2004.

- (3) Las empresas participaron en la infracción entre noviembre de 1988 y junio de 1998 ⁽⁵⁾.

B. LA INDUSTRIA DEL NUCLEÓTIDO

1. PRODUCTO

- (4) El ácido nucleico o nucleótido se obtiene de la glucosa mediante un proceso de fermentación, separación, cristalización y filtrado.
- (5) Existen dos nucleótidos utilizados como reforzadores del sabor de los alimentos: el inosinato 5'- disódico (IMP) y el guanilato 5'- disódico (GMP). También se venden ambos productos mezclados entre sí al 50 %, con la denominación I&G.
- (6) El IMP fue el primer nucleótido descubierto con la capacidad de reforzar los sabores de determinados alimentos y posteriormente se descubrió que el GMP tenía las mismas propiedades. Ambos se utilizan solamente en pequeñas cantidades y funcionan como reforzadores del sabor de alimentos sólo en presencia de un glutamato añadido, como el glutamato monosódico (MSG), o natural, como el glutamato contenido en los tomates. Entre otras aplicaciones el IMP y el GMP son efectivos en formulaciones con poco sodio. Los reforzadores de sabor a base de nucleótidos son utilizados por los grandes fabricantes de alimentos individualmente (con glutamato natural) o, más frecuentemente, en combinación con MSG.
- (7) Como tales se utilizan principalmente para sustituir a los extractos de carne de ternera, reforzar los sabores dulces y de carne, enmascarar sabores en diversas formulaciones alimentarias y eliminar los sabores amargos.

2. PRODUCTORES

- a) AJINOMOTO COMPANY INC. (JAPÓN)
- (8) Ajinomoto Company, Inc. («Ajinomoto») es la sociedad matriz de un grupo de empresas que fabrican sustancias químicas, incluidos nucleótidos y productos alimenticios. Basado en sus capacidades en tecnología de aminoácidos, el grupo de empresas se dedica también al desarrollo y fabricación de productos farmacéuticos. Las operaciones de Ajinomoto incluyen fabricación y comercialización en 21 países.
- (9) Ajinomoto posee instalaciones de producción de nucleótidos en Japón.

⁽⁵⁾ Véanse en «Duración de la infracción» las fechas individualizadas para cada empresa.

(10) Sus filiales europeas son Ajinomoto Europe Sales GmbH (Hamburgo, Alemania), Ajinomoto Eurolysine (París, Francia), OmniChem (Louvain-la-Neuve, Bélgica) y Forum Holdings Ltd (Reino Unido).

(11) En el 2001 las empresas pertenecientes al grupo Ajinomoto registraron un volumen de negocios mundial de 8 680 millones de euros (EUR).

b) TAKEDA CHEMICAL INDUSTRIES LIMITED (JAPÓN)

(12) Takeda Chemical Industries Ltd («Takeda») es la sociedad matriz de un grupo de empresas que fabrican productos farmacéuticos, sustancias químicas, vitaminas a granel, productos de protección fitosanitaria y aditivos alimenticios tales como nucleótidos.

(13) La distribución de nucleótidos en los mercados del EEE se organiza a través de Mitsui & Co. (Japón), aunque existen varias filiales locales de ventas en Europa: Plc Mitsui & Co. Deutschland GmbH (para las ventas en Europa Occidental (incluidos Alemania, Países Bajos, Portugal y Suiza), Europa Septentrional, Europa del Este y Turquía), Mitsui & Co. UK (para el Reino Unido e Irlanda) y Mitsui & Co. France SA (para Francia).

(14) Durante el ejercicio que abarcó del 1 de abril de 2001 hasta el 31 de marzo de 2002 Takeda registró un volumen de negocios mundial de 9 247 millones EUR⁽⁶⁾.

c) DAESANG CORPORATION (COREA DEL SUR)

(15) Daesang Corporation («Daesang») es la sociedad matriz de un grupo mundial cuyas actividades incluyen la fabricación de condimentos, piensos y aminoácidos. Se creó en noviembre de 1997 a través de la fusión de Daesang Industrial Limited y Miwon Corporation Limited. Daesang Industrial Limited era conocida anteriormente como Sewon Corporation Limited y Miwon Foods Corporation Limited («Daesang» o «Miwon»).

(16) Desde septiembre de 1994, Daesang Europe BV es la filial europea de ventas de Daesang Corporation para los nucleótidos y los vende principalmente a distribuidores independientes del EEE.

(17) El volumen de negocios mundial de Daesang en 2001 fue de 1 382 millones EUR⁽⁷⁾.

d) CHEIL JEDANG CORPORATION (COREA DEL SUR)

(18) Cheil Jedang Corporation («Cheil») es la sociedad matriz de un grupo mundial de empresas creado como primer filial de fabricación del grupo surcoreano Samsung, en 1953. En 1993 Cheil se independizó. Cheil es una empresa diversificada centrada, entre otras cosas, en productos farmacéuticos y alimenticios, y se incorporó al mercado de nucleótidos en 1977.

(19) Cheil actúa en el EEE a través de su filial al 100 % CJ Europe GmbH y de diversos distribuidores independientes.

(20) En 2001 las empresas del grupo Cheil registraron un volumen de negocios de 1 976 millones EUR⁽⁸⁾.

3. MERCADO

a) OFERTA

1. Producción

(21) Los principales cuatro productores de nucleótidos son Ajinomoto, Takeda, Cheil y Daesang. En el momento de la infracción, otros productores eran Kyowa Hakko Kogyo Co. Ltd («Kyowa») (Japón)⁽⁹⁾ y Yamasa Corporation («Yamasa») (Japón)⁽¹⁰⁾.

(22) La capacidad de producción mundial de nucleótidos en 1997 era de aproximadamente 10 700 toneladas métricas y en 1992 ascendía a alrededor de 6 660.

(23) Ninguno de los fabricantes japoneses o coreanos de nucleótidos tienen instalaciones de producción en la Comunidad. Cheil posee una en Indonesia y Kyowa ha construido recientemente otra en Estados Unidos.

2. Distribución

(24) Estos productores japoneses y surcoreanos venden el producto en el mercado del EEE a través de sus filiales de ventas y de distribuidores independientes establecidos en diversos Estados miembros.

(25) Desde septiembre de 1994 Daesang vende nucleótidos en Europa a través de su filial al 100 % Daesang Europe BV, que los importa de Asia y los vende principalmente a distribuidores independientes en el EEE.

⁽⁶⁾ Se utilizó el siguiente tipo de cambio: 1 euro = 108,682 yenes japoneses (JPY) (base de datos Eurostat — Tipos de cambio 2001).

⁽⁷⁾ 1 euro = 1 154,83 wones surcoreanos (KRW) (base de datos Eurostat — Tipos de cambio 2001).

⁽⁸⁾ 1 euro = 1,13404 dólares estadounidenses (USD) (base de datos Eurostat — Tipos de cambio 2001).

⁽⁹⁾ En 1992 Kyowa dejó de exportar nucleótidos a Europa.

⁽¹⁰⁾ Yamasa Corporation dejó de suministrar el reforzador de sabor a Europa en 1994.

- (26) Ajinomoto vende nucleótidos en el EEE a través de su filial de ventas Ajinomoto Europe Sales GmbH, establecida en Hamburgo, Alemania, así como de distribuidores independientes.
- (27) Cheil vende nucleótidos en el EEE a través de su filial en propiedad absoluta, CJ Europe GmbH y de distribuidores independientes.
- (28) Takeda vende nucleótidos en el EEE a través de un distribuidor independiente que distribuye el producto a los clientes a través de filiales establecidas en Alemania, Francia y el Reino Unido.

b) DEMANDA

- (29) La demanda de nucleótidos está directamente ligada a la industria alimentaria. Según lo dicho antes, los nucleótidos son utilizados principalmente por los grandes fabricantes de alimentos para añadir sabor a los alimentos.
- (30) Entre 1992 y 1999 el mercado de los nucleótidos creció rápidamente ya que el consumo mundial en 1992 era de aproximadamente 4 465 toneladas y subió hasta las 9 000 en 1999. Durante el mismo período se calcula que el consumo comunitario de nucleótidos se incrementó desde aproximadamente 200 a más de 500 toneladas.
- (31) Según los cálculos de la Comisión, el mercado total de nucleótidos del EEE suponía unos 12 millones EUR en 1997 y en 2000 ascendía a unos 7,5 millones EUR.
- (32) Se calcula que los tres clientes principales en Europa, [...] (*), [...] * (incluyendo [...] *, adquirida por [...] * durante los años noventa) y [...] * representaban entre el 45 % y el 55 % anual de todos los nucleótidos vendidos en Europa. Las empresas [...] * y [...] * compran aproximadamente el 20 % y el 15 % de todos los nucleótidos importados en Europa.

c) INFORMACIÓN DE MERCADO

- (33) El negocio de los nucleótidos es básicamente mundial. Los productores principales son grandes multinacionales establecidas en Japón y Corea del Sur. Aunque la producción se realice esencialmente en Asia las ventas son mundiales (esencialmente en tres grandes áreas geográficas: Norteamérica, Europa y Asia). El mercado geográfico pertinente de los nucleótidos es por lo tanto el mercado mundial.

(*) Se han suprimido determinadas partes del presente texto con objeto de garantizar que no se haga pública ninguna información confidencial; estas partes se señalan mediante corchetes y un asterisco.

- (34) Todos los nucleótidos vendidos en el EEE se importan desde fuera del EEE.
- (35) Los productores surcoreanos se beneficiaron de un régimen preferencial aduanero en la Comunidad hasta el 30 de abril de 1998 ⁽¹¹⁾.
- (36) La cadena en la cual la producción de nucleótidos comerciales está esencialmente basada (así como el propio proceso de producción) ha sido patentada. Entre otros factores que pueden influir en la elección del proveedor por parte del cliente las partes han mencionado la calidad del producto, el precio, las condiciones de entrega y el apoyo técnico.
- (37) Desde principios de 1988 hasta finales de 1997 los precios mensuales medios de los nucleótidos en el EEE fueron bastante estables (aproximadamente entre 22 y 27 EUR por kilo). Posteriormente empezaron a caer considerablemente (precios calculados entre 12 y 16 EUR en 1999 y entre 8 y 12 EUR en 2000).

d) COMERCIO ENTRE ESTADOS

- (38) Durante el período considerado en la presente Decisión el mercado de los nucleótidos se caracterizó por flujos importantes entre los Estados miembros actuales así como entre las Partes contratantes del Acuerdo EEE.
- (39) Todas las empresas comercializaron el producto en casi todos los Estados miembros, a través de filiales de ventas o de distribuidores establecidos en la Comunidad.
- (40) Daesang, por ejemplo, vende nucleótidos en el conjunto de la Comunidad a través de Daesang Europe BV, establecida en los Países Bajos. Cheil y Ajinomoto actúan de una manera similar. Takeda, por otra parte, vende sus nucleótidos a través de un distribuidor independiente que tiene filiales de venta en Alemania, el Reino Unido y Francia y que es responsable de casi todo el territorio comunitario, a excepción de Francia, Reino Unido e Irlanda, en donde existen otras filiales.

⁽¹¹⁾ 1.1.1989-31.12.1989: Reglamento (CEE) n° 4257/88 del Consejo, de 19 de diciembre de 1988, relativo a la aplicación de preferencias arancelarias generalizadas para el año 1989 a determinados productos industriales originarios de países en vías de desarrollo (DO L 375 de 31.12.1988, p. 1); 1.1.1990-31.12.1990: Reglamento (CEE) n° 3896/89 del Consejo, de 18 de diciembre de 1989, relativo a la aplicación de preferencias arancelarias generalizadas para el año 1990 a determinados productos industriales originarios de países en vías de desarrollo (DO L 383 de 30.12.1989, p. 1); 1.1.1991-31.12.1994: Reglamento (CEE) n° 3831/90 del Consejo, de 20 de diciembre de 1990, relativo a la aplicación de preferencias arancelarias generalizadas para el año 1991 a determinados productos industriales originarios de países en vías de desarrollo (DO L 370 de 31.12.1990, p. 1); 1.1.1995-30.4.1998: Reglamento (CE) n° 3281/94 del Consejo, de 19 de diciembre de 1994, relativo a la aplicación de un plan plurianual de preferencias arancelarias generalizadas para el período 1995-1998 a determinados productos industriales originarios de países en vías de desarrollo (DO L 348 de 31.12.1994, p. 1).

- (41) En consecuencia una parte significativa de las ventas de nucleótidos en la Comunidad lo fueron como ventas transfronterizas.
- (42) Durante el período de la infracción y desde la creación del EEE se registraron también ventas a usuarios de nucleótidos establecidos en el EEE, principalmente a través de las filiales y distribuidores de venta establecidos ya en la Comunidad.

C. PROCEDIMIENTO

a) PROCEDIMIENTOS DE LA COMISIÓN

- (43) El 9 de septiembre de 1999 la empresa japonesa Takeda presentó una solicitud de conformidad con la Comunicación de la Comisión sobre la no imposición o reducción de multas en casos de cártel ⁽¹²⁾ («la Comunicación») informando a la Comisión de la existencia de un cártel para los nucleótidos y declarando su intención de cooperar completamente con la Comisión. El 14 de septiembre de 1999 Takeda entregó un expediente a la Comisión que contenía documentos relativos al caso.
- (44) El 1 de febrero de 2000 Daesang se puso en contacto con la Comisión, confirmando la existencia de un cártel de los nucleótidos y expresando su intención de cooperar completamente con la investigación de la Comisión.
- (45) El 21 de febrero de 2000 la Comisión envió peticiones de información a Ajinomoto, Cheil, Daesang y Kyowa pidiendo explicaciones detalladas sobre los contactos con competidores entre 1992 y 1999.
- (46) Sobre la base de la información recibida en 2000 se puso de manifiesto que el cártel había actuado antes de 1992, y el 11 de junio de 2001 la Comisión envió peticiones adicionales de información a Takeda, Ajinomoto, Daesang y Cheil sobre el período 1988-1992.
- (47) En su respuesta a la primera petición de información de la Comisión (de 3 y 21 de abril de 2000), Daesang admitió haber participado en reuniones con competidores y facilitó a la Comisión ciertos documentos que especificaban el propósito, las fechas y los participantes en las distintas reuniones. Daesang presentó una declaración suplementaria el 10 de mayo de 2001.
- (48) Ajinomoto respondió a la petición de la Comisión el 3 de abril y el 5 de mayo de 2000 entregando ciertos documentos relativos a las reuniones y expresando su intención de cooperar por completo en el procedimiento de la Comisión. En su respuesta a la petición de la Comisión, recibida el 17 de abril de 2000, Cheil admitió participar en reuniones entre competidores y facilitó a la Comisión detalles y documentos relativos a las mismas. También expresó su intención de cooperar completamente con la investigación. Kyowa presentó una declaración en respuesta a la petición de la Comisión, el 4 de mayo de 2000, admitiendo su participación en reuniones entre competidores hasta finales de 1993 y expresando igualmente su intención de cooperar completamente. Kyowa también demostró que desde 1992 había dejado de suministrar a Europa nucleótidos utilizados como reforzadores de sabor.
- (49) El 20 de octubre de 2000 Takeda remitió a la Comisión una declaración relativa a determinadas actividades anticompetitivas de Takeda en la Comunidad, que complementaba los documentos presentados el 14 de septiembre de 1999 y en que presentaba información detallada sobre el cártel, su estructura, normas básicas y reuniones entre competidores.
- (50) Según lo declarado, el 11 de junio de 2001 la Comisión envió una segunda petición de información referente al período 1988-1992. En su respuesta de 20 de julio de 2001 Takeda proporcionó información adicional sobre el funcionamiento del cártel antes de 1992.
- (51) Ajinomoto, por otra parte, afirmó en su respuesta de 30 de julio de 2001 que era incapaz de encontrar ninguna referencia a las reuniones con competidores de nucleótidos durante el período 1988-1991 pero admitió que tales reuniones debieron tener lugar de vez en cuando.
- (52) Daesang contestó el 23 de julio de 2001 y confirmó su participación en el cártel a partir de octubre de 1988.
- (53) Cheil presentó su respuesta el 14 de agosto de 2001, declarando que creía que las reuniones celebradas entre 1988 y 1991 no se referían al mercado europeo.
- (54) El 24 de octubre y el 20 de diciembre de 2001 la Comisión envió una petición de información a Yamasa. En su respuesta del 17 de enero de 2002 Yamasa demostró que había dejado de suministrar nucleótidos utilizados como reforzadores de sabor a Europa en julio de 1994.
- (55) El 24 de octubre de 2001 y el 31 de enero de 2002 representantes de Ajinomoto se reunieron con la Comisión para discutir sobre su cooperación y presentaron memorándums adicionales el 17 de diciembre de 2001 y 31 de enero de 2002.
- (56) El 10 de julio de 2002 la Comisión publicó un pliego de cargos dirigido a Ajinomoto, Takeda, Daesang y Cheil.

⁽¹²⁾ DO C 207 de 18.7.1996, p. 4.

D. DESCRIPCIÓN DE LOS ACONTECIMIENTOS

1. PARTICIPANTES Y ORGANIZACIÓN

- (57) Las reuniones se celebraron generalmente a alto nivel (director general y directivos), como lo demuestran las pruebas del expediente referente a fechas, lugares y asistentes a la mayoría de las reuniones del cártel ⁽¹³⁾.
- (58) Kyowa y Yamasa dejaron de vender fuera de Japón, respectivamente, en 1992 y 1994, dejando solamente a Ajinomoto, Takeda, Cheil y Daesang como participantes en el mercado mundial (fuera de Japón). Por lo tanto, y según lo mostrado por las pruebas del expediente de la Comisión, las reuniones se limitaron a Takeda, Ajinomoto, Cheil y Daesang a partir de octubre de 1994 ⁽¹⁴⁾.
- (59) Los participantes generalmente se reunían en la segunda quincena de agosto o en septiembre, antes de fijar los precios anuales que se debían enviar a los tres (inicialmente cuatro) grandes usuarios comerciales europeos de nucleótidos: [...]*, [...]*, [...] (y [...]*, que adquirió [...] durante los años noventa). Estos precios se utilizaban como referencia para determinar los precios de venta a otros clientes ⁽¹⁵⁾ y para repartirse estos clientes entre ellos.
- (60) Generalmente entre enero y marzo del año siguiente los fabricantes celebraban una reunión para revisar los resultados de las negociaciones anuales de contratos con los tres grandes clientes y discutir los precios aplicables en el mercado ⁽¹⁶⁾.
- (61) Los participantes también celebraban reuniones bilaterales durante las cuales preparaban las reuniones multilaterales o revisaban la aplicación de los acuerdos, por ejemplo en relación con clientes específicos.

2. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL CÁRTEL

PRINCIPIOS DE BASE

- (62) La estructura, organización y funcionamiento del cártel se basaba en una evaluación compartida del mercado. Según lo mencionado anteriormente, los productores reconocían que en Europa el mercado estaba formado en gran parte por tres grandes usuarios industriales de nucleótidos: [...]*, [...] (que adquirió [...] durante los años noventa) y [...] que compraban alrededor del 45-55 % de todos los nucleótidos vendidos anualmente en Europa.

- (63) El propósito de las reuniones del cártel era discutir las tendencias generales del mercado de los nucleótidos, compartir información sobre precios y discutir la asignación entre los fabricantes de los contratos de venta anuales concluidos con estos tres grandes usuarios. Las reuniones incluían discusiones sobre el efecto que los precios a que los nucleótidos se vendían a estas tres empresas debían tener para determinar los precios de venta a otros clientes ⁽¹⁷⁾.
- (64) Como parte del acuerdo los productores japoneses comprarían el producto a productores coreanos, a cambio de lo cual los coreanos acordaron limitar sus ventas a ciertos mercados y clientes (los llamados «acuerdos de contracompra»). De hecho Takeda era responsable de las contracompras de Cheil mientras que Ajinomoto tenía acuerdos similares con Daesang ⁽¹⁸⁾.
- (65) Los principios de base del cártel se explican muy claramente en el acta de Takeda de una reunión celebrada el 25 de julio de 1997 entre Takeda y Ajinomoto ⁽¹⁹⁾, donde el nuevo [...] de Ajinomoto fue presentado. En las propias palabras de Takeda, se le explicó que las reuniones periódicas entre competidores pretendían: «a) mantener y reformar los precios de los mercados internacionales; b) respetar los mercados de cada uno y c) repartirse los grandes clientes europeos».

a) Fijación de precios

- (66) Los miembros del cártel acordaron precios «mínimos» y «objetivo» para la venta de nucleótidos a los tres grandes clientes europeos y estos precios se utilizarían como referencia para las ventas a otros clientes. Cada año también se discutiría un precio objetivo para el año siguiente y para los tres grandes clientes ⁽²⁰⁾ (véanse, por ejemplo, los considerandos los 80, 87, 92, 94, 98, 108, 112 a 113, 118 a 120, 124, 127 a 129, 139 a 141).
- (67) Los precios se establecían principalmente tanto en dólares estadounidenses (USD) como en marcos alemanes (DEM). En el mercado europeo el DEM se utilizaba generalmente como moneda de referencia y se convertía en la moneda nacional apropiada al tratar con los clientes nacionales.

⁽¹³⁾ Véanse las páginas 1931-1947 y 1961-1974 del expediente de la Comisión; también páginas 316-319, 1995, 2174-2175.

⁽¹⁴⁾ Véanse también las páginas 2170-2171 del expediente de la Comisión.

⁽¹⁵⁾ Ajinomoto se refiere a estos otros clientes (con excepción de [...]*, [...] y [...]) como «el mercado general».

⁽¹⁶⁾ Véanse las páginas 2170-2171 del expediente de la Comisión.

⁽¹⁷⁾ Véase la declaración de Takeda, página 2170 del expediente de la Comisión.

⁽¹⁸⁾ Véanse las páginas 303 y 1962 del expediente.

⁽¹⁹⁾ Véanse las páginas 2158-2161 del expediente.

⁽²⁰⁾ Véase la declaración de Takeda, páginas 2170-2171 del expediente de la Comisión. Véase también la declaración de Daesang en la página 1933 del expediente; la declaración suplementaria de Daesang en la página 1963; la declaración de Kyowa en las páginas 870-871; la declaración de Cheil en la página 304; el memorándum de Ajinomoto p. 2, párrafo 3 en la página 2445.

b) *Asignación de clientes y reparto de mercados*

PUESTA EN PRÁCTICA

- (68) [...] y [...] históricamente fueron suministrados por Takeda mientras que [...] lo fue por Ajinomoto⁽²¹⁾. Según Daesang, existía un acuerdo entre Takeda y Ajinomoto para no vender a sus respectivos clientes europeos⁽²²⁾.
- (69) Para proteger sus ventas a estos usuarios europeos importantes de nucleótidos, Takeda y Ajinomoto también firmaron acuerdos con sus principales competidores por los que Takeda y Ajinomoto compraban el producto a sus competidores a cambio de lo cual los competidores limitarían sus ventas a los principales usuarios europeos de nucleótidos⁽²³⁾. Como Cheil afirma⁽²⁴⁾, «Las empresas japonesas (Takeda y Ajinomoto) debían comprar nucleótidos, respectivamente, a Cheil y Miwon (Daesang). A cambio los productores coreanos no debían vender a los "3 grandes" europeos y restringir la cantidad a Japón» (véanse, por ejemplo, los considerandos 78, 81, 84, 86, 100 a 102, 108, 11 a 112, 114, 116 a 117, 122 a 123).
- (70) Este sistema de compensación, que era un corolario al sistema de asignación de clientes, también llevó a la asignación de mercados a escala mundial, según lo confirmado por Cheil⁽²⁵⁾. A cambio de no vender a ciertos clientes las empresas japonesas compraban el producto a sus contrapartes coreanas⁽²⁶⁾. Dado que estos clientes estaban situados en distintos mercados desde donde se realizaban las ventas de compensación, esto supone efectivamente una asignación de mercados (véanse, por ejemplo, los considerandos 81 a 82, 85, 94 a 95, 100 a 102, 110, 122, 124 y 134).
- (71) Takeda confirma que una parte integrante de los acuerdos del cártel se refería «a la asignación entre fabricantes de los contratos de venta anuales de nucleótidos concluidos con los tres grandes usuarios comerciales de nucleótidos en la Comunidad: a saber [...]*, [...] y [...]».
- (72) La celebración de reuniones regulares y frecuentes entre los destinatarios de la presente Decisión era una característica clave de la organización del cártel. De 1989 a 1998 se han comprobado más de 20 reuniones multilaterales (con participación de todos los miembros del cártel). Además las partes celebraron reuniones bilaterales regulares durante este período (más de 35 han sido identificadas). Por ejemplo, estas reuniones se utilizaron para preparar las respectivas posiciones de las empresas en las reuniones multilaterales. Hubo también contactos ocasionales por teléfono (se han comprobado aproximadamente diez conversaciones telefónicas).
- (73) La coordinación de las reuniones del cártel se realizaba generalmente poco antes de las negociaciones anuales de contratos con los tres «grandes clientes europeos» para acordar los precios y asignar los contratos⁽²⁷⁾. Las partes también celebraron reuniones para revisar la puesta en práctica de los precios durante las negociaciones de las ventas⁽²⁸⁾, aunque el análisis de los antiguos precios así como las discusiones sobre los nuevos a aplicar se combinaran a menudo en la misma reunión (véanse, por ejemplo, los considerandos 93 a 94, 96, 103, 109, 118, 125 a 126, 130 a 131 y 141).
- (74) Los participantes también intercambiaron precios de venta y volúmenes, utilizados como base en sus discusiones para determinar los precios que debían fijarse⁽²⁹⁾ (véanse los considerandos 80, 96, 98, 103, 115 y 133).

3. CONTACTOS INICIALES

- (75) Cheil admite que ciertas reuniones tuvieron lugar a partir de julio de 1988 aunque al principio declaró que las reuniones celebradas entre 1988 y 1991 no afectaban al EEE sino que se centraron en los mercados japonés y asiáticos⁽³⁰⁾.
- (76) Un informe de viaje presentado por Cheil del 16-28 de julio de 1988 y adjunto como anexo 5 a su declaración de 2001 menciona que «Takeda dijo que estaban celebrando reuniones P⁽³¹⁾ para los nucleótidos con el fin de evitar la fuerte competencia que se produciría por la entrada de Miwon [Daesang] y nos pidió que apoyáramos y participáramos en las reuniones P».

(21) Véase la declaración corporativa de Takeda, página 2170 del expediente de la Comisión.

(22) Véase la declaración suplementaria de Daesang en la página 4 o la página 1963 del expediente de la Comisión.

(23) Véase la declaración de Cheil, en la página 2, párrafo 2 (página 301 del expediente de la Comisión); Kyowa en la página 5, par 1 (página 870 del expediente); declaración suplementaria de Daesang en las páginas 1963-1964.

(24) Página 5 de la declaración de Cheil, página 304 del expediente.

(25) Véase la declaración de Cheil en la página 4, página 303 del expediente de la Comisión.

(26) Véase la declaración de Cheil en la página 5, página 304 del expediente de la Comisión; también las páginas 1963-1964 del expediente.

(27) Véase la declaración corporativa de Takeda, páginas 2170 y 2171 del expediente de la Comisión.

(28) Véase la declaración corporativa de Takeda, página 2171 del expediente de la Comisión.

(29) Véase la declaración corporativa de Takeda, página 2170, del expediente de la Comisión.

(30) Véanse las páginas 1181-1182 del expediente de la Comisión.

(31) Hace referencia a reuniones entre productores o reuniones de fijación de precios.

- (77) Takeda por su parte sitúa el inicio de las reuniones entre competidores en torno a 1989 ⁽³²⁾.
- (78) Kyowa, por otra parte, afirma que las reuniones entre productores japoneses de nucleótidos empezaron por lo menos en 1986, pero «[...] pudo haber reuniones incluso antes» ⁽³³⁾. Kyowa afirma además que en su opinión, «los principales implicados en las reuniones eran Takeda y Ajinomoto. Takeda era responsable de tratar con Cheil y Ajinomoto con [Daesang]. Takeda era también el coordinador del grupo» ⁽³⁴⁾.
- (79) Ajinomoto admite que sus representantes se reunieron en ocasiones con Cheil, Takeda, Kyowa y Yamasa desde 1988. Aunque primero afirmó que no había podido recopilar ninguna información sobre lo tratado en estas reuniones en el período 1988-1991 ⁽³⁵⁾, presentó posteriormente diversos documentos internos sobre contactos durante ese período en su memorándum adicional del 17 de diciembre de 2001 ⁽³⁶⁾.
- (80) Un memorándum interno presentado por Ajinomoto muestra que los representantes de los productores japoneses de nucleótidos (Takeda, Ajinomoto, Kyowa y Yamasa) celebraron reuniones el 8 y 10 de noviembre de 1988 donde, por lo que se refiere al mercado europeo, intercambiaron información y discutieron y acordaron los precios ofrecidos o que cada empresa iba a ofrecer a los tres grandes usuarios finales de Europa, [...]*, [...] y [...]*, así como los precios de mercado en Europa aplicables a clientes distintos de los «tres grandes clientes» para el año 1989 ⁽³⁷⁾.
- (81) Daesang afirma ⁽³⁸⁾ que primero fue contactado por los productores japoneses, poco después de empezar a producir nucleótidos en 1987. Se organizó una reunión entre los productores japoneses (Daesang habla de la «Asociación» de productores japoneses) y representantes de Miwon (ahora Daesang) en Tokio, el 5 de octubre de 1988. El fin de esta reunión era limitar la penetración de Miwon en el mercado japonés y discutir una posible cooperación con los productores coreanos. Esto llevó a la conclusión, el 19 de diciembre de 1988, de un «acuerdo de compra» entre Ajinomoto y Miwon. Aunque se presenta como «contrato de suministro» Daesang admite que la condición verbalmente acordada para este contrato era que Miwon no debía aumentar sus ventas a Japón y no obstruir la cooperación de los productores japoneses relativa a los precios mundiales ⁽³⁹⁾.
- (82) Esto viene corroborado por un fax interno de Miwon de 9 de noviembre de 1988 en el que se hace referencia a las negociaciones para el contrato de suministro con Ajinomoto, declarando que «el contrato contiene una cláusula de prohibición de nuevas ventas». Daesang afirma que esto significaba que Ajinomoto estaba solamente dispuesto a comprar el producto a Miwon si éste no aumentaba sus ventas a Japón ⁽⁴⁰⁾.
- (83) Además Daesang afirma que en esta reunión del 5 de octubre de 1988 Ajinomoto dejó claro que las compras de Miwon fueran hechas por Ajinomoto mientras que las de Cheil serían hechas por Takeda. Ajinomoto compró los productos Miwon a través del distribuidor de Takeda, que utilizó como coartada ⁽⁴¹⁾.
- (84) A este respecto Daesang indica que la iniciativa del acuerdo vino de los productores japoneses ⁽⁴²⁾, por tanto confirmando las declaraciones de Kyowa mencionadas anteriormente [«los principales implicados en las reuniones eran Takeda y Ajinomoto. [...] Takeda era también el coordinador del grupo» ⁽⁴³⁾]. La opinión de que el cártel era dirigido por los productores japoneses también es compartida por Cheil, que declara que «el contexto comercial básico de los acontecimientos establecidos es el de unas empresas dominantes que intentan proteger un duopolio efectivo frente a la nueva competencia» ⁽⁴⁴⁾.
- (85) Ajinomoto afirma ⁽⁴⁵⁾ a este respecto que su papel debería considerarse como subordinado a Takeda, que habría ha iniciado y orquestado las actividades del cártel: «Enfrentado al hecho de carecer de una red bien organizada de ventas en el EEE [...] y la llegada de competencia adicional de empresas coreanas, era Takeda el partidario de proteger su posición predominante frente a [...] y [...] mediante la asignación de clientes y la fijación de precios. Las reuniones entre los competidores fueron iniciadas por [un representante de Takeda]* [...]. [Un representante de Takeda]* presidió las reuniones y pronunció los discursos de apertura y conclusión. Durante las reuniones dirigió la discusión y dibujó esquemas en una pizarra. Takeda se quejó con fuerza cuando supo que otras empresas habían rebajado el precio predeterminado para [...] y [...]» ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁰⁾ Véanse las páginas 1962 y 990-992 del expediente de la Comisión.

⁽⁴¹⁾ Declaración suplementaria de Daesang, página 3; véanse también los anexos K y L.

⁽⁴²⁾ Véanse las páginas 1961-1962 del expediente.

⁽⁴³⁾ Véase la página 4 de la declaración de Kyowa, página 869 del expediente de la Comisión.

⁽⁴⁴⁾ Véase en la declaración de Cheil en la página 2, párrafo 2, página 301 del expediente de la Comisión.

⁽⁴⁵⁾ Véanse las páginas 2557-2558.

⁽⁴⁶⁾ Esto se contradice por los hechos recogidos en el expediente de la Comisión. En una nota interna de Ajinomoto (véase el anexo 11 del memorándum de Ajinomoto de 30 de junio de 2000 o páginas 2496-2499 del expediente; se dice que «[Ajinomoto] como fabricante principal así como Takeda, tenemos que tomar la iniciativa en la carrera de incremento de los precios, y por lo tanto es muy probable que se lleve a cabo contra el viento. Sin embargo, es inevitable correr riesgos»; véanse también los anexos 7 y 8 del memorándum de Ajinomoto en las páginas 2483-2488 del expediente de la Comisión).

⁽³²⁾ Véase la página 2170 del expediente de la Comisión.

⁽³³⁾ Véase la página 869 del expediente de la Comisión.

⁽³⁴⁾ Véase la página 869 del expediente de la Comisión.

⁽³⁵⁾ Véase la página 2030 del expediente de la Comisión.

⁽³⁶⁾ Véanse las páginas 2256-2299 del expediente de la Comisión.

⁽³⁷⁾ Véanse las páginas 2264-2269 del expediente de la Comisión.

⁽³⁸⁾ Declaración suplementaria, página 2, punto 1.

⁽³⁹⁾ Véase la página 1962 del expediente Comisión; también páginas 986-989.

(86) Según Daesang, se concluyó otro contrato de compra entre Takeda y Miwon a principios de marzo de 1989, negociado en nombre de Miwon por Ajinomoto. La Comisión observa que, en su respuesta al pliego de cargos, Ajinomoto impugna haber negociado un contrato con Takeda en nombre de Miwon. Las condiciones del contrato con Takeda eran que Miwon (ahora Daesang) no debía aumentar sus ventas a Japón, que Miwon debía cooperar con los productores japoneses para aumentar el precio mundial de los nucleótidos y que debía cooperar con (es decir, abstenerse de vender) los «tres grandes» clientes ([...]*, [...]*, [...]*).

4. FUNCIONAMIENTO DEL CÁRTEL

(87) Según un informe de viaje⁽⁴⁷⁾, una reunión entre los fabricantes de nucleótidos (en la que Cheil participó) se celebró entre el 7 y el 23 de marzo de 1989. El mismo informe indica que los asistentes acordaron encontrarse de nuevo en Kyung Ju, Corea, el 7 de junio de 1989 (según Daesang en esta reunión se acordaron los precios para 1989).

(88) Un fax interno de Miwon Japan a Mitra⁽⁴⁸⁾ de 30 de mayo de 1989⁽⁴⁹⁾ menciona, además del suministro de productos a Ajinomoto, una próxima reunión sobre nucleótidos con competidores el 6 y 7 de junio de 1989 en Kyung Ju, Corea, a la que debían asistir representantes de Takeda, Ajinomoto, Miwon y otros dos productores.

(89) Daesang declara que cree que los precios para 1989 se fijaron en esta reunión de productores del 6 y 7 de junio de 1989⁽⁵⁰⁾.

(90) Un fax interno de Ajinomoto de 9 de junio de 1989 confirma esta reunión declarando que «en una reunión que tuvo lugar anteayer en Corea, Takeda dijo a los coreanos que una petición había sido recibida por [...]* para reducir en 27,50 USD el precio cif con respecto al precio de mercado»⁽⁵¹⁾.

(91) Un fax interno de Ajinomoto de 13 de julio de 1989 indica que se pidió a la oficina de ventas europea de Ajinomoto que investigara y confirmara su información relativa al precio de venta de nucleótidos de Takeda a [...]* y [...]* e información sobre los bajos precios de venta y las cantidades de venta de Takeda y fabricantes en Alemania Occidental, Francia, el Reino Unido, Suiza y España como preparación de una reunión próxima entre cuatro fabricantes de nucleótidos japoneses y dos coreanos en Taiwán el 7 de agosto de 1989. Ninguna información está disponible sobre si efectivamente esta reunión del 7 de agosto de 1989 tuvo lugar.

(92) El 5 de octubre de 1989 representantes de Takeda, Ajinomoto, Cheil, Miwon y otros dos productores se encontraron en el hotel ANA en Tokio para discutir los precios con vistas a las próximas negociaciones con los grandes clientes para 1990, incluido el mercado europeo, y revisar la aplicación del acuerdo de fijación de precios de 1989⁽⁵²⁾.

(93) Sin embargo debe considerarse que según Daesang la reunión del 5 de octubre de 1989 consistió de hecho en varias reuniones. La discusión sobre precios para los clientes europeos para 1989 y 1990 se produjo bilateralmente entre Takeda y Miwon y Takeda y Cheil. Miwon fue informado por Takeda de que «Cheil está básicamente cooperando, lo que indica que Takeda se había reunido previamente con Cheil»⁽⁵³⁾. El mismo día se celebró una reunión final a las 17:00 pero se dedicó esencialmente a asuntos relativos al mercado [...]*.

(94) Se concluyó que había una enorme diferencia entre el precio objetivo y el precio real de los nucleótidos. Los precios objetivo (incluida Europa) para 1990 se discutieron sobre la base de «directrices de precios en el mercado europeo en 1990» presentadas por Takeda que indicaban tres precios distintos basados en el volumen pedido por un cliente (grande, medio o pequeño). Además, Daesang afirma que teniendo en cuenta la visita prevista a Corea de un comprador de [...]* Miwon instruyó a Takeda para ofrecerle [...]* un precio conforme a las directrices (véase a continuación).

(A) Directrices sugeridas para el mercado europeo para 1990

| Precio (cif) | Cliente | Observaciones |
|--------------|---------------------------|---------------|
| 30 USD/kg | Más de 1 000 kg (grande) | Un lote |
| 31 USD/kg | 500-1 000 kg (medio) | Un lote |
| 32 USD/kg | Menos de 500 kg (pequeño) | Un lote |

Fuente: Anexos J y L de la oferta de Daesang⁽⁵⁴⁾.

(95) Durante la reunión del 5 de octubre de 1989 Takeda también declaró que «Europa es territorio Takeda»⁽⁵⁵⁾.

⁽⁴⁷⁾ Véase el anexo 5 de la declaración de 2001 de Cheil en las páginas 2616-2619 del expediente.

⁽⁴⁸⁾ Miwon Trading and Shipping Company, una filial de Miwon.

⁽⁴⁹⁾ Véanse las páginas 1963-1965 del expediente de la Comisión.

⁽⁵⁰⁾ Véase la página 1965 del expediente de la Comisión.

⁽⁵¹⁾ Véanse las páginas 2259 y 2270-2272 del expediente de la Comisión (página 3 y prueba 2 de la declaración suplementaria de Ajinomoto del 17 de diciembre de 2001).

⁽⁵²⁾ Véanse las páginas 2174, 1009-1015, 1016-1024 y 1025-1032 del expediente de la Comisión.

⁽⁵³⁾ Véase la página 1965 del expediente de la Comisión.

⁽⁵⁴⁾ Véase la declaración suplementaria de Ajinomoto del 17 de diciembre de 2001, en la página 4 o la página 2260 del expediente de la Comisión.

⁽⁵⁵⁾ Véase la página 1009 del expediente de la Comisión.

- (96) El anexo M a la declaración complementaria de Daesang⁽⁵⁶⁾ es un fax interno de Miwon relativo al seguimiento de la reunión del 5 de octubre de 1989 que declara que la posición básica de la sede (de Miwon) es intentar cooperar con las empresas japonesas. Además se declara que «Los productores japoneses han vendido (en 1989) a un precio mucho más bajo que el precio objetivo en el mercado europeo [...]». Por lo tanto es cuestionable si estas directrices de precios serán seguidas por las empresas japonesas para los contratos de 1990.
- (97) Estas directrices son confirmadas por un fax interno de Ajinomoto de 6 de octubre de 1989 que especifica que las directrices se entregaron a los productores coreanos. Sin embargo para los productores japoneses unas directrices separadas también se intercambiaron sobre directrices para 1990: 28 USD/kg (52,20 DEM/kg) para los usuarios grandes y 30 (55,80 DEM/kg) para los otros (grandes cuentas del mercado)⁽⁵⁷⁾.
- (98) Un fax interno de Ajinomoto del 19 de diciembre de 1989 informa sobre una reunión celebrada ese mismo día entre los productores japoneses relativa a los precios de los nucleótidos en Europa para 1990. Según el fax Takeda dijo que comenzaron negociaciones con [...] y [...] durante sus dos recientes viajes a Europa pero no se pusieron de acuerdo. Takeda hizo una oferta a [...] de 27,50 USD/kg pero lo revisó para rebajarla a 26 USD. Las negociaciones de Takeda con [...] aún estaban pendientes⁽⁵⁸⁾.
- (99) Como ya se ha dicho, las partes del cártel también se pusieron en contacto de vez en cuando bilateralmente. Los documentos contenidos en los anexos N y O de la declaración suplementaria de Daesang son buenos ejemplos de esto.
- (100) El anexo N⁽⁵⁹⁾ contiene un fax interno de Mitra a Miwon Japan de 22 de noviembre de 1989, que expresamente indica que Takeda había propuesto que si Miwon acordaba limitar sus ventas a [...] y [...] Takeda aceptaría una calidad de producto inferior de Miwon como parte de su acuerdo de compraventa.
- (101) El anexo O a la declaración suplementaria de Daesang⁽⁶⁰⁾ se refiere a un télex de 28 de noviembre de 1989 de Takeda, que Miwon recibió sólo algunos días más tarde, que enumera las condiciones de sus compras a Miwon en 1990 y también contiene la petición de Takeda a Miwon para ofrecer determinado precio a [...] y [...] y para confirmar posteriormente su acatamiento de esta petición.
- (102) Según Daesang ya no cooperaría en lo relativo a los precios aplicables a [...] y [...] en 1991 a menos que Takeda acordara comprarle por lo menos 20 toneladas de nucleótidos y no cooperaría por lo que se refiere a [...] a menos que Takeda comprara un total de 40 toneladas. Su fax del 10 de noviembre de 1990⁽⁶¹⁾ afirma que se discutió este asunto con [...], de Takeda, cuando visitó Mitra el 7 de noviembre de 1990. Se menciona que «Mitra acuerda cooperar completamente para aumentar el precio del mercado mundial». «Sin embargo, en el futuro, las exportaciones a Europa libremente con algunas cuentas de clientes, les gustaría cooperar, con respecto a 1991, solamente en lo tocante a [...] y [...]». «Además, actualmente [...] y otros clientes piden continuamente ofertas y, si es posible, la confirmación de contratos. Si continuamos siguiendo a Takeda y ofrecemos un precio más alto entonces es seguro que no podremos tener ningún contrato». Un fax interno de 19 de noviembre de 1990⁽⁶²⁾ se refiere al mismo problema. Los términos exactos de los acuerdos de compraventa fueron también el principal asunto discutido en una reunión entre Ajinomoto, el distribuidor de Takeda y Miwon en Tokio, el 1 de mayo de 1991⁽⁶³⁾.
- (103) Según la declaración de Kyowa⁽⁶⁴⁾, [...], de Takeda, le anunció sus precios para [...] y [...] en una reunión de enero de 1991, tras una llamada telefónica que hizo a su contacto en Kyowa, informando que Takeda quería aumentar estos precios hasta un nivel particular a partir de octubre de 1991.
- (104) Ajinomoto presentó un memorándum interno sobre la situación de la negociación de los precios de los nucleótidos de Takeda para 1992, redactado probablemente el 21 de noviembre de 1991. Según este memorándum Takeda informó a Ajinomoto sobre el contrato de 1992: «Takeda intentaba subir el precio en dos USD (a 28,50) pero la negociación era muy difícil porque el incremento sería muy significativo en moneda local debido al tipo de cambio». Además Takeda se quejaba de que [...] recibía ofertas más bajas de Ajinomoto (17,20 USD en vez de 17,70 de Takeda) y pidió a Ajinomoto ofrecer 18 USD durante 1992, lo que sería más que el precio de Takeda⁽⁶⁵⁾.

⁽⁵⁶⁾ Véanse las páginas 1033-1036 del expediente de la Comisión.

⁽⁵⁷⁾ Véase la página 2260 del expediente de la Comisión.

⁽⁵⁸⁾ Véase la declaración suplementaria de Ajinomoto del 17 de diciembre de 2001 en la página 4, o la página 2260 del expediente de la Comisión.

⁽⁵⁹⁾ Véanse las páginas 1037-1038 del expediente de la Comisión.

⁽⁶⁰⁾ Véanse las páginas 1039-1040 del expediente de la Comisión.

⁽⁶¹⁾ Véanse las páginas 1041-1044 del expediente de la Comisión.

⁽⁶²⁾ Véanse las páginas 1045-1050 del expediente de la Comisión.

⁽⁶³⁾ Véanse las páginas 1051-1054 del expediente de la Comisión.

⁽⁶⁴⁾ Véase la página 871 del expediente de la Comisión.

⁽⁶⁵⁾ Véase la prueba 7 adjunta a la declaración suplementaria de Ajinomoto de 17 de diciembre de 2001 o las páginas 2285-2287 del expediente de la Comisión; véase también la prueba 8. El primer precio (28,50 USD) se refiere a I&G, páginas 2288-2290 mientras que el segundo se refiere a IMP (17,20-18 USD).

- (105) A veces, para limitar el riesgo de detección, las reuniones entre competidores se restringían a algunas empresas, que entonces actuaban en nombre de otros competidores. Por ejemplo, Daesang afirma⁽⁶⁶⁾ que se organizó una reunión de dos días de alto nivel el 27-28 de abril de 1992 entre los presidentes de Daesang, Cheil y Ajinomoto, que actuaron igualmente en nombre de los otros productores japoneses porque, como Ajinomoto afirma, «parecería sospechoso que todos los productores japoneses fueran a un centro turístico coreano juntos».
- (106) Durante esta reunión se discutió la cooperación en nucleótidos. Daesang cree que Ajinomoto también asistió a la reunión en nombre de los otros productores japoneses incluyendo, entre otros, a Takeda⁽⁶⁷⁾.
- (107) Daesang afirma que los representantes de Miwon asistieron a una reunión en Corea el 30 de junio de 1992 con representantes de Takeda. No se da ninguna información, sin embargo, en cuanto al tema de la reunión⁽⁶⁸⁾.
- (108) Los precios objetivo para 1993 se discutieron en una reunión organizada en Tokio el 20 de agosto de 1992. Según la declaración de Daesang, el orden del día concernía la cooperación para fijar los precios del mercado internacional de nucleótidos, «contracompra» y restricciones en ventas al mercado [...]*. El objetivo final, según lo expresado por Takeda, era fijar un precio mundial, incluido el mercado japonés, y que los productores japoneses compraran una cantidad significativa de la producción de los productores coreanos. El precio objetivo mundial ([...]*) presentado en la reunión oscilaba entre 30 y 32 USD. Después de una interrupción de la reunión se alcanzó un acuerdo sobre el precio objetivo mundial. Según Daesang, «estaba claro que las empresas japonesas habían discutido todos los asuntos entre ellas antes de la reunión y que habían acordado una postura unificada»⁽⁶⁹⁾. En apoyo de su declaración Daesang ha proporcionado copia de una lista de precios objetivo elaborada por Takeda para la reunión y en la que para Europa los precios objetivo eran de 48 y 45 DEM/kg para los tres grandes clientes⁽⁷⁰⁾. Según Cheil, los productores japoneses pidieron durante esta reunión que los precios para Europa se ofrecieran solamente en monedas locales⁽⁷¹⁾.
- (109) El 28 de enero de 1993 los participantes se encontraron de nuevo en Tokio para revisar la ejecución del precio objetivo establecido el 20 de agosto 1992. Durante esta reunión las partes decidieron si el precio objetivo establecido en 1992 debía ajustarse y consideraron la forma de lograrlo. Daesang afirma que los dos productores coreanos consideraron demasiado difícil subir los precios y pidieron a sus contrapartes japonesas permiso para vender por debajo del precio objetivo, cosa que los productores japoneses rechazaron. Los japoneses aceptaron, entre otras cosas, que los coreanos pudieran vender en Europa a un precio inferior porque no estaban sujetos a ningún derecho debido al régimen comunitario de aranceles aduaneros preferenciales (SPG). Aunque las partes no alcanzaron al parecer un consenso sobre cómo lograr el precio objetivo, todas reafirmaron este precio⁽⁷²⁾.
- (110) Además se discutieron los precios regionales para verificar si las empresas respetaban el precio objetivo mundial acordado en la reunión de 20 de agosto 1992 y, específicamente, los precios en [...]*, [...]* y Europa. También hubo una discusión general sobre la cooperación en lo relativo a los tres grandes clientes europeos⁽⁷³⁾.
- (111) Ajinomoto, Takeda, Miwon y Cheil se encontraron de nuevo en Fukuoka (Japón) el 2 de marzo 1993. Durante esta reunión se hizo un ajuste de los precios objetivo para las diversas regiones para 1993. Además se aclararon los términos de los acuerdos de contracompra puesto que la cooperación no siempre funcionaba tan eficazmente como los productores japoneses habrían querido. Cheil declara que la tentativa que se hizo durante esta reunión para fijar el precio en la Comunidad falló porque los productores coreanos querían un precio distinto ya que se beneficiaban del SPG. Cheil concluye que «de hecho, fue la actitud de las empresas coreanas la que evitó que los acuerdos funcionaran más eficazmente»⁽⁷⁴⁾.
- (112) El acta de Daesang relativa a esta reunión⁽⁷⁵⁾ ofrecen sin embargo una versión más detallada de los acontecimientos. Según Daesang, la reunión fue dirigida inicialmente por el vicergerente de Ajinomoto, que amenazó con poner fin a los acuerdos de contracompra si las empresas coreanas continuaban poniendo trabas a su cooperación por lo que se refiere a los tres grandes clientes, manteniendo el precio mundial acordado y restringiendo sus ventas a Japón. Cheil y Daesang acordaron que había que mantener la práctica de contracompra y, por lo tanto, acordaron con los productores japoneses mejorar sus esfuerzos de cooperación. Daesang declara que acordó cooperar en lo que respecta a los tres grandes clientes pero quería que Ajinomoto y Takeda aumentaran la cantidad de nucleótidos que compraban a Daesang. Finalmente tuvo lugar una discusión sobre cómo podía ejecutarse, regularse y hacer cumplir la cooperación.

(66) Véanse las páginas 1970-1971 del expediente de la Comisión.

(67) Véanse las páginas 1061-1066 del expediente de la Comisión.

(68) Véanse las páginas 1067-1068 del expediente de la Comisión.

(69) Véanse las páginas 1069 y 1070-1071 del expediente; también páginas 392-393.

(70) Daesang explica que estas cifras están relacionadas con I+G. Un índice de conversión para precios para IMP y GMP se inserta por separado en la parte inferior de la misma tabla de precio objetivo.

(71) Véase la declaración de Cheil en la página 4, n° 2.

(72) Véanse las páginas 1072-1073 del expediente de la Comisión.

(73) Véanse las páginas 1072-1073 del expediente de la Comisión.

(74) Véase la declaración de Cheil en la página 5, n° 5.

(75) Véanse las páginas 395-396 del expediente de la Comisión.

- (113) Durante el resto de 1993 Miwon recibió varias visitas más de representantes de Takeda y Ajinomoto para discutir los mismos temas, es decir, la cooperación con respecto a los tres grandes clientes y los precios mundiales ⁽⁷⁶⁾.
- (114) Se organizaron otras reuniones en Seúl y Tokio y se mantuvieron contactos regulares por teléfono entre las partes (reuniones entre Takeda y Cheil el 7 y 26 de mayo y 30 de agosto de 1993; entre Ajinomoto, Takeda, Cheil y Miwon el 7 de julio de 1993). La mayoría de estos contactos se referían a la ejecución de los acuerdos de contracompra (es decir, precios y cantidades) o a denuncias de incumplimiento de los precios objetivo por uno de los participantes (coreanos).
- (115) También se discutieron los precios para clientes particulares: el 13 de septiembre de 1993, por ejemplo, Takeda llamó por teléfono a Cheil para informarle de los precios que se debían ofrecer a los tres grandes clientes europeos ([...]*, [...]* y [...]*). Además se discutió la relación entre los precios IMP, GMP e I&G (véase la declaración de Cheil).
- (116) El 25 de enero de 1994 se organizó una reunión entre Cheil y Takeda para discutir la continuación del contrato de contracompra y se acordó que la cantidad y el precio serían iguales a los de 1993. Según Cheil, Takeda se quejó de que Cheil no cumplía los acuerdos existentes para Europa, [...]* y [...]*. Por ejemplo, se dice que Takeda se quejó a Cheil porque [...]* había pedido a Takeda reducir su precio para IMP a 16,5 USD/kg después de que Cheil hubiera ofrecido este precio a [...]*.
- (117) Cheil afirma que el acta de esta reunión indica claramente que los productores japoneses desempeñaron el papel principal. Tras las discusiones entre Cheil y Takeda referentes a la «contracompra» por la industria japonesa, Takeda habría declarado que se tomaría a este respecto una decisión final en una reunión entre Ajinomoto y Takeda ⁽⁷⁷⁾.
- (118) El 25 de agosto de 1994 ⁽⁷⁸⁾, una reunión tuvo lugar en Tokio. Los documentos de la reunión de Cheil y Miwon muestran que en ella se discutieron los precios de mercado internacionales y los precios de venta de nucleótidos y las partes intercambiaron sus opiniones sobre los nuevos precios objetivo que debían ofrecerse. Los japoneses deseaban aumentar los precios internacionales. Según el informe de Cheil sobre esta reunión ⁽⁷⁹⁾ Takeda sugirió que las partes subieran el precio hasta 30 USD por kilo de una sola vez mientras que las otras sugirieron subirlos gradualmente en pasos de 1 o 2 USD. Cheil afirma que los japoneses se quejaron por el incumplimiento por parte de las empresas coreanas.
- (119) Finalmente las partes discutieron su cooperación con respecto a los tres grandes clientes europeos. En especial Ajinomoto pidió a Cheil y Daesang que se abstuvieran de vender a [...]*. Como conclusión de la reunión se acordó celebrar otra reunión en Seúl a mediados de septiembre de 1994 donde los asuntos principales serían los siguientes: «a) aumento de precios: fijar el precio objetivo en 30 USD/kg; b) Cheil y Miwon definirían su actitud con respecto a los 3 grandes (especialmente [...]*» ⁽⁸⁰⁾.
- (120) Anteriormente, el 7 y 8 de julio de 1994, hubo una reunión entre los productores japoneses y coreanos referente a la oferta de precios de 1995 para Europa. Según el acta de Cheil de esta reunión los productores japoneses insistieron energicamente en subir los precios en 1995 y se pidió a los productores coreanos que ofrecieran un precio más bajo que el de los japoneses en 2 USD/kg. El acta continúa con una nota interna con mensaje claro: «Por favor, intentar aumentar el precio basándose en la escasez de fabricantes coreanos y la apreciación del yen» ⁽⁸¹⁾.
- (121) Según Cheil se celebró otra reunión el 6 de octubre de 1994 entre Ajinomoto, Takeda y Cheil en el hotel Lotte de Seúl, durante la cual se discutió la cooperación coreana en Europa con respecto a los tres grandes clientes. Otros puntos del orden del día fueron la cooperación coreana en el mercado [...]* y un análisis del mercado [...]* (incluidas las ventas de Cheil a un cliente [...]*, que ya fue objeto de conflictos entre Cheil y los productores japoneses). Cheil afirma que no llegó a ningún compromiso durante esta reunión, utilizando la ausencia de Miwon como excusa ⁽⁸²⁾.
- (122) Un fax interno de Ajinomoto del 17 de octubre de 1994 informa sobre una conversación telefónica entre Miwon, Cheil y Ajinomoto que muestra que Ajinomoto pidió a Cheil que hiciera una oferta a [...]* Europe una semana antes que la oferta de Ajinomoto a la misma empresa. Cheil contestó que aceptaría si Miwon aceptara primero. En lo que respecta a la oferta de precios, Cheil dijo que daría instrucciones a sus empleados para ofrecer vender a 49,50 DEM/kg pero se negó a hacer una oferta de 50 DEM/kg. Miwon exigió que Ajinomoto le comprara una cantidad adicional de producto como condición para aceptar la petición de Ajinomoto de ofrecer a [...]* un precio alto.
- (123) Takeda y Miwon se reunieron en Seúl el 6 de febrero de 1995 ⁽⁸³⁾ para discutir los precios mundiales de los nucleótidos así como las condiciones de contracompra.

⁽⁷⁶⁾ Véase la página 1935 del expediente de la Comisión.

⁽⁷⁷⁾ Véase la página 306 del expediente de la Comisión.

⁽⁷⁸⁾ Daesang afirma que los productores japoneses celebraron una reunión previa el 24 de agosto de 1994 para preparar la reunión del 25 de agosto de 1994 con los dos productores coreanos (véase la página 5 de su declaración en la página 1935 del expediente).

⁽⁷⁹⁾ Véanse las páginas 392-393 del expediente.

⁽⁸⁰⁾ Véanse las páginas 397-404 del expediente.

⁽⁸¹⁾ Véase la declaración de Cheil en la página 6 y el anexo 5.

⁽⁸²⁾ Véase la página 307 del expediente.

⁽⁸³⁾ Véanse las páginas 1937 y 405-410.

- (124) El 16-17 de octubre de 1995 se celebró una reunión en la oficina central de Takeda en Tokio a la que asistieron Ajinomoto, Takeda, Cheil y Daesang. Según Daesang, durante la reunión se discutieron los mercados mundiales de nucleótidos y la situación relativa a los tres grandes. Se discutieron los precios en varios países y regiones (incluida Europa) para considerar si los precios objetivo habían sido alcanzados o debían ajustarse. Ajinomoto dictó los precios que los otros productores debían ofrecer a [...] y los otros productores aceptaron. Parece ser que Takeda hizo lo mismo con respecto a [...] y [...] y los otros, incluido Ajinomoto, estuvieron de acuerdo⁽⁸⁴⁾.
- (125) Antes de esta reunión otras reuniones tuvieron lugar entre las partes bilateralmente y entre los cuatro productores. Daesang afirma que entre abril y el 16 de octubre de 1995 asistió a unas tres o cuatro reuniones con Ajinomoto en la oficina central de MITRA en Seúl y a una o dos con Takeda en las mismas oficinas. Se celebraron dos o tres reuniones en una sala del hotel Lotte a que asistieron los cuatro productores. En cada una de estas reuniones las partes revisaron los precios en diversas regiones para ver si los precios objetivo acordados previamente se respetaban o debían mantenerse, bajarse o aumentarse. Parte de estos precios objetivo se incrementaron (es decir, se mantuvo el precio objetivo de [...] aunque se expresó en libras en vez de en kilos). Las partes también discutieron y acordaron el concepto de subir los precios de mercado en diversas regiones como base para subir el precio a los tres grandes clientes europeos⁽⁸⁵⁾.
- (126) Los participantes en el cártel se encontraron en Seúl en diciembre para revisar la cooperación de 1995. Según el informe de la reunión⁽⁸⁶⁾, Ajinomoto la presidió y dio las gracias a todos por su cooperación durante 1995 que supuso la aplicación efectiva de incrementos de los precios de los nucleótidos y pidió a todos que continuaran su cooperación en 1996 para aumentar aún más el precio de los nucleótidos. Parece ser que el Sr. C.H. Kim, de Daesang, dijo que él y los otros participantes «mostraron su acuerdo inclinando la cabeza o con palabras al efecto».
- (127) Según la declaración de Daesang⁽⁸⁷⁾ los cuatro productores (Takeda, Ajinomoto, Daesang y Cheil) se encontraron el 7 de marzo de 1996 en Seúl para fijar el precio objetivo de 1996 para ventas a los «tres grandes clientes». Ajinomoto propuso un precio objetivo internacional de 35 USD/kg. Por lo que se refiere al mercado europeo en general Takeda sugirió que se aplicara un nuevo precio en Europa para finales de agosto de 1996. Ajinomoto sugirió que este precio fuera de 51 DEM/kg. Takeda presentó a la Comisión una copia de su acta de esta reunión⁽⁸⁸⁾.
- (128) Según esta nota de reunión, hubo consenso entre los participantes sobre una mejora de los precios que debía conseguirse en 1996. Cada empresa confirmó que no cambiaría la cantidad de suministro y acordó que la mejora de precios sería prioritaria. Según el acta de la reunión los participantes discutieron la política de mejora de precios de 1996, con el plan de precios de 1997 para los tres grandes clientes europeos en mente. Se acordó que el precio objetivo para las tres empresas grandes fuera de 35 USD/kg (alrededor del 10 % más alto). Para lograr este precio los productores de nucleótidos prepararían un calendario de aumento de los precios generales para alcanzar el nivel de 35 USD/kg antes de septiembre u octubre [de 1996].
- (129) El 21 de mayo de 1996 Ajinomoto pidió y obtuvo una reunión con Miwon sobre los bajos precios de venta de Miwon en Europa. Con respecto a Europa, Ajinomoto informó a Miwon que estaba negociando el precio para el segundo semestre de 1996 con clientes europeos pero que un incremento de precios en Alemania y España sería muy difícil. Ajinomoto observó que en España el nivel de precios era de 44-45 DEM/kg pero que debería haber sido de 49 DEM/kg, basándose en el precio de 1995. Se acordó un precio objetivo europeo de 50 DEM/kg a partir de junio de 1996, a excepción de las ventas a los «tres grandes clientes»⁽⁸⁹⁾.
- (130) El mismo día Ajinomoto también se reunió con Cheil para discutir la puesta en práctica de los incrementos de precios acordados. Parece que Cheil declaró que tales incrementos no serían posibles en Europa antes de julio de 1996 Ajinomoto insistió en que los precios acordados se ejecutaran para finales de agosto de 1996⁽⁹⁰⁾.
- (131) Según la declaración suplementaria de Daesang⁽⁹¹⁾, las discusiones sobre los precios que debían cobrarse a los «tres grandes clientes» en 1997 empezaron durante una reunión celebrada el 3 de julio de 1996. Un nuevo precio objetivo europeo fue propuesto por Takeda y las otras partes hicieron observaciones respecto a esta propuesta durante la reunión.

⁽⁸⁴⁾ Véase la página 1075 del expediente de la Comisión.

⁽⁸⁵⁾ Véanse las páginas 1937-1939 y las páginas 405-423 del expediente.

⁽⁸⁶⁾ Véase la página 1076 del expediente.

⁽⁸⁷⁾ Véase la página 10 de su declaración o la página 1940 del expediente; véase también el anexo 12 a su declaración en las páginas 426-427 del expediente de la Comisión.

⁽⁸⁸⁾ Takeda correctamente observó en su respuesta al pliego de cargos que había confirmado que aunque la nota haga referencia al 17 de marzo de 1996, en vez de al 7 de marzo, se hace realmente referencia a la reunión celebrada el 7 de marzo (de hecho, la nota también declara las conclusiones sacadas en la reunión, aunque fue elaborada el 12 de marzo de 1996).

⁽⁸⁹⁾ Véase la página 1941 del expediente.

⁽⁹⁰⁾ Véase el anexo 5 adjunto a la declaración de Cheil, en las páginas 2610-2612 del expediente.

⁽⁹¹⁾ Véanse las páginas 12 y 13 de la declaración de Daesang en las páginas 1942-1943 del expediente.

- (132) Miwon y Takeda se encontraron de nuevo el 9 de julio de 1996 en Nueva Jersey, Estados Unidos, y discutieron el precio de mercado mundial de nucleótidos. Takeda pidió a Daesang su cooperación para establecer los precios⁽⁹²⁾.
- (133) En algún momento del verano de 1996 Ajinomoto, Takeda, Miwon y Cheil se encontraron de nuevo para discutir la situación de los mercados de nucleótidos, incluyendo a Europa, e intercambiar información sobre precios de venta⁽⁹³⁾.
- (134) En una reunión celebrada el 29 de agosto de 1996 en Seúl Takeda informó a los otros⁽⁹⁴⁾ del precio que tenía pensado ofrecer a [...] para 1997 y les pidió ofrecer un precio más alto (54 DEM/kg). Takeda también pidió al resto que le informaran en caso de que [...] les solicitara ofertas de precios. Takeda también sugirió diversas razones que podrían darse a los clientes para justificar un incremento de los precios⁽⁹⁵⁾.
- (135) Debe también considerarse que las reuniones bilaterales se utilizaron asimismo para influir en el resultado de las reuniones «generales» de los competidores. Por ejemplo, Ajinomoto y Miwon celebraron una reunión el 28 de agosto de 1996, un día antes del encuentro real de los competidores, durante la cual Ajinomoto abogó por un incremento de los precios para el cliente [...] para 1997. Según Daesang, Ajinomoto quiso asegurarse el apoyo de Miwon antes de que la reunión real entre competidores tuviera lugar⁽⁹⁶⁾.
- (136) Takeda afirma a este respecto que tras las investigaciones de Estados Unidos sobre la implicación de Ajinomoto en un cártel mundial de lisina, Ajinomoto evitó asistir a las reuniones a cuatro bandas con otros productores de nucleótidos (a partir de agosto de 1996) aunque continuó participando en los acuerdos sobre nucleótidos. En cambio continuó celebrando contactos bilaterales directos con Takeda, generalmente antes o después de esas reuniones. Según Takeda, Ajinomoto esperaba que Takeda utilizara la información dada por Ajinomoto como base para negociar con los productores coreanos⁽⁹⁷⁾. En respuesta al pliego de cargos Ajinomoto afirma que estas alegaciones son incorrectas y no están corroboradas por pruebas. La duración exacta de la participación de Ajinomoto en los acuerdos del cártel se aborda más detalladamente en «Duración».
- (137) Según Daesang, Takeda le informó de que todas las partes habían alcanzado un acuerdo sobre precios para los «tres grandes clientes» durante una partida de golf organizada entre representantes de Miwon y Takeda en Nueva Jersey el 10 de septiembre de 1996.
- (138) Según un informe presentado por Takeda, se celebró una reunión en marzo de 1997 entre Takeda, Cheil y Daesang y se alcanzó un acuerdo sobre un precios de 30 USD⁽⁹⁸⁾.
- (139) Los precios fijados para 1997 parecían ser difíciles de mantener. Se organizó una reunión en Seúl entre el 26 y el 28 de mayo de 1997. Según el acta de Takeda de esta reunión⁽⁹⁹⁾ se alcanzó un acuerdo para poner el precio de ultramar en USD 25/kg para 1997, «un nivel inferior al de 30 USD acordado en la reunión de marzo de 1997». El informe prosigue diciendo que «teniendo en cuenta la opinión de que son necesarias mejoras de precios antes de negociar los próximos contratos con las diversas empresas europeas principales, previstos para el otoño, intercambiamos puntos de vista con ambas empresas (Cheil y Daesang) sobre la gama de mejora de precios y sobre coordinación (calendarios)».
- (140) Finalmente acordaron un aumento hasta 29-31 USD/kg para el siguiente año y también se alcanzó un acuerdo para [...] uno de los clientes europeos. Según el acta de Takeda de esa reunión⁽¹⁰⁰⁾, el precio de contrato con [...] acordado durante 1997 era de 48 DEM/kg o 32 USD/kg y se intentaría un aumento de alrededor del 6 % (51 DEM/kg), pero Takeda reconoció que lograr tal aumento sería difícil.
- (141) Miwon fue visitado por Takeda en Amsterdam el 3 de junio de 1997. Los asuntos discutidos en esta reunión fueron el mercado de nucleótidos en Europa, las ventas a Miwon [...], [...] y [...] y el intercambio de información sobre precios en Europa y las posibilidades de aumentarlos. Se celebró una reunión similar entre Takeda y Cheil en Fráncfort el 9 de junio de 1997 donde también se intercambió información sobre precios en Europa y la posibilidad de incrementarlos⁽¹⁰¹⁾.
- (142) Takeda se encontró de nuevo con Miwon en Nueva Jersey, Estados Unidos, el 10 de julio y el 16 de septiembre de 1997 para discutir sobre mercado de nucleótidos en general⁽¹⁰²⁾.
- (143) Según la declaración de Takeda, su representante, [...], se encontró por primera vez con su nuevo contacto en Ajinomoto el 25 de julio de 1997. En esta reunión, que tuvo lugar en un restaurante de Tokio, discutieron la organización durante los últimos años del mercado de nucleótidos entre los fabricantes e intercambiaron opiniones de sus empresas en relación con la estrategia de precios. Ajinomoto, por otra parte, declara que durante esta y reuniones posteriores «no se discutieron precios objetivo relativos a clientes europeos».

⁽⁹²⁾ Véase la declaración de Daesang en la página 1943 del expediente.

⁽⁹³⁾ Véase la declaración de Daesang en la página 1944 del expediente.

⁽⁹⁴⁾ Cheil, Daesang y Ajinomoto.

⁽⁹⁵⁾ Véase la página 1945 del expediente de la Comisión.

⁽⁹⁶⁾ Véase la página 1944 del expediente de la Comisión.

⁽⁹⁷⁾ Véanse las páginas 2171-2172 del expediente de la Comisión.

⁽⁹⁸⁾ Véase la página 2146 del expediente de la Comisión.

⁽⁹⁹⁾ Véase la página 2146 del expediente de la Comisión.

⁽¹⁰⁰⁾ Véase la página 1946 del expediente de la Comisión.

⁽¹⁰¹⁾ Véanse las páginas 2217-2220 del expediente de la Comisión.

⁽¹⁰²⁾ Véase la declaración de Daesang en la página 1947 del expediente de la Comisión.

(144) La información proporcionada por Takeda sobre esta reunión, así como sobre la celebrada en septiembre de 1997, ofrece una visión un tanto diferente. El acta de Takeda sobre dicha reunión⁽¹⁰³⁾ menciona claramente que, entre otras cosas, Ajinomoto informó a Takeda de «que Ajinomoto había sugerido ya un aumento del 10 % en DEM (¿hasta alrededor de 51 DEM?) a sus distribuidores para el próximo año [...]». Takeda mencionó a Ajinomoto que «comprendía su aumento en DEM si se tenía en mente un cambio de los precios en USD pero que ello dependía de cómo esto se hacía pasar a las otras empresas, Takeda, Cheil y Miwon». Takeda también informó a Ajinomoto que decidiría sobre los precios para [...] y [...] basándose en el estudio del mercado europeo previsto para principios de octubre⁽¹⁰⁴⁾.

(145) Alrededor de un mes más tarde Takeda se reunió por separado con representantes de Cheil y Miwon en reuniones bilaterales celebradas el 27-29 de agosto de 1997. Según Takeda, el principal tema de las reuniones fueron los acuerdos de contracompra, pero es posible que las empresas también mencionaran las próximas negociaciones anuales de contratos con los tres grandes clientes. Daesang afirma que también se encontró con Takeda en los Estados Unidos el 10 de julio y el 16 de septiembre de 1997 y estudiaron el mercado de los nucleótidos en general⁽¹⁰⁵⁾.

(146) En septiembre de 1997, Takeda se encontró de nuevo con Ajinomoto. Según Takeda, Ajinomoto comunicó que pretendía un incremento de precios del 15 % para 1998 y un mínimo del 10 %⁽¹⁰⁶⁾. En un documento contemporáneo presentado por Takeda relacionado con esta reunión⁽¹⁰⁷⁾ se declara que «la oficina central de cada empresa parece haber decidido [sobre] el precio ofrecido por A[jinomoto], C[heil] y MW (Miwon/Daesang) [...] y sobre el precio ofrecido por T[akeda] a [...], [...] para las negociaciones de contratos durante el próximo año. Asumimos que en Europa los productos de C[heil] y MW (Miwon) obtendría un tratamiento SPG»⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰³⁾ Véase la página 2223 del expediente de la Comisión.

⁽¹⁰⁴⁾ En su respuesta al pliego de la Comisión de cargos, Ajinomoto impugna la descripción de Takeda de estos acontecimientos, según lo explicado más detalladamente en «Duración».

⁽¹⁰⁵⁾ Véanse las páginas 1947 y 1974 del expediente de la Comisión.

⁽¹⁰⁶⁾ Véase la página 2176 del expediente de la Comisión; Ajinomoto impugna esta descripción de acontecimientos, según lo explicado más detalladamente en relación con la duración de la participación de Ajinomoto en la infracción.

⁽¹⁰⁷⁾ Véase la página 2224 del expediente de la Comisión.

⁽¹⁰⁸⁾ La traducción proporcionada por Ajinomoto en su declaración del 29 de noviembre de 2002 dice: «Parece que la oficina central de cada empresa ha estudiado y decidido provisionalmente sobre el precio que debe proponerse en la negociación para el contrato de próximo año programado para octubre y noviembre por A, C, Mw con [...] y por T con [...] y [...] grupos. Suponiendo que el producto de C y MW continuará teniendo el próximo año estatuto SPG en Europa».

(147) Según Daesang, Miwon celebró una reunión con Takeda en Seúl en octubre de 1997 donde tuvo lugar una discusión general sobre la caída de precios para los nucleótidos en el mercado mundial⁽¹⁰⁹⁾.

(148) Cheil afirma que celebró reuniones con Takeda el 24 y el 26 de marzo de 1998 en Seúl y que en estas ocasiones⁽¹¹⁰⁾ se discutieron el mercado mundial de nucleótidos y la producción. Se ha identificado otra reunión entre Cheil y Takeda, el 2 de junio de 1998, y Cheil afirma que los asuntos discutidos fueron la disminución de precios de los nucleótidos y las ventas a bajo precio de Cheil en el mercado japonés.

(149) No se ha identificado ninguna otra reunión relacionada con el cártel.

PARTE II — EVALUACIÓN JURÍDICA

A. JURISDICCIÓN (APLICACIÓN DEL TRATADO Y DEL ACUERDO EEE)

1. RELACIÓN ENTRE EL TRATADO Y EL ACUERDO EEE

(150) Los susodichos acuerdos se aplicaron en la mayoría de los Estados miembros y en el EEE (Noruega y, antes de su adhesión a la Comunidad, Austria).

(151) El Acuerdo EEE, que contiene disposiciones sobre competencia análogas a las del Tratado, entró en vigor el 1 de enero de 1994. Por lo tanto la presente Decisión incluye la aplicación a partir de esa fecha de dichas normas (fundamentalmente el apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE) a los acuerdos en cuestión.

(152) En la medida en que los acuerdos afectaron a la competencia y al comercio entre Estados miembros, el artículo 81 del Tratado es aplicable. En la medida en que el funcionamiento del cártel tuvo un efecto en el comercio entre la Comunidad y los países de la AELC o entre los países de la AELC parte del EEE, el artículo 53 del acuerdo EEE es aplicable.

(153) Si un acuerdo o práctica afecta solamente al comercio entre Estados miembros, la Comisión es competente y aplica el apartado 1 del artículo 81 del Tratado. Si un acuerdo afecta solamente al comercio entre estados de la AELC y del EEE, entonces el Órgano de Vigilancia de la AELC es el único competente y aplica las reglas de competencia del EEE, en especial apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE⁽¹¹¹⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ Véase la declaración de Daesang en las páginas 1947-1948 del expediente de la Comisión.

⁽¹¹⁰⁾ Véase la página 309 del expediente de la Comisión.

⁽¹¹¹⁾ De conformidad con la letra b) del apartado del artículo 56 del Acuerdo EEE, y sin perjuicio de la competencia de la Comisión cuando el comercio entre Estados miembros se ve afectado, el Órgano de Vigilancia es también competente en caso de que el volumen de negocios de las empresas afectadas en el territorio de los Estados de la AELC sea igual o superior al 33 % de su volumen de negocios en el territorio del EEE.

(154) En este caso la Comisión es la autoridad competente para aplicar tanto el apartado 1 del artículo 81 del Tratado como el apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE sobre la base del artículo 56 de ese Acuerdo, puesto que el cártel tuvo un efecto apreciable en el comercio entre Estados miembros ⁽¹¹²⁾.

B. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 81 DEL TRATADO Y DEL ARTÍCULO 53 DEL ACUERDO EEE

1. APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 81 DEL TRATADO Y APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 53 DEL ACUERDO EEE

(155) El apartado 1 del artículo 81 del Tratado prohíbe como incompatibles con el mercado común todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común, y en especial los que consisten en fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales; limitar o controlar la producción, el mercado; repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento.

(156) El apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE (redactado siguiendo el modelo del apartado 1 del artículo 81 del Tratado) contiene una prohibición idéntica de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas pero sustituye las condiciones de efecto en el comercio entre Estados miembros con «entre las Partes contratantes» (es decir, la Comunidad y los entonces Estados individuales de la AELC). La referencia a impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado común se sustituye por «en el territorio cubierto por [...] el Acuerdo [EEE]».

2. ACUERDOS Y PRÁCTICAS CONCERTADAS

(157) El apartado 1 del artículo 81 del Tratado y el artículo 53 del Acuerdo EEE prohíben los acuerdos, decisiones de asociaciones y prácticas concertadas.

(158) Puede decirse que existe un acuerdo cuando las partes siguen un plan común que limita o puede limitar su comportamiento comercial individual determinando las líneas de su acción o inacción mutuas en el mercado. Esto no tiene que hacerse por escrito, no es necesaria ninguna formalidad y no se requiere ninguna sanción o medida contractual de aplicación. El hecho del acuerdo puede ser expreso o estar implícito en el comportamiento de las partes.

(159) En su sentencia en los asuntos conjuntos T-305/94 etc. *Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. y otros/Comisión (PVC II)* ⁽¹¹³⁾, el Tribunal de Primera Instancia declaró (en el apartado 715) que está bien establecido en la jurisprudencia que para que haya un acuerdo en el

sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado es suficiente que las empresas expresen su intención conjunta de comportarse en el mercado de cierta manera.

(160) Un «acuerdo» a efectos del apartado 1 del artículo 81 del Tratado no requiere la misma certeza que sería necesaria para la aplicación de un contrato comercial en la ley civil. Por otra parte, en el caso de un cártel complejo de larga duración, el término «acuerdo» puede aplicarse correctamente no sólo a cualquier plan general o a las condiciones expresamente acordadas sino también a la puesta en práctica de lo acordado sobre la base de los mismos mecanismos y en virtud del mismo propósito común.

(161) Como el Tribunal de Justicia (que mantiene la sentencia del Tribunal de Primera Instancia) señaló en el asunto C-49/92P, *Comisión/Anic Participazioni SpA* ⁽¹¹⁴⁾, en el apartado 81, se deduce de los términos del apartado 1 del artículo 81 del Tratado que ese acuerdo puede consistir no sólo en un acto aislado sino también en una serie de actos o en una conducta.

(162) Por ello un cártel complejo puede verse así correctamente como una única infracción continuada durante el tiempo en que existió. El acuerdo bien puede variar de vez en cuando o sus mecanismos ser adaptados o consolidados para tener en cuenta nuevas situaciones. La validez de esta evaluación no se ve afectada por la posibilidad de que uno o más elementos de una serie de acciones o de un curso continuo de conducta puedan individualmente y en sí mismos constituir una violación del apartado 1 del artículo 81 del Tratado.

(163) Aunque un cártel sea una empresa conjunta, cada participante en el acuerdo puede desempeñar su propio papel particular y uno o más pueden ejercer un papel dominante como cabecillas. Pueden darse conflictos y rivalidades internas, o hasta engaños, pero esto no impide que el acuerdo constituya un acuerdo o práctica concertada a efectos del apartado 1 del artículo 81 del Tratado cuando hay un solo objetivo común y continuado.

(164) El simple hecho de que cada participante en un cártel pueda desempeñar el papel que es apropiado a sus propias circunstancias específicas no excluye su responsabilidad en la infracción en conjunto, incluidos los actos cometidos por otros participantes que comparten el mismo fin ilegal y el mismo efecto anticompetitivo. Una empresa que participa en la empresa ilegal común mediante acciones que contribuyen a la realización del objetivo compartido es también responsable, durante todo el período de su adhesión al sistema común, de los actos de los otros participantes relacionados con la misma infracción. Esto ocurre cuando se establece que la empresa en cuestión era consciente del comportamiento ilegal de los otros participantes o podría haber previsto o haber sido razonablemente consciente de ello y estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia del Tribunal de Justicia en *Comisión/Anic*, apartado 83.)

⁽¹¹²⁾ Véase «Efecto sobre el comercio entre Estados miembros y entre partes contratantes del EEE».

⁽¹¹³⁾ Rec. 1999, p. II-931.

⁽¹¹⁴⁾ Rec. 1999, p. I-4125.

(165) El artículo 81 del Tratado⁽¹¹⁵⁾ hace una distinción entre el concepto de «práctica concertada» y «acuerdos entre empresas» o «decisiones de asociaciones de empresas» para incluir en la prohibición cualquier forma de coordinación entre empresas que, sin alcanzar la etapa de conclusión de un acuerdo propiamente dicho, supone, con conocimiento, una cooperación práctica entre ellas ante los riesgos de la competencia. Incluso si las partes ni siquiera hubieran suscrito explícitamente un plan común que defina su comportamiento en el mercado pero con conocimiento adoptan los dispositivos colusorios que facilitan la coordinación de su comportamiento comercial o se adhieren a los mismos, la conducta aún se considera contemplada por el apartado 1 del artículo 81 del Tratado como «práctica concertada»⁽¹¹⁶⁾.

(166) No es necesario, sin embargo, particularmente en el caso de una infracción compleja de larga duración, que la Comisión la caracterice exclusivamente como una u otra de estas formas de comportamiento ilegal⁽¹¹⁷⁾. Los conceptos de acuerdo y práctica concertada son fluidos y pueden coincidir. Efectivamente, puede ni siquiera ser realista hacer una distinción de este tipo, pues una infracción puede presentar simultáneamente las características de cada forma de conducta prohibida mientras que, consideradas de forma aislada, algunas de sus manifestaciones habrían podido describirse exactamente como de un tipo y no de otro. Sin embargo sería analíticamente artificial subdividir lo que es claramente un empeño común continuado que tiene el mismo objetivo en varias formas distintas de infracción. Un cártel puede por lo tanto ser al mismo tiempo un acuerdo y una práctica concertada. El artículo 81 no establece ninguna categoría específica para una infracción compleja del tipo que nos ocupa⁽¹¹⁸⁾.

⁽¹¹⁵⁾ La jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia analizado bajo este título en relación con la interpretación de los términos «acuerdos» y «prácticas concertadas» en el artículo 81 del Tratado expresa principios establecidos antes de la firma del acuerdo del EEE. Por lo tanto también se aplica a estos términos siempre que se utilicen en el artículo 53 del Tratado EEE. Las referencias al artículo 81 del Tratado por lo tanto también se aplican al artículo 53 del Acuerdo EEE.

⁽¹¹⁶⁾ Véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-7/89, Hércules/Comisión, Rec. 1991, p. II-1711, apartado 256. Véase también el asunto 48/69, Imperial Chemical Industries/Comisión, Rec. 1972, p. 619, apartado 64, asuntos conjuntos 40-48/73, etc., Suiker Unie y otros/Comisión, Rec. 1975, p. 1663.

⁽¹¹⁷⁾ Véase también la sentencia PVC II, donde se declara que no se puede esperar que en el contexto de una infracción compleja que implica a muchos productores que intentan durante varios años regular el mercado entre sí, la Comisión clasifique la infracción precisamente, para cada empresa y cada momento dado, pues en cualquier caso ambas formas de infracción están cubiertas por el artículo 81 del Tratado.

⁽¹¹⁸⁾ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-7/89, Hércules/Comisión, apartado 264.

3. INFRACCIÓN ÚNICA Y CONTINUADA

(167) En este caso los fabricantes de nucleótidos se adhieron, durante mucho tiempo, a un sistema común que fijó las líneas de su acción en el mercado y restringió su conducta comercial individual. Como tales los acuerdos presentan las características de un acuerdo en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado, aunque algunos elementos efectivos de la conducta ilícita podrían describirse como práctica concertada si fuera apropiado hacerlo así.

(168) Desde finales de 1988 a junio de 1998, hay numerosas pruebas de la existencia de esta colusión individual y continua en el mercado del EEE de nucleótidos entre Takeda⁽¹¹⁹⁾, Ajinomoto⁽¹²⁰⁾, Daesang⁽¹²¹⁾ y Cheil⁽¹²²⁾ que en conjunto representan prácticamente todo el mercado. Efectivamente, las partes se expresaron mutuamente su intención conjunta de comportarse en el mercado de cierta forma y se adhieron a un plan común para limitar su conducta comercial individual. El acuerdo para participar en este plan con objeto de restringir la competencia puede por lo tanto remontarse por lo menos a 1988. Esta colusión perseguía un solo objetivo económico anticompetitivo: impedir la competencia de precios mediante acuerdos sobre precios objetivo e incrementos de precios.

(169) Dada la concepción común y el objetivo común que los productores constantemente persiguieron de eliminar la competencia en el mercado de nucleótidos, la Comisión considera que la conducta en cuestión constituyó una única infracción continuada del apartado 1 del artículo 81 del Tratado en la que cada participante debe asumir su responsabilidad por la duración de su adherencia al sistema común. Estos acuerdos se describen detalladamente en la parte dispositiva de la presente Decisión. Esta descripción está apoyada por pruebas amplias y claras, sistemáticamente mencionadas en el texto.

4. RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA

(170) El conjunto de acuerdos en este caso tenía como objeto y efecto restringir la competencia en la Comunidad y el EEE.

⁽¹¹⁹⁾ Por lo que se refiere a Takeda, del 8 de noviembre de 1988 hasta el 2 de junio de 1998.

⁽¹²⁰⁾ Por lo que se refiere a Ajinomoto, del 8 de noviembre de 1988 hasta septiembre de 1997.

⁽¹²¹⁾ Por lo que se refiere a Daesang, del 19 de diciembre de 1988 hasta el 31 de diciembre de 1997.

⁽¹²²⁾ Por lo que se refiere a Cheil, a partir de finales de marzo de 1989 hasta el 2 de junio de 1998.

(171) El apartado 1 del artículo 81 del Tratado y el apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE expresamente mencionan como restrictivos de la competencia los acuerdos que consisten en:

«a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones, c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento».

Esta lista no es exhaustiva.

(172) En el conjunto de acuerdos considerados en este caso, los siguientes elementos pueden identificarse como infracciones del apartado 1 del artículo 81 del Tratado y del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE:

- asignación de clientes,
- asignación de mercados,
- acordar precios objetivo y precios mínimos,
- acordar incrementos concertados de precios,
- intercambiar información sobre cifras de ventas para supervisar la puesta en práctica de los precios objetivo,
- participar en reuniones regulares y otros contactos para acordar estas restricciones y ejecutarlas y modificarlas en caso de necesidad.

(173) Estas clases de acuerdos tienen como objeto restringir la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado y del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE. Al ser el precio el principal instrumento de la competencia, los diversos acuerdos y mecanismos colusorios adoptados por los productores estaban dirigidos, en definitiva, a inflar el precio en su beneficio y por encima del nivel que vendría determinado por las condiciones de libre competencia.

(174) Para concluir que el apartado 1 del artículo 81 del Tratado y el apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE son aplicables, no hay necesidad de considerar los efectos reales sobre la competencia de un acuerdo una vez que se haya establecido que los acuerdos tenían como objeto restringir la competencia ⁽¹²³⁾.

⁽¹²³⁾ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia en los asuntos conjuntos T-25/95, etc., Cimenteries CBR y otros/Comisión, Rec. 2000, p. II-491, apartado 3927. Véase también la sentencia en los asuntos T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94, European Night Services y otros/Comisión, Rec. 1998, p. II-3141, apartado 136, donde el Tribunal ha confirmado esto en relación específica con acuerdos de fijación de precios.

(175) Sin embargo el cártel también tuvo un efecto restrictivo en la competencia. De hecho, los acuerdos del cártel implicaron a los mayores productores mundiales de nucleótidos y se concibieron, dirigieron y fomentaron a alto nivel en cada empresa participante ⁽¹²⁴⁾. Los precios objetivo, los incrementos de precios y la asignación de clientes, que eran el objetivo primario del cártel, se acordaron, anunciaron a clientes y ejecutaron en el EEE.

(176) En sus respuestas al pliego de cargos, Cheil y Ajinomoto alegan que el impacto restrictivo en la competencia fue muy limitado. Ajinomoto sostiene además que la conclusión de la Comisión se basa en pruebas poco concluyentes y no puede demostrar suficientemente el impacto de los acuerdos en el mercado. El efecto restrictivo de los acuerdos se establece más detalladamente en los considerandos 224 a 238.

5. EFECTO SOBRE EL COMERCIO ENTRE ESTADOS MIEMBROS Y ENTRE PARTES CONTRATANTES DEL EEE

(177) El acuerdo continuado entre los productores tuvo un efecto apreciable sobre el comercio entre Estados miembros y entre partes contratantes del EEE.

(178) El apartado 1 del artículo 81 del Tratado está pensado para acuerdos que podrían dañar la consecución de un mercado único entre los Estados miembros, bien dividiendo los mercados nacionales o afectando a la estructura de la competencia en el mercado común. Del mismo modo, el apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE se dirige a acuerdos que socavan la realización de un Espacio Económico Europeo homogéneo.

(179) Según la jurisprudencia del Tribunal, «para que un acuerdo pueda afectar al comercio entre Estados miembros debe ser posible prever con suficiente grado de probabilidad sobre la base de factores objetivos de ley que puede tener una influencia, directa o indirecta, real o potencial, en el comercio entre Estados miembros» ⁽¹²⁵⁾. En cualquier caso, el apartado 1 del artículo 81 del Tratado «no requiere que los acuerdos mencionados realmente hayan afectado al comercio entre Estados miembros, requiere que se establezca que los acuerdos son capaces de tener ese efecto» ⁽¹²⁶⁾.

⁽¹²⁴⁾ Véase «Participantes».

⁽¹²⁵⁾ Sentencia en los asuntos conjuntos C-215/96 y C-216/96, Bagnasco y Banca Popolare di Novale y otros, Rec. 1999, p. I-135, apartados 47 y 48.

⁽¹²⁶⁾ Sentencia en el asunto C-306/96, Javico/Yves Saint Laurent, Rec. 1998, p. I-1983, apartados 16 y 17; véanse los asuntos conjuntos T-374/94, European Night Services y otros/Comisión, Rec. 1998, p. III-3141, apartado 136.

(180) Según lo demostrado en la sección «comercio entre Estados», el mercado de los nucleótidos se caracteriza por un volumen importante de comercio entre Estados miembros. Aunque ninguno de los productores de nucleótidos tenía ninguna capacidad de producción en elEEE durante el período pertinente, los nucleótidos se comercializaron prácticamente en todos los Estados delEEE, a través de filiales de ventas de su total propiedad o a través de distribuidores establecidos en solamente algunos de los Estados miembros. Hubo también un considerable volumen de comercio entre la Comunidad y el miembro de los países de la AELC delEEE. Noruega importa el 100 % de sus compras fundamentalmente de la Comunidad, y antes de la adhesión de Austria, Finlandia y Suecia, estos países importaban la totalidad de sus compras de nucleótidos.

(181) La aplicación del apartado 1 del artículo 81 del Tratado y del apartado 1 del artículo 53 del AcuerdoEEE a un cártel no se limita, sin embargo, a la parte de las ventas de los miembros que realmente implican la transferencia de mercancías de un Estado a otro. Tampoco es necesario, para que estas disposiciones se apliquen, mostrar que la conducta individual de cada participante, en comparación con el cártel en conjunto, afectó al comercio entre Estados miembros⁽¹²⁷⁾.

(182) En este caso los acuerdos del cártel cubrieron prácticamente todo el comercio mundial, incluidos la Comunidad y elEEE. La existencia de mecanismos de fijación de precios y asignación de clientes tuvo que resultar, o probablemente resultó, en el desvío automático de comportamientos comerciales del curso que de otro modo habrían seguido⁽¹²⁸⁾.

6. DISPOSICIONES DE LAS REGLAS DE COMPETENCIA APLICABLES A AUSTRIA, FINLANDIA, ISLANDIA, LIECHTENSTEIN, NORUEGA Y SUECIA

(183) El AcuerdoEEE entró en vigor el 1 de enero de 1994. Para el período previo a esa fecha, durante el cual el cártel actuó, la única disposición aplicable es el artículo 81 del Tratado; en la medida en que los acuerdos de cártel durante ese período restringieron la competencia en Austria, Finlandia, Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suecia (entonces Estados miembros de la AELC) no están cubiertos por esta disposición.

(184) En el período del 1 de enero al 31 de diciembre de 1994 las disposiciones del AcuerdoEEE se aplicaban a Austria, Finlandia, Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suecia; el cártel constituyó por ello una violación del apartado 1 del artículo 53 del AcuerdoEEE así como del apartado 1

del artículo 81 del Tratado, y la Comisión es competente para aplicar ambas disposiciones. La restricción de la competencia en esos seis Estados de la AELC durante ese período de un año está cubierta por el apartado 1 del artículo 53 del AcuerdoEEE.

(185) Tras la adhesión de Austria, Finlandia y Suecia a la Comunidad el 1 de enero de 1995, el apartado 1 del artículo 81 del Tratado fue aplicable al cártel en la medida en que afectaba a la competencia en esos mercados. El funcionamiento del cártel en Noruega, Islandia y Liechtenstein seguía violando el apartado 1 del artículo 53 del AcuerdoEEE.

(186) En la práctica se sigue de lo dicho anteriormente que en la medida en que el cártel funcionó en Austria, Finlandia, Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suecia, constituyó una violación de las normas de competencia delEEE y comunitarias a partir del 1 de enero de 1994.

C. DESTINATARIOS

1. PRINCIPIOS APLICABLES

(187) Para identificar los destinatarios de la presente Decisión es necesario determinar las personas jurídicas a las cuales la responsabilidad de la infracción debe imputarse.

(188) El sujeto de las normas de sobre competencia de la Comunidad y delEEE es la «empresa», un concepto que no es idéntico a la noción de personalidad jurídica de la empresa en la legislación nacional de sociedades o fiscal. El término «empresa» no se define en el Tratado aunque puede hacer referencia a cualquier entidad dedicada a una actividad comercial.

(189) Cuando se comprueba que se ha cometido una infracción del apartado 1 del artículo 81 del Tratado o del apartado 1 del artículo 53 del AcuerdoEEE durante un período dado de tiempo, es necesario identificar a la persona natural o jurídica responsable del funcionamiento de la empresa en el momento en que se cometió la infracción, de modo que pueda responder por ella.

(190) Un cambio en la forma jurídica o la identidad empresarial no descarga a una empresa de la responsabilidad por su comportamiento anticompetitivo. La responsabilidad por una multa puede pasar así al sucesor en caso de que la identidad empresarial que cometió la violación haya dejado de existir legalmente.

2. DESTINATARIOS DE LA DECISIÓN

(191) En el presente procedimiento no se plantea ningún problema con respecto al destinatario apropiado de la Decisión y se enviará a las personas jurídicas implicadas directamente en la infracción.

⁽¹²⁷⁾ Véase la sentencia en el asunto T-13/89, ICI/Comisión, Rec. 1992, p. II-1021, apartado 304.

⁽¹²⁸⁾ Sentencia de los casos conjuntos 209 a 215 y 218/78, van Landeweyck y otros/Comisión, Rec. 1980, p. 3125, apartado 170.

(192) En el caso de Miwon Corporation⁽¹²⁹⁾, que cambió su forma jurídica en noviembre de 1997, esta evaluación es conforme con la práctica normal de la Comisión y la jurisprudencia actual⁽¹³⁰⁾. La plena fusión de Miwon Corporation Limited con Sewon Co. Ltd para formar Daesang Corporation⁽¹³¹⁾ significa que la responsabilidad pasa a la nueva entidad. Hay una continuidad obvia entre Miwon y la nueva entidad en la cual se integró. Miwon dejó de existir legalmente y su personalidad jurídica así como todos sus activos y personal se transfirieron a Daesang Corporation.

D. DURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

(193) Aunque ciertas pruebas presentadas a la Comisión (véase el considerando 77) indican que los contactos iniciales entre los productores japoneses se remontan a 1986, la Comisión, a efectos del presente procedimiento, limitará su evaluación de las normas de competencia y la imposición de multas al período que comienza el 8 de noviembre de 1988, fecha de la primera reunión conocida entre los productores japoneses donde los precios para las siguientes negociaciones con los tres grandes clientes se discutieron y acordaron (véase el considerando 79). La fecha de inicio de la infracción tenida en cuenta por lo que se refiere a Takeda y Ajinomoto será por lo tanto el 8 de noviembre de 1988.

(194) En cuanto a Daesang, admite haber concluido un acuerdo de contracompra con Ajinomoto el 19 de diciembre de 1988, cuando se acordó verbalmente que la condición para este contrato era que Miwon no debía aumentar sus ventas a [...] y no obstruir la [...] cooperación de los productores con respecto a los precios mundiales⁽¹³²⁾. La Comisión por lo tanto tomará el 19 de diciembre de 1988 como fecha de inicio de la infracción por lo que se refiere a Daesang.

(195) Según un informe de un viaje de negocios⁽¹³³⁾, la primera reunión de los fabricantes de nucleótidos en que Cheil participó fue celebrada entre el 7 y el 23 de marzo de 1989. El mismo informe indica que los asistentes acordaron encontrarse de nuevo en Kyung Ju, Corea, el 7 de junio de 1989 (según Daesang, en esta reunión fue donde se fijaron los precios objetivo para 1989).

(196) Por lo que se refiere a las reuniones «P», un tercer informe de viaje de negocios del 3-10 de octubre de 1989⁽¹³⁴⁾ explica que el fin de la reunión era «discutir la forma de impedir la disminución de precios en el mercado mundial» y celebrar una «reunión preliminar con Takeda para discutir el suministro de nucleótidos a Takeda en 1990».

(197) La participación de Cheil en la infracción antes de 1991 también se confirma por el acta de una reunión celebrada el 5 de octubre de 1989 entre Ajinomoto, Takeda, Daesang y Cheil donde se discutieron los precios objetivo para 1990 y se revisó la puesta en práctica de los precios de 1989⁽¹³⁵⁾.

(198) Cheil confirma que esta reunión tuvo lugar aunque alegó primero que había encontrado pocas pruebas sobre el contenido de la misma⁽¹³⁶⁾.

(199) En su respuesta al pliego de cargos Cheil confirma, sin embargo, que ciertas reuniones entre competidores tuvieron lugar a partir de julio de 1988 y admite su participación en la infracción desde marzo de 1989, aunque añade que antes de 1992 la atención se centraba en mercados distintos del EEE y que, en todo caso, Cheil solamente desarrolló actividades menores en el mercado europeo entre 1989 y finales de 1991⁽¹³⁷⁾.

(200) Sobre la base de estas pruebas la Comisión considera que Cheil participó en la infracción desde marzo de 1989.

(201) Por supuesto debe considerarse que en la medida en que el cártel cubrió a Austria, Finlandia, Noruega y Suecia, esto no constituye una infracción del Acuerdo EEE antes del 1 de enero de 1994, cuando el Acuerdo entró en vigor.

(202) En su respuesta al pliego de cargos, Ajinomoto sostiene que cesó su participación en el cártel desde agosto de 1996 y en apoyo de tal aserción afirma que no solamente dejó de asistir a las reuniones de productores después de agosto sino que también puso fin a las contracompras a Daesang. Ajinomoto sostiene que las pruebas del propio expediente de la Comisión indican que su retirada de los acuerdos sobre nucleótidos fue completa, auténtica y permanente ya que no hay pruebas de que Ajinomoto asistiera a las reuniones de productores después de agosto de 1996 y los contactos con Takeda se limitaron a tentativas infructuosas por parte de éste de reimplicar a Ajinomoto en los acuerdos.

⁽¹²⁹⁾ Miwon Corporation Limited participó en la infracción a través de sus filiales Miwon Japón Inc. y Mitra (Miwon Trading & Shipping Company) así como directamente (véanse, por ejemplo, anexos T y U de la declaración suplementaria de Daesang).

⁽¹³⁰⁾ Asunto C-49/92 P, Comisión c. Anic Partecipazioni SpA, párrafo 145.

⁽¹³¹⁾ Véase «Productores».

⁽¹³²⁾ Véase la página 1962 y las páginas 986-989 del expediente de la Comisión.

⁽¹³³⁾ Véase el anexo 5 de la declaración de 2001 de Cheil, en la página 2617 del expediente de la Comisión.

⁽¹³⁴⁾ Véase el anexo 5 de la declaración de 2001 de Cheil, en la página 2618 del expediente de la Comisión.

⁽¹³⁵⁾ Véanse los anexos I, J, K, L y M de la declaración suplementaria de Daesang; véase también la declaración suplementaria de Daesang en la página 6 y la declaración de Takeda en la página 7.

⁽¹³⁶⁾ Véase el anexo 5 de la declaración de 2001 de Cheil, en la página 2618 del expediente.

⁽¹³⁷⁾ Véanse las páginas 5 y 6, último párrafo, de la declaración de 2001 de Cheil, y páginas 9 y 10 de su respuesta al pliego de cargos de la Comisión.

- (203) Takeda, por su parte, sostiene que la Comisión debería considerar la fecha de la última reunión conocida en que se acordaron los precios objetivo como el punto final de la infracción.
- (204) Daesang y Cheil no impugnan la duración de la infracción según lo establecido en la presente Decisión.
- (205) En cuanto a Ajinomoto, la Comisión coincide en que no hay suficientes pruebas para demostrar que participó en el acuerdo sobre precios objetivo para 1997. Sin embargo la Comisión no puede aceptar la alegación de Ajinomoto de que dejó de participar en la infracción después de la reunión de agosto de 1996.
- (206) De hecho, las pruebas contemporáneas presentadas por Takeda con respecto a las reuniones bilaterales celebradas con Ajinomoto demuestran claramente que ambas empresas discutieron el mercado de los nucleótidos y los precios durante estos contactos. En las notas relativas a la reunión de julio de 1997, por ejemplo, Takeda declara que Ajinomoto le dijo que viajarían a Europa en agosto y septiembre y sugerirían un incremento de precios del 10 % a sus distribuidores, por lo cual esperaban que los distribuidores protestaran enérgicamente. En la siguiente nota referente a la reunión de septiembre, Takeda declara, por ejemplo, que «[la política básica de Ajinomoto es del 15 % (mínimo 10 %). En agosto, en una reunión con las filiales de Europa, registraron una fuerte resistencia según lo esperado, pero decidieron que empezarían en 53 DEM y lograrían por lo menos 51 DEM (un 10 % más)»⁽¹³⁸⁾. La combinación de estas dos notas muestra claramente que Ajinomoto no sólo había indicado el incremento de precios que deseaba en Europa sino que también dio sus opiniones sobre el desarrollo de las discusiones y sobre futuros acontecimientos. Esto va claramente más allá de simples tentativas infructuosas de Takeda para reimplicar a Ajinomoto en los acuerdos⁽¹³⁹⁾.
- (207) La Comisión por lo tanto considera que Ajinomoto continuó participando en la infracción después de la reunión de agosto de 1996 al seguir encontrándose con Takeda para discutir los precios de los nucleótidos.
- (208) Incluso si Ajinomoto cesó sus contrataciones después de agosto de 1996 y no participó en ninguna reunión multilateral desde entonces, continuó participando en el sistema ilegal, contribuyendo activamente mediante el

intercambio de información sobre precios. Aunque la forma puede haber cambiado de participar en reuniones multilaterales a celebrar contactos bilaterales con Takeda, debe concluirse que Ajinomoto participó en la infracción hasta por lo menos la última reunión conocida en la que se discutieron los precios de los nucleótidos, la de septiembre de 1997 que celebró con Takeda.

- (209) Por lo que se refiere a las otras partes, dado que participaron en el acuerdo sobre los precios objetivo para 1997, la Comisión considera que la infracción duró hasta finales de 1997, excepto cuando se han identificado contactos ilícitos entre los participantes desde finales de 1997. En el caso de Takeda y Cheil, la última reunión conocida entre ellos para discutir los precios de los nucleótidos data de 2 de junio de 1998⁽¹⁴⁰⁾. Por lo tanto la Comisión considera que por lo que respecta a Takeda y Cheil la infracción duró hasta el 2 de junio de 1998.
- (210) La Comisión por lo tanto considera que la infracción duró hasta septiembre de 1997 en cuanto a Ajinomoto, finales de 1997 para Daesang y hasta el 2 de junio de 1998 para Cheil y Takeda.

E. CESE DE LA INFRACCIÓN

1. ARTÍCULO 3 DEL REGLAMENTO Nº 17

- (211) Si la Comisión comprueba que existe una infracción del apartado 1 del artículo 81 del Tratado o del artículo 53 del Acuerdo EEE podrá obligar a las empresas interesadas a poner fin a la infracción de conformidad con el artículo 3 del Reglamento nº 17.
- (212) En este caso la Comisión indicó en su pliego de cargos que los participantes hicieron considerables esfuerzos para ocultar sus actividades y aportaron información contradictoria relativa al período de la infracción. En su respuesta al pliego de cargos todas las empresas afirman que terminaron su participación antes que la Comisión abriera su investigación. Ajinomoto afirma que terminó su participación en agosto de 1996.
- (213) A pesar de estas observaciones y para evitar dudas, las empresas aún activas en el mercado de los nucleótidos y a las que se dirige la presente Decisión deben poner fin a la infracción, en caso de que no lo hubieran ya hecho, y abstenerse de cualquier acuerdo, práctica o decisión concertada que pueda tener el mismo o similar objeto o efecto.
- (214) La prohibición se aplica a todas las reuniones secretas y contactos multilaterales o bilaterales entre competidores con el fin de restringir la competencia entre ellas o permitirles concertar su comportamiento en el mercado, en especial la fijación de precios.

⁽¹³⁸⁾ La traducción proporcionada por Ajinomoto en su carta de 29 de noviembre de 2002 dice: «La política básica de la dirección de Ajinomoto sobre el precio en DEM es aumentar un 15 % (mínimo 10 %). Vista la fuerte oposición, como se esperaba, en la reunión con las filiales europeas en agosto, pero por ahora empezaremos en 53 DEM e intentaremos lograr un mínimo de 51 DEM (aumento del 10 %)».

⁽¹³⁹⁾ En su carta de 29 de noviembre de 2002 Ajinomoto confirma impugnar los hechos establecidos en las notas y las llamadas de Takeda sobre la cuestión del valor probatorio de ambas notas de Takeda y las señala como pruebas de la participación continua de Takeda en la infracción.

⁽¹⁴⁰⁾ Véase la página 309 del expediente de la Comisión.

2. APARTADO 2 DEL ARTÍCULO 15 DEL REGLAMENTO Nº 17

Naturaleza de la infracción

a) CONSIDERACIONES GENERALES

- (215) De conformidad con el apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17 la Comisión podrá, mediante decisión, imponer a las empresas multas por un importe de 1 000 a 1 millón EUR, pudiéndose elevar este límite máximo hasta el 10 % del volumen de negocios alcanzado durante el ejercicio económico precedente por cada empresa que hubiere tomado parte en la infracción cuando, deliberadamente o por negligencia, cometan una infracción a las disposiciones del apartado 1 del artículo 81 del Tratado o del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE.
- (216) Para determinar el importe de la multa la Comisión debe tener en cuenta todas las circunstancias pertinentes y particularmente la gravedad y duración de la infracción, que son los dos criterios mencionados explícitamente en el apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17.
- (217) El papel desempeñado por cada empresa participante en la infracción se evaluará de forma individual. En especial la Comisión reflejará en la multa cualquier circunstancia agravante o atenuante y aplicará, según el caso, la Comunicación.
- (218) Al evaluar la gravedad de la infracción la Comisión tendrá en cuenta su naturaleza, su impacto real en el mercado, cuando ello pueda medirse, y el tamaño del mercado pertinente. El papel desempeñado por cada empresa en la infracción se evaluará de forma individual.

b) IMPORTE DE LA MULTA

- (219) El cártel constituyó una infracción deliberada del apartado 1 del artículo 81 del Tratado y del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE ya que aún a sabiendas del carácter restrictivo de sus acciones y, por otra parte, de su ilegalidad, los principales productores de nucleótidos se unieron para crear un sistema secreto y continuo concebido para restringir la competencia.

1. *Importe básico*

- (220) El importe básico de la multa se determina según la gravedad y duración de la infracción.

Gravedad

- (221) En su evaluación de la gravedad de la infracción la Comisión tiene en cuenta su naturaleza, su impacto real en el mercado, cuando ello puede medirse, y el tamaño del mercado geográfico pertinente.

- (222) Se sigue de los hechos establecidos que esta infracción consistió en prácticas de reparto del mercado y fijación de precios, que son por su propia naturaleza la peor clase de violaciones del apartado 1 del artículo 81 del Tratado y del artículo 53 del Acuerdo EEE.
- (223) Los acuerdos de cártel implicaron a importantes operadores internacionales y se concibieron, dirigieron y fomentaron a altos niveles en cada empresa participante⁽¹⁴¹⁾. Por su naturaleza misma, la aplicación de un acuerdo de cártel del tipo descrito lleva a una distorsión importante de la competencia, que redundó en beneficio exclusivo de los productores participantes en el cártel y es perjudicial para los clientes y, en definitiva, para el público en general.
- (224) La Comisión por lo tanto considera que esta infracción constituye por su naturaleza una infracción muy grave del apartado 1 del artículo 81 del Tratado y del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE.
- (225) Ajinomoto sostiene que en este caso varios elementos muestran que no sólo la infracción tuvo un impacto limitado en el mercado sino también que no fue tan grave como sugiere la Comisión. Estos elementos incluyen el hecho de que el sector europeo de nucleótidos tiene un tamaño limitado, que la infracción no se ejecutó completamente, que los nucleótidos representan solamente una proporción muy pequeña del coste de los productos finales y que cualquier daño a los consumidores sería por ello limitado y porque la capacidad de maniobra de los compradores para cambiar de proveedor limitó cualquier posible daño a los clientes directos.

- (226) La Comisión debe rechazar estos argumentos. Está claro que los carteles que fijan los precios y se reparten los mercados comprometen por su propia naturaleza el funcionamiento apropiado del mercado único. Sería erróneo concluir sobre la base del pequeño tamaño del mercado que esta infracción no fue muy grave. Lo que importa es que el modelo competitivo normal que habría regido el mercado único de los nucleótidos fue reemplazado por un sistema de colusión relativo al precio del producto, el componente esencial de la competencia. Según lo demostrado en los considerandos, los acuerdos se ejecutaron realmente y tuvieron un impacto real en el mercado de nucleótidos del EEE⁽¹⁴²⁾. Como tal, la infracción del apartado 1 del artículo 81 del Tratado y del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE se considera muy grave. La Comisión considera el argumento sobre el limitado tamaño del mercado en los considerandos 241 y 242.

⁽¹⁴¹⁾ Véanse los considerandos 57 y siguientes.

⁽¹⁴²⁾ Los elementos que quedan aducidos por Ajinomoto también se tratan bajo el título «Impacto en el mercado».

Impacto real de la infracción en el mercado de nucleótidos en el EEE

- (227) La infracción fue cometida por empresas que, durante el período considerado, suponían la mayor parte de los mercados mundial y europeo de nucleótidos. Por otra parte, los acuerdos estuvieron dirigidos específicamente a subir los precios por encima de lo que de otro modo lo habrían hecho y a restringir las cantidades vendidas. Dado que estos acuerdos se ejecutaron, tuvieron un impacto material en el mercado.
- (228) No hay necesidad de cuantificar detalladamente en qué medida los precios difirieron de las que podrían haber sido aplicados sin estos acuerdos. Esto no puede medirse siempre de manera fiable puesto que varios factores exteriores pueden haber afectado simultáneamente las tendencias de precios del producto, haciendo así sumamente difícil sacar conclusiones sobre la importancia relativa de todos los posibles efectos causales.
- (229) Los acuerdos de cártel fueron ejecutados. Durante la duración del cártel las partes intercambiaron información sobre sus precios de venta y volúmenes y, basándose en estas cifras, acordaron precios objetivo (véanse, por ejemplo, los considerandos 80, 89, 91, 92 a 94, 97 y 98, 104, 108 a 111, 115 y 116, 118 a 131, 133, 135, 138 a 141). Según lo demostrado en la parte expositiva de la presente Decisión, los precios objetivo y los aumentos de precios se acordaron, anunciaron a los clientes y ejecutaron en el EEE (véanse, por ejemplo, los considerandos 86, 104, 118 a 120, 122, 124, 126, 128, 134, 139 a 141, 144). Las partes supervisaron la aplicación de sus acuerdos organizando reuniones multilaterales y bilaterales regulares entre ellas. En estas reuniones intercambiaron sus cifras de ventas, discutieron los precios de mercado (permitiéndoles así supervisar si se respetaban los precios objetivo acordados) y, en caso necesario, acordaron ajustar los precios objetivo (véanse, por ejemplo, los considerandos 92, 109, 111, 124, 128 a 130).
- (230) Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente y el esfuerzo invertido por cada participante en la organización compleja del cártel, no cabe duda de que el acuerdo anticompetitivo se aplicó durante el período material de la infracción. Tal puesta en práctica continua durante nueve años tuvo que tener un impacto en el mercado.
- (231) Ajinomoto sostiene que la Comisión se basa en pruebas poco concluyentes para demostrar que la infracción tuvo un impacto significativo en el mercado. Según Ajinomoto, el impacto fue limitado, afirmando que no solamente resultó muy difícil alcanzar acuerdos sobre precios objetivo sino que incluso cuando se alcanzaron los acuerdos, nunca se cumplieron completamente debido a que su incumplimiento era frecuente y no existía ningún sistema de supervisión y castigo. Por lo tanto, según Ajinomoto, no se ejecutó completamente la infracción.
- (232) Además Ajinomoto afirma que los costes de los nucleótidos suponen por término medio menos del 0,1 % del precio del producto final y la capacidad de hacer jugar la competencia entre proveedores limitó el daño a los consumidores directos. Finalmente, Ajinomoto sostiene que un análisis de las condiciones económicas durante el período considerado confirma que la evolución de los precios fue coherente con el comportamiento competitivo. En apoyo de esto Ajinomoto ha presentado un informe elaborado por RBB Economics que declara que no hay ninguna base para concluir que los precios en el período 1988-1997 fueron inusualmente estables o que la caída de los precios a finales de 1998 y principios de 1999 reflejó el fin de la infracción. Según el informe, no está claro que cualquier acuerdo de asignación de clientes entre los fabricantes de nucleótidos fuera eficaz y, en segundo lugar, la caída de los precios a finales de 1998 y principios de 1999 es el resultado de cambios importantes en factores del mercado exterior que fundamentalmente cambiaron las condiciones de los precios en Europa y no del fin del cártel: un aumento sustancial de la capacidad por la apertura de la planta de Cheil en Indonesia combinado con un estancamiento de la demanda desde 1997, condujo a un gran exceso de capacidad. La devaluación de las monedas coreana e indonesia creó una presión adicional sobre los precios europeos. En un suplemento a su respuesta al pliego de cargos Ajinomoto afirma que los cálculos medios de los datos de capacidad proporcionados a la Comisión por las empresas (y accesibles) confirman que la evolución de los precios durante el período pertinente fue coherente con las condiciones competitivas y que la infracción tuvo un impacto limitado en el mercado.
- (233) En su respuesta al pliego de cargos Cheil saca las mismas conclusiones, poniendo de relieve que fue su decisión de aumentar la capacidad la que hizo que los precios cayeran perceptiblemente a finales de 1998 y principios de 1990. Cheil también sostiene que el pequeño tamaño del mercado significa que el impacto económico real de la conducta ilegal es menor, lo que justifica establecer el importe básico de la multa a un nivel más bajo. Además Cheil, apoyado por Daesang⁽¹⁴³⁾, sostiene que la Comisión debería tener en cuenta al determinar la gravedad de la infracción el hecho de que el impacto en los consumidores es insignificante así como que los coreanos fueron obligados a participar en un sistema preexistente.
- (234) Del mismo modo Takeda afirma que incluso el impacto potencial máximo en los consumidores finales es muy limitado teniendo en cuenta el pequeño tamaño del mercado europeo, el hecho de que los nucleótidos son comprados por los grandes fabricantes de alimentos y no por el consumidor final, y el pequeño factor de coste que suponen en el producto final. Takeda se reserva sus derechos en cuanto al hecho de que la Comisión no ha intentado cuantificar precisamente el aumento de precios causado por la infracción sobre el nivel que se habría obtenido sin ella.

⁽¹⁴³⁾ Véase tanto la respuesta de Daesang de 20 de septiembre de 2002 como el resumen enviado mediante carta de 27 de noviembre de 2002.

(235) Ninguno de los argumentos utilizados por las partes para minimizar la conclusión de la Comisión en el sentido de que el cártel tuvo un efecto real en el mercado es concluyente. Las explicaciones referentes a la estabilidad de precios entre 1988-1997 y la caída a finales de 1998 y principios de 1999 pueden tener cierta validez (en especial en lo relativo al aumento de capacidad causado por la apertura de la nueva planta de Cheil en Indonesia hacia el fin del cártel), pero no demuestran de manera convincente que la aplicación del acuerdo de cártel no desempeñó un papel en la determinación y la fluctuación de los precios en el mercado de nucleótidos. Dado que las partes habían reemplazado la situación incierta de libre competencia por una colusión continua, los precios se establecieron necesariamente a un nivel diferente al que habría prevalecido en un mercado competitivo.

(236) El hecho, resaltado por Ajinomoto y Cheil, de que hacia el fin del cártel la capacidad de producción aumentó perceptiblemente en un momento en que la demanda disminuía, lo que condujo a un descenso de precios (y a una reducción de los índices de utilización de la capacidad de los productores respectivos), ciertamente ilustra las dificultades encontradas por las partes hacia el fin del cártel para influir en los precios en una situación del mercado difícil y quizás incluso las razones del hundimiento del propio cártel. Sin embargo no demuestra que la práctica ilegal no tuviera ningún efecto en el mercado durante los nueve años de existencia del cártel, ni que los precios no se mantuvieron por encima de un nivel competitivo.

(237) Al contrario, al examinar los esfuerzos combinados de los miembros del cártel (véanse los considerandos 75 a 149), puede concluirse razonablemente que durante toda la existencia del cártel sus miembros consiguieron mantener los precios a un nivel superior al que habrían alcanzado sin los acuerdos ilícitos.

(238) Incluso si no se lograran enteramente los resultados buscados por los participantes en el cártel, ello no probaría que no afectó al mercado. Por otra parte, es inconcebible, dados los riesgos derivados, que las partes acordaran en varias ocasiones reunirse en distintos lugares del mundo para fijar precios objetivo durante el período de infracción, si hubieran percibido que el cártel no tenía ningún impacto o sólo un pequeño impacto en el mercado de nucleótidos. A este respecto podemos citar como ejemplo las felicitaciones específicas expresadas por Ajinomoto a todos los miembros del cártel durante una de las reuniones por la acertada ejecución de los precios objetivo de 1995 [véase el considerando 126 o el anexo Z de la declaración suplementaria de Daesang ⁽¹⁴⁴⁾].

(239) En sus respuestas al pliego de cargos, Ajinomoto, Cheil y Daesang también han sostenido que las propias pruebas de la Comisión muestran que a menudo no respetaron los acuerdos y actuaron de forma autónoma en el mercado. Este argumento no puede, sin embargo, admitirse. No solamente la Comisión tiene muchas pruebas que muestran que Ajinomoto, Daesang y Cheil realmente continuaron participando en la infracción durante toda la duración de la misma (hecho no impugnado por las partes, a excepción de Ajinomoto con respecto a su participación posterior a agosto de 1996), sino que el hecho de que cualquier parte pueda haber tenido «agendas ocultas» que les llevaron a incumplir hasta cierto punto los compromisos con respecto a los otros participantes no implica que no ejecutaran el acuerdo. Como el Tribunal de Primera Instancia sentenció en el asunto Cascades/Comisión, «una empresa que a pesar de la colusión con sus competidores sigue una política más o menos independiente en el mercado quizás intente simplemente aprovechar el cártel en su propio beneficio» ⁽¹⁴⁵⁾.

Tamaño del mercado geográfico pertinente

(240) El cártel cubrió el conjunto del mercado común y, tras su creación, el conjunto del EEE. Todo el mercado común y el EEE estuvieron bajo la influencia de la colusión. Para determinar la gravedad, la Comisión por lo tanto considera que la totalidad de la Comunidad y, tras su creación, del EEE se vieron afectados por el cártel.

Conclusión de la Comisión sobre la gravedad de la infracción

(241) Teniendo en cuenta de la naturaleza del comportamiento examinado, su impacto real en el mercado de los nucleótidos y el hecho de que cubrió al conjunto del mercado común y, tras su creación, del EEE, la Comisión considera que las empresas afectadas por la presente Decisión cometieron una infracción muy grave del apartado 1 del artículo 81 del Tratado y del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE.

(242) Una distinción clara debe hacerse entre la cuestión del tamaño del mercado de producto y la del impacto real de la infracción en este mercado. Habitualmente la Comisión no considera que el tamaño del mercado de producto sea un factor pertinente para evaluar la gravedad.

(243) Sin embargo, sin perjuicio de la naturaleza muy grave de la infracción, la Comisión en este caso tomará en consideración el tamaño limitado del mercado de producto.

⁽¹⁴⁴⁾ Véase la página 1076 del expediente de la Comisión.

⁽¹⁴⁵⁾ Asunto T-308/94, Cascades/Comisión, Rec. 1998, p. II-925, apartado 230.

Clasificación de los participantes en el cártel

- (244) En la categoría de infracciones muy graves la escala propuesta de multas permite aplicar un trato diferenciado a las empresas para tener en cuenta la capacidad económica efectiva de los infractores de causar un daño significativo a la competencia e imponer la multa a un nivel que garantice que tiene un efecto disuasorio suficiente. Esto parece particularmente necesario cuando, como en el presente caso, existe una considerable disparidad en la cuota de mercado de las empresas que participan en la infracción.
- (245) En las circunstancias de este caso, que implica a varias empresas, será necesario, al imponer el importe básico de las multas, tener en cuenta el peso específico, y por lo tanto el impacto real en la competencia de la conducta ilícita de cada empresa.
- (246) Con este fin las empresas concernidas pueden ser divididas en diversas categorías según su importancia relativa en el mercado afectado, ajustada en su caso para tener en cuenta otros factores, como la necesidad de asegurar una disuasión efectiva.
- (247) Como base para comparar la importancia relativa de las empresas en el mercado afectado la Comisión considera apropiado en este caso considerar sus cuotas respectivas del mercado mundial para el producto. Dado el carácter mundial del mercado, estas cifras ofrecen el marco más conveniente de la capacidad de las empresas participantes para causar un daño significativo a otros operadores del mercado común y del EEE. Por otra parte, la cuota de mercado mundial de cualquier parte del cártel también ofrece una indicación de su contribución a la eficacia del cártel en conjunto o, contrariamente, de la inestabilidad que habría afectado al cártel si no hubiera participado. La comparación se basa en las cuotas del mercado mundial para el producto en el último año natural completo de la infracción (1997).
- (248) Ajinomoto fue en todo momento el mayor productor de nucleótidos en el mercado geográfico pertinente. En 1997 su cuota calculada del mercado mundial se situaba entre el 40 y el 50 %.
- (249) Takeda, Cheil y Daesang eran empresas más pequeñas en el mercado mundial. En 1997 su cuota calculada respectiva se situaba entre el 10 y el 20 %, más de dos veces inferior a la de Ajinomoto, la mayor empresa.
- (250) Ajinomoto por lo tanto constituirá una primera categoría y Takeda, Cheil y Daesang constituirán una segunda categoría.
- (251) Sobre esta base los importes básicos de las multas determinadas para la gravedad son las siguientes:
- Ajinomoto: 6 millones EUR,
 - Takeda, Daesang y Cheil: 2,4 millones EUR.

Disuasión suficiente

- (252) Para garantizar que la multa tiene un suficiente efecto disuasivo y tener en cuenta el hecho de que las grandes empresas tienen conocimientos jurídicos y económicos e infraestructuras que les permiten reconocer más fácilmente que su conducta constituye una infracción y ser conscientes de las consecuencias derivadas en virtud de la normativa sobre competencia, la Comisión determinará además si son necesarios otros ajustes del importe básico para cualquier empresa.
- (253) Con volúmenes de negocios a nivel mundial de 8 700 y 9 200 millones EUR en el 2001, Ajinomoto y Takeda son empresas mucho más grandes que Daesang (volumen de negocios mundial de 1 400 millones) y Cheil (1 900 millones). A este respecto la Comisión considera que el punto de partida apropiado para las multas según el criterio de la importancia relativa en el mercado afectado requiere un ajuste al alza para tener en cuenta el tamaño y los recursos de Ajinomoto y Takeda.
- (254) Por ello la Comisión considera que la necesidad de disuasión requiere que el punto de partida para las multas citadas en el considerando 251 se incremente en un 100 %, llegando así a 12 millones EUR por lo que se refiere a Ajinomoto y en un 100 %, hasta 4,8 millones EUR, para Takeda.

Duración de la infracción

- (255) La Comisión considera que Daesang infringió el apartado 1 del artículo 81 del Tratado desde el 19 de diciembre de 1988 hasta finales de 1997 y el apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE desde el 1 de enero de 1994 hasta finales de 1997.
- (256) La Comisión considera que Cheil infringió el apartado 1 del artículo 81 del Tratado desde marzo de 1989 hasta el 2 de junio de 1998 y el apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE desde el 1 de enero de 1994 hasta el 2 de junio de 1998.
- (257) Takeda afirmó que la Comisión debería tomar la fecha de la última reunión conocida del cártel como fecha final de la infracción. Según lo demostrado en «Duración», las pruebas del expediente muestran que el 2 de junio de 1998 se celebró, de hecho, el último contacto ilícito conocido entre Takeda y un miembro del cártel. Por lo tanto la Comisión considera que Takeda infringió el apartado 1 del artículo 81 del Tratado desde el 8 de noviembre de 1988 hasta el 2 de junio de 1998 y el apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE desde el 1 de enero de 1994 hasta el 2 de junio de 1998.

(258) Finalmente Ajinomoto impugna la duración de la infracción, admitiendo solamente su participación hasta agosto de 1996. La duración de la participación de Ajinomoto en el cártel se explica en los considerandos 202 a 210. La Comisión considera que Ajinomoto infringió el apartado 1 del artículo 81 del Tratado desde el 8 de noviembre de 1988 hasta por lo menos septiembre de 1997 y el apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE desde el 1 de enero de 1994 hasta por lo menos septiembre de 1997.

(259) La Comisión por lo tanto concluye que Takeda, Ajinomoto, Daesang y Cheil cometieron una infracción durante, respectivamente, nueve años y seis meses (Takeda), ocho años y nueve meses (Ajinomoto), nueve años (Daesang) y nueve años y dos meses (Cheil), lo que corresponde a una duración larga (más de cinco años). Los importes iniciales de las multas determinadas para la gravedad (véanse los considerandos 251 y 254) se incrementan por lo tanto en un 10 % anual y en un 5 % por seis meses, es decir, un 95 % para Takeda, un 90 % Cheil y Daesang y un 85 % para Ajinomoto.

(260) Cheil afirma sin embargo en su respuesta al pliego de cargos que aunque las directrices sobre el método de imposición de multas de conformidad con el apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17 y con el apartado 5 del artículo 65 del Tratado CECA⁽¹⁴⁶⁾ indiquen que una infracción de «larga duración» puede merecer un aumento del 10 % anual, esto no significa que cada infracción deba estar sujeta a tal incremento. En especial Cheil afirma que la Comisión debería considerar la aplicación de un aumento inferior al 10 % anual para el período de marzo de 1989 a principios de 1992 habida cuenta de su pequeña participación en la infracción durante ese período (y al limitado impacto resultante en el mercado). Del mismo modo Cheil afirma que en lo que respecta a los acontecimientos de posteriores a 1996 tal planteamiento también estaría justificado teniendo en cuenta que la intensidad de estos acontecimientos era mucho más baja y su decisión, en 1996, de aumentar la capacidad (efectiva hacia finales de los años noventa).

(261) La Comisión rechaza este argumento. La participación del Cheil en la infracción durante toda la duración de la misma se ha establecido en la parte dispositiva de la presente Decisión, y también que la infracción tuvo un impacto en el mercado del EEE. El simple hecho de que un participante en un cártel pueda desempeñar el papel que es apropiado a sus propias circunstancias específicas no excluye su responsabilidad de la infracción en conjunto. Una empresa que participa en la actividad ilegal común mediante acciones que contribuyen a realizar el objetivo compartido es igualmente responsable, durante todo el período de su adherencia al sistema común, de los actos de los otros participantes con miras al mismo objetivo⁽¹⁴⁷⁾. La Comisión por lo tanto considera que Cheil participó en la infracción de la misma manera durante toda la duración de la misma.

⁽¹⁴⁶⁾ DO C 9 de 14.1.1998, p. 3.

⁽¹⁴⁷⁾ Sentencia del Tribunal de Justicia en Comisión/Anic, apartado 83.

Conclusión sobre el importe básico

(262) Los importes básicos de las multas serán por lo tanto los siguientes:

- Takeda: 9 360 000 EUR,
- Ajinomoto: 22 200 000 EUR,
- Daesang: 4 560 000 EUR,
- Cheil: 4 560 000 EUR.

2. Circunstancias agravantes

(263) La Comisión no ha identificado ninguna circunstancia agravante que deba tenerse en cuenta en la presente Decisión.

3. Circunstancias atenuantes

Papel exclusivamente pasivo en la infracción

(264) Cheil y Daesang declaran en su respuesta⁽¹⁴⁸⁾ que jugaron siempre un papel pasivo o seguidista en la infracción y se vieron involucrados en un cártel preexistente que era dirigido por Takeda y, en menor medida, por Ajinomoto, que deseaban proteger sus propios mercados y limitar la competencia mediante contracompras. Ajinomoto declara a este respecto que desempeñó un papel subordinado a Takeda, que debe ser considerado como el líder real del cártel. Por otra parte, los productores coreanos sostienen que son mucho más pequeños que los japoneses, lo que también demuestra el impacto limitado de su comportamiento en el mercado.

(265) La capacidad económica efectiva de las empresas de influir en el mercado del EEE sobre la base de su tamaño económico se ha tenido en cuenta al calcular el importe básico de la multa (véanse los considerandos 244 a 251).

(266) Incluso si sobre la base de estas declaraciones pudieran existir ciertos elementos que indicaran que las empresas japonesas pusieron en pie el cártel y tomaron la iniciativa de organizar ciertas reuniones, la Comisión no tiene ninguna razón para considerar que cualquiera de los productores coreanos desempeñaron un papel puramente pasivo o seguidista en la infracción. Ambas empresas participaron en la gran mayoría de las reuniones probadas y directa y activamente en la infracción e intercambiaron información sobre ventas. No pueden por lo tanto alegar haber desempeñado un papel puramente pasivo⁽¹⁴⁹⁾.

⁽¹⁴⁸⁾ Véase también la declaración de Daesang de 27 de noviembre de 2002.

⁽¹⁴⁹⁾ Véase, por ejemplo, el párrafo 365 de la Decisión 2001/418/CE de la Comisión sobre aminoácidos, asunto COMP/36.545/F3 (DO L 152 de 7.6.2001, p. 24).

(267) Por ejemplo, el propio informe de Daesang sobre la reunión que tuvo lugar en diciembre de 1995 para examinar la cooperación durante 1995⁽¹⁵⁰⁾ muestra claramente que todas las partes cooperaron en la ejecución de los incrementos de precios de 1995 y que todas ellas acordaron continuar la cooperación en 1996. Según lo mostrado por los hechos, Cheil y Daesang también hicieron propuestas sobre los precios objetivo y celebraron reuniones entre sí para preparar una posición común para las reuniones de productores.

(268) Teniendo en cuenta la totalidad de las pruebas del caso, según lo descrito en la parte expositiva de la presente Decisión, el marco es el de un cártel en que todas las partes participaron activa y directamente en la infracción, intercambiando sus cifras de ventas y revisando y discutiendo los precios objetivo y todos los participantes compartieron su interés en los acuerdos. Todos los miembros del cártel participaron en la mayoría de las reuniones y se turnaron para organizar las reuniones. Como tal, no hay tampoco una empresa que pueda ser considerada como líder en el sentido de las Directrices.

No ejecución práctica de los acuerdos ilícitos

(269) Según se explica en el considerando 229, la Comisión considera que los acuerdos anticompetitivos fueron ejecutados. Esta circunstancia atenuante no es por lo tanto aplicable a ningún destinatario de la presente Decisión. La Comisión observa que en principio un acuerdo que restringe la competencia se ejecuta cuando sus miembros determinan su conducta en el mercado acordando sus intenciones. En caso de acuerdos repetidos concluidos durante mucho tiempo puede suponerse que han sido aplicados por cada uno de los participantes pues de otro modo no habrían acordado en varias ocasiones encontrarse en distintos lugares de todo el mundo para fijar precios y para asignarse clientes durante un período tan largo de tiempo. Ninguno de los argumentos presentados por las partes puede contrarrestar válidamente las pruebas alegadas por la Comisión.

(270) Según lo ya explicado en el considerando 239, una empresa que a pesar de coludir con sus competidores sigue una política más o menos independiente en el mercado puede estar intentando simplemente aprovechar el cártel en su propio beneficio⁽¹⁵¹⁾. El hecho alegado por las partes de que incumplieron regularmente los acuerdos, no puede por lo tanto considerarse como prueba suficiente que demuestre la no ejecución práctica de los acuerdos.

Otras circunstancias atenuantes

(271) En su respuesta al pliego de cargos Ajinomoto afirma que la Comisión debe considerar su decisión unilateral y voluntaria de finalizar su participación en la infracción, en especial antes de que se produjera cualquier intervención de la Comisión, como una circunstancia atenuante, así como el hecho de que esta retirada unilateral habría contribuido a revelar la infracción.

(272) En apoyo de esta afirmación Ajinomoto hace referencia a los memorándums internos de Takeda de 28 de mayo y 9 de junio de 1997⁽¹⁵²⁾, y a la declaración de Takeda⁽¹⁵³⁾, donde se hace referencia a las preocupaciones de los miembros del cártel por lo que se refiere a la decisión de Ajinomoto de no participar en las reuniones multilaterales después de agosto de 1996 y de los efectos que ello tendría en estas reuniones.

(273) Este argumento debe rechazarse porque se ha demostrado que la decisión de Ajinomoto de participar en las reuniones multilaterales después de agosto de 1996 ya no puede considerarse como demostración de la finalización unilateral de su participación en la infracción a partir de esa fecha. Al contrario, la Comisión considera que continuó participando en la infracción al mantener contactos bilaterales con Takeda y discutiendo sobre el mercado y los precios de los nucleótidos. En estas circunstancias la Comisión considera que la falta de participación de Ajinomoto en las reuniones multilaterales sólo puede haber desempeñado un papel menor, en caso de que realmente haya jugado alguno, en el desenmascaramiento del cártel.

(274) Cheil afirma que la Comisión debería tener en cuenta el hecho de que ya ha sido multado por esta infracción en Estados Unidos, alegando que las empresas no deberían estar expuestas a una doble sanción y que la Comisión solamente debería basar el nivel de la multa en los efectos que la infracción tuvo en el, relativamente pequeño, mercado comunitario.

(275) Este argumento debe ser rechazado. Las multas impuestas en otras jurisdicciones, incluidos los Estados Unidos, no tienen ningún impacto en que las deben imponerse por la infracción de las normas de competencia comunitarias. El ejercicio por Estados Unidos (o por cualquier otro tercer país) de su jurisdicción sobre carteles no puede de ninguna manera limitar o excluir la jurisdicción de la Comisión de conformidad con la normativa comunitaria de competencia. Además, en virtud del principio de territorialidad, el artículo 81 del Tratado se limita a restricciones de la competencia en el mercado común y el artículo 53 del Acuerdo EEE se limita a restricciones de la competencia en el mercado del EEE. De la misma manera, las autoridades de defensa de la competencia de Estados Unidos solamente ejercen la jurisdicción en la medida en que la conducta tenga un efecto directo y previsto en los Estados Unidos.

⁽¹⁵⁰⁾ Véase el anexo Z de la declaración suplementaria de Daesang, página 1076 del expediente de la Comisión.

⁽¹⁵¹⁾ Asunto T-308/94, Cascades SA/Comisión, apartado 230.

⁽¹⁵²⁾ Respectivamente en las páginas 2147 y 2151 del expediente.

⁽¹⁵³⁾ Declaración de Takeda en la página 2173 del expediente.

(276) Takeda afirma que la Comisión debería tener en cuenta el hecho de que ya pagó una multa sustancial en el caso de las vitaminas ⁽¹⁵⁴⁾. Ajinomoto presenta un argumento similar en relación con la multa que pagó en el caso de la lisina ⁽¹⁵⁵⁾. La Comisión rechaza este argumento. Los casos de las vitaminas y la lisina no se referían a las infracciones cometidas por Takeda y Ajinomoto en el mercado de los nucleótidos y no pueden por lo tanto tenerse en cuenta a efectos de la presente Decisión.

(277) Cheil y Daesang afirman además que incumplieron regularmente los acuerdos y actuaron contra ellos, por ejemplo, aumentando la capacidad de producción o rebajando los precios objetivo.

(278) La Comisión subraya de nuevo que el hecho de que una empresa de la que se ha demostrado que participó en la colusión de precios con sus competidores no se comportara en todo momento en el mercado de la manera acordada con sus competidores no es necesariamente una cuestión que debe tenerse en cuenta como circunstancia atenuante al determinar el importe de la multa. Según lo declarado anteriormente, una empresa que a pesar de la colusión con sus competidores sigue una política más o menos independiente en el mercado puede intentar simplemente aprovechar el cártel en su propio beneficio ⁽¹⁵⁶⁾.

(279) Ajinomoto, Cheil y Takeda también señalan que han tomado medidas para prevenir cualquier infracción futura de las normas anticompetitivas. En este contexto, han adoptado o consolidado programas de cumplimiento. La Comisión acoge con satisfacción el hecho de que estas empresas han establecido una política de cumplimiento de legislación de competencia. Sin embargo considera que esta iniciativa llega demasiado tarde y no puede, como instrumento de prevención, dispensar a la Comisión de su deber de penalizar una infracción de las reglas de competencia cometidas por estas empresas en el pasado. Habida cuenta de lo dicho previamente, la adopción de tal programa no debería considerarse como circunstancia atenuante que justifique una reducción de la multa.

(280) No hay por lo tanto circunstancias atenuantes aplicables a los participantes en esta infracción que afecta al mercado de los nucleótidos.

4. Aplicación de la Comunicación

(281) Los destinatarios de la presente Decisión han cooperado con la Comisión en diversas fases de la investigación sobre la infracción con el fin de obtener el trato favorable

establecido en la Comunicación. Para hacer frente a las expectativas legítimas de las empresas concernidas en cuanto a la no imposición o reducción de las multas sobre la base de su cooperación, la Comisión examina en la siguiente sección si las partes afectadas satisfacen las condiciones establecidas en la Comunicación.

No imposición o reducción muy sustancial del importe de la multa («sección B»)

(282) Takeda ha pedido beneficiarse de la reducción máxima. A este respecto alega que debería beneficiarse de los cambios en la política introducidos por la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y reducción de su importe en casos de cártel ⁽¹⁵⁷⁾ publicada en 2002 («la Comunicación de 2002»), sosteniendo que no tomó ninguna medida para forzar a cualquier otra empresa a participar en la infracción. Por lo tanto afirma que podría cumplir las condiciones para la reducción máxima con arreglo a las nuevas normas. Takeda sostiene que el Derecho comunitario reconoce el principio de que en ciertas circunstancias deben aplicarse con efecto retroactivo los cambios en el tratamiento de penas que tienen un efecto de disuasión y que el principio puede aplicarse más generalmente en relación con las decisiones administrativas, como se hace en varios Estados miembros.

(283) La Comunicación de 2002 especifica claramente que no es aplicable a los casos en que las empresas se han puesto en contacto ya con la Comisión para beneficiarse del trato favorable establecido en la Comunicación previa. Por lo tanto todas las solicitudes de trato favorable deberían tratarse habida cuenta de las disposiciones de la Comunicación de 1996, que sigue siendo aplicable a efectos de la presente Decisión.

(284) La Comisión reconoce que Takeda fue el primero en aducir pruebas decisivas de la existencia del cártel y que mantuvo la cooperación completa durante la investigación. Takeda informó primero a la Comisión de la existencia del cártel el 9 de septiembre de 1999, entregando un expediente con pruebas el 14 de septiembre. En ese momento la Comisión no había recibido ninguna información sobre el cártel procedente de ninguna otra fuente.

(285) Al evaluar la cooperación de Takeda la Comisión observa que los certificados justificativos que presentó primero no se referían a actividades del cártel previas a 1992. Sin embargo en su declaración Takeda indicó que el cártel de hecho se originó en 1989. No hay ninguna indicación de que Takeda tenga otra información o documentos sobre el cártel. Por lo tanto se concluye que la cooperación de Takeda con la Comisión ha sido completa.

⁽¹⁵⁴⁾ Asunto 37.512, no publicado todavía.

⁽¹⁵⁵⁾ Asunto 36.545 (DO L 152 de 7.6.2001, p. 24).

⁽¹⁵⁶⁾ Asunto T-308/94 Cascades SA/Comisión, apartado 230.

⁽¹⁵⁷⁾ DO C 45 de 19.2.2002, p. 3.

(286) A pesar de que existen elementos en el expediente que indican que Takeda puede haber desempeñado, en ciertas ocasiones, un papel de coordinación en el cártel, no obligó a ninguna otra empresa a participar ni actuó como instigador ni desempeñó un papel determinante en la actividad ilegal en el sentido de la Comunicación. También se ha establecido que Takeda puso fin a su implicación en la infracción antes de presentarse a la Comisión.

(287) Habida cuenta de su cooperación general en la investigación Takeda cumple las condiciones establecidas en la sección B de la Comunicación y tiene derecho a una reducción del 100 % de la multa que habría sido impuesta en caso de no haber cooperado con la Comisión.

Reducción sustancial de la multa («sección C»)

(288) Daesang, Cheil y Ajinomoto pidieron beneficiarse de una reducción en la multa de conformidad con la sección C de la Comunicación. En el momento en que Daesang, Cheil y Ajinomoto empezaron a cooperar con la Comisión, Takeda había presentado ya suficiente información para establecer la existencia del cártel. Por lo tanto se concluye que Daesang, Cheil y Ajinomoto no fueron los primeros en facilitar a la Comisión pruebas decisivas sobre la existencia del cártel de nucleótidos, tal como se requiere en la letra b) de la sección B de la Comunicación. Por consiguiente ninguna de estas empresas cumple las condiciones establecidas en la sección C.

Reducción significativa de la multa («sección D»)

(289) Daesang afirma que no sólo ofreció cooperar con la investigación de la Comisión antes de que la Comisión enviara la primera petición de información sino que también prestó a la Comisión su cooperación completa y continua durante la investigación. También sostiene que ha permitido que la Comisión estableciera toda la duración de la infracción a partir de octubre de 1988 y fue así el primero en aducir pruebas decisivas de toda la infracción establecida en el pliego de cargos.

(290) Aunque Daesang solamente se puso en contacto con la Comisión después de que Takeda ya se hubiera presentado, sin embargo lo hizo por propia iniciativa antes de recibir la petición de información. Además cooperó completamente con la investigación de la Comisión y facilitó también información que contribuyó materialmente a establecer los hechos relativos a la existencia de los acuerdos de cártel antes de 1992.

(291) La información proporcionada por Daesang, antes del envío por la Comisión de la petición de información, era detallada y fue utilizada ampliamente por la Comisión durante su investigación. En especial, pero no exclusivamente, Daesang proporcionó información valiosa sobre

el funcionamiento del cártel antes de 1992. Después de recibir el pliego de cargos Daesang no impugnó sustancialmente los hechos en los cuales la Comisión basa sus resultados. Daesang por lo tanto cumple las condiciones establecidas en el primer y segundo guiones del punto 2 de la sección D de la Comunicación y tiene por lo tanto derecho a una reducción de la multa del 50 %.

(292) Cheil proporcionó muchos informes sobre reuniones y contactos y contribuyó así a establecer la existencia del cártel. La información proporcionada por Cheil fue utilizada ampliamente por la Comisión. Además Cheil no impugna los hechos de la infracción establecidos en el pliego de cargos. Debe por lo tanto concluirse que Cheil cumple las condiciones establecidas en el primer y segundo guiones del punto 2 de la sección D de la Comunicación. Por lo tanto, teniendo en cuenta la cooperación general proporcionada por Cheil a la investigación de la Comisión, tiene derecho a una reducción del 40 % de la multa que se habría impuesto en caso de no haber cooperado con la Comisión.

(293) Ajinomoto ha cooperado completamente con la Comisión durante toda la duración de la investigación, ayudando a la Comisión a establecer la existencia de la infracción, proporcionando documentos que fueron utilizados ampliamente por la Comisión así como clarificaciones sobre el funcionamiento de los acuerdos. Por lo tanto Ajinomoto cumple las condiciones fijadas en el primer guión del punto 2 de la sección D de la Comunicación.

(294) Sin embargo Ajinomoto impugna los hechos establecidos en el pliego de cargos en cuanto a la duración del cártel. Ajinomoto por lo tanto no tiene derecho a una reducción de la multa de conformidad con el segundo guión del punto 2 de la sección D de la Comunicación. Sobre la base de todo ello se concluye que Ajinomoto cumple las condiciones establecidas en el primer guión del punto 2 de la sección D de la Comunicación y tiene derecho a una reducción del 30 %.

Conclusión sobre la aplicación de la Comunicación

(295) En conclusión, por lo que se refiere a la naturaleza de su cooperación y habida cuenta de la Comunicación, se conceden a los destinatarios de la presente Decisión las siguientes reducciones de sus multas respectivas:

- Takeda: una reducción del 100 %,
- Ajinomoto: una reducción del 30 %,
- Daesang: una reducción del 50 %,
- Cheil: una reducción del 40 %.

5. Importes finales de las multas impuestas en este procedimiento

(296) En conclusión, las multas que deben imponerse, de conformidad con la letra a) del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17, son las siguientes:

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

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

Ajinomoto Company Incorporated, Takeda Chemical Industries Limited, Daesang Corporation y Cheil Jedang Corporation han infringido el apartado 1 del artículo 81 del Tratado y el apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE por participar, de la forma y en la medida establecidas en la parte expositiva, en un conjunto de acuerdos y prácticas concertadas en el sector de los nucleótidos.

La duración de la infracción fue la siguiente:

- a) Ajinomoto Company Incorporated, desde el 8 de noviembre de 1988 hasta septiembre de 1997;
- b) Takeda Chemical Industries Limited, desde el 8 de noviembre de 1988 hasta junio de 1998;
- c) Daesang Corporation, desde el 19 de diciembre de 1988 hasta finales de 1997;
- d) Cheil Jedang Corporation, desde marzo de 1989 hasta junio de 1998.

Artículo 2

Las empresas citadas en el artículo 1 pondrán inmediatamente fin a la susodicha infracción, en caso de que aún no lo hubieran hecho.

Se abstendrán de cualquier acuerdo o práctica concertada en relación con sus actividades en el sector de los nucleótidos que puedan tener como objeto o efecto el mismo o uno similar al de la infracción.

Artículo 3

Se imponen las siguientes multas a las empresas citadas en el artículo 1 por lo que se refiere a la susodicha infracción:

- Ajinomoto Company Incorporated, una multa de 15 540 000 EUR,
- Daesang Corporation, una multa de 2 280 000 EUR,
- Cheil Jedang Corporation, una multa de 2 736 000 EUR.

Las multas establecidas se abonarán en el plazo de tres meses desde la fecha de notificación de la presente Decisión en la siguiente cuenta bancaria de la Comisión Europea:

Número de cuenta: 642-0029000-95
 Código IBAN: BE76 6420 0290 0095
 Código SWIFT: BBVABEBB
 Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) SA
 Avenue des Arts 43
 B-1040 Bruxelles/Brussel.

Transcurridos tres meses será automáticamente pagadero un interés al tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo en sus operaciones en el primer día laborable del mes en que se adopte la presente Decisión, incrementado con un 3,5 %. En total, el tipo de interés será del 6,75 %.

Artículo 4

Los destinatarios de la presente Decisión serán:

Takeda Chemical Industries Limited
 12-10, Nihonbashi 2 -2-chome
 Chuo-ku
 Tokio 103-8668
 Japón

Ajinomoto Company Incorporated
 15-1, Kyobashi itchome
 Chuo-ku
 Tokio 104-8315
 Japón

Cheil Jedang Corporation
 6F, Cheiljedang Bldg
 Namdaemoon-Ro
 Chung-Ku, 100-095 Seúl
 Corea

Daesang Corporation
 Daesang Building
 96-48 Shinsul-Dong
 Dongdaemoon-Ku, Seúl
 Corea

La presente Decisión será ejecutoria de conformidad con el artículo 256 del Tratado.

Hecho en Bruselas, el 17 de diciembre de 2002.

Por la Comisión

Mario MONTI

Miembro de la Comisión

DECISIÓN DE LA COMISIÓN

de 16 de julio de 2003

relativa a un procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 81 del Tratado CE y el artículo 53 del Acuerdo EEE

Asunto COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Compartición de redes — Rahmenvertrag

[notificada con el número C(2003) 2432]

(El texto en lengua alemana es el único auténtico)

(Texto pertinente a efectos del EEE)

(2004/207/CE)

LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea,

Visto el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo,

Visto el Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado ⁽¹⁾, cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) nº 1/2003 ⁽²⁾, y, en particular, sus artículos 2, 6 y 8,

Vista la solicitud de declaración negativa y la notificación a efectos de exención presentadas el 6 de febrero de 2002, con arreglo a los artículos 2 y 4 del Reglamento nº 17,

Visto el resumen de la solicitud y de la notificación publicadas con arreglo al apartado 3 del artículo 19 del Reglamento nº 17 y al artículo 3 del Protocolo nº 21 del Acuerdo EEE ⁽³⁾,

Previa consulta al Comité consultivo de acuerdos y posiciones dominantes,

Visto el informe final del consejero auditor en el presente asunto ⁽⁴⁾,

Considerando lo siguiente:

1. INTRODUCCIÓN

(1) El 6 de febrero de 2002, Deutschland T-Mobile GmbH («T-Mobile») y O2 Germany & Co. OHG («O2 Germany»)

notificaron a la Comisión un acuerdo marco de 20 de septiembre de 2001 referente al uso compartido de infraestructura e itinerancia nacional para la telefonía móvil de tercera generación («3G») en el mercado alemán («el acuerdo»). En su notificación, T-Mobile y O2 Germany («las partes») solicitaban una declaración negativa de conformidad con el apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE o el apartado 1 del artículo 53 del Tratado EEE, o una exención de conformidad con el apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE o el apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE ⁽⁵⁾.

(2) En febrero de 2002, la Comisión publicó un primer anuncio que resumía el acuerdo notificado e invitaba a los terceros interesados a enviar sus comentarios ⁽⁶⁾. Esto fue seguido en agosto de 2002 por un anuncio publicado de conformidad con el apartado 3 del artículo 19 del Reglamento nº 17, que establecía la postura preliminar de la Comisión y daba a los terceros una oportunidad de aportar sus comentarios sobre el enfoque favorable propuesto ⁽⁷⁾. En febrero de 2003, tuvo lugar una consulta suplementaria de las terceras partes que reaccionaron al anuncio publicado de conformidad con el apartado 3 del artículo 19 del Reglamento nº 17, con relación a determinadas modificaciones al acuerdo notificado. La presente Decisión representa el último paso en el procedimiento de toma de decisiones de la Comisión.

(1) DO L 1 de 21.2.1962, p. 204/62.

(2) DO L 1 de 4.1.2003, p. 1.

(3) DO C 189 de 9.8.2002, p. 22.

(4) DO C 64 de 12.3.2004.

(5) La Comisión también recibió una notificación de O2 UK Limited (anteriormente denominada BT Cellnet Limited y de BT 3G Limited, y de T-Mobile UD (anteriormente One2One Personal Communications Limited), con fecha de 6 de febrero de 2002, relativa a un uso compartido de la red 3G y a un acuerdo de itinerancia bilateral para el Reino Unido. Este acuerdo se está tratando por separado (asunto COMP/38.370 — Acuerdo Reino Unido) y se adoptó una decisión el 30 de abril de 2003.

(6) DO C 53 de 28.2.2002, p. 18.

(7) DO C 189 de 9.8.2002, p. 22.

2. LAS PARTES

- (3) T-Mobile es un operador alemán de redes y servicios de telecomunicaciones móviles digitales que utiliza las normas GSM. Proporciona servicios GSM en Alemania basados en una licencia GSM 900 y obtuvo una licencia de Sistema Universal de Telecomunicaciones Móviles (UMTS) en Alemania en agosto del 2000⁽⁸⁾. T-Mobile es propiedad al cien por cien de T-Mobile International AG, que a su vez es una filial propiedad al cien por cien del operador de la red de telefonía fija Deutsche Telecom AG («DTAG»).
- (4) T-Mobile International AG es un *holding* internacional que actúa en el sector de las telecomunicaciones móviles. Sus principales filiales operan redes en el Reino Unido [T-Mobiles (UK) Limited, T-Motion, Virgin Mobile], Austria, la República Checa y EE.UU. También tiene filiales en los Países Bajos, Rusia y Polonia. En 2001, DTAG realizó un volumen de negocios a nivel mundial de 48 300 millones de euros y T-Mobile International AG de 14 600 millones de euros.
- (5) O2 Germany opera igualmente redes de telecomunicaciones y servicios móviles digitales en Alemania, donde entró en el mercado como el cuarto de los cuatro operadores basados en una licencia GSM 1800 concedida en 1997 y le fue concedida una licencia UMTS en agosto del 2000. O2 Germany es una filial propiedad al cien por cien de mmO2 plc, antiguamente denominada BT Cellnet Limited, una empresa controlada previamente por British Telecommunications plc. La sociedad mmO2 cuenta, a través de sus filiales, con redes en el Reino Unido (O2 UK), Alemania (VIAG, ahora denominada O2 Germany), Irlanda (Digifone, ahora denominada O2 Ireland) y la Isla de Man (Manx Telecom). En el ejercicio financiero que concluyó el 31 de marzo de 2002 el grupo mmO2 registró un volumen de negocios de 4 300 millones de libras esterlinas (alrededor de 6 700 millones de euros).

3. ASPECTOS LEGALES Y PRÁCTICOS

3.1. El desarrollo de las comunicaciones móviles de 3G en la Unión Europea

- (6) En Europa, la primera generación (1G) de sistemas de comunicaciones móviles utilizó tecnología analógica. Esto fue seguido, a principios de la década de los 90, por los «sistemas de segunda generación» (2G) que introdujeron la tecnología digital, en particular el GSM 900 (sistema global europeo para comunicaciones móviles) y el DCS 1800 (los llamados servicios de redes de

comunicaciones personales o PCN). Tanto los servicios de GSM 900 como los de DCS 1800 se denominan ahora comúnmente servicios de GSM. Las comunicaciones estándar GSM están conmutadas, lo que significa que para cualquier llamada se crea una senda física y se dedica a una sola conexión entre los dos puntos finales de comunicación en la red durante toda la conexión. Los índices de transmisión del GSM son de 9,6 kbit/s (kilobites por segundo) a 11,4 kbit/s o, con compresión, 14 kbit/s, lo que permite prestar servicios de telefonía vocal básica, servicios de mensajes cortos (SMS) y correo electrónico, y datos conmutados.

- (7) Las tecnologías móviles mejoradas «2,5G» que utilizan comunicaciones más eficaces conmutadas por paquetes para enviar datos en paquetes a sus destinos (a través de diversas rutas) sin exigir la reserva de un canal de transmisión dedicado (utilizando recursos de radio sólo cuando los usuarios están realmente enviando o recibiendo datos) se están desarrollando para proporcionar una mayor gama de servicios, incluidos el correo electrónico móvil, las comunicaciones visuales, la mensajería multimedia y servicios basados en la posición. El General Packet Radio Service (GPRS) es uno de las principales plataformas tecnológicas de 2,5G que ofrece una conexión «continua», mayor capacidad y servicios de datos en paquetes. Los índices de transmisión de datos del GPRS son de entre 30 kbit/s y 40 kbit/s, y con la tecnología EDGE de 80 kbit/s a 130 kbit/s, dependiendo de la situación específica de uso. Esto permite la prestación de servicios tales como el acceso móvil básico a Internet, radio móvil y servicios basados en la posición⁽⁹⁾.
- (8) Ahora se está trabajando para introducir en el mercado tecnología, aplicaciones y servicios móviles de tercera generación (3G)⁽¹⁰⁾. La 3G utiliza la tecnología 2,5G, integrando la transmisión de datos en paquetes y conmutada. Técnicamente es capaz de alcanzar una velocidad de 144 kbit/s y permitirá unos índices de transmisión que se espera tengan un índice máximo en la práctica de 384 kbit/s⁽¹¹⁾. Los servicios de tercera generación son sistemas de comunicaciones móviles a través de los cuales se pueden ofrecer, en especial, servicios multimedia innovadores que no es posible ofrecer con sistemas de segunda generación tales como el GSM, y que pueden combinar el uso de componentes terrestres y por satélite⁽¹²⁾.

⁽⁸⁾ En agosto de 2000, el Gobierno alemán concedió seis licencias 3G según un procedimiento de subasta de frecuencia de un valor de 50,8 millones de euros. Las empresas a quienes se adjudicaron las licencias fueron T-Mobil, Vodafone-Mannesmann, E-Plus, Viag Interkom Group, Group 3G y Mobilcom multimedia. Tanto Group 3G como Mobilcom multimedia han cesado mientras tanto sus operaciones 3G, y no está claro si sus frecuencias volverán a emitirse para fines de 3G.

⁽⁹⁾ Otras tecnologías menos extendidas incluyen WAP (Wireless Application Protocol), HSCSD (High-speed circuit switched data) y EDGE (Enhanced Data GSM Environment).

⁽¹⁰⁾ El UMTS (Sistema universal de telecomunicaciones móviles) es uno de los principales sistemas nuevos de comunicaciones móviles de tercera generación (3G) que se están desarrollando en el marco definido por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), generalmente conocido como IMT-2000.

⁽¹¹⁾ El índice exacto de transmisión depende de parámetros tales como el tiempo y la posición de la llamada, el número de usuarios en una celda y las aplicaciones utilizadas, dado que la velocidad disponible se dividirá entre los distintos usuarios y aplicaciones.

⁽¹²⁾ «Introducción de las comunicaciones móviles de tercera generación en la Unión Europea: Situación actual y perspectivas de futuro» (introducción de 3G en la Unión Europea), COM(2001) 141 final (20.3.2001).

- (9) El anexo 1 de la Decisión nº 128/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 1998, relativa a la introducción coordinada de un sistema de comunicaciones móviles e inalámbricas de tercera generación (UMTS) en la Comunidad (Decisión UMTS) ⁽¹³⁾, establece las características que debe soportar el UMTS. Entre estas figuran:
- su capacidad multimedia y sus aplicaciones en movilidad total y en baja movilidad en zonas geográficas que no pueden cubrir los sistemas de segunda generación;
 - acceso eficaz a Internet, redes internas y otros servicios basados en el protocolo de Internet;
 - transmisión de voz de alta calidad similar a la de las redes fijas;
 - posibilidad de utilizar distintas redes 3G, y
 - funcionamiento en un ambiente continuo incluida la itinerancia completa con GSM, así como entre los componentes terrestres y por satélite de las redes UMTS. Dado que las redes y los servicios de 3G aún no están plenamente disponibles, no es posible proporcionar un catálogo fiable. No obstante, entre los ejemplos de servicios anticipados figuran la videoconferencia móvil, el videofonía/correo móvil, la navegación avanzada para coches, la compra digital por catálogo y diversas aplicaciones empresariales (B2B) ⁽¹⁴⁾.
- (10) El desarrollo de la 3G en la Unión Europea se basa en la plataforma tecnológica común UMTS, en la armonización del espectro de radio y en la definición de un medio reglamentario armonizado. Estos objetivos de armonización se cumplieron en parte con la Directiva 97/13/CE del Parlamento y del Consejo, de 10 de abril de 1997, sobre un marco común para las autorizaciones generales y las licencias individuales en el ámbito de los servicios de comunicación ⁽¹⁵⁾. A continuación vino, a finales de 1998, la Decisión mencionada (considerando 9) más arriba relativa a la introducción coordinada de un sistema de comunicaciones móviles e inalámbricas de tercera generación (UMTS) en la Comunidad ⁽¹⁶⁾. Se pedía a los Estados miembros que permitieran la introducción de servicios UMTS en su territorio antes del 1 de enero del 2002, poniendo de relieve el papel de los organismos técnicos tales como la Conferencia Europea de Administraciones Postales y de Telecomunicaciones (CEPT) y del Instituto Europeo de Normas de Telecomunicación (IENT) en la armonización del uso de frecuencias y la promoción de una norma común y abierta para la prestación de servicios UMTS compatibles en Europa.
- (11) Finalmente, en marzo de 2001 la Comisión publicó una Comunicación que hacía balance de la situación y de las perspectivas de futuro de las comunicaciones móviles de tercera generación en la UE ⁽¹⁷⁾. Esta Comunicación constata que la situación se caracteriza por la coincidencia de dos factores: la difícil situación financiera de los operadores de telecomunicaciones en toda la Unión Europea y el alto coste de las infraestructuras, que ha movido a los operadores a celebrar acuerdos para compartir costes. Concluye que, siempre que se respete la normativa comunitaria de competencia y demás normas pertinentes del derecho comunitario, en principio debe promoverse un uso compartido económicamente beneficioso de la infraestructura de red ⁽¹⁸⁾. En su comunicación de seguimiento «Hacia el pleno despliegue de las comunicaciones móviles de tercera generación» de 11 de junio de 2002 ⁽¹⁹⁾, la Comisión puso de relieve que continuaría trabajando con las administraciones nacionales en el establecimiento de un enfoque de mejores prácticas para el uso compartido de redes. En febrero de 2003, la Comisión publicó una nueva Comunicación sobre «comunicaciones electrónicas: hacia una economía del conocimiento» de 11 de febrero de 2003 ⁽²⁰⁾.

3.2. Uso compartido de redes e itinerancia nacional

- (12) El uso compartido de redes 3G puede tener lugar en varios niveles distintos e implicar grados distintos de cooperación. El grado de independencia de los operadores en cuestión dependerá de qué elementos de la red se estén compartiendo y de su capacidad para instalar elementos separados (libertad de planificación). La distinción básica pertinente en el contexto del acuerdo entre las partes para el uso compartido de la red es la existente entre red de acceso de radio («RAN») y red de base.

3.2.1. RAN

- (13) RAN: incluye los mástiles y antenas, las casetas asociadas a los mismos (SSC) y la fuente de alimentación, así como antenas, combinadores y enlaces, nodos B, especialmente las estaciones de base que reciben y envían datos a través de las frecuencias y controlan una celda particular de la red, y los controladores de red radioeléctrica («RNC»), cada uno de los cuales controla varios de estos nodos B y que están ligados a la red de base.

3.2.2. Red básica

- (14) La red de base es la parte inteligente de la red que consiste en centros de conmutación móviles (MSC), diversos nodos de apoyo, plataformas de servicios, localización de registros de clientes y centros de operaciones y mantenimiento. La red principal está ligada a la RDSI (Red Digital de Servicios Integrados) fija y a redes de Internet (véase la figura 1).

⁽¹³⁾ DO L 17 de 22.1.1999, p. 1.

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

⁽¹⁵⁾ DO L 117 de 5.7.1997, p. 15; esta Directiva establece los procedimientos de concesión de licencias de servicios de telecomunicaciones y las condiciones establecidas en dichas licencias.

⁽¹⁶⁾ Decisión UMTS, nota 13 a pie de página.

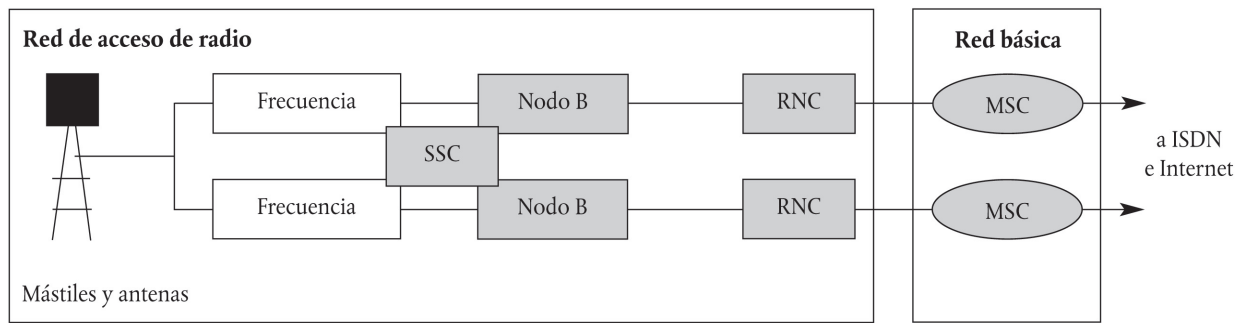
⁽¹⁷⁾ COM(2001) 141 final (20.3.2001), nota 12 a pie de página.

⁽¹⁸⁾ Ídem, punto 4.3.

⁽¹⁹⁾ COM(2002) 301 final (11.6.2002).

⁽²⁰⁾ COM(2003) 65 final (11.2.2003) (no existe versión española).

Gráfico 1: Red UMTS



(15) Ordenados por grado creciente de uso compartido de la red es posible distinguir los siguientes usos compartidos:

- emplazamientos, que va desde los postes hasta de la red (lo que requiere unas redes uniformes) y puede incluir la infraestructura de apoyo del emplazamiento, como por ejemplo armarios;
- estaciones de base (nodos B) y antenas;
- reguladores de red radioeléctrica (RNC);
- redes de base, incluidos centros de comunicaciones móviles (MSC) y diversas bases de datos;
- frecuencias.

(16) Finalmente, la itinerancia nacional se refiere a una situación en que los operadores concernidos no comparten ningún elemento de red como tal, sino que utilizan simplemente la red de los demás para proporcionar servicios a sus propios clientes.

(17) En su notificación, las partes utilizan el término «uso compartido ampliado de emplazamientos» para el uso compartido de la infraestructura hasta el nivel de nodos B y RNC pero sin incluirlos [considerando 15, letra a)]. Reservan el término «uso compartido de RAN» para el uso común de toda la red de acceso de radio, incluyendo los nodos B y RNC [considerando 15, letras a), b), c)]. Las partes no prevén compartir sus redes o frecuencias de base. Su acuerdo (modificado) cubre la itinerancia nacional de O2 Germany en la red de T-Mobile, especialmente en el 50 % del área de cobertura, así como la itinerancia mutua de las partes fuera de las áreas de cobertura del 50 %.

3.3. Marco regulador nacional

(18) Además del Derecho comunitario, hay que tener en cuenta las condiciones de concesión de las licencias y la

normativa nacional en el contexto del uso compartido de la infraestructura de red ⁽²¹⁾. Tanto el marco regulador nacional general en Alemania como las condiciones de las licencias 3G de las partes establecen parámetros para el uso compartido de la red, tales como:

- requisito de cobertura efectiva con un calendario específico, especialmente el de cubrir al 25 % de la población a finales del 2003 y al 50 % a finales del 2005, que no puede alcanzarse mediante la itinerancia nacional pero sí mediante el uso compartido de la infraestructura ⁽²²⁾;
- obligaciones generales con respecto, por ejemplo, al uso compartido de emplazamientos y antenas ligados a las limitaciones urbanísticas y las preocupaciones medioambientales;
- limitaciones por lo que se refiere al grado de uso compartido de la red relacionadas, por ejemplo, con datos sobre la red y datos sensibles sobre clientes.

⁽²¹⁾ Diversas autoridades reguladoras nacionales de la Unión Europea publicaron directrices sobre las condiciones en las cuales el uso compartido de infraestructura sería coherente con la autorización nacional y los requisitos reguladores. En Alemania, el Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) publicó su interpretación de las condiciones de adjudicación del UMTS a la luz del reciente progreso tecnológico, RegTP (6 de Junio de 2001), disponible en www.regtp.de. En mayo de 2001, la Oficina de telecomunicaciones (Ofotel), la entidad nacional responsable británica, publicó una nota informativa sobre «uso compartido de infraestructura móvil en el Reino Unido», disponible en <http://www.ofotel.gov.uk/publications/mobile/infra-share0501.htm>. Las entidades nacionales responsables holandesa y francesa han publicado documentos orientativos similares, que están disponibles en sus sitios Internet en las direcciones siguientes: http://www.opta.nl/download/concept_notitie_nma_vw_opta_umts_netwerken_190701.pdf y <http://www.art-telecom.fr/dossiers/umts/partage-infras.htm>.

⁽²²⁾ El RegTP deberá especificar el índice mínimo de transmisión requerido para cumplir el requisito de cobertura, tras una consulta pública. De acuerdo con las especificaciones técnicas para servicios de 3G, se espera que sea de cerca de 144 kbit/s o superior.

- (19) El Organismo Regulador de Correos y Telecomunicaciones alemán (Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, RegTP) es la autoridad reguladora nacional de telecomunicaciones responsable del acuerdo notificado. Este organismo publicó unas directrices generales en junio del 2001 en las que emitió un dictamen favorable al uso compartido de infraestructura siempre que se cumplieran determinadas condiciones⁽²³⁾.
- (20) RegTP excluyó en particular el uso compartido de la red de base y las frecuencias, pero sí admitió el de emplazamientos, mástiles, antenas, cables y combinadores así como casetas técnicas y nodos B lógicamente distintos y RNC⁽²⁴⁾, siempre que:
- cada titular de una licencia tenga un control independiente de sus propios nodos lógicos B y de los RNC;
 - no haya ningún intercambio de datos (por ejemplo, datos sobre clientes) más allá de lo necesario para las operaciones técnicas;
 - exista separación de centros de operación y mantenimiento;
 - los nodos adicionales B y los RNC garanticen la independencia de la planificación y los propios nodos B del operador explotados solamente por él estén conectados a sus propios RNC lógicos;
 - no exista ninguna división regional de las áreas de cobertura que excluya áreas superpuestas de red y cobertura; en particular, las partes no podrán acordar cubrir sólo un área geográfica concreta y distinta y basarse en la itinerancia en la red de cada uno en las áreas donde su propia red no tenga cobertura.
- (21) El 7 de diciembre de 2001, el RegTP afirmó que el acuerdo básico de las partes cumplía estos requisitos, a condición de que las partes respetaran los requisitos de control lógicamente independiente de los nodos B y RNC. La aprobación del RegTP se supeditó a la obligación de informar sobre la distribución geográfica de la infraestructura compartida y el cumplimiento de su respectivo 50 % de cobertura⁽²⁵⁾.
- (22) Con arreglo al principio de primacía del Derecho comunitario, el marco regulador nacional y las normas de competencia de la Unión Europea se aplican paralela y acumulativamente. Las normas nacionales no pueden ir contra las comunitarias ni la compatibilidad con las normas y reglamentos nacionales puede perjudicar al resultado de una evaluación con arreglo a las normas de competencia de la Unión Europea. Por lo tanto, se

requiere una evaluación completa del acuerdo notificado con arreglo a las normas de competencia de la Unión Europea.

4. EL ACUERDO

- (23) El 20 de septiembre de 2001, las partes firmaron un acuerdo básico que establece las condiciones de principio para su cooperación en la infraestructura 3G en Alemania. El acuerdo ha sido modificado por las partes, en especial por lo que respecta a la itinerancia. El acuerdo afecta directamente a la posición de las partes en los mercados alemanes de: i) emplazamientos e infraestructura de los emplazamientos para servicios de comunicaciones móviles digitales, e ii) acceso al por mayor a la itinerancia para servicios de comunicaciones 3G. El acuerdo puede tener repercusión en mercados afines.
- (24) Los objetivos del acuerdo modificado son lograr eficacia en la inversión de capital y ahorros en los gastos funcionamiento, lo que mejorará la situación financiera de las partes al permitirles situarse mejor en el mercado; ampliar la cobertura geográfica pero limitando las consecuencias para el medio ambiente y lograr un rápido despliegue de la infraestructura de la red 3G y el pronto lanzamiento de los servicios 3G. De conformidad con el acuerdo básico, las partes cooperarán en lo siguiente:
- mayor uso compartido de emplazamientos: el uso compartido de elementos de infraestructura de los emplazamientos (mástiles, casetas) y fuentes de alimentación, así como posiblemente antenas, combinadores y enlaces de transmisión, en un área geográfica suficiente para permitir a las partes lograr su obligación de cobertura del 50 % de la población a finales de 2005;
 - uso compartido de la red de acceso de radio (RAN): es decir, de los nodos B (estaciones de base que reciben y envían datos a través de las frecuencias y controlan una celda particular de la red) y los reguladores de red radioeléctrica (RNC), cada uno de los cuales controla varios nodos B y que están ligados a la red de base;
 - itinerancia nacional: O2 Germany realizará la itinerancia en la red de T-Mobile, pero no viceversa, en el área de O2 Germany sujeta a la obligación de cobertura del 50 %, entre el 1 de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2008, con las limitaciones expuestas en la sección 4.3.1. Para la parte de Alemania por encima de las obligaciones respectivas de cobertura del 50 % de cada parte, se acordará una itinerancia nacional para la duración del acuerdo.
- (25) Las partes mantendrán redes de base y servicios separados y no compartirán sus frecuencias. El acuerdo no es exclusivo en la medida en que ambas partes pueden acordar compartir emplazamientos, RAN e itinerancia nacional con terceros (cláusula 1.3). Más abajo se explican detalladamente las disposiciones clave del acuerdo.

⁽²³⁾ RegTP (6 de junio de 2001), disponible en www.regtp.de.

⁽²⁴⁾ «Lógicamente distinto» significa que un solo elemento físico de la red, gracias a su programación, puede realizar lógicamente operaciones distintas para ambas redes, como si se tratara de dos nodos separados B o RCS.

⁽²⁵⁾ Carta de RegTP a la Comisión Europea, 7 de diciembre de 2001.

4.1. Uso compartido ampliado de emplazamientos

- (26) Cada una de las partes construirá su propia infraestructura de red pero cooperará sobre la base del uso compartido ampliado de los emplazamientos en un área que corresponde a las obligaciones ligadas a su licencia para una cobertura de población del 50 % a finales del 2005. Conforme al acuerdo, este uso ampliado conlleva casetas y fuente de alimentación comunes y posiblemente antenas, combinadores y enlaces (cláusula 4.1.4.2).
- (27) El acuerdo especifica normas para designar los emplazamientos que pueden ser utilizados de forma compartida. La cláusula 2.1 especifica que, primero, cada parte elaborará independientemente sus propios planes de instalación; posteriormente los planes se dividen en períodos de planificación de [...]*(²⁶) que muestran las áreas respectivas que T-Mobile y O2 Germany quieren desarrollar. Las áreas geográficas que las partes consideran pertinentes para su red individual se compararán periódicamente y cuando coincidan podrán considerarse como áreas susceptibles de uso compartido. Las respectivas delegaciones locales de las partes determinarán desde el punto de vista técnico qué emplazamientos se usarán de forma compartida ampliada teniendo en cuenta los ahorros de costes.
- (28) La cláusula 3.2 establece específicamente que las partes no pueden poseer o controlar conjuntamente elementos de emplazamientos compartidos ampliados. Sin embargo, la parte que posee o controla los elementos particulares del emplazamiento debe permitir su uso por la otra parte. Según la cláusula 3.3, un acuerdo básico bilateral sobre los emplazamientos, que aún debe concluirse, establecerá los detalles del uso común y el reparto de costes. T-Mobile ha transferido mientras tanto la propiedad de sus emplazamientos a la entidad jurídica recientemente creada Deutsche Funkturm GmbH, que todavía no ha negociado los términos del acuerdo básico pertinente con O2 Germany. Dado que hasta ahora no se ha concluido tal acuerdo y que la Comisión no ha recibido detalles relativos a sus condiciones, la Comisión se reserva su posición respecto a este acuerdo que en cualquier caso no está cubierto por la presente Decisión.
- (29) El acuerdo también contiene salvaguardias en relación con el intercambio de información confidencial. La cláusula 2.6 afirma que sólo puede intercambiarse la información necesaria para la realización técnica del uso compartido. Conforme al acuerdo, el resto de la información, en especial la comercialmente sensible concerniente a los clientes, no puede intercambiarse.

(²⁶) Parte de este texto se ha modificado para garantizar la no revelación de información confidencial. Estas partes figuran entre corchetes y están señaladas con un asterisco.

4.2. Uso compartido de RAN

- (30) La sección 4 del acuerdo trata sobre la cooperación en forma de uso compartido de RAN. Conforme al acuerdo esto puede incluir la distribución adicional de los nodos físicos B comunes y de los reguladores de red radioeléctrica comunes (RNC). (Para atenerse a lo establecido por el RegTP, los nodos B y los RNC tendrían que estar lógicamente separados). La cláusula 4.1 establece que las partes deben llevar a cabo un estudio de viabilidad sobre el uso compartido de RAN antes del 30 de junio de 2002. Basándose en el examen de esta viabilidad, las partes han concluido que por ahora no realizarán el uso compartido de RAN, pero que podrán reconsiderarlo en el futuro. La cláusula 4.2 estipula que, si es posible, las partes firmarán un acuerdo que regulará su puesta en práctica cuanto antes. Sin embargo, ya que de momento no existe tal acuerdo, la Comisión prefiere no pronunciarse sobre este tema, que en cualquier caso no está cubierto por la presente Decisión.

4.3. Itinerancia nacional

- (31) La itinerancia nacional se trata en el capítulo 3 del acuerdo (secciones 5 a 11), modificado por los acuerdos suplementarios de 20 de septiembre de 2002, 22 de enero de 2003 y 21 de mayo de 2003.

4.3.1. Itinerancia de O2 Germany en la red de T-Mobile en el área de cobertura del 50 %

- (32) En virtud de las modificaciones de 22 de enero de 2003 al acuerdo de 20 de septiembre de 2001, las partes han acordado que T-Mobile proporcionará a O2 Germany (pero no viceversa) itinerancia nacional en un área correspondiente a la obligación de cobertura del 50 % de la población, entre el 1 de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2008. Respecto de la itinerancia en la zona de cobertura del 50 %, O2 Germany pagará [...]*(véase la sección 4.3.2 más abajo).
- (33) A raíz de unas discusiones con la Comisión, las partes acordaron limitar la itinerancia en el área sujeta a la obligación de cobertura del 50 % de la población a un mínimo estricto. De esta manera, se establecieron tres áreas distintas (áreas 1, 2 y 3) dentro del área sujeta a la obligación de cobertura del 50 % de la población donde la itinerancia se suprimirá progresivamente con arreglo a un calendario acordado a medida que O2 Germany adquiera una calidad y densidad de red que le permita competir eficazmente con los demás operadores de redes. Las Partes han modificado el acuerdo el 21 de mayo de 2003 para reflejar estos cambios.

(34) Las áreas donde la itinerancia se suprimirá progresivamente con arreglo a un calendario específico son las siguientes:

- a) el área 1 comprende regiones [mayoritariamente urbanas (*)]* que cubren aproximadamente el [...] de la población alemana, en las que O2 Germany se compromete a no realizar itinerancia, y T-Mobile se compromete a prohibir la itinerancia a partir del 31 de diciembre de 2005 (27);
- b) el área 2 comprende regiones [urbanas más pequeñas de importancia secundaria (*)] que cubren aproximadamente el [...] de la población alemana, en las que O2 Germany se compromete a no realizar itinerancia, y T-Mobile se compromete a prohibir la itinerancia a partir del 31 de diciembre de 2007 (28), y
- c) el área 3 comprende regiones [urbanas más pequeñas de menor importancia comercial (*)] que cubren aproximadamente el [...] restante de la población alemana, en las que O2 Germany se compromete a no realizar itinerancia, y T-Mobile se compromete a prohibir la itinerancia a partir del 31 de diciembre de 2008 (29).

Como excepción a esta norma, tanto en el área 1 como en el área 2, O2 Germany continuará realizando itinerancia en las llamadas «zonas subterráneas» hasta el 31 de diciembre de 2008. Con arreglo al calendario, O2 Germany también tiene derecho a realizar itinerancia en las áreas subterráneas 3 hasta el 31 de diciembre de 2008 (30).

4.3.2. Itinerancia recíproca fuera del área de cobertura del 50 %

(35) Fuera del área requerida para obtener la cobertura del 50 % de la población, las Partes han acordado condiciones para la compra al por mayor recíproca de itinerancia nacional tanto de conmutación de circuitos como de conmutación de paquetes. O2 Germany se compromete a comprar un volumen mínimo de estos servicios de itinerancia a T-Mobile. T-Mobile obtiene el derecho a comprar servicios de itinerancia a O2 Germany en las mismas condiciones, pero no tiene obligación de hacerlo.

(27) El área 1 consta de: [...]*.

(28) El área 2 consta de: [...]*.

(29) El área 3 consta de: [...]*.

(30) «Áreas subterráneas» son las áreas dentro de las ciudades o regiones de las áreas 1, 2 y 3 que forman parte del sistema de transporte público subterráneo (incluido el ferrocarril y el metro), centros comerciales subterráneos, aparcamientos subterráneos, túneles para vehículos y peatones y cualquier otra área subterránea similar, así como las áreas directamente superiores (a nivel de tierra), pero sólo en la medida en que las áreas subterráneas y el nivel de tierra no puedan separarse técnicamente a efectos de la itinerancia.

(36) La sección 5 del acuerdo establece los principios clave de la itinerancia nacional. La cláusula 5.3 estipula que las partes acuerdan no discriminar a otras sociedades nacionales o internacionales que soliciten itinerancia. Además, ninguna de las partes tratará a los clientes de la otra menos favorablemente que a sus propios clientes. La cláusula 5.6 declara que las partes se comprometen a garantizar que la cooperación en la itinerancia no frene la competencia en los servicios prestados por las partes.

(37) La sección 6 del acuerdo trata sobre la itinerancia nacional por clientes de O2 Germany en la red 3G de T-Mobile. La cláusula 6.1 estipula que T-Mobile facilitará a O2 Germany la itinerancia nacional al por mayor durante la vigencia del acuerdo. Como parte del acuerdo, O2 Germany comprará un volumen mínimo de servicios de itinerancia a T-Mobile, por un valor de [...] en el plazo de tres años a partir de la fecha de lanzamiento de los servicios de itinerancia 3G (cláusula 6.5). Las partes han aportado datos basados en la experiencia de la itinerancia de O2 Germany en la red de segunda generación GSM de T-Mobile para demostrar que es probable que ello represente una proporción muy pequeña de las necesidades de O2 Germany. Por el contrario, la sección 7 se refiere a la itinerancia nacional por los clientes de T-Mobile en la red 3G de O2 Germany. La cláusula 7.1 afirma que T-Mobile tiene la posibilidad, pero no la obligación, de comprar servicios de itinerancia 3G a O2 Germany. Sin embargo, si T-Mobile compra servicios de itinerancia nacional a O2 Germany estará sujeta al mismo requisito mínimo de compra que O2 Germany (cláusula 7.4).

(38) La sección 8 del acuerdo establece normas específicas sobre restricciones al uso por parte de clientes. La cláusula 8.3 afirma que la parte que proporciona la itinerancia nacional tiene derecho a no admitir a abonados de la otra parte de su red. Asimismo, la parte que utiliza la itinerancia nacional puede impedir a sus propios clientes utilizar el servicio de la otra parte. Esto se aplica en caso de que haya áreas superpuestas. El acuerdo también proporciona información sobre las áreas donde puede impedirse el acceso y las circunstancias en que ello se aplicará.

(39) La sección 10 del acuerdo establece un sistema de dos niveles para los precios de la itinerancia 3G. Los precios para itinerancia 3G de conmutación de circuitos (para servicios de telefonía vocal) se basarán en los precios respectivos de final de interconexión de T-Mobile y de O2 Germany. Los precios al por mayor para itinerancia 3G de conmutación de paquetes se basarán en [un modelo de precio «al por menor rebajado» (31)]* que tenga en cuenta posibles cambios futuros de los precios y la demanda de itinerancia por conmutación de paquetes.

(31) [...]*.

(40) La sección 11 del acuerdo establece normas específicas sobre la reventa de capacidades nacionales de itinerancia a terceros. La cláusula 11.1.a establece la regla general de que cada parte tiene derecho a revender capacidad de itinerancia de la otra parte a revendedores y proveedores de servicios. Esto es conforme con las obligaciones de las partes en virtud del Derecho nacional y de conformidad con las condiciones de su licencia 3G para proporcionar acceso a los proveedores de servicios⁽³²⁾. Sin embargo, la reventa de capacidad de itinerancia a operadores de redes virtuales móviles (MVNO) que proporcionan servicios de voz a usuarios finales⁽³³⁾, y de capacidad de itinerancia a otros operadores de red autorizados, está sujeta a la aprobación previa de la otra parte.

(41) La cláusula 11.1.b afirma que las partes tienen derecho a ofrecer capacidades de itinerancia nacional de la otra parte a los operadores de redes virtuales móviles (MVNO) para tráfico de datos (MVNO de datos), a condición de que estos MVNO no utilicen la capacidad para prestar servicios a usuarios finales que sean esencialmente idénticos a un servicio de voz entre móviles (MVNO de voz). Las partes son también capaces de proporcionar capacidad de itinerancia para el tráfico vocal a los MVNO de datos, actuando como prestadores de servicios.

(42) Además, la cláusula 11.1.c estipula que la reventa de capacidad de itinerancia a otros operadores autorizados o a MVNO de voz, según lo definido en la cláusula 11.1.b, está sujeta al consentimiento de la otra parte. Sin embargo, de conformidad con la cláusula 11.2, el requisito de consentimiento previo de la cláusula 11.1.c no se aplica si los MVNO son empresas del grupo de la otra parte, a condición de que respeten los diversos regímenes de precios para servicios vocales y de datos. Además, de conformidad con la cláusula 11.3, una vez que una parte ofrece itinerancia a un tercero (no a una empresa del grupo) que sea MVNO de voz y ofrezca servicios esencialmente idénticos a un servicio

vocal móvil desde el punto de vista del cliente en el sentido de la cláusula 11.1.b, esta parte estará obligada a permitir a la otra parte facilitar también sus capacidades nacionales de itinerancia recibidas al MVNO de voz.

4.4. Duración

(43) El acuerdo estará en vigor hasta el 31 de diciembre de 2011 y, posteriormente, se renovará automáticamente por períodos de dos años, a menos que cualquier parte lo denuncie con dos años de preaviso.

5. MERCADO DE REFERENCIA

5.1. Introducción

(44) Puesto que el acuerdo tiene una naturaleza esencialmente técnica y no tiene como objeto la restricción de la competencia, debe analizarse el efecto que tenga el acuerdo. La probabilidad de que el acuerdo tenga efectos negativos en la competencia no depende sólo de la naturaleza del acuerdo, sino también de su contexto económico, tal como el poder de mercado de las partes y otros factores relativos a la estructura del mercado. Este análisis requiere una definición de los dos mercados al por mayor directamente afectados por el acuerdo, y la determinación de otros mercados al por mayor y al por menor donde puedan sentirse los efectos.

(45) Los mercados de telecomunicaciones se dividen generalmente en mercados al por mayor y al por menor. Los mercados al por mayor consisten típicamente en la provisión de acceso a redes (o a elementos de red) y de servicios de red a operadores de redes y servicios, y los mercados al por menor consisten en la prestación de servicios de comunicaciones a usuarios finales⁽³⁴⁾. Dentro de estas grandes categorías pueden definirse mercados más pequeños no sólo sobre la base de las características del servicio en cuestión y del grado en el que puede sustituirse por otros servicios en virtud del precio, el uso y las preferencias del consumidor, sino mediante un análisis de las condiciones competitivas y de la estructura de la oferta y la demanda⁽³⁵⁾. Dadas las

⁽³²⁾ Los prestadores de servicios (también llamados revendedores) son entidades autorizadas para ofrecer servicios móviles directamente a los usuarios finales bajo su propia marca (ocupándose ellos de la comercialización, facturación, etc.) sobre la base del tiempo de transmisión al por mayor comprado a la red móvil de un tercero. El fundamento jurídico de la obligación de proporcionar a los proveedores de servicios acceso a la 3G es la sección 4 TKV de la Ordenanza de protección al cliente de telecomunicaciones de 11 diciembre de 1997 (Gaceta del Derecho federal I, p. 2910) modificada por la segunda Ordenanza de protección al cliente de telecomunicaciones de 27 de agosto de 2002 (Gaceta del Derecho federal I, p. 3365) [Telekommunikations-Kundenschutzverordnung vom 11.12.1997, BGBl. I S. 2910 Zweite Verordnung zur Änderung der TKV vom 27.8.2002, BGBl. I S. 3365], y la sección 15 de las licencias alemanas de 3G.

⁽³³⁾ Los MVNO son empresas con su propio código de red móvil y una gama propia de números móviles IEM (identidad de estación móvil en el servicio internacional) o un equivalente para 3G, pero que no son titulares de una licencia de explotación de frecuencias inalámbricas.

⁽³⁴⁾ Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones — Marco jurídico, mercados de referencia y principios (comunicación sobre acceso) (DO C 265 de 22.8.1998, p. 2, apartado 45); Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directrices PSM) (DO C 165 de 11.7.2002, p. 6, apartado 64).

⁽³⁵⁾ Comunicación de la Comisión sobre la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa de competencia comunitaria (DO C 372 de 9.12.1997, p. 5); Directrices sobre la aplicación de las normas de competencia de la CEE en el sector de las telecomunicaciones (DO C 233 de 6.9.1991, p. 2).

ventajas de la movilidad y de la prima pagada por ello, los servicios móviles no son en general sustituibles por servicios fijos. Los servicios vocales móviles y fijos forman por tanto parte de distintos mercados de servicios, tal como ha determinado la Comisión en varias decisiones ⁽³⁶⁾.

- (46) Los mercados de servicios y de acceso a la red principalmente afectados por esta decisión son los siguientes:
- el mercado de emplazamientos y de infraestructura de emplazamientos para equipo móvil digital de radiocomunicaciones;
 - el mercado de acceso al por mayor a la itinerancia nacional para servicios de comunicaciones 3G.

Además, están indirectamente afectados los mercados de acceso al por mayor de servicios 3G, así como los mercados al por menor en sentido descendente de servicios 3G.

5.2. Mercados al por mayor de acceso a redes móviles

- (47) El acceso a instalaciones físicas como emplazamientos e infraestructura de emplazamientos, tales como mástiles y antenas, así como conductos, líneas arrendadas y derechos de paso, que forman parte de la infraestructura de red de telecomunicaciones móviles, pueden constituir acceso a mercados de redes móviles particulares. Además, existen mercados de acceso a la red al por mayor y mercados de servicios para la prestación de servicios de comunicaciones móviles digitales a otros operadores. Éstos se dividen, *grosso modo*, en lo siguiente:
- en primer lugar, los servicios de red al por mayor relacionados con la interconexión, que permiten la comunicación entre usuarios de distintas redes, y
 - en segundo lugar, servicios de acceso al por mayor relativos al uso de una red básica o de una red de acogida por clientes de otros operadores.
- (48) Los servicios al por mayor de red relacionados con la interconexión incluyen la terminación de llamadas (servicio al por mayor consistente en finalizar una llamada a un usuario final), la originación de llamadas (servicio al por mayor consistente en permitir que un usuario final realice una llamada), así como servicios directos de interconexión (provisión de una conexión física directa entre las redes de terminación y de originación) y servicios de tránsito (provisión de una

conexión indirecta entre las redes de terminación y de originación mediante el tránsito a través de una o más redes terceras). Los servicios de acceso relativos al uso de una red básica o de acogida por clientes de otros operadores incluyen la provisión al por mayor de itinerancia nacional e internacional, y la provisión al por mayor de tiempo de transmisión.

5.3. Mercados directamente afectados por el acuerdo

5.3.1. El mercado de emplazamientos e infraestructura de emplazamientos para equipos de radiocomunicaciones móviles digitales

Mercado de producto/infraestructura

- (49) Las redes de telecomunicaciones móviles 2G y 3G se basan en una arquitectura de red celular basada en antenas que se distribuyen por el área de cobertura, permitiendo que se reciban las señales de radio y se transmitan a los usuarios finales en un radio de celda determinado ⁽³⁷⁾. Los operadores de redes de telecomunicaciones móviles 2G y 3G requieren emplazamientos para la ubicación de estas antenas y la infraestructura relacionada del emplazamiento tal como mástiles, casetas asociadas, fuente de alimentación, combinadores y enlaces de transmisión.
- (50) La adquisición (ya sea mediante compra o, más generalmente, arrendamiento) de tales emplazamientos requiere el acuerdo de los dueños del emplazamiento y el permiso de urbanización de las autoridades locales, y en algunos casos la aprobación de las autoridades reguladoras para limitar el riesgo de interferencia de la frecuencia de radio. Aunque el número de propiedades que pueden convertirse en emplazamientos para equipos de comunicaciones móviles digitales sea en teoría ilimitado, en la práctica el número de emplazamientos adecuados es limitado debido a la normativa sobre urbanización, salud, consideraciones medioambientales o limitaciones por razón de espacio en puntos críticos (por ejemplo, en centros de ciudades, terminales de aeropuerto y ferroviarios y en áreas subterráneas). Para que pueda considerarse emplazamiento, una propiedad particular debe por tanto ser utilizable como tal desde un punto de vista técnico, debe estar disponible de conformidad con las limitaciones reglamentarias, y debe encajar en la arquitectura de red prevista situada en el territorio de cobertura según las necesidades de capacidad.

⁽³⁶⁾ Directrices PSM, apartado 66. Véase el asunto COMP/M.1439 — Telia/Telenor, Decisión de la Comisión de 13 de noviembre de 1999; asunto COMP/M.1795 Vodafone Airtouch/Mannesmann, Decisión de la Comisión de 12 de abril de 2000; asunto COMP/M.2574 — Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia, Decisión de la Comisión de 20 de septiembre de 2001; asunto COMP/M.2803 — Telia/Sonera, Decisión de la Comisión de 10 de julio de 2002.

⁽³⁷⁾ Dado que la 2,5G se basa en una capa de redes 2G existentes, y que en Alemania la proporcionan los cuatro operadores 2G existentes (y sus proveedores de servicios), esto no se analiza por separado.

- (51) Desde una perspectiva de la demanda, en la actualidad los emplazamientos son requeridos fundamentalmente por los cuatro operadores que tienen licencias 3G en Alemania y están planeando desplegar la red 3G; estos cuatro operadores también operan redes 2G⁽³⁸⁾. En principio, los emplazamientos 2G y 3G son intercambiables, aunque debido a la naturaleza de las diversas frecuencias utilizadas y de la capacidad añadida que se requiere para los servicios 3G, la densidad de una red 3G es mayor, y necesita hasta el doble de emplazamientos que una red 2G. Así pues, utilizando emplazamientos 2G existentes sólo puede cubrirse una parte limitada de la demanda de emplazamientos 3G. Finalmente, a diferencia de las redes 2G, que ya están totalmente desplegadas, el despliegue de las redes 3G en Alemania está aún en fase de planificación. A la vista de los requisitos normativos para el despliegue, a saber, una cobertura del 25 % de la población a finales de 2003 y una cobertura del 50 % de la población a finales de 2005, la demanda inicial de emplazamientos es mayor en zonas urbanas y otras zonas con gran densidad de población. Si bien cabe una cierta sustitución entre varios tipos de emplazamientos (por ejemplo, entre emplazamientos de tejado y emplazamientos de mástil, o entre emplazamientos múltiples que sirven a celdas más pequeñas, como microceldas o picoceldas y emplazamientos únicos que sirven a macroceldas) no existen otros productos que puedan sustituir a los emplazamientos y la infraestructura de emplazamientos 2G y 3G.
- (52) Desde la perspectiva de la oferta, el acceso a emplazamientos e infraestructura de los emplazamientos 2G y 3G lo pueden proporcionar los operadores de redes 2G y 3G que hayan ubicado, adquirido y desarrollado emplazamientos destinados a operar sus propias redes. Esto se debe a que los emplazamientos pueden en principio compartirse entre múltiples operadores, aunque existen limitaciones técnicas en cuanto al número de operadores que pueden compartir un emplazamiento concreto, en la mayoría de los casos hasta tres⁽³⁹⁾, dependiendo de la disposición del emplazamiento en cuestión. Puede haber economías de alcance por lo que se refiere a la oferta, porque es probable que los operadores de red prefieran tratar con partes que puedan proporcionarles el mayor número posible de emplazamientos en el mayor número posible de ubicaciones para minimizar costes de búsqueda y de transacción. Los operadores pueden preferir un mayor uso compartido de emplazamientos con otros operadores que cubran elementos de infraestructura de emplazamiento, reduciendo de esta manera más sus costes. Por último, es probable que en puntos críticos tales como centros de ciudad, muchos de los emplazamientos más favorables ya estén desarrollados y no estén por tanto disponibles para los nuevos participantes en el mercado.
- (53) Existe un margen limitado para la oferta de los operadores de redes de difusión. No obstante, existe una tendencia de los operadores móviles a utilizar las estructuras de difusión cuando son adecuadas para los requisitos locales del servicio. Los equipos de difusión de emisiones están situados en emplazamientos que permiten un nivel mucho más alto de cobertura geográfica en comparación con los requisitos de cobertura de los sistemas celulares. Por tanto, los emplazamientos de difusión tienden a ser estructuras altas en situaciones elevadas que transmiten a gran potencia (decenas de los kilovatios) a fin de lograr una cobertura óptima de la población utilizando un pequeño número de emplazamientos. Teniendo en cuenta las consideraciones de capacidad, las redes de radio móviles son celulares por naturaleza, y cada emplazamiento proporciona una cobertura suficiente pero limitada, reduciendo la interferencia interceldas y permitiendo reutilizar las asignaciones de frecuencia en otras áreas. El tamaño de cada celda puede variar desde unos cientos de metros hasta varios kilómetros, quedando el ámbito determinado por el nivel de capacidad de red que se requiera. La altura del emplazamiento y la potencia de transmisión son los principales factores para controlar el tamaño de celda, con potencias típicas de decenas de vatios y alturas de antena de entre 10 y 20 metros.
- (54) En el mercado alemán han entrado empresas independientes especializadas en la ubicación, adquisición y provisión de emplazamientos para uso de terceros. Otras partes que controlan emplazamientos, como los poderes públicos o los servicios públicos pueden igualmente incorporarse al mercado y ya lo han hecho así en Alemania. Por otra parte, anteriormente los operadores también han adquirido y arrendado emplazamientos individuales sobre una base comercial directamente de los propietarios de los emplazamientos, y continúan haciéndolo. Aparte de los obstáculos generales de permiso de urbanización, las normas y los requisitos de salud tendentes a minimizar la interferencia electromagnética mencionada anteriormente, no existen requisitos normativos graves de naturaleza legal, estatutaria u otros que puedan obstaculizar una entrada eficaz en el mercado y como consecuencia de ello perjudicar la sustitución de la oferta. No se requieren inversiones significativas ni una gran experiencia técnica para entrar en el mercado. La entrada en el mercado, por tanto, sigue siendo posible.
- (55) Tomando como base el análisis anteriormente mencionado de la oferta y la demanda, debería concluirse que existe un mercado de emplazamientos e infraestructura de los emplazamientos para el equipo móvil digital de radiocomunicaciones.

Mercado geográfico

⁽³⁸⁾ Los emplazamientos también son requeridos, por ejemplo, por radiodifusores digitales, y serán requeridos por proveedores de TETRA (radio troncal terrestre) si estos servicios arraigan en Alemania. Hasta ahora, las partes sólo comparten emplazamientos con otros operadores 2G/2,5G.

⁽³⁹⁾ En la dirección <http://www.regtp.de> figura un desglose del uso múltiple de los emplazamientos.

- (56) El mercado, basado en la estructura de la demanda, a cargo de operadores con licencia nacional, y con unas normas de urbanismo nacionales o locales, es nacional; es decir, su ámbito es Alemania.

5.3.2. *Mercado al por mayor para el acceso a la itinerancia nacional para servicios de comunicaciones 3G*

Mercado de producto/servicio

- (57) La itinerancia móvil tiene lugar cuando los abonados utilizan su teléfono móvil, o más específicamente la tarjeta SIM (módulo de identificación del abonado) que identifica a los abonados, en una red móvil distinta (la red de acogida) de la red a la que están abonados y que emitió su tarjeta SIM (red doméstica). La itinerancia puede ser nacional o internacional. En ambos casos se basa en acuerdos entre el operador de la red doméstica y el operador de la red de acogida para la prestación de acceso al por mayor de itinerancia en la red de acogida que posteriormente se transmite como servicio al por menor por la red doméstica a sus abonados. Sin embargo, el mercado de itinerancia nacional se distingue del de la itinerancia internacional entre otras cosas porque no implica acuerdos entre operadores extranjeros, porque no se basa en los acuerdos estándar desarrollados en la asociación GSM⁽⁴⁰⁾, y porque los precios son considerablemente distintos.
- (58) A pesar de una posible superposición inicial entre los servicios al por menor 2G, 2,5G y 3G, desde el punto de vista de la demanda el acceso al por mayor a la itinerancia nacional para servicios de comunicaciones 3G será distinto de la itinerancia 2G o 2,5G, porque tanto la gama de servicios vocales como de datos que puede proporcionarse basándose en la itinerancia 3G es mayor y diferente, dado que se contará con velocidades considerablemente más altas de transmisión (es decir, en la práctica desde 144 hasta 384 kbit/s para 3G frente a cifras de entre 20 y 60 kbit/s para 2,5G y entre 9 y 14 kB/s para 2G). En una sección separada más abajo figura un debate completo sobre los servicios vocales y de datos.
- (59) Desde la perspectiva de la oferta, sólo los operadores de redes 3G, u otras partes capaces de proporcionar el tipo adecuado de acceso a las redes 3G de tales operadores, podrán suministrar acceso al por mayor a la itinerancia nacional para servicios 3G. A la luz de los requisitos para la obtención de licencias, los obstáculos a la entrada, independientemente de la entrada secundaria basada en los derechos de acceso a una red 3G existente, son absolutos. El acceso al por mayor a la itinerancia nacional para servicios de comunicaciones 3G constituye por tanto un mercado separado de productos/servicios.

⁽⁴⁰⁾ La Asociación GSM está integrada por más de 690 operadores, fabricantes y proveedores de redes móviles de 2 y de 3G que desarrollan conjuntamente plataformas técnicas para hacer posibles unos servicios inalámbricos continuos, especialmente por lo que se refiere a la itinerancia y la interoperabilidad. Véase <http://www.gsmworld.com>.

Mercado geográfico

- (60) A la luz de los requisitos nacionales para las licencias de las redes 3G, y dadas las diferencias de precio entre la itinerancia nacional e internacional, el mercado de referencia es nacional, es decir, Alemania.

5.4. **Otros mercados al por mayor y al por menor potencialmente afectados**

5.4.1. *Mercados al por mayor potencialmente afectados*

Mercado de producto/servicio

- (61) El acuerdo puede afectar a otros mercados mayoristas de servicios de red de 3G y de acceso a redes de 3G, como el mercado del suministro de acceso al tiempo de llamada al por mayor a proveedores de servicios, que existen en Alemania gracias a una obligación reglamentaria. El acceso al por mayor al tiempo de llamada es similar al acceso a la itinerancia nacional porque también guarda relación con el suministro al por mayor de acceso y minutos (tiempo de llamada) por una red de acogida. Este acceso lo proporcionan a los proveedores de servicios los operadores móviles titulares de una licencia en Alemania, ya que es una de las condiciones que les impone la licencia⁽⁴¹⁾. La diferencia entre las dos formas de acceso es que un operador que se basa en la itinerancia nacional puede determinar por sí mismo la gama de servicios que pone a disposición de sus abonados y puede prestar servicios que no están a disposición de los clientes de la red de acogida. Por el contrario, un proveedor de servicios tiene que limitarse a revender la gama de servicios que ofrece el operador de red que le suministra el tiempo de llamada al por mayor.
- (62) Otro posible mercado mayorista es el de los servicios de establecimiento de llamadas para proveedores de servicios de selección de operador que compran el derecho a acceder a redes móviles para establecer llamadas que terminan bajo su propia responsabilidad. Este mercado no parece actualmente existir en Alemania, pero existe en otros Estados miembros tales como el Reino Unido. Por otro lado, no cabe descartar la posibilidad de que aparezcan nuevas formas de acceso al por mayor a redes y servicios de 3G que lleguen a configurar distintos mercados de referencia.

⁽⁴¹⁾ Sección 4 Ordenanza TKV sobre protección de los clientes de telecomunicaciones de 11 de diciembre de 1997 (Gaceta federal de Derecho I, p. 2910) modificada por la segunda ordenanza sobre protección de los clientes de telecomunicaciones de 27 de agosto de 2002 (Gaceta federal de Derecho I, p. 3365) [Telekommunikations-Kundenschutzverordnung vom 11.12.1997, BGBl. I S. 2910 Zweite Verordnung zur Änderung der TKV vom 27.8.2002, BGBl. I S. 3365]; y por la sección 15 de las licencias 3G alemanas.

(63) Es probable que los servicios de 3G al por mayor consistentes en servicios de red y acceso de red sean distintos de los servicios y el acceso de red de 2G o de 2,5G porque la gama de servicios que puede prestarse a través de redes de 3G es más amplia y diferente, dado que se dispone de velocidades de transmisión bastante más altas. Sin embargo, como los mercados mayoristas de 3G que están surgiendo están en una fase de desarrollo incipiente, es demasiado pronto para describir detalladamente la situación de la demanda de servicios de red y el acceso de red en términos comerciales en estos mercados, salvo en el caso de la demanda integrada por los proveedores de servicios de acceso al por mayor a tiempo de llamada en consonancia con las obligaciones reglamentarias impuestas a los operadores de redes de 3G. Desde el punto de vista de la oferta, estos mercados lógicamente están limitados a los operadores de redes de 3G y a las empresas que puedan recibir una autorización para proporcionar el grado adecuado de acceso a redes de 3G.

Mercado geográfico

(64) Dados los distintos regímenes nacionales de concesión de licencias y fijación de precios, es probable que el alcance geográfico de estos mercados mayoristas sea nacional⁽⁴²⁾.

(65) Como a efectos de la presente Decisión no es necesario definir estos mercados con mayor precisión, no se definirán.

5.4.2. Mercados minoristas que pueden verse afectados

(66) Aunque la cooperación prevista en el acuerdo se limita al uso compartido de emplazamientos y a la itinerancia nacional a nivel de red al por mayor, podría afectar a los mercados descendentes de servicios minoristas en los que las Partes están presentes y actúan con total independencia. Hasta la fecha, en el sector de los servicios móviles al por menor, los servicios vocales y los de transmisión de datos se venden en un mismo paquete, por lo que cabe concluir que forman parte del mismo mercado. Es probable que los operadores de redes de 2G ofrezcan servicios vocales y de datos de 2G y 3G «continuos» prestando ambos tipos de servicios por medio de una sola tarjeta SIM. Sin embargo, según las previsiones, la situación actual, caracterizada por el hecho de que los servicios de datos de 2G están limitados en gran medida al fax y los SMS mientras que los servicios vocales normalmente generan más del 90 % de los ingresos de los operadores móviles de 2G, cambiará

radicalmente en el caso de las redes de 3G: se calcula que, con servicios como la telecompra, la vídeo telefonía y las vídeo conferencias llegará un momento en que los servicios de datos generen entre el 50 % y dos tercios de los ingresos. Resulta, pues, oportuno analizar por separado los servicios de telefonía vocal móvil digital y los servicios móviles digitales de transmisión de datos. Al menos al principio, esta distinción corresponde en gran medida a la distinción entre servicios basados en circuitos conmutados y servicios basados en paquetes conmutados.

Servicios de telefonía vocal móvil digital

(67) En el caso de los mercados de telefonía vocal móvil, hasta ahora la Comisión generalmente no ha distinguido entre las diversas tecnologías existentes. En la mayoría de sus decisiones ha llegado a la conclusión de que el GSM 900 y 1800 analógico y digital forman parte del mismo mercado de telefonía vocal móvil, sin que ello signifique que no haya comprobado definiciones del mercado más limitativas para asegurarse de que ninguna definición de mercado se traducía en la aparición de una posición dominante⁽⁴³⁾. Sin embargo, como los operadores de Alemania ya no utilizan la telefonía móvil analógica desde el 1 de enero de 2000, los servicios objeto del acuerdo son servicios de telefonía vocal móvil digital. Hasta la fecha, la Comisión no ha definido mercados distintos para los servicios de 2G, de 2,5G y de 3G al por menor⁽⁴⁴⁾.

(68) No obstante, las fuentes del sector anticipan que con el tiempo se desarrollarán en las redes de 3G servicios *rich voice* consistentes en servicios vocales integrados con servicios de datos, como videofonos y conferencias multimedia para consumidores, que superarán la capacidad de las redes de 2G y de 2,5G. Por tanto, es posible que se desarrolle un mercado minorista distinto para los servicios vocales de 3G o que los servicios vocales y de

⁽⁴²⁾ Sin embargo, véase la Decisión de la Comisión de 4 de octubre de 2001 en el asunto COMP/M.2898 TDC/CMG/MIGway JV (DO C 16 de 19.1.2002, p. 16), que constata la existencia de mercados de dimensiones comunitarias para la conectividad con la red de señalización internacional y para el acceso al por mayor (SMS) a las infraestructuras de telefonía móvil.

⁽⁴³⁾ Véase el asunto IV/M.1430, Vodafone/Airtouch, Decisión de la Comisión de 21 de mayo de 1999; asunto COMP/JV.17, Mannesmann/Bell Atlantic/Omnitel, Decisión de la Comisión de 21 de mayo de 1999; asunto COMP/M.1439, Telia/Telenor, Decisión de la Comisión de 13 de noviembre de 1999; asunto COMP/M.1760, Mannesmann/Orange, Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 1999; asunto COMP/M.1795, Vodafone Airtouch/Mannesmann, Decisión de la Comisión de 12 de abril de 2000; asunto COMP/M.2053, Telenor/BellSouth/Sonofon, Decisión de la Comisión de 4 de agosto de 2000; asunto COMP/M.2016, France Télécom/Orange, Decisión de la Comisión de 11 de agosto de 2000; asunto COMP/M.2130, Belgacom/Tele Danmark/T-Mobile International/Ben Nederland Holding, Decisión de la Comisión de 25 de septiembre de 2000.

⁽⁴⁴⁾ Asunto COMP/M.1795, Vodafone Airtouch/Mannesmann, Decisión de la Comisión de 12 de abril de 2000; asunto COMP/M.1954, ACS/Sonera Vivendi/Xfera, Decisión de la Comisión de 31 de julio de 2000; COMP/M.2130 Belgacom/Tele Danmark/T-Mobile International/Ben Nederland Holding, Decisión de la Comisión de 25 de septiembre de 2000.

datos de 3G se integren en un mismo mercado. Como los servicios de 3G serán de mayor calidad y más variados, lo más probable es que se les puedan aplicar precios más elevados. Además, es de esperar que se produzca una sustitución unidireccional entre los servicios de 2G y de 3G (es decir, los usuarios sustituirán los servicios de 2G por servicios de 3G, pero no a la inversa), con lo que se demostraría que se trata de mercados distintos. Con todo, a efectos de la presente Decisión no es necesario determinar si los servicios vocales de 2G y de 3G constituyen mercados de productos distintos. Se deja, pues, abierta la definición del mercado de productos de referencia.

Servicios móviles digitales de datos

(69) Una diferencia fundamental entre los servicios de datos de 2G y los servicios de datos de 2,5G y de 3G es que, mientras que los primeros se basan en la conmutación de circuitos, los segundos están basados en una tecnología distinta más avanzada y con mayores posibilidades técnicas. Como está previsto que en las redes de 3G se puedan ofrecer servicios y contenidos mucho mejores que en las redes de 2G, tanto en términos de velocidad de transmisión de datos como de gama de servicios disponible, resulta lógico suponer que cualquier sustitución entre 2G y 3G sea unidireccional. Por lo tanto, hay que concluir que los servicios de 2G y de 3G constituirán mercados distintos. Aunque parece claro que se producirá cierto solapamiento entre los servicios de 2,5G y de 3G, ya que la tecnología de 2,5G permite prestar servicios de correo electrónico móvil, mensajería multimedia y acceso continuo de Internet, lo cierto es que la de 2,5G no tiene suficiente capacidad de transmisión de datos para proporcionar los servicios de datos de gama alta que se espera que se ofrezcan en las redes de 3G. Por lo tanto, parece que puede haber un incipiente mercado de prestación de servicios móviles de datos de 3G.

(70) Basándose en el factor distintivo de la movilidad, hasta la fecha la Comisión siempre ha considerado que los servicios móviles y fijos de datos son mercados distintos⁽⁴⁵⁾. Sin embargo, es probable que los servicios de datos de 3G de banda más ancha sólo puedan prestarse en condiciones de cobertura óptima y de reducida o nula movilidad. Al mismo tiempo, se están desarrollando servicios red de área local inalámbrica (WLAN) que ofrecen comunicaciones de datos (entre las que figura el acceso de banda ancha a Internet) con una movilidad limitada a una zona concreta (por ejemplo, en el interior de edificios o en lugares públicos). No hay que descartar la posibilidad de que este tipo de movilidad

limitada se convierta en el futuro en una característica común a todos o casi todos los servicios de datos de gran ancho de banda. Por lo tanto, no es posible determinar si los servicios del tipo WLAN serán un complemento o un sustituto de los servicios de 3G y si con ello desaparecerá la distinción entre los servicios fijos y móviles de datos y surgirá un mercado de comunicaciones de datos inalámbricas de banda ancha.

(71) Como todavía están apareciendo servicios de 2,5G y los servicios de 3G aún están en la fase de planificación, no es posible determinar exactamente si pertenecen al mismo mercado o a mercados distintos, si los servicios móviles digitales vocales y de datos forman parte del mismo mercado y si determinados servicios de 3G se encuadran en el mismo mercado que los servicios de datos de banda ancha, como los WLAN. En cualquier caso, a efectos de la presente Decisión no es necesario determinar si los servicios de datos y/o voz de 2G, 2,5G y de 3G, esto es, los servicios inalámbricos de voz y datos de banda ancha, deben considerarse mercados de productos distintos. Se deja, pues, abierta la definición del mercado de productos de referencia.

Mercados geográficos

(72) Dado de que hasta la fecha las ofertas de precios y servicios al por menor de telefonía móvil digital son de ámbito nacional, los mercados siguen teniendo dimensiones nacionales, a excepción del nuevo mercado de prestación de servicios de telecomunicaciones móviles paneuropeas continuos a los clientes internacionalmente móviles que la Comisión definió en el asunto Vodafone/Mannesmann⁽⁴⁶⁾. Los servicios de itinerancia internacional no constituyen una alternativa válida, dados el elevado precio y limitadas prestaciones de la itinerancia internacional⁽⁴⁷⁾. Además, por regla general los operadores de red se niegan a permitir la itinerancia permanente basada en el acceso internacional a la itinerancia, es decir, no permiten que un cliente de una red extranjera esté en itinerancia permanente en su red. Por consiguiente, el mercado o mercados que se acaban de describir serán nacionales.

⁽⁴⁵⁾ En relación con el acceso a Internet por marcación vía teléfonos móviles y vía medios fijos. Véase la Decisión de la Comisión de 20 de julio de 2000 en el asunto COMP/JV 48, Vodafone/Vivendi/Canal+, <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

⁽⁴⁶⁾ Véase el asunto COMP/M.1795, Vodafone Airtouch/Mannesmann, Decisión de la Comisión de 12 de abril de 2000; asunto COMP/M.2016, France Télécom/Orange, Decisión de la Comisión de 11 de agosto de 2000.

⁽⁴⁷⁾ Véase el asunto IV/JV.2, ENEL/FT/DT, Decisión de la Comisión de 22 de junio de 1998; asunto IV/M.1430, Vodafone/Airtouch, Decisión de la Comisión de 21 de mayo de 1999; asunto COMP/M.1439, Telia/Telenor, Decisión de la Comisión de 13 de noviembre de 1999.

5.5. Estructura del mercado

5.5.1. El mercado de los emplazamientos y sus infraestructuras para equipos de radiocomunicaciones móviles digitales

(73) Aunque los operadores prefieran tratar con partes que puedan proporcionar el mayor número de emplazamientos al mismo tiempo, no existen barreras importantes de entrada, se requiere una inversión o experiencia técnica limitadas, y los dueños de emplazamientos individuales pueden tratar directamente con los operadores de redes móviles. Entre los competidores reales o potenciales en este mercado figuran los otros operadores autorizados para redes y servicios 2G y 3G en Alemania, los operadores de radiodifusión, empresas de servicios públicos, y empresas especializadas (*tower companies*) que adquieren y ofrecen acceso a emplazamientos, tales como New Radio Tower, Plan+Design Netcare AG y Tessag SAG Abel Kommunikationstechnik GmbH & Co. Kg. T-Mobile ha transferido recientemente sus actividades relacionadas con el arrendamiento, la adquisición y el arrendamiento financiero, así como el uso compartido de emplazamientos a una entidad jurídica separada, Deutsche Funkturm GmbH. De los cerca de [40 000 a 70 000 (*)] emplazamientos existentes, se estima que T-Mobile tiene unos [de 10 000 a 20 000 (*)], D2 Vodafone [de 10 000 a 20 000 (*)], E-Plus [de 5 000 a 15 000 (*)] y O2 Germany [de 5 000 a 15 000 (*)]. Se estima que Ferrocarriles Alemanes posee más de [de 2 000 a 6 000 (*)] emplazamientos, el ente de radiodifusión ARD [de 2 000 a 6 000 (*)] y unos [de 2 000 a 6 000 (*)] están en manos de otros, incluidos Mobilcom, empresas de servicios públicos y *tower companies*.

5.5.2. Mercado de acceso al por mayor a la itinerancia nacional para servicios de comunicaciones de 3G

(74) En Alemania, la itinerancia nacional 2G está actualmente limitada a los clientes de O2 Germany en la red de T-Mobile⁽⁴⁸⁾. Por tanto, T-Mobile tiene una cuota de mercado del 100 % en el mercado de itinerancia nacional 2G al por mayor en Alemania. Dado que en la práctica la itinerancia 3G resulta principalmente de los clientes de O2 Germany que utilizan la red de T-Mobile, T-Mobile tendrá una cuota de mercado igual de elevada en el mercado al por mayor de itinerancia nacional 3G. Sin embargo, T-Mobile está sujeta a la competencia potencial de los otros operadores de redes 3G que pueden ofrecer itinerancia nacional con un coste adicional escaso o nulo, si bien posiblemente sujeto a restricciones de capacidad.

(75) Existen unas barreras de entrada elevadas debidas a los requisitos formales para la obtención de licencias, el limitado número de licencias disponibles, y los altos

costes tanto de adquisición de una licencia 3G en Alemania como de las inversiones en infraestructura de redes 3G. Las oportunidades de entrar en el mercado para los operadores de redes son limitadas, pues no está previsto que se expidan nuevas licencias ni que se reexpan las licencias de Group 3G y de Mobilcom, que no desplegarán sus redes 3G. Aunque no puede excluirse que las licencias de Group 3G y de Mobilcom se transfieran a otra empresa con la aprobación de las autoridades reguladoras nacionales, o mediante la adquisición de estas empresas, se trata de una situación poco probable dado el actual panorama de las inversiones. Los competidores reales o potenciales en estos mercados son las otras dos sociedades que prevén desplegar redes y servicios 3G en Alemania, y otros competidores potenciales pueden ser terceros que revenden el acceso a servicios de itinerancia al por mayor en la red de estos otros operadores o en las redes de las partes.

5.5.3. Servicios 3G al por menor

(76) Hay seis operadores autorizados para utilizar derechos de frecuencia 3G y proporcionar redes y servicios 3G en Alemania. Aparte de T-Mobile y O2 Germany, están D2 Vodafone, E-Plus, Mobilcom y Group 3G. No obstante, tanto Group 3G/Quam como Mobilcom han amortizado el valor de sus activos 3G y han abandonado sus planes de entrar en los mercados 3G en Alemania como operadores de redes, aunque Mobilcom puede seguir activo como proveedor de servicios⁽⁴⁹⁾. Los principales competidores en los mercados al por menor 3G son por tanto D2 Vodafone y E-Plus, y potencialmente proveedores de servicios tales como Mobilcom y Debitel, que compran a los operadores de red tiempo de transmisión al por mayor para revenderlo, así como los operadores de redes virtuales móviles (MVNO) que puedan surgir en este mercado.

(77) Como las redes y servicios 3G aún no funcionan no puede facilitarse actualmente ningún cálculo concluyente sobre cuotas de mercado o evaluación de la sustitución de los servicios de segunda generación por los de tercera. No obstante, si se toman las cuotas de mercado de 2002 para servicios 2G al por menor como referencia para las cuotas de mercado en los mercados 3G, incluidas las cifras de clientes de los proveedores de servicios activos en sus redes, T-Mobile tenía una cuota de mercado del 41,7 % y O2 Germany una cuota de mercado del 7,8 %, frente al 38,3 % de D2 Vodafone y el 12,2 % de E-Plus. Si sólo se cuentan los abonados propios, T-Mobile tenía una cuota de mercado del 29 %, frente al 7,5 % de O2 Germany, el 28 % de D2 Vodafone, y el 7 % de E-Plus, y en total el 29 % de los abonados están divididos entre más de 10 proveedores de servicios distintos, con Debitel al frente con una cuota de mercado del 12,7 %, seguida de Mobilcom con un 8,8 %. Group 3G no está activa en los mercados 2G en Alemania.

⁽⁴⁸⁾ El acuerdo en cuestión fue objeto de una notificación en el asunto COMP/C1/37.500 O2 Germany Interkom + T-Mobil, que se cerró mediante una carta administrativa de 13 de julio de 1999.

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

6. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

(78) Las partes explican fundamentalmente en términos financieros la necesidad de su acuerdo sobre uso compartido de la red 3G. Más específicamente alegan que este uso compartido es necesario por las razones siguientes:

- a) porque la infraestructura 3G es más cara que sus predecesoras, dada la densidad mucho más alta de antenas requerida, que es dos veces mayor que para las redes GSM de segunda generación;
- b) porque desde que se concedieron las licencias 3G, las expectativas de ingresos por estos servicios se han revisado a la baja, y
- c) porque debido al descenso general de la industria de las telecomunicaciones móviles el coste de reunir el capital ha aumentado.

En la notificación, las partes declararon que a consecuencia del acuerdo, previeron una reducción de hasta [15-35 % (*)] de sus inversiones en la infraestructura de red, ahorrando también en los costes de funcionamiento de la red.

6.1. Apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE y apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE

(79) Apartado 1 del artículo 81: las partes afirman que el Acuerdo no tiene por objeto o efecto restringir sensiblemente la competencia en el mercado común contraviniendo el apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE y el apartado 1 del artículo 51 del Acuerdo EEE, ya que su posible uso compartido de emplazamientos y RAN no supondrá el uso compartido de redes de base o frecuencias, y porque el acuerdo requiere que las partes mantengan una competencia completa en el servicio y en el nivel al por menor. Además, la planificación y diseño de las redes y su funcionamiento seguirán siendo independientes y cualquier divulgación de información técnica se limitará al mínimo necesario.

6.2. Apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE y apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE

(80) La principal restricción potencial de la competencia se refiere a las limitaciones en la reventa de la capacidad de itinerancia para la prestación de servicios vocales a los MVNO. Si se considerara que el acuerdo restringe la competencia, las partes recurrirían al argumento de que está exento de conformidad con el apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE y el apartado 3 del artículo 51 del Acuerdo EEE. Teniendo en cuenta el alto precio pagado por las licencias y la posterior y significativa pérdida de valor comercial del espectro 3G, las partes sostienen que el uso compartido de infraestructura permitirá reducir el gasto de capital y corriente al reducir sus inversiones en infraestructura y gastos de funcionamiento. Según las partes, esto es necesario para aliviar parte [15-35 % (*)] de la carga de apertura

simultánea de acceso al mercado 3G en la UE. Además, las partes sostienen que el planteamiento adoptado coincide con la política adoptada por el RegTP, así como por otros organismos de control tales como OfTel en el Reino Unido. Además, alegan que el uso compartido es necesario debido a las limitaciones urbanísticas y a las restricciones medioambientales.

(81) Las partes sostienen que, en definitiva, los consumidores se beneficiarán de la prestación de servicios 3G más rápidos, innovadores y a precios más bajos. A resultas de su cooperación, las partes no prestarán a los usuarios finales unos servicios estandarizados, sino que seguirán en competencia directa en las aplicaciones de contenidos, los precios al por menor, los precios al por mayor, las condiciones de servicio, el canal de salida al mercado y los servicios de atención a la clientela y de comercialización. Por lo tanto, concluyen que, gracias al acuerdo, la competencia no sólo quedará garantizada sino que se intensificará en los mercados alemanes de redes y servicios de tercera generación. Por último, las partes sostienen que dado que es esencial para proteger sus inversiones que retengan el control último sobre quién tiene acceso a su red, el acuerdo no se habría concluido sin la restricción sobre la reventa a los MVNO de voz.

7. OBSERVACIONES DE TERCEROS

(82) El anuncio inicial⁽⁵⁰⁾ publicado por la Comisión a la recepción de la notificación en febrero 2002 y el posterior anuncio de conformidad con el apartado 3 del artículo 19 del Reglamento nº 17⁽⁵¹⁾ dio lugar a comentarios por parte de la autoridad alemana de competencia, el Bundeskartellamt, así como de cinco participantes distintos del mercado que representaban a los operadores de redes móviles y a los proveedores de servicios y operadores de los mercados relacionados en Alemania. Aunque algunas partes expresaron su apoyo al uso compartido de la red, todas criticaron el acuerdo en su forma actual. Tras la notificación de las partes de una enmienda al acuerdo relativo a la itinerancia nacional, se dio al Bundeskartellamt y a los participantes en el mercado que hicieron observaciones respecto al apartado 3 del artículo 19 del Reglamento nº 17 otra oportunidad para reaccionar frente a estos cambios.

7.1. Comentarios del Bundeskartellamt (BKA)

(83) El BKA cree que para el UMTS, la competencia basada en la calidad de red y la capacidad de transmisión será especialmente importante y dependerá del grado de competencia de la infraestructura. Por tanto, optaría por una restricción de la competencia para cualquier forma de actividad con uso compartido de la red, a menos que la competencia basada en la infraestructura no sea posible por razones prácticas o legales. En este contexto, el BKA también tendría en cuenta cuestiones medioambientales y la situación financiera de las empresas implicadas. Señala que en Alemania es cada vez más

⁽⁵⁰⁾ DO C 53 de 28.2.2002, p. 18.

⁽⁵¹⁾ DO C 189 de 9.8.2002, p. 22.

difícil obtener permiso de planificación para los emplazamientos, lo que fuerza a los operadores a optar por el uso compartido de los emplazamientos. También observa que la situación financiera de los operadores móviles puede requerir el uso compartido de red para permitir la entrada en el mercado.

- (84) Así pues, el BKA opina que no existe restricción de la competencia siempre que sea necesario hacer un uso compartido de los emplazamientos para cumplir las obligaciones de licencia de las partes (especialmente el requisito de cobertura del 50 % de la población en 2005) y por tanto es necesario permitir la entrada en el mercado. El BKA considera que el uso compartido de RAN, que no estima necesario para cumplir los requisitos de la licencia, constituye una restricción de la competencia que sería aceptable sólo en la medida en que sea necesario para permitir la entrada en el mercado. Con respecto al uso compartido del emplazamiento después de 2005 y más allá del requisito de cobertura del 50 % de la población, y en relación con el uso compartido de RAN, el BKA afirma que implican restricciones de la competencia pero que pueden quedar exentos.
- (85) Sin embargo, el BKA no considera que las limitaciones en la reventa de la capacidad de itinerancia a los MVNO previstas en el artículo 11 del acuerdo puedan quedar exentas, porque en su opinión tienen el efecto de coordinación de precios entre competidores. La declaración del BKA no aborda la itinerancia nacional como tal.

7.2. Observaciones de los participantes en el mercado

- (86) Un participante en el mercado se opuso por principio a la itinerancia nacional, por considerar que constituye una restricción de la competencia de las redes. También se opuso a la ampliación del uso compartido de emplazamientos y RAN, alegando que el resultado sería un grado de armonización de las redes que las haría indistinguibles. A consecuencia de ello, no sólo se eliminaría en gran parte la competencia en cuanto a la calidad de las redes, sino también la competencia en materia de servicios. Añadió que no ha visto pruebas de que a consecuencia del acuerdo, las partes estén desplegando más rápidamente las redes 3G.
- (87) Un segundo participante en el mercado se pronunció a favor del uso compartido de las redes como medio para controlar los costes y facilitar en principio la entrada en el mercado, pero solicitó que la no exclusividad del acuerdo debería estar respaldada por un compromiso de las partes sobre la disponibilidad de una capacidad suficiente de la red para acomodar a terceros.
- (88) Un tercer participante en el mercado alegó que el acuerdo sobre el uso compartido de la red permitiría a las partes utilizar los consiguientes ahorros en costes para incorporarse al mercado de los servicios de búsqueda y los servicios de mensajería instantánea de urgencia, así como a los mercados relacionados de servicios 3G, forzando a los competidores más pequeños a salir de estos mercados.

- (89) Dos participantes en el mercado plantearon objeciones contra la cláusula 11 del acuerdo, alegando que el requisito de aprobación previa por el operador de la red de la reventa de capacidad de itinerancia para la prestación de servicios vocales por parte de los MVNO redundó en una restricción de la competencia en el mercado al por menor o en los mercados de servicios 3G.
- (90) Todos los comentarios recibidos se han revisado cuidadosamente, y dado que los comentarios de terceros reflejan preocupaciones reales en materia de competencia, en la evaluación jurídica que figura a continuación se presenta el razonamiento de la Comisión sobre estas cuestiones.

8. RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA

- (91) El apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE y el apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE prohíben los acuerdos entre empresas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común. No obstante, esta prohibición puede declararse inaplicable siempre que tales acuerdos restrictivos cumplan las condiciones establecidas en el apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE y en el apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE.
- (92) El acuerdo notificado es un acuerdo de cooperación horizontal entre dos competidores que también implica ciertos aspectos verticales. El acuerdo no tiene por objeto restringir la competencia mediante la fijación de precios, limitaciones de la producción o el reparto de mercados o clientes, pero puede tener el efecto de restringir la competencia dado que T-Mobile y O2 Germany son competidores en redes y los servicios móviles digitales 2G y 3G.
- (93) El acuerdo entre O2 Germany y T-Mobile prevé que la Partes cooperen a la hora de desplegar sus redes de 3G en dos ámbitos: i) el uso compartido de emplazamientos y ii) la itinerancia nacional. Las Partes se comprometen a cooperar en materia de planificación, adquisición, construcción, despliegue y uso compartido de emplazamientos de 2G, de 3G y de 2G/3G y a prestarse servicios de itinerancia. Como resultado, las Partes cooperarán ampliamente en lo que atañe al despliegue de sus redes móviles de 3G. Esta amplia cooperación entre dos operadores clave de un mercado en el que hay pocos competidores y las barreras de entrada son grandes, cuando no insuperables, plantea problemas de competencia. En especial, existe un riesgo de que el acuerdo pueda: i) reducir la competencia de redes en Alemania e ii) traer consigo efectos secundarios en mercados de servicios. Además, habrá que examinar cualquier disposición restrictiva, tal como restricciones en la reventa.

8.1. Aplicabilidad del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE y apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE

(94) Debido a que el uso compartido de emplazamientos, el uso compartido de RAN y la itinerancia nacional deberían considerarse formas distintas de cooperación que tienen efectos en distintos mercados, se analizan por separado.

8.1.1. Uso compartido ampliado de emplazamientos

(95) El uso compartido de emplazamientos se fomenta en principio como política tanto en la Unión Europea como a nivel nacional. Además, las autoridades nacionales pueden imponer el uso compartido de instalaciones especialmente cuando los competidores carecen de alternativas viables. El artículo 11 de la Directiva 97/33/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (Directiva de interconexión), establece que las autoridades reguladoras nacionales podrán fomentar e imponer la colocación y el uso compartido de instalaciones⁽⁵²⁾, y esto se ha aplicado en Alemania mediante la sección 33 de la Ley alemana de telecomunicaciones (TKG), que prevé que los terceros podrán exigir el acceso a las instalaciones básicas de los operadores dominantes⁽⁵³⁾. En el nuevo marco regulador, el considerando 23 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco)⁽⁵⁴⁾ establece que «el uso compartido de recursos puede resultar beneficioso por motivos de ordenación territorial, de salud pública o medioambientales y las autoridades nacionales de reglamentación deben fomentarlo sobre la base de acuerdos voluntarios». El artículo 12 de la Directiva marco establece que las autoridades reguladoras nacionales podrán imponer el uso compartido de instalaciones cuando las empresas no tengan acceso a alternativas viables dada la necesidad de proteger el medio ambiente, la salud pública o la seguridad pública, o de alcanzar objetivos de ordenación urbana y territorial. Por tanto, una normativa sectorial puede establecer una solución si no hay emplazamientos alternativos y si los competidores no consiguen negociar el acceso a los emplazamientos necesarios o a la infraestructura de los emplazamientos en términos comerciales.

(96) El uso compartido a través de acuerdos bilaterales es una práctica común entre todos los operadores de Alemania

de 2G y es probable que continúe con la 3G. Existen acuerdos básicos entre T-Mobile, D2 Vodafone y E-Plus relativos al uso de emplazamientos conjuntos. Además, el uso compartido de emplazamientos se fomenta en Alemania como política dirigida a minimizar el número total de emplazamientos necesarios por razones medioambientales y de salud. De esta manera, el 9 de julio de 2001 se celebró un acuerdo general entre, por una parte, todos los operadores de redes móviles y, por otra parte, las asociaciones de municipios, con el objetivo de maximizar el uso de emplazamientos compartidos⁽⁵⁵⁾. A consecuencia de este acuerdo, los operadores de redes móviles en Alemania intercambian información a escala regional sobre los emplazamientos necesarios en municipios concretos, a fin de alcanzar la máxima proporción posible de emplazamientos compartidos.

(97) El mercado de emplazamientos e infraestructura de los emplazamientos para equipos digitales móviles de radiocomunicaciones ya se ha definido anteriormente (considerando 49 y siguientes). Las partes estiman que hasta ahora se han adquirido alrededor de [de 40 000 a 70 000 (*)] emplazamientos para redes 2G en Alemania, gran parte de los cuales pueden utilizarse para redes 3G. Hasta ahora, globalmente en el mercado alemán el 64 % de los emplazamientos son utilizados por un solo operador, el 20 % por dos operadores, y el 16 % por tres o más operadores⁽⁵⁶⁾. Dado que las redes 3G se concentrarán inicialmente en las zonas urbanas para alcanzar la cobertura de población requerida, es probable que el porcentaje de emplazamientos compartidos para 3G pudiera ser más elevado que para 2G. La distribución de los emplazamientos que ya se han desarrollado entre los operadores de redes se estima del siguiente modo: [de 10 000 a 20 000 (*)] son de T-Mobile, [de 10 000 a 20 000 (*)] de D2 Vodafone, [de 5 000 a 15 000 (*)] de E-Plus y [de 5 000 a 15 000 (*)] de O2 Germany. Se calcula que se adquirirán al menos 20 000 nuevos emplazamientos para redes 3G. Además de unas existencias de [de 10 000 a 20 000 (*)] emplazamientos, T-Mobile prevé añadir [...] para su red 3G. Parte de los emplazamientos añadidos serán compartidos: en su notificación, las partes alegaron que prevén compartir hasta un [20-35 % (*)] de sus emplazamientos 3G en virtud del acuerdo. Información más reciente proporcionada por las partes muestra que O2 Germany espera ahora compartir hasta un [40-55 % (*)] de sus emplazamientos 2G y 3G con los demás operadores incluido T-Mobile, y un [15-30 % (*)] solo con T-Mobile. T-Mobile espera compartir un [...] de emplazamientos de mástiles y un [...] de emplazamientos de tejado con los otros tres operadores.

⁽⁵²⁾ DO L 199 de 26.7.1997, p. 32.

⁽⁵³⁾ Ley de telecomunicaciones (TKG), de 25 de julio de 1996 (Gaceta de Derecho federal I, p. 1120) modificada en último lugar por la primera ley de revisión de la Ley de telecomunicaciones, de 21 de octubre de 2002 (Gaceta de Derecho federal I, p. 4186). [Telekommunikationsgesetz vom 25. Juli 1996, BGBl. I, S. 1120; Änderungsgesetz zum TKG — Kleine Novelle vom 25 de octubre de 2002, BGBl. I, S. 4186].

⁽⁵⁴⁾ DO L 108 de 24.4.2002, p. 33.

⁽⁵⁵⁾ Vereinbarung über den Informationsaustausch und die Beteiligung der Kommunen beim Ausbau der Mobilfunknetze zwischen Deutscher Städtetag, Deutscher Landeskreisstag, 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.

⁽⁵⁶⁾ Basado en datos de RegTP de mayo de 2001 sobre un conjunto total de 39 690 emplazamientos.

- (98) El mercado está altamente concentrado y actualmente las partes tienen conjuntamente una cuota de mercado de alrededor del 45 %. Aparte de las partes en el acuerdo, otras dos partes han obtenido licencias que les permiten desarrollar sus propias redes, de las cuales al menos una, D2 Vodafone, ya tiene una posición muy fuerte en los mercados 2G. Estas partes están igualmente presentes en el mercado de emplazamientos e infraestructura de los emplazamientos para equipo móvil digital de radiocomunicaciones. Sin embargo, aunque la gran mayoría de los emplazamientos en Alemania son actualmente de operadores de redes móviles, varias empresas especializadas (*tower companies*) también se están incorporando al mercado alemán, y los emplazamientos individuales también pueden obtenerse directamente de sus dueños. Por otra parte, en principio, el uso compartido de emplazamientos no reduce el número de emplazamientos disponibles para otros operadores de red: dado que se reduce el número de emplazamientos requeridos individualmente por los operadores que realizan el uso compartido, aumenta la proporción de emplazamientos del conjunto total que están disponibles para otros operadores.
- (99) Por lo que respecta a la demanda, el mercado está más concentrado, pues se limita a los cuatro operadores autorizados 2G/3G que siguen activos en el mercado alemán. Las partes presentes en el lado de la demanda están también presentes en el lado de la oferta y en principio tienen capacidad para adquirir emplazamientos para cubrir las necesidades de sus propias redes, con total independencia de las partes y de otros operadores si así lo desean. Dado que es probable que las partes soliciten acceso a emplazamientos controlados por otros operadores 2G y 3G, es probable que exista un poder de negociación.
- (100) Por otra parte, el acceso de terceros a emplazamientos controlados por las partes está promovido por los poderes públicos y, según se ha explicado anteriormente, por la capacidad de las autoridades competentes para imponer el uso compartido de emplazamientos cuando no existan alternativas viables. Por último, el acuerdo no limita la libertad comercial de las partes para compartir emplazamientos con terceros y ambas partes prevén continuar compartiendo activamente emplazamientos con terceros. Por tanto, el acuerdo no parece tener por efecto la exclusión de la competencia en el mercado de emplazamientos e infraestructura de los emplazamientos para equipo móvil digital de radiocomunicaciones. Queda por examinar si a consecuencia del uso compartido de emplazamientos, las partes podrán, dada la semejanza de sus estructuras de coste, encontrar un ámbito para distinguir sus ofertas de servicios al por menor reducidas, o si, a consecuencia del uso compartido de emplazamientos, es probable que coordinen sus actividades en otros mercados.
- (101) Dado que el porcentaje de los costes totales que representan los emplazamientos compartidos es relativamente pequeño, los ahorros previstos de los costes de las partes debidos al uso compartido de emplazamientos son limitados. O2 Germany calcula que sus ahorros de costes por razón del uso compartido de emplazamientos ascenderán sólo al [7-17 % (*)] de sus ahorros totales conforme al acuerdo, consistentes en el [15-35 % (*)] de los costes de despliegue de la red, es decir, que sus ahorros por razón del uso compartido de emplazamientos ascenderán al [menos del 5 % (*)] de sus ahorros totales. En relación con los emplazamientos 2G, T-Mobile no espera ningún ahorro adicional de costes por razón de los acuerdos existentes sobre uso compartido de emplazamientos 2G. En cambio, las partes consideran los beneficios del uso compartido de emplazamientos en términos de planificación y ejecución más rápidas debido al establecimiento por adelantado de planes de radio basados en una información sobre emplazamientos anterior a la que estaría disponible de otro modo. En cualquier caso, las partes no poseerán ni controlarán emplazamientos en común, sino que competirán entre sí y con otros operadores de red para la adquisición de emplazamientos propios y darán derechos de uso a la otra parte. Por tanto, a consecuencia del acuerdo, no tienen una gran parte de sus costes totales en común. Así pues, el uso compartido de emplazamientos no da lugar a una semejanza en la estructura de costes de las partes que pueda afectar a su capacidad de competir eficazmente entre sí en mercados de redes o servicios en sentido descendente.
- (102) Tampoco parece haber efectos significativos en la competencia en otros mercados de redes o servicios. La profundidad de la cooperación en el uso compartido de emplazamientos es coherente con la evaluación de la autoridad competente, RegTP, referente al grado mínimo de independencia requerido para permitir un control independiente de las redes y servicios por las partes respectivas. En especial, las partes retienen un control independiente sobre sus redes de base, incluidas todas las partes inteligentes de la red y de las plataformas de servicios que determinan la naturaleza y el alcance de los servicios prestados. Las partes también retienen un control independiente sobre su planificación de radio y la libertad de añadir emplazamientos, incluidos los emplazamientos no compartidos, a fin de aumentar la cobertura y capacidad de la red, que parecen ser los principales parámetros en cuestión de competencia por lo que respecta a las redes, y que podrían tener un impacto importante en el nivel de competencia de los servicios. Dado que el uso compartido de emplazamientos reducirá los costes de búsqueda y permitirá finalmente una mayor densidad de red, mejorará la competencia entre redes, y por consiguiente también la competencia de los servicios, tanto entre las partes como con terceros. Por tanto, el uso compartido de emplazamientos entre las partes que se establece en el acuerdo notificado no da lugar a restricciones de la competencia.
- (103) A efectos del uso compartido de emplazamientos, las Partes han declarado que intercambiarán la información necesaria para el despliegue común de los emplazamientos, incluida la información técnica y datos de situación

para cada emplazamiento concreto, es decir, revelando qué parte quiere establecerse dónde. Las partes manifiestan que no se producirá ningún intercambio adicional de información sobre el desarrollo previsto de las redes 3G. La cláusula 2.6 del acuerdo establece que las partes no intercambiarán información sensible en materia de competencia aparte de la mínima necesaria para permitir la planificación de las redes. El intercambio de esta información técnica se limitará a lo necesario para permitir una forma de cooperación entre las partes que no se considera restrictiva de la competencia. Por tanto, este intercambio tampoco constituye en sí mismo una restricción de la competencia.

8.1.2. *Uso compartido de RAN*

- (104) Aunque el acuerdo establezca la posibilidad de examinar el potencial de uso compartido de RAN entre las partes, este uso compartido no está actualmente previsto. Por otra parte, las modalidades del uso compartido de RAN entre las partes no están cubiertas con suficiente detalle por la notificación de forma que la Comisión pueda efectuar un análisis de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE y el artículo 53 del Acuerdo EEE. Por tanto, no está cubierto por la presente Decisión.

8.1.3. *Itinerancia nacional*

Itinerancia de O2 Germany en la red de T-Mobile en el 50 % de la zona de cobertura

- (105) Mediante las modificaciones de 20 de septiembre de 2002 y de 3 de febrero de 2003 al acuerdo notificado, las partes acordaron que O2 Germany podría comprar derechos de itinerancia nacional al por mayor en las redes 3G de T-Mobile entre el 1 de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2008. Esto significa que durante este plazo O2 Alemania comprará servicios de itinerancia nacional al por mayor a T-Mobile en la zona donde O2 Germany tiene la obligación de desplegar su propia red. T-Mobile no tendrá un derecho similar a comprar itinerancia nacional al por mayor en la red de O2 en esta zona. A raíz de unas discusiones con la Comisión, las Partes han acordado limitar la duración de la itinerancia en el área sujeta a la obligación de cobertura del 50 % de la población basándose en la definición de tres áreas distintas (áreas 1, 2 y 3). La itinerancia desaparecerá progresivamente en estas áreas de acuerdo con el calendario establecido en la sección 4.3.1 más arriba y que se incorporan al acuerdo en virtud de la modificación de las partes de 21 de mayo de 2003.

Itinerancia mutua fuera de la zona de cobertura del 50 %

- (106) En segundo lugar, el acuerdo notificado establece originalmente un derecho mutuo de itinerancia nacional 3G al por mayor entre T-Mobile y O2 Germany fuera de la

zona de cobertura del 50 % de la población. En la práctica, T-Mobile se propone cubrir al [...] * de la población alemana con su red 3G a finales de 2006, y proporcionar más cobertura en función de la demanda, mientras que O2 Germany [...] *. Dado que la red de T-Mobile será más amplia, y dadas las ventajas para un operador de red de utilizar su propia red a efectos del control de costes y parámetros tales como los índices de calidad y transmisión, es probable que haya poca itinerancia de T-Mobile o sus clientes en la red de O2 Germany, de haber alguna. Por tanto, la itinerancia nacional en virtud del acuerdo implicará fundamentalmente la itinerancia de O2 Germany en la red de T-Mobile y no viceversa.

Efectos en materia de competencia

Efectos en los mercados al por mayor

- (107) Ya se ha definido anteriormente (considerando 57 y siguientes) el mercado de acceso a la itinerancia nacional al por mayor para servicios de comunicaciones 3G. La itinerancia nacional entre los operadores de red con licencia para desplegar y operar sus propias redes móviles digitales competidoras restringe por definición la competencia entre estos operadores en todos los mercados de red relacionados en cuanto a parámetros clave como los índices de cobertura, calidad y transmisión. Restringe la competencia en la cobertura porque en vez de desarrollar su propia red para obtener el grado máximo de cobertura del territorio y de la población, un operador en itinerancia se basará en el grado de cobertura alcanzado por la red del operador de acogida. La itinerancia nacional también restringe la competencia en cuanto a la calidad de la red y en cuanto a los índices de transmisión, puesto que el operador de itinerancia se verá restringido por la calidad de la red y los índices de transmisión disponibles en la red de acogida, que están en función de las decisiones técnicas y comerciales tomadas por el operador de la red de acogida. Por último, sobre la base del acuerdo, la itinerancia nacional se cobrará con tarifas al por mayor, para las comunicaciones vocales con las tarifas de terminación de llamada, y para los servicios de datos con [un modelo de precio al por menor rebajado (*)]. En el caso de O2 Germany, la itinerancia nacional cubrirá [...] *. Por tanto, las tarifas al por mayor que podrá cobrar a los compradores de su propia red al por mayor y los servicios de acceso se verán limitadas por las tarifas al por mayor que deberá pagar a T-Mobile.
- (108) Los efectos de estas restricciones serán más graves en las áreas donde existan claros motivos económicos para el desarrollo de redes paralelas competidoras, especialmente en el centro de las áreas urbanas, y donde, por tanto, la competencia está más restringida por la itinerancia. Los efectos serán menos graves donde los incentivos económicos para el desarrollo estén menos desarrollados, como puede suceder en áreas de importancia comercial secundaria y, en especial, en áreas rurales y remotas.

- (109) Dadas las resultantes limitaciones en la capacidad de O2 Germany y T-Mobile para competir en cuestión de cobertura, calidad, índices de transmisión y precios al por mayor, la itinerancia nacional 3G entre O2 Germany y T-Mobile tiene un impacto desde el punto de vista de la competencia en todos los mercados de redes 3G en Alemania, incluido el mercado de acceso a la itinerancia nacional al por mayor para servicios de comunicaciones 3G y el mercado de acceso a tiempo de transmisión al por mayor para servicios 3G.
- (110) Como los mercados 3G son mercados nuevos, no existe información sobre las cuotas de mercado. Sin embargo, en el mercado de acceso a la itinerancia nacional al por mayor para servicios de comunicaciones 3G, en Alemania sólo existen cuatro operadores autorizados con capacidad para desplegar redes. Las barreras de entrada debidas a los requisitos para la obtención de licencia y los requisitos de inversión son muy elevadas, cuando no absolutas⁽⁵⁷⁾. Por tanto, está claro que la cooperación entre dos de las cuatro partes en el mercado, incluso si una de estas dos (O2 Germany) no ha previsto actualmente desplegar una red más allá de sus [...]*, puede restringir la competencia de manera apreciable. El acuerdo sobre la itinerancia nacional (modificado) constituye por tanto una restricción de la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE y del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE.

Efectos en los mercados al por menor

- (111) Además, debe examinarse la cuestión de si el acuerdo sobre el acceso a itinerancia 3G al por mayor restringe la competencia para los servicios 3G al por menor. La itinerancia nacional al por mayor dará lugar a una mayor uniformidad de las condiciones al por menor, dado que es probable que la cobertura de red, la calidad y las velocidades de transmisión sean similares. Las velocidades de transmisión determinarán en gran parte los tipos de servicio que un operador podrá proporcionar. Además, el momento en que se introduzcan los servicios concretos vendrá determinado por el momento en que determinadas velocidades de transmisión estén disponibles con garantías en las redes, y estas últimas deberán coordinarse a efectos de la itinerancia nacional. Finalmente, como los operadores que utilicen la itinerancia nacional 3G al por mayor tendrán que pagar por el acceso al por mayor, que para los servicios de datos se basará en un [modelo de precio al por menor rebajado (*)], el ámbito para la competencia de precios quedará limitado. El propio sistema de precios [...]* podría dar lugar a un riesgo de coordinación de los niveles de precios al por menor.
- (112) Es por tanto probable que la cooperación entre las partes en el ámbito de la itinerancia nacional 3G al por mayor tenga efectos en la competencia entre las partes en los mercados al por menor en sentido descendente. Aunque

el número de partes presentes en estos mercados al por menor sea mayor que el número de partes que operan en las redes, y aunque no haya información exacta sobre las cuotas de mercado, si se utiliza como referencia la cuota de mercado combinada de las partes para 2G, esta cuota de mercado es del 36,5 % [T-Mobile 29 %; O2 Germany 7,5 %] si se cuentan sólo a los clientes propios, y del 49,5 % [T-Mobile 41,7 %; O2 Germany 7,8 %] si se cuentan los clientes finales de los proveedores de servicios activos en las redes de las partes. Por tanto, la cuota de mercado combinada de las partes en los mercados de servicios 3G al por menor, en cualquier circunstancia posible del mercado, excederá probablemente del 10 %, por lo que la restricción es apreciable.

Requisito de compra mínima

- (113) El acuerdo sobre itinerancia nacional 3G no es exclusivo, pero prevé un requisito mínimo de compra por O2 Germany de [...]* millones de euros a T-Mobile en un período de tres años a partir de la fecha de lanzamiento de los servicios de itinerancia 3G. Las modificaciones del acuerdo que permiten la itinerancia de O2 Germany en la red de T-Mobile en el área de cobertura del 50 % de la población prevén un pago fijo de O2 Germany a T-Mobile [...]*. Aunque esto no es un requisito de compra mínima, puede tener efectos similares de concentración de las compras realizadas por O2 Germany de acceso a la itinerancia nacional 3G en la red de T-Mobile.
- (114) Sin embargo, ni el requisito mínimo de compra ni el pago fijo deben seguirse analizando en términos de riesgo de exclusión del mercado. La venta de acceso a la itinerancia 3G al por mayor entre operadores de redes 3G se ha considerado una restricción de la competencia. Por tanto, los posibles obstáculos a otras redes 3G autorizadas que permitan esta forma de cooperación no pueden interpretarse como constitutivos de una mayor restricción de la competencia de por sí. Por el contrario, si una de las partes celebrase un acuerdo para adquirir grandes volúmenes de acceso a itinerancia nacional a uno o ambos de los de los otros operadores de red 3G autorizados, ello requeriría un análisis a la luz de las normas de competencia.

Reventa a MVNO

- (115) La letra c) de la cláusula 11 del acuerdo limita la capacidad de las partes de revender derechos de acceso a la itinerancia a terceros; concretamente, requiere la aprobación previa de la otra parte para la reventa de capacidad de itinerancia a operadores de redes virtuales móviles (MVNO) que ofrezcan servicios de telefonía vocal a usuarios finales. Dado que se refieren a la reventa de derechos de acceso, las restricciones en cuestión son verticales por naturaleza. Sin embargo, el apartado 4 del artículo 2 del Reglamento (CE) nº 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE

⁽⁵⁷⁾ Véase la sección 5.5.2.

a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas⁽⁵⁸⁾, la exención por categorías en los acuerdos verticales establece que la exención por categorías no se aplica a los acuerdos verticales recíprocos entre empresas competidoras.

- (116) Por tanto, esta restricción debe evaluarse tanto respecto a los posibles efectos de colusión conforme a las directrices sobre cooperación horizontal como, por lo que se refiere a su dimensión vertical, conforme a las directrices sobre restricciones verticales. Un análisis basado en las directrices sobre cooperación horizontal muestra que la limitación del tipo de clientes a quienes el comprador puede vender los servicios limita la producción y por tanto constituye una restricción de la competencia de conformidad con el apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE y el apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE, que requieren un análisis individual de conformidad con el apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE y el apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE⁽⁵⁹⁾. Por tanto, las disposiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE y el apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE deben aplicarse a las restricciones sobre la reventa a MVNO de voz a fin de establecer si existe algún rendimiento que compense las restricciones de la competencia en cuestión.

Restricciones en la reventa a otros operadores de red

- (117) Al requerir la aprobación previa del operador de la red de acogida, la letra c) de la cláusula 11 del acuerdo también limita la reventa de derechos de itinerancia a otros operadores de red autorizados. Las partes alegaron que esta restricción es necesaria para permitir la planificación de la capacidad de red y para garantizar la calidad del servicio. Sin embargo, no es necesario analizar estos argumentos. La venta de acceso a la itinerancia 3G al por mayor entre operadores de red 3G autorizados se ha calificado como restricción en la competencia por derecho propio. Por tanto, un límite impuesto a otros operadores autorizados de redes 3G que se unan a esta forma de cooperación no puede interpretarse como una restricción de la competencia. Por el contrario, en caso de que una de las partes concluya un acuerdo para revender volúmenes significativos de acceso a itinerancia nacional a uno o ambos de los otros operadores autorizados de redes 3G, esto debería analizarse a la luz de las normas de competencia.

Intercambio de información a efectos de la itinerancia nacional

- (118) El apartado 6 de la cláusula 2 del acuerdo prohíbe a las partes intercambiar información relevante desde el

punto de vista de la competencia. En este contexto, las partes han declarado que no intercambiarán información sobre requisitos futuros de capacidad previstos, especialmente sobre los números de clientes y sus requisitos específicos.

- (119) Sin embargo, las partes intercambiarán determinados datos técnicos esenciales que son estrictamente necesarios para proporcionar un servicio de itinerancia continuado, especialmente números de canal, determinación de clientes e información para la identificación de interconexiones. La itinerancia continuada depende de una «transición continuada» entre las dos redes implicadas, es decir, que se produzca sin que el cliente tenga que registrarse manualmente en la otra red al cambiar de red. Para que pueda haber una transición continuada entre celdas, la red de acogida debe tener conocimiento de los parámetros pertinentes de la red radiofónica, es decir, la identidad de la celda, sus coordenadas de situación geográfica, la altura de la antena, el tipo de antena, la dirección del haz de radio principal, la atenuación del cable y el rendimiento del nodo B. Dado que esta información es estrictamente necesaria para la itinerancia nacional, este intercambio de información no constituye una restricción de la competencia de conformidad con el apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE y el apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE que requieren un análisis individual.

8.2. Efecto sobre el comercio entre Estados EEE

- (120) Las condiciones de acceso a las infraestructuras y los servicios al por mayor de 3G de los operadores de redes móviles afectan al comercio entre los países EEE. Esto se debe a que los servicios prestados a través de las redes de telecomunicaciones se comercializan en toda el EEE —por ejemplo, la terminación de llamadas internacionales al por mayor y el acceso al por mayor a la itinerancia internacional de 3G— y las condiciones de acceso a las infraestructuras de telecomunicaciones y a los servicios al por mayor son determinantes para los demás operadores, proveedores de servicios y MVPOs, que no pueden prestar sus servicios si no disponen de dicho acceso⁽⁶⁰⁾. Las condiciones a que se somete el uso compartido de la red también influirán en las ventas de equipos de red de los fabricantes de los distintos Estados EEE. Además, las inversiones y la entrada en el mercado en servicios y redes 3G son cada vez más interestatales en el EEE. Por lo tanto, las condiciones de acceso a las infraestructuras y servicios al por mayor de 3G influyen considerablemente no sólo en las inversiones, incluidas las inversiones entre Estados EEE en infraestructuras y servicios de 3G, sino que también influyen en las condiciones de entrada en el mercado, incluyendo la entrada de operadores, proveedores de servicios, MVNOs y proveedores de contenido de otros Estados EEE.

⁽⁵⁸⁾ DO L 336 de 29.12.1999, p. 21. Véase la Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a las restricciones verticales (DO C 291 de 13.10.2000, p. 1, apartado 52).

⁽⁵⁹⁾ Comunicación de la Comisión, Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (DO C 3 de 6.1.2001, p. 2, apartado 25).

⁽⁶⁰⁾ Véase la Comunicación sobre acceso, apartados 144-148.

8.3. Aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE y apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE

(121) Según se ha analizado anteriormente, las cláusulas del acuerdo modificado sobre itinerancia nacional entran dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE y del apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE ya que tienen un efecto apreciable sobre la competencia y afectan al comercio entre los países del EEE. Un acuerdo que restringe la competencia en contra de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE y el apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE puede declararse compatible siempre que cumpla las condiciones establecidas en el apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE y el apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE:

- a) debe mejorar la producción o la distribución de los productos o servicios y fomentar el progreso técnico o económico;
- b) debe reservar a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante;
- c) no debe imponer a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
- d) no debe ofrecer a las empresas en cuestión la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

8.3.1. Contribución del acuerdo a la mejora de la producción o la distribución y al fomento del progreso técnico o económico

(122) El acceso a la itinerancia nacional 3G permitirá a la parte que realice la itinerancia ofrecer más cobertura, calidad y capacidad de transmisión para los servicios mayoristas y minoristas de 3G con mayor rapidez. La venta de acceso a la itinerancia proporcionará al operador de la red de acogida más recursos para invertir en su red y le permitirá utilizar la capacidad de su red mejor y con mayor prontitud, y por tanto con más eficacia. Incluso si en la práctica sólo una de las partes ejerciera sus derechos de itinerancia con arreglo al acuerdo, su utilización de sus redes conjuntas le daría acceso a una mayor densidad de red y abarcaría una área más amplia que por separado. La competencia procedente de al menos otros dos operadores a nivel de red garantizará que se mantengan los motivos de las partes para intentar aumentar la densidad y amplitud de sus redes en línea con la explotación comercial de servicios 3G y que no se limiten a reducir sus costes de red. Ante la competencia de estos operadores y de varios proveedores de servicios y posiblemente de MVNO a nivel minorista, las Partes seguirán teniendo individualmente motivos para procurar prestar una gama de servicios más amplia y de mayor calidad.

Itinerancia de O2 Germany en la red 3G de T-Mobile en la zona de cobertura del 50 %

(123) La itinerancia de O2 Germany en la red 3G de T-Mobile en la zona sujeta a la obligación de proporcionar una cobertura del 50 % de la población para el 31 de diciembre de 2005 permitirá ofrecer más opciones y mayor competitividad tanto al por mayor como al por menor. En particular, la itinerancia móvil de O2 Germany en la red de T-Mobile dentro de este área permitirá a O2 Germany, desde el principio, ofrecer mejor cobertura, mayor calidad y mayor capacidad de transmisión para sus servicios de lo que podría ofrecer aisladamente en la fase de desarrollo en competencia con los otros proveedores de servicios 3G al por mayor y al por menor.

(124) La red de O2 Germany cumplirá los requisitos legales para el 31 de diciembre de 2005. No obstante, dada su calidad de operador más pequeño en el mercado alemán de telefonía móvil, con una pequeña cuota del mercado 2G (cerca del 8 %), es improbable que sea capaz de desarrollar rápidamente una red de alta calidad que cubra un área suficiente que permita a la empresa competir con eficacia desde el principio contra otros operadores autorizados establecidos de servicios y redes 3G en Alemania. Por razón de las grandes ventajas propias del primer operador, se verá limitada su capacidad para competir con eficacia y se podrá ver afectada la competitividad global del mercado alemán. Existen por tanto beneficios económicos al permitir a O2 Germany que realice itinerancia incluso en grandes centros urbanos por un breve período de tiempo, hasta que haya construido una red eficaz. La itinerancia inicial también permitirá a O2 Germany lanzar servicios 3G con mayor prontitud, generando así más ingresos para la empresa. Esto ayudará a la empresa a financiar el desarrollo de su red 3G, lo que le permitirá reducir su dependencia de la itinerancia en la red de T-Mobile.

(125) Además, si O2 Germany es capaz de centrar sus inversiones de red en las áreas de mayor demanda, especialmente los grandes centros urbanos, utilizando la itinerancia en zonas de menor importancia económica durante un período de tiempo mayor, pero también limitado, podrá ofrecer mejores servicios al por mayor y al por menor, inclusive en su propia red, de lo que podría ofrecer en otras condiciones. En las áreas subterráneas, el acceso a la itinerancia es necesario a fin de permitir una cobertura ininterrumpida en zonas de importancia estratégica para el consumidor, pero las normas de seguridad y los requisitos de urbanización limitan la capacidad de O2 Germany para establecer rápidamente redes separadas en estos lugares. Por tanto, puede justificarse una exención más larga para estas áreas específicas.

Itinerancia recíproca fuera del área de cobertura del 50 %

- (126) La itinerancia móvil de O2 Germany en la red de T-Mobile fuera de la zona sujeta a la obligación de proporcionar cobertura al 50 % de la población para el 31 de diciembre de 2005 permitirá en particular que O2 Germany llegue a ser activa como competidor, ofreciendo cobertura a nivel nacional en mercados 3G al por menor. Las partes han presentado pruebas para demostrar que sin el acuerdo es poco probable que, con los actuales calendarios, O2 Germany hubiera podido ofrecer cobertura más allá del [...]*. También cabe señalar que, en los mercados de telefonía móvil 2G, donde también entró inicialmente O2 Germany basándose en gran medida en la itinerancia nacional en la red de T-Mobile, O2 Germany ha alcanzado su propia cobertura casi nacional de red, por encima de sus requisitos de obtención de licencia, desarrollando su red de acuerdo con la demanda del mercado de sus servicios.
- (127) A consecuencia del acuerdo, O2 Germany también podrá revender acceso a itinerancia nacional a los MVNO y tiempo de transmisión 3G al por mayor a los proveedores de servicios. De esta manera, el acuerdo promueve la competencia en los mercados de itinerancia nacional 3G y de tiempo de transmisión al por mayor y al por menor, y por tanto contribuye a la producción y distribución de estos servicios. Dado que se espera que los servicios 3G en cuestión constituyan una amplia gama de productos nuevos tecnológicamente avanzados de mayor calidad y funcionalidad en comparación con los servicios 2G, el acuerdo también promueve el progreso técnico y económico.
- (128) El acuerdo sobre itinerancia nacional permite a las partes, y en especial a T-Mobile, hacer un uso más intensivo y por tanto más eficaz de su red, especialmente en áreas menos densamente pobladas. Al permitir a T-Mobile obtener mayores beneficios económicos de sus inversiones en la infraestructura, la itinerancia se añade a los incentivos para proporcionar una cobertura más completa de la red, con mejor calidad y mayor capacidad de transmisión. Esto también contribuye a la producción y distribución de los servicios en cuestión, y al progreso técnico y económico.

8.3.2. Participación equitativa de los usuarios finales en el beneficio resultante del acuerdo

- (129) Al permitir a O2 Germany en primer lugar competir con más eficacia durante su fase de desarrollo, y en segundo lugar, surgir como proveedor nacional de servicios 3G al por mayor y al por menor (o, en cualquier caso, como proveedor que ofrece el mayor alcance geográfico existente en ese momento), el acuerdo de itinerancia nacional de 3G acrecentará la competencia en los mercados de redes y servicios móviles digitales. La competencia se desarrollará con mayor rapidez y los competidores tendrán incentivos para sacar nuevos servicios al mercado, al tiempo que recibirán mayores

presiones para reducir los precios de resultados de un mayor nivel de entrada en el mercado con una cobertura más amplia basada en el acceso a la itinerancia nacional de 3G entre las Partes. Es probable que esto permita a los consumidores beneficiarse antes de una mayor oferta de servicios de 3G nuevos técnicamente más avanzados que se espera sean de mayor calidad y más amplios que los servicios de 2G, como también es probable que redunde en una mayor competencia de precios.

- (130) Las partes han indicado claramente los posibles beneficios para los consumidores de una mayor entrada en el mercado de operadores, por lo que respecta a la evolución de los precios. Han presentado pruebas de que la entrada en el mercado del tercer y cuarto operadores en los mercados de telefonía móvil 2G en Alemania supuso unas reducciones anuales en el índice de precios al por menor de cerca de un 20 %. En aquel momento, la entrada de O2 Germany en el mercado de la telefonía móvil 2G en calidad de cuarto operador nacional dependía en gran medida de la oferta de itinerancia nacional por parte de T-Mobile. Además, como consecuencia de la mayor competencia a nivel minorista, cualquier ahorro de costes derivado de la mayor competencia en el acceso a la itinerancia nacional para MVNO y cualquier ahorro de costes derivado de la mayor competencia en la reventa de tiempo de llamada al por mayor a proveedores de servicios (o a MVNO que actúen como proveedores de servicios) probablemente se traslade a los usuarios finales.

8.3.3. Carácter indispensable de las restricciones

Itinerancia nacional

- (131) Las cláusulas del acuerdo (modificado) que prevén la itinerancia nacional son indispensables para conseguir el beneficio a que acaba de hacerse referencia.
- (132) Por lo que respecta a la itinerancia en el área de cobertura del 50 %, cabe señalar que las características específicas de la geografía alemana y el modo de distribución de su población significa que, en comparación con otros Estados miembros como el Reino Unido, hay en Alemania un mayor número de centros urbanos con un número relativamente más pequeño de habitantes que cubrir. Además, la población total de Alemania es considerablemente mayor que la del Reino Unido o cualquier otro Estado miembro. Dado que el aspecto comercial de las redes 3G no justifica actualmente una cobertura nacional, sino en línea con el desarrollo previsto de la demanda del mercado, la cobertura se extenderá más gradualmente a partir de los centros urbanos y posiblemente de los principales ejes de transporte. Esto significa que cubrir un considerable porcentaje de la población urbana de Alemania requiere unas inversiones comparativamente grandes. Incluso las inversiones concentradas en las áreas con mayor densidad de población siguen requiriendo la construcción y conexión de un gran número de áreas de cobertura de red geográficamente separadas.

(133) Por último, O2 Germany, como el cuarto operador de red que entra en los mercados alemanes GSM, es un operador con una clientela relativamente pequeña, que por tanto tiene un acceso más limitado a los recursos financieros que los operadores más establecidos. Dado que O2 Germany tiene menos clientes existentes en su red 2G, también tiene una gran capacidad sobrante para servicios de voz, lo que reduce las razones comerciales para invertir en su red 3G para cualquier otro objeto distinto a permitir servicios con mayor ancho de banda que requieren una alta densidad de red. Por tanto, la itinerancia de O2 Germany en la red 3G de T-Mobile incluso en las principales áreas urbanas, durante un tiempo limitado, se considera proporcionada e indispensable, mientras que este puede no ser el caso por lo que respecta a los operadores con posiciones de mercado más consolidadas.

Restricción en la reventa a MVNO de voz

(134) Las partes desean ejercer un control previo sobre quienes tienen acceso al por mayor a sus redes 3G fuera de las categorías previstas por el Derecho nacional, especialmente la provisión de tiempo de transmisión al por mayor a proveedores de servicios, y excepto a los MVNO que proporcionan servicios de datos o actúan como proveedores de servicios para servicios vocales. Por tanto, requieren el consentimiento previo del operador de acogida antes de permitir la reventa de acceso a itinerancia a los MVNO de voz, especialmente los MVNO que ofrecen telefonía vocal o servicios equivalentes. Al restringir la reventa del acceso a la itinerancia para la prestación de servicios vocales a los MVNO que no han invertido en licencias o en infraestructura de redes 3G, las partes pretenden proteger su propia capacidad de desplegar redes 3G y amortizar sus inversiones, permitiéndoles ofrecer servicios 3G técnicamente avanzados a los usuarios finales.

(135) Sin la capacidad para controlar el acceso a sus redes y por tanto, entre otros, proteger sus inversiones contra la erosión de los precios al por menor para los servicios vocales de los «MVNO de voz» basada en la reventa de la capacidad de itinerancia, las partes no se ofrecerían entre sí capacidad de itinerancia. Esto es creíble, porque las partes han presentado cálculos para demostrar que los ingresos perdidos al nivel al por mayor resultantes de denegarse entre sí acceso a la itinerancia se compensaría evitando los ingresos perdidos al nivel al por menor que se obtendrían de otro modo. Sin acceso a la itinerancia nacional para servicios 3G en la red de T-Mobile, O2 Germany sería un competidor menos eficaz durante su fase de desarrollo y sería improbable que se incorporara a los mercados 3G al por mayor y al por menor como competidor a nivel nacional (o, en cualquier caso, como competidor que ofrece el mayor alcance geográfico disponible en ese momento). Por otra parte, se perderían los rendimientos adquiridos por la venta del exceso de capacidad de red de T-Mobile a O2 Germany. También se perderían los otros beneficios en términos de mayor margen para la competencia basada en la mayor entrada en el mercado de O2 Germany y en la mayor calidad de cober-

tura de red y tiempo de transmisión. Por tanto, la restricción es necesaria para el acuerdo y para sus beneficios.

(136) La restricción no afecta en modo alguno a la libertad de las partes de ofrecer acceso al por mayor a sus propias redes a cualquier otra parte. Además, es limitada en su alcance de manera que el acuerdo permite la reventa de acceso al por mayor para servicios vocales 3G a proveedores de servicios y a MVNO que actúan como proveedores de servicios, y permite la reventa de acceso a la itinerancia nacional 3G al por mayor a los servicios de datos a los MVNO sin ninguna restricción, siendo así que los servicios de datos están en la base de los mercados 3G al por menor. En este sentido, la restricción es proporcional a su objetivo. Por tanto, actualmente no existe ningún medio menos restrictivo que una limitación en la reventa de la capacidad de itinerancia de servicios vocales a MVNO que redundaría en el mismo resultado esencial.

No eliminación de la competencia respecto de una parte substancial de los bienes y servicios en cuestión

(137) Como ya se ha explicado, el acuerdo aumenta la competencia entre los cuatro operadores de redes y servicios de 3G titulares de licencias que tienen previsto desplegar redes de 3G en Alemania, la competencia entre los proveedores de servicios y la competencia de los MVNO.

(138) El acuerdo también deja un amplio margen para la competencia efectiva entre las Partes. Aunque dependerá de la itinerancia para parte de su cobertura, el operador de la red de origen controlará su propia red básica, por lo que podrá diferenciar su oferta de servicios. Además, la cláusula 5.6 del acuerdo prevé que para garantizar la competencia entre las Partes en el mercado de suministro de servicios, las partes deberán garantizar que los clientes que acceden a itinerancia sólo podrán tener acceso al conjunto de servicios y al acceso a red para terceros que está disponible en la red básica, y que no tendrán acceso a los servicios ofrecidos en la red de acogida, ni acceso a terceros por medio de la red de acogida.

(139) La tecnología CAMEL (Customised Application for Mobile network Enhanced Logic), incluida la función de rellamada, coloca al operador de la red de origen en mejores condiciones para conservar el control del tráfico generado por sus clientes fuera de su red, así como para proporcionar acceso a servicios que no están disponibles en la red de acogida. Esto queda ilustrado por la disponibilidad actual de diversos servicios 2G con diferentes ubicaciones para usuarios de O2 Germany que utilizan la itinerancia en la red de T-Mobile frente a los disponibles para los usuarios de T-Mobile en la misma red. En el caso de los servicios al por menor de 3G, el control de los servicios que estarán a disposición de los usuarios finales en régimen de itinerancia también crecerá, toda vez que para hacer transferencias de datos los usuarios se conectarán a la red de datos por paquetes a través de su red de origen.

- (140) Además, el operador de la red de origen seguirá siendo quien fije los precios y facture los servicios. Aunque el operador de acogida facilitará al operador de origen la información detallada necesaria para la facturación, no hay relación directa alguna entre las condiciones comerciales de la oferta de itinerancia al por mayor y las de los servicios al por menor basados en dicha oferta. Un ejemplo es la facturación «click» ofrecida por O2 Germany, pero no por T-Mobile, por sus servicios 2,5G.
- (141) La itinerancia 3G no conlleva más costes al por mayor que el transporte, que es un coste importante, y los contenidos, que en el caso de los servicios de datos de 3G, que serán ricos en contenidos, son costes que previsiblemente irán cobrando una importancia creciente frente al coste de transporte. En cuanto a la red básica, los costes de los operadores dependerán de su elección de los proveedores de equipo, del modo de transmisión en la red básica (por ejemplo, a base de líneas fijas arrendadas o por medio de una red inalámbrica basada en microondas), de la relación entre el número de usuarios y la capacidad disponible, de los costes operativos y del mantenimiento y las operaciones. Finalmente, dado que hay un diferencial suficiente entre las tarifas mayoristas aplicables y las tarifas minoristas previstas y habida cuenta de que la mayor parte del tráfico no será tráfico de itinerancia, lo más probable es siga habiendo un amplio margen para diferenciar los precios.
- (142) Por tanto, la eliminación de la competencia de los MVNO por razón de la reventa de capacidad de itinerancia para servicios vocales por las partes se ve compensada en gran medida por los efectos globales favorables a la competencia del acuerdo notificado, y la competencia efectiva entre las partes sigue siendo posible. Por consiguiente, no se elimina la competencia en una parte sustancial de ninguno de los mercados afectados por el acuerdo.

8.3.4. Conclusión

La Comisión concluye que se cumplen todas las condiciones necesarias para conceder una exención individual con arreglo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE y en el apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE para las restricciones de la competencia derivadas del acuerdo sobre itinerancia nacional al por mayor de 3G entre las Partes y para la restricción en la reventa de capacidad de itinerancia a los MVNO.

8.4. Duración de la exención

- (143) Según lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento nº 17 y en el Protocolo 21 del Acuerdo EEE, respectivamente, las Decisiones que la Comisión adopte en aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE y del apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE surtirán efecto durante un período determinado y en ellas podrán imponerse condiciones y/u obligaciones.
- (144) Dado que los mercados afectados por las restricciones del acuerdo son mercados nuevos, los efectos probables de las restricciones no pueden evaluarse durante un período superior a cinco años y en cualquier caso no después del 31 de diciembre de 2008. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 6 del Reglamento nº 17, las decisiones de aplicación del apartado 3 del artículo 85 no pueden surtir efecto antes de la fecha de notificación. Por consiguiente, la exención surtirá efectos a partir del 6 de febrero de 2002. La duración de cada parte de la exención se justifica a continuación (considerando 145 y siguientes).

Itinerancia de O2 Germany en la red de T-Mobile en el área de cobertura del 50 %

- (145) La obligación de cobertura del 50 % de la población se refiere a las zonas urbanas con mayor potencial para competencia en cuanto a infraestructura. Por tanto, sólo puede justificarse una exención para la itinerancia en este área durante el tiempo en que la cooperación contribuya a promover la competencia durante la fase inicial de desarrollo de la red y a promover el lanzamiento comercial y la pronta prestación de servicios 3G al por menor.
- (146) A fin de garantizar que se mantengan los incentivos de O2 Germany para crear su propia red de alta calidad, la duración de la exención se basa en la reducción progresiva de la itinerancia en el área de cobertura del 50% de la población, según un calendario fijo. Este calendario se aplica a las áreas 1, 2 y 3 según lo establecido en la sección 4.3.1 más arriba. Esta reducción progresiva comenzará el 31 de diciembre de 2005 con el área 1, que cubre las principales zonas urbanas que suponen aproximadamente un [...] * de la población alemana. Posteriormente, la itinerancia se reducirá progresivamente antes del 31 de diciembre de 2007 en el área 2, que supone aproximadamente el [...] * de la población alemana, y para el 31 de diciembre de 2008, en el área 3, que supone aproximadamente el [...] * de la población alemana. Las ciudades y regiones de las áreas 2 y 3 cubren zonas urbanas más pequeñas de importancia comercial secundaria. Por lo que se refiere a las áreas subterráneas, O2 Germany tiene derecho a continuar utilizando la itinerancia hasta el 31 de diciembre de 2008. Salvo cambios significativos imprevistos en la normativa comercial, la justificación económica para aplicar el apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE o el apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE a la itinerancia en el área de cobertura del 50% de la población dejará de existir después del 31 de diciembre de 2008.

- (147) Tras el vencimiento de cada una de las fechas especificadas en la sección 4.3.1 y previa comunicación a las partes, la Comisión notificará, de forma apropiada, las listas de las ciudades y regiones de las áreas 1, 2 y 3.

*Itinerancia recíproca fuera del área de cobertura del 50 %**Artículo 2*

- (148) Dado que el área que se encuentra por encima del área sujeta a la obligación de cobertura del 50 % de la población cubre zonas con menor densidad de población y comercialmente menos atractivas de Alemania, puede justificarse una exención para la itinerancia en este área en la medida en que las partes vayan más allá de sus obligaciones normativas para cubrir algunas de las zonas alejadas y rurales, comercialmente menos atractivas de Alemania.
- (149) Sin embargo, los mercados afectados por las restricciones del acuerdo son mercados nuevos, y por tanto los efectos probables de esas restricciones no pueden evaluarse para un período considerablemente superior a cinco años. Así pues, la Comisión considera apropiado conceder una exención hasta el 31 de diciembre de 2008. Esto no excluye que la situación comercial y normativa existente al final de ese período pueda ser tal que el apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE y el apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE continúen aplicándose a la itinerancia en partes del área que se encuentra por encima del área sujeta a la obligación de cobertura del 50% de la población.

Restricción en la reventa a MVNO de voz

- (150) La restricción en la reventa de MVNO de voz está estrechamente ligada a la oferta de itinerancia, pues sin oferta de itinerancia la restricción en la reventa no tendría objeto, y sin la restricción en la reventa, las partes no habrían acordado la venta de derechos de itinerancia. Para mantener la lógica de la restricción en la reventa y del equilibrio comercial entre las partes según lo establecido en su acuerdo, este vínculo debe mantenerse mientras dure la exención. Por tanto, la Comisión considera apropiado conceder una exención para la restricción en la reventa a MVNO de voz hasta el 31 de diciembre de 2008.
- (151) La presente Decisión se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 82 del Tratado CE y en el artículo 54 del Acuerdo EEE.

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

Tras examinar la información que obra en su poder, la Comisión ha concluido que no hay motivos para aplicar el apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE o el apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE a las disposiciones del acuerdo de 20 de septiembre de 2001 y acuerdos adicionales de 20 de septiembre de 2002, 22 de enero de 2003 y 21 de mayo de 2003 suscritos por T-Mobile y O2 Germany relativas al intercambio de información necesario para hacer posible el uso compartido de emplazamientos y relativas a la restricción del acuerdo sobre la reventa de itinerancia nacional a otros operadores de red autorizados.

Con arreglo al apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE y al apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE, y de conformidad con los artículos 3 y 4 de la presente Decisión, se declaran inaplicables las disposiciones del apartado 1 de ambos artículos a la oferta de itinerancia nacional 3G por T-Mobile a O2 Germany, en el área sujeta a la obligación de proporcionar cobertura al 50 % de la población para el 31 de diciembre de 2005, en los períodos siguientes:

- a) desde el 6 de febrero de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2005 para las ciudades que figuran en el área 1 ⁽⁶¹⁾, salvo en las áreas subterráneas;
- b) desde el 6 de febrero de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2007 para las regiones que figuran en el área 2 ⁽⁶²⁾, salvo en las áreas subterráneas;
- c) desde el 6 de febrero de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2008 para las regiones que figuran en el área 3 ⁽⁶³⁾ y en cualquier área subterránea de las ciudades y regiones que figuran en las áreas 1, 2 y 3.

«Áreas subterráneas» son las áreas dentro de las ciudades o regiones de las áreas 1, 2 y 3 que forman parte del sistema de transporte público subterráneo (incluido el ferrocarril y el metro), centros comerciales subterráneos, aparcamientos subterráneos, túneles para vehículos y peatones y cualquier otra área subterránea similar, así como las áreas directamente superiores (a nivel de tierra), pero sólo en la medida en que las áreas subterráneas y el nivel de tierra no puedan separarse técnicamente a efectos de la itinerancia.

Artículo 3

Con arreglo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE y en el apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE, las disposiciones del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE y del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE se declaran inaplicables, desde el 6 de febrero de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2008 a:

- a) la provisión de itinerancia nacional 3G entre T-Mobile y O2 Germany fuera de la zona sujeta a la obligación de proporcionar cobertura al 50 % de la población para el 31 de diciembre de 2005, según lo establecido en el capítulo 3 del acuerdo (secciones 5 a 11);

⁽⁶¹⁾ El área 1 comprende regiones que cubren aproximadamente el [...] de la población alemana, en las que O2 se compromete a no realizar itinerancia, y T-Mobile se compromete a prohibir la itinerancia, desde el 31 de diciembre de 2005 en adelante. El área 1 comprende: [...].*

⁽⁶²⁾ El área 2 comprende regiones que cubren aproximadamente el [...] de la población alemana, en las que O2 se compromete a no realizar itinerancia, y T-Mobile se compromete a prohibir la itinerancia, a partir del 31 de diciembre de 2007. El área 2 comprende: [...].*

⁽⁶³⁾ El área 3 comprende regiones que cubren aproximadamente el [...] restante de la población alemana, en las que O2 se compromete a no realizar itinerancia, y T-Mobile se compromete a prohibir la itinerancia, a partir del 31 de diciembre de 2008. El área 3 comprende: [...].*

- b) la restricción en la reventa de derechos de itinerancia nacional 3G a MVNO en las cláusulas 11.1b y 11.1c del acuerdo.

y

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

Artículo 4

Hecho en Bruselas, el 16 de julio de 2003.

Los destinatarios de la presente Decisión serán:

Deutschland T-Mobile
Landgrabenweg 151
D-53227 Bonn

Por la Comisión
Mario MONTI
Miembro de la Comisión

DECISIÓN DE LA COMISIÓN

de 16 de octubre de 2003

en un procedimiento con arreglo al artículo 81 del Tratado CE y al artículo 53 del Acuerdo EEE
(asuntos COMP D3/35470 — ARA, COMP D3/35473 — ARGEV, ARO)

[notificada con el número C(2003) 3703]

(El texto en lengua alemana es el único auténtico)

(Texto pertinente a efectos del EEE)

(2004/208/CE)

LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea,

Visto el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo,

Vista el Acta de Adhesión de Austria, de Finlandia y de Suecia,

Visto el Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado ⁽¹⁾, cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) nº 1/2003 ⁽²⁾, y, en particular, sus artículos 2, 6 y 8,

Vistas las solicitudes de declaración negativa o de exención de los acuerdos en que se basa el sistema ARA, concluidos por Altstoff Recycling Austria AG («ARA») y ARGEV Verpackungsverwertungs-GesmbH («ARGEV») el 30 de junio de 1994, y por ARA, ARGEV y Altpapier-Recycling-Organisations GmbH ARO el 31 de agosto de 2001,

Vista la denuncia presentada el 8 de mayo de 1996 por FRS Folien-Rücknahme-Service GmbH & Co KG y Raiffeisen Umweltgesellschaft mbH, en la que se invocan presuntas infracciones de los artículos 81 y 82 del Tratado y se solicita a la Comisión que ponga fin a tales infracciones, denuncia que fue reiterada y completada por EVA Erfassen und Verwerten von Altstoffen GmbH el 27 de abril de 2000,

Vista la decisión de la Comisión de 24 de julio de 2002 de incoar un procedimiento en este asunto,

Después de haber emplazado a los terceros interesados para que presentaran sus observaciones, de conformidad con el apartado 3 del artículo 19 del Reglamento nº 17 ⁽³⁾,

Tras oír al Comité consultivo de prácticas restrictivas y posiciones dominantes,

Visto el informe final del consejero auditor en el presente asunto ⁽⁴⁾,

Considerando lo siguiente:

HECHOS

I. INTRODUCCIÓN

- (1) El 30 de junio de 1994, Altstoff Recycling Austria AG («ARA») y ARGEV Verpackungsverwertungs-GesmbH («ARGEV»), ambas con sede en Viena (Austria), notificaron una serie de acuerdos al Órgano de Vigilancia de la AELC y solicitaron una declaración negativa o, en su defecto, una decisión de exención de la prohibición de acuerdos restrictivos.
- (2) Por carta de 21 de marzo de 1995, la AELC cedió la competencia sobre el examen de los acuerdos notificados a la Comisión Europea.
- (3) ARA gestiona un sistema de recogida y reciclado de envases que abarca todo el territorio austriaco. El sistema está destinado a garantizar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto austriaco de envases [*Verordnung des Bundesministers für Umwelt, Jugend und Familie über die Vermeidung und Verwertung von Verpackungsabfällen und bestimmten Warenresten und die Einrichtung von Sammel- und Verwertungssystemen* ⁽⁵⁾], «Decreto de envases». A tal fin, ARA concluye unos contratos de gestión de residuos con empresas de reciclado sectorial (*Branchenrecyclinggesellschaften*, «ERS») por los que cede a éstas la gestión de la recogida, separación, transporte y reciclado de los envases. Cada una de las ERS, entre las que también figura ARGEV, se ocupa de unos materiales de embalaje o grupos de materiales determinados. Éstas, a su vez, concluyen acuerdos con empresas o corporaciones territoriales, que son quienes prestan, de hecho, los servicios de recogida, separación, transporte y reciclado. ARA y las ERS forman juntas el sistema ARA.

⁽¹⁾ DO 13 de 21.2.1962, p. 204/62.

⁽²⁾ DO L 1 de 4.1.2003, p. 1.

⁽³⁾ DO C 252 de 19.10.2002, p. 2.

⁽⁴⁾ DO C 64 de 12.3.2004.

⁽⁵⁾ BGBl. nº 648/1996.

- (4) Por carta de 28 de agosto de 2001, ARA notificó otros acuerdos adicionales a la Comisión Europea con el mismo fin de obtener una declaración negativa o, en su defecto, una decisión de exención de la prohibición de acuerdos restrictivos. ARA y ARGEV solicitaron, asimismo, la agrupación de sus procedimientos de notificación. Simultáneamente, Altpapier-Recycling-Organisations GmbH («ARO») comunicó que se sumaba a la notificación existente en calidad de notificante de acuerdos.
- (5) La notificación se refiere a unos acuerdos que, en su conjunto, constituyen la base de funcionamiento del sistema ARA.
- (6) El 8 de mayo de 1996, FRS Folien-Rücknahme-Service GmbH & Co KG y Raiffeisen Umweltgesellschaft mbH presentaron una denuncia ante la Comisión Europea (COMP/A.36011/D3) en relación con la proyectada constitución de una empresa en participación con vistas a la creación de un sistema de recogida y reciclado de envases. Sin embargo, los denunciantes no perseveraron después en su denuncia puesto que abandonaron su intención de participar conjuntamente en la creación del sistema. Por carta de 27 de abril de 2000, la nueva empresa en participación creada entretanto, EVA Erfassen und Verwerten von Altstoffen GmbH, con sede en Viena («EVA»), retomó y complementó la denuncia contra las empresas pertenecientes al sistema ARA, remitiéndose a los aspectos que ya habían alegado los denunciantes anteriores. EVA es en la actualidad filial al 100 % de Interseroh Aktiengesellschaft zur Verwertung von Sekundärrohstoffen, con sede en Colonia.
- (7) Por otra parte, la Cámara Federal de Trabajadores y Empleados (Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte) presentó el 24 de marzo de 1994 una denuncia ante el Órgano de Vigilancia de la AELC y el 19 de febrero de 1996 —tras la remisión del procedimiento a la Comisión Europea— envió una carta a la Dirección General Competencia de la Comisión en la que remitía a la citada denuncia y formulaba sus observaciones sobre el sistema ARA, observaciones que completó en particular mediante carta de 22 de marzo de 2002.

II. LAS PARTES

- (8) El sistema ARA es un sistema de cobertura nacional de recogida y reciclado de todo tipo de materiales de embalaje y envases (a excepción de los materiales de embalaje biógenos) procedentes de hogares, del comercio y de la industria que estén sujetos al Decreto de envases. Se creó en 1993 a iniciativa del sector económico austriaco con objeto de dar cumplimiento al Decreto de envases. El sistema ARA, que no tiene ánimo de lucro, está formado por ARA y ocho ERS económicamente independientes.

- (9) ARA gestiona y coordina conjuntamente con las ERS la recogida, la separación y el reciclado de envases de transporte y de venta en Austria. Ofrece sus servicios a todas las empresas austriacas y extranjeras directamente afectadas por el Decreto de envases.

1. ARA

- (10) ARA es una sociedad anónima del sector privado creada en 1993. La agrupación Altstoff Recycling Austria Verein («agrupación ARA») es propietaria y accionista único de ARA. Puede afiliarse a la agrupación cualquier empresa directamente afectada por el Decreto de envases, así como las asociaciones de tales empresas. Entre éstas figuran las empresas de la industria de acondicionamiento, de los sectores del embotellado y envasado y del comercio. Para evitar conflictos de intereses, no pueden afiliarse a la agrupación empresas del ramo de la gestión y el reciclado de residuos. La agrupación ARA consta de tres gremios, en correspondencia con los grupos de intereses de las empresas afectadas por la Directiva de envases, a saber, embotelladores/envasadores/importadores, comercio e industria acondicionadora. Los tres gremios están representados a partes iguales en el consejo de administración, que al mismo tiempo constituye el consejo de vigilancia de ARA. En la actualidad, la agrupación ARA cuenta con unos 240 miembros.

2. Las ERS

- (11) La propia ARA no recupera los envases usados ni se ocupa de su reciclado, sino que recurre para ello a las ERS, con las que concluye acuerdos de gestión de residuos. Mediante estos acuerdos de gestión de residuos, las ERS se comprometen a asumir la recogida, la separación y/o el reciclado de los envases usados con arreglo al Decreto de envases.
- (12) Las siguientes empresas del sistema ARA actúan ante el Ministerio austriaco competente como operadores del sistema con arreglo al apartado 11 del artículo 45 y al artículo 7a) de la Ley austriaca de gestión de residuos [Abfallwirtschaftsgesetz⁽⁶⁾, «Ley de gestión de residuos»]: ARGEV, para los envases metálicos (hierro, aluminio) y los llamados envases ligeros (madera, cerámica, materiales plásticos, materiales compuestos, fibras textiles); Österreichischer Kunststoff Kreislauf AG (ÖKK), para los envases de materiales plásticos y fibras textiles; ARO, para los envases de papel, cartón y cartón ondulado; y Austria Glas Recycling GmbH (AGR), para los envases de vidrio.
- (13) Mediante resolución administrativa conforme al artículo 7e) de la Ley de gestión de residuos, el ministerio austriaco competente ha concluido, en lo relativo a ARO, ÖKK, ARGEV y AGR y Öko-Box Sammel GmbH, que coopera con el sistema ARA, que existe un monopolio o una situación de monopolio.

⁽⁶⁾ BGBl. n° 102/2002.

- (14) El sistema de recogida y reciclado permite que las empresas licenciatarias de ARA procedan a la «cesión de sus obligaciones» (*Entpflichtung*) en lo relativo a los envases objeto del contrato conforme al artículo 3.5 del Decreto de envases. ARA asume en calidad de fiduciaria los derechos de sus licenciatarios frente a las ERS.
- (15) Las ERS tampoco asumen directamente sus funciones de recogida y reciclado, sino que para cumplir tales funciones concluyen en todas las regiones austriacas, es decir, en todas las circunscripciones, contratos con empresas privadas (los llamados «socios regionales») que se hacen cargo de la gestión efectiva de los residuos. Para cumplir sus funciones, los socios regionales pueden, a su vez, recurrir a subcontratistas. En determinados casos, sobre todo en las ciudades más grandes, también actúan como socios regionales los municipios. Las ERS son las siguientes:
- 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 es responsable de la recogida, la separación y el acondicionamiento de envases de plástico, metal, madera, fibras textiles, cerámica y materiales compuestos. Los socios de ARGEV son ARA (participación del 11 %) y la agrupación ARGEV. La agrupación ARGEV cuenta con unos 110 miembros pertenecientes a cuatro categorías de miembros (fabricantes/importadores, comercio, industria acondicionadora/ERS, empresas de gestión o reciclado de residuos). El sector de la gestión de residuos no dispone de derechos de voto en los órganos de la agrupación (directiva, asamblea general).
- (17) ARGEV cuenta con tres sistemas de recogida: uno de envases ligeros domésticos, otro de envases metálicos domésticos y otro de envases ligeros y metálicos procedentes de la industria y el comercio.
- (18) En el año 2000, 57 socios regionales (empresas de gestión de residuos, empresas municipales y agrupaciones de trabajo) explotaban los sistemas de recogida por cuenta de ARGEV. A escala regional estaban implicadas en la prestación de estos servicios 144 empresas privadas y municipales de recogida de residuos y 47 instalaciones de separación y empresas chatarreras. Desde el año 2002, el número de socios regionales se eleva a 64.
- (19) ARGEV ha concluido acuerdos de cooperación con las siguientes ERS encargadas del reciclado.
- ÖKK Österreichischer Kunststoff Kreislauf AG (ÖKK)
- (20) ÖKK es responsable del reciclado de envases de plástico y textiles. El 11 % de sus participaciones pertenece a ARA y el 89 % restante está en manos de la agrupación Österreichischer Kunststoffkreislauf. A 31 de diciembre de 2000, esta agrupación contaba 51 miembros. Los miembros de la agrupación se dividen en los siguientes gremios: fabricantes y distribuidores de materiales plásticos, fabricantes y distribuidores de productos de materiales plásticos, usuarios de envases de plástico, socios del sistema (concretamente ARGEV), organizaciones y empresas de reciclado de materiales plásticos, así como organizaciones y empresas de gestión de residuos. Para evitar conflictos de intereses, las organizaciones y empresas de reciclado de materiales plásticos y de gestión de residuos (que en parte mantienen relaciones comerciales con ÖKK) no tienen derecho de voto en el consejo de administración de la agrupación y quedan plenamente excluidas de las reuniones en que se abordan los negocios jurídicos entre miembros de la agrupación y ÖKK.
- (21) Para llevar a cabo el reciclado, ÖKK ha firmado contratos con empresas de reciclado y empresas de transporte. En el año 2001 había en Austria 16 empresas de reciclado de materiales plásticos clasificados y ocho empresas de reciclado de materiales plásticos mixtos.
- Aluminium-Recycling GmbH (Alurec)
- (22) Aluminium-Recycling GmbH (Alurec) es responsable del reciclado de los envases de aluminio recogidos por ARGEV. Los accionistas de Alurec son los fabricantes de aluminio Austria Metall AG (AMAG) y Salzburger Aluminium AG (SAG). Los demás accionistas son fabricantes de envases.
- (23) El reciclado de envases de aluminio se realiza en las dos únicas empresas de reciclado de aluminio que existen en Austria, AMAG y SAG. El precio del aluminio se renegocia cada año y está vinculado, mediante la aplicación de un índice, a la cotización del aluminio en el mercado secundario de la London Metall Exchange.
- Arbeitsgemeinschaft Verbundmaterialien GmbH (AVM)
- (24) Arbeitsgemeinschaft Verbundmaterialien GmbH (AVM) es responsable del reciclado de envases de materiales compuestos, a excepción de los cartones compuestos para bebidas. Los accionistas de la empresa son ARO y ÖKK con sendas participaciones del 50 %. AVM realiza la organización y el reciclado de los materiales en estrecha colaboración con ÖKK.

Verein für Holzpackmittel (VHP)

- (25) Verein für Holzpackmittel (VHP) es responsable del reciclado, y en parte también de la recogida, de envases de madera. Esta agrupación cuenta actualmente con 16 miembros, todos ellos fabricantes y distribuidores austriacos de envases de madera.

Ferropack Recycling GmbH (Ferropack)

- (26) Ferropack Recycling GmbH (Ferropack) es responsable del reciclado de los envases de metales ferrosos (hojalata y acero) recogidos por ARGEV. La agrupación Verein für Metallrecycling FerroPack es accionista único de Ferropack. Esta agrupación cuenta en la actualidad con seis miembros, que son los fabricantes austriacos de envases de hojalata y acero.

Altpapier-Recycling-Organisations-gesellschaft mbH

- (27) ARO es responsable de la recogida y el reciclado de envases de papel, cartón y cartón ondulado (la categoría de materiales de embalaje «papel y cartón»). ARA posee el 11 % de las participaciones de ARO. Las participaciones restantes son propiedad en un 28 %, aproximadamente, de empresas productoras de papel, en un 27 % de empresas de extracción de tinta de papel usado y en un 34 % de la industria transformadora de papel. Cada uno de los 17 miembros de ARO tiene una participación inferior al 17 % en esta empresa.
- (28) ARO ha concluido en todo el territorio austriaco acuerdos con 538 corporaciones territoriales para la recogida de residuos en las inmediaciones de los hogares y con 79 empresas de gestión de residuos para todos los servicios relacionados con la recogida en establecimientos comerciales, artesanales e industriales.

Austria Glas Recycling GmbH (AGR)

- (29) Austria Glas Recycling GmbH (AGR) es responsable de la recogida y el reciclado de envases de vidrio. ARA posee el 11 % de las participaciones de AGR. El 89 % restante es propiedad, a partes iguales, de los dos fabricantes de vidrio austriacos Vetropack Austria GmbH y Stölzle Oberglas GmbH.
- (30) El sistema de recogida de AGR en todo el territorio austriaco está organizado esencialmente como sistema de entrega en contenedores grandes situados en emplazamientos centrales. AGR trabaja en estrecha colaboración con los municipios y con más de 30 empresas privadas de gestión de residuos.

III. CONTEXTO JURÍDICO

- (31) El Decreto austriaco de envases entró en vigor el 1 de diciembre de 1996. El Decreto se basa en la Ley de gestión de residuos y tiene por objeto la transposición

de la Directiva 94/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 1994, relativa a los envases y residuos de envases (7). El Decreto de envases constituye una nueva versión del Decreto original que entró en vigor en octubre de 1993 (8).

- (32) El objetivo del Decreto de envases es prevenir o reducir el impacto ambiental de los residuos y envases. Con arreglo al apartado 1 de su artículo 1, están sujetos al mismo los fabricantes, importadores, envasadores, distribuidores y consumidores finales. Con arreglo al artículo 3, los fabricantes, importadores, envasadores y distribuidores de envases de transporte y de venta tienen la obligación de recuperar gratuitamente los envases usados que hayan puesto en circulación y de devolverlos, en su caso, a un sujeto anterior en la cadena de distribución que esté obligado a recuperarlos, o bien de reutilizarlos o reciclarlos con arreglo a las técnicas más recientes.
- (33) Con arreglo al artículo 12 del Decreto de envases, los fabricantes, importadores, envasadores y distribuidores de envases colectivos tienen la obligación, por lo que se refiere a los envases usados que hayan puesto en circulación y de los que no sean consumidores finales, de recuperarlos gratuitamente y devolverlos, en su caso, a un sujeto anterior de la cadena de distribución que esté obligado a recuperarlos, o bien de reutilizarlos o reciclarlos con arreglo a las técnicas más recientes. El sujeto obligado a recuperar los envases puede recurrir a terceros para cumplir sus obligaciones. Las obligaciones citadas incumben desde el distribuidor final en cualquier fase de distribución hasta el fabricante nacional o importador. En el momento de la compra de un producto envasado, el consumidor final puede dejar los envases colectivos en el lugar de la entrega o en sus inmediaciones. Si el consumidor final no deja el envase colectivo en el lugar de la entrega, se aplican las disposiciones correspondientes a los envases de venta.
- (34) Con arreglo al apartado 3 del artículo 3 del Decreto de envases, los fabricantes, importadores, envasadores y distribuidores tienen la obligación de recuperar gratuitamente los envases de venta usados del consumidor final en el lugar de la entrega, limitándose tal obligación a los envases cuya naturaleza, forma y tamaño sean idénticos a los de los bienes y mercancías puestos en circulación.
- (35) Los propietarios de establecimientos en que se genere un determinado volumen mínimo de envases pueden solicitar su inscripción en un registro de puntos de generación de grandes cantidades de residuos de envases, lo que implica que han de responsabilizarse de la recogida, reutilización o reciclado de los envases en el propio establecimiento (artículo 8 del Decreto de envases).

(7) DO L 365 de 31.12.1994, p. 10.

(8) BGBl. n° 645/1992.

- (36) Conforme al apartado 5 del artículo 3 del Decreto de envases, las obligaciones de recuperación y reciclado de envases de transporte y de venta de los fabricantes, importadores y envasadores que participan en un sistema de recogida y reciclado pasan, en una medida correspondiente a su participación, al operador de dicho sistema, incluso por lo que se refiere a las fases anteriores y posteriores de la cadena de distribución. Lo mismo es aplicable, en virtud del artículo 4, a los distribuidores que entregan envases de transporte y de venta también a los consumidores finales (distribuidores finales). En este contexto suele hablarse de «cesión de las obligaciones» de los fabricantes, importadores y envasadores al operador del sistema.
- (37) Con arreglo al artículo 11 del Decreto de envases, un sistema de recogida y reciclado de envases de transporte y de venta debe garantizar la recogida y el reciclado de aquellos materiales de embalaje respecto de los cuales se hayan concluido contratos con las empresas sujetas a las obligaciones del Decreto de envases.
- (38) No existe, en principio, la obligación legal de participar en un sistema de este tipo (véase, no obstante, el considerando 43). Las empresas que no participen en un sistema siguen estando sujetas, en principio, a la obligación individual de recuperación. Ahora bien, los sistemas de recogida y reciclado tienen la obligación de concluir contratos en su ámbito de acción con cualquier empresa sujeta a las obligaciones del Decreto de envases que lo desee y lo justifique objetivamente. El ámbito de acción de los sistemas de recogida y reciclado abarca los envases procedentes tanto de los hogares como del sector comercial e industrial. No existe la obligación de colocar un distintivo especial en los envases que participen en el sistema de recogida y reciclado.
- (39) Con arreglo al artículo 29.1 de la Ley de gestión de residuos, la creación o modificación en profundidad de los sistemas de recogida y reciclado requiere la autorización del Ministro federal competente. Tras la concesión de la autorización, los sistemas siguen estando sometidos a su control (artículo 31 de la Ley de gestión de residuos). A tal fin, el Ministro es asistido por un grupo de expertos (artículo 34 de la Ley de gestión de residuos) y un consejo consultivo (artículo 35 de dicha Ley). Para los sistemas domésticos e industriales rigen requisitos parcialmente divergentes.
- (40) El artículo 32 de la Ley de gestión de residuos contiene obligaciones especiales para los sistemas de recogida y reciclado en las inmediaciones de los hogares. Éstos deben perseguir la mayor cuota de participación posible (artículo 32.1), concluir contratos con cada una de las empresas sujetas al Decreto de envases, siempre que el interesado así lo desee y lo justifique objetivamente (artículo 32.2) y están sometidos a obligaciones de información especiales (artículo 32.4). Además, conforme al artículo 35 de la Ley de gestión de residuos, las autoridades públicas pueden ejercer sobre estos sistemas una supervisión y control mucho más estrechos que en el caso de los sistemas de recogida y reciclado exclusivos del sector industrial.
- (41) El artículo 32.3 regula los sistemas de recogida y reciclado del ámbito doméstico que, además de la recogida en las inmediaciones de los hogares, también ejerzan actividades relacionadas con los residuos industriales. Estos sistemas no pueden destinar subvenciones cruzadas a sus actividades industriales y han de garantizar, mediante la pertinente separación organizativa y contable de sus distintos ámbitos de actividad, la transparencia de los flujos financieros y de servicios entre tales ámbitos.
- (42) Las empresas sujetas a la obligación de recuperación que no participen en un sistema, así como los propios sistemas de recogida y reciclado, tienen que alcanzar determinadas cuotas de recogida y reciclado. Con arreglo al apartado 7 del artículo 11 del Decreto de envases, en la resolución administrativa de autorización de los sistemas de recogida y reciclado deben fijarse determinadas cuotas de recogida y reciclado, siempre que ello responda a las necesidades de protección del medio ambiente y resulte razonable desde la óptica de la economía nacional. En virtud del apartado 6 del artículo 3 del Decreto de envases incumbe a los fabricantes, importadores y envasadores en el sentido del artículo 3.4 y a los distribuidores finales en el sentido del artículo 4 —incluidas las fases de distribución posteriores— la obligación de demostrar el cumplimiento de determinadas medidas en lo relativo a la recogida y el reciclado de aquellos envases que no participen en un sistema de recogida y reciclado o que no estén acogidos a una excepción en virtud del artículo 7, así como el cumplimiento de determinadas cuotas de recogida y reciclado específicas para los distintos tipos de envases.
- (43) Con arreglo al apartado 9 del artículo 3 del Decreto de envases, la participación en un sistema de recogida y reciclado es obligatoria para quienes no presenten las pruebas en lo relativo al cumplimiento de las obligaciones de recuperación establecidas en el apartado 6 del artículo 3.
- (44) A instancias de la Comisión, Austria afirmó en sus comentarios de 15 de enero de 2003 que, conforme a la Ley de gestión de residuos, al Decreto de envases y a las correspondientes resoluciones administrativas, era posible autorizar, además del sistema existente, otros sistemas de recogida y reciclado de residuos de envases generados en los hogares.
- (45) Las autoridades austriacas señalan que, conforme a la citada normativa, en el caso de la recogida de residuos de envases del ámbito doméstico también podría autorizarse la utilización compartida de los contenedores existentes por parte de competidores del sistema ARA. Afirman que, por falta de espacio y por razones de protección urbanística y paisajística, en la práctica no es posible que los competidores del sistema ARA instalen contenedores adicionales en los locales de los consumidores finales.

(46) No obstante, Austria considera que todos los sistemas de recogida y reciclado deben demostrar la recogida y el reciclado de aquellos residuos de envases que participan en el sistema. Por ello, tras la recogida en el contenedor compartido se ha de proceder a una separación de los envases en función de su participación en un sistema determinado.

IV. ACUERDOS NOTIFICADOS

(47) ARA, ARGEV y ARO han notificado los acuerdos siguientes:

- los acuerdos de cesión de obligaciones y licencia entre ARA y las empresas sujetas al Decreto de envases (sin listado de tarifas),
- el contrato de gestión de residuos entre ARA y ARGEV, presentado como contrato tipo de los suscritos entre ARA y las siguientes ERS, que se relacionan en el anexo a la notificación: ARGEV, AVM, ARO, AGR, Alurec, Verein für Holzpackmittel, Ferropack, ÖKK,
- el contrato de gestión de residuos entre ARGEV y ÖKK y el contrato de cooperación entre ARGEV y Alurec, presentados como contratos tipo de los concluidos entre ARGEV y ÖKK, Alurec, Ferropack y VHP, y
- los contratos de ARGEV y ARO con sus respectivos socios regionales.

1. Acuerdos de cesión de obligaciones y licencia

(48) La participación en el sistema ARA se produce mediante la conclusión de un acuerdo de cesión de obligaciones y licencia por el que la empresa parte en el contrato cede sus obligaciones derivadas del Decreto de envases, a cambio de una remuneración, al sistema ARA y de esta manera queda «dispensada» de sus obligaciones. Existen las siguientes variantes del contrato tipo:

- un acuerdo de cesión de obligaciones y licencia para envases de transporte, de venta y colectivos («ACL»), y
- un acuerdo de cesión de obligaciones y licencia para envases de servicios («ACLS»).

(49) Los licenciatarios que sólo pagan un reducido canon anual en concepto de licencia pueden concluir un «acuerdo complementario para cantidades reducidas de envases». Las empresas con sede en alguno de los Estados de la Unión Europea pueden asociarse a ARA mediante la conclusión de un «acuerdo complementario para licenciatarios extranjeros de la Unión Europea».

1.1. Acuerdo de cesión de obligaciones y licencia para envases de transporte, de venta y colectivos («ACL»)

(50) El ACL establece en su artículo I.1 el papel de ARA en tanto que fiduciaria del licenciatario que defiende los intereses de este último frente a las ERS. Los licenciatarios facultan a ARA para que concluya en su nombre contratos de gestión de residuos con las ERS que económicamente sean lo más ventajosos posible. Los contratos de gestión de residuos deben obligar a las ERS a realizar una recogida y/o un reciclado (según la ERS de que se trate) apropiado, profesional y conforme al Decreto de envases de todos los envases para los que existan garantías de recogida y reciclado. Los derechos del licenciatario frente a las ERS los ejerce exclusivamente ARA como fiduciaria en su propio nombre, aunque por cuenta y en el interés del licenciatario. En su calidad de parte del contrato con las ERS, ARA recibe los servicios prestados por las ERS en su nombre, pero por cuenta y en el interés del licenciatario.

(51) Conforme al artículo I.2, durante la vigencia del contrato el licenciatario tiene la obligación de participar en el sistema de recogida y reciclado de ARA con todos los envases a los que sea aplicable el Decreto de envases y para los que existan garantías de recogida y reciclado. La única excepción a esta regla son los envases respecto de los cuales se demuestre que ya se ha procedido en otro nivel económico a la cesión de obligaciones, o bien que el licenciatario realiza o encarga a terceros la recogida y el reciclado con arreglo a la legislación vigente sin recurrir directa o indirectamente al sistema ARA.

(52) ARA ha comunicado que el certificado de cesión de obligaciones que el operador de un sistema de recogida y reciclado autorizado ha de extender a los licenciatarios, conforme al artículo 3.5 del Decreto de envases, es suficiente como prueba de la participación en un sistema de exención paralelo. Por lo que se refiere a los envases destinados a un sistema de autogestión, a ARA le basta la presentación del certificado de recuperación que el operador de este tipo de sistemas ha de extender para su presentación al Ministerio de Medio Ambiente conforme al artículo 3.6.2 del Decreto de envases.

(53) En virtud del artículo I.4 del ACL, durante la vigencia del contrato ARA confiere al licenciatario el derecho de utilizar el distintivo «Der Grüne Punkt», una marca registrada de la empresa Duales System Deutschland AG («DSD»), como prueba de su participación en los sistemas de recogida y reciclado de ARA. ARA puede revocar en todo momento el derecho a utilizar el distintivo, el cual está limitado al territorio de Austria y es intransferible. La colocación del distintivo no debe prestarse a confusión. La utilización se ha de realizar siempre de un modo que tenga en cuenta los intereses de la marca. El licenciatario debe tomar nota de que la utilización de la marca en el extranjero puede quedar sujeta al consentimiento de un titular local. El pago de los derechos de licencia a ARA no implica el consentimiento de DSD o de un titular extranjero para utilizar la marca. No hay ninguna obligación de colocar el distintivo «Der Grüne Punkt» en los envases participantes en el sistema ARA.

- (54) El artículo II regula el cálculo y pago de los derechos de licencia. Con arreglo a su apartado 1, los derechos pagaderos por el licenciatarario están en función de los envases que éste ponga en circulación en el territorio nacional (véase el artículo I.2; véase el considerando 51). El licenciatarario se compromete a determinar el valor de los distintos materiales de los envases objeto del contrato y a utilizar dichos valores para el cálculo de los derechos de licencia que ha de pagar. El cálculo de los derechos de licencia se realiza en aplicación de los tipos de derechos publicados por ARA, los cuales conforme al apartado 5 pueden ser modificados por ARA como máximo una vez al año y con un preaviso de tres meses. En caso de modificación significativa de la situación de los costes o de las bases para las proyecciones del cálculo de los derechos de licencia, pueden realizarse unos ajustes extraordinarios de tales derechos. Con arreglo al apartado 10, el licenciatarario recibe de ARA a más tardar el 1 de marzo de cada año un balance de cierre de ejercicio en el que figuran desglosados por materiales todos los envases declarados por el licenciatarario durante el año natural precedente. El licenciatarario tiene derecho a proceder a una corrección retroactiva del volumen de envases declarado en el ejercicio precedente y a solicitar el correspondiente reembolso de derechos de licencia. ARA ha señalado a este respecto que el balance de cierre de ejercicio brinda al licenciatarario la posibilidad de ajustar *a posteriori* el volumen declarado a la situación real de su autogestión. A su vez, ARA se reserva el derecho de reembolsar cánones de licencia sólo si se justifican debidamente las correcciones al balance de cierre de ejercicio.
- (55) Según la información facilitada por ARA, la obligación de pago que el artículo II impone a los licenciatararios no se concibió nunca como remuneración en concepto de utilización de un distintivo (es decir, como contraprestación por el derecho a utilizar el distintivo «Der Grüne Punkt» en los envases), sino siempre como canon por la prestación del servicio de exención a través del sistema. Considera que, en consecuencia, el artículo II.1 debe interpretarse y entenderse en el sentido de que el derecho de licencia sólo se ha de pagar por aquellos envases para los que el licenciatarario pretende ceder sus obligaciones al sistema. Este principio se materializa mediante la declaración mensual o trimestral por parte del licenciatarario a ARA, conforme al artículo II.4, de solamente aquellos envases que no son objeto de una solución de autogestión ni participan en un sistema de exención paralelo. Esto da lugar a que ARA reciba incluso «declaraciones vacías», es decir, que hay empresas que mantienen su ACL, pero que en un período determinado no quieren participar con sus envases en el sistema ARA e indican en sus declaraciones la cantidad de «cero» envases con licencia puestos en circulación.
- (56) ARA ha comunicado, asimismo, que desde su óptica no hay objeciones para que el distintivo «Der Grüne Punkt» figure en envases que no cuentan con la licencia de ARA, siempre que se demuestre que éstos se recogen y reciclan con arreglo al Decreto de envases y ARA esté en condiciones de controlar este extremo. ARA ha contraído a este respecto el compromiso 2 que figura en la sección V. Con arreglo al artículo III, el contrato se concluye por tiempo indefinido. El licenciatarario tiene el derecho de proceder a la resolución ordinaria del contrato al término de cada año natural con un preaviso de seis meses, mientras que ARA renuncia a tal derecho. Ambas partes contratantes disponen de un derecho extraordinario de resolución cuando haya una razón de peso para ello.
- (57) En el artículo IV se establecen los derechos y obligaciones de ARA en materia de información y control. ARA supervisa la cesión de las obligaciones de los licenciatararios a las ERS y a sus empresas asociadas de gestión de residuos. Tiene el derecho de verificar la exactitud de las declaraciones de los licenciatararios, por ejemplo examinando la documentación comercial correspondiente.
- 1.2. *Acuerdo de cesión de obligaciones y licencia para envases de servicios*
- (58) El acuerdo de cesión de obligaciones y licencia para envases de servicios se distingue del acuerdo tipo para envases de transporte y de venta en el sentido de que el artículo I.2 del primero obliga al licenciatarario a participar en el sistema de ARA con todos los envases sujetos al Decreto de envases respecto de los cuales, por una parte, las ERS hayan dado garantías de recogida y reciclado y, por otra, sus clientes le soliciten la cesión de sus obligaciones. Por lo tanto, en función de los deseos de sus clientes, el licenciatarario puede concluir un acuerdo de cesión de obligaciones y licencia sólo para una parte de sus envases de servicios sin tener que presentar el certificado conforme al artículo 1.2.2 del ACL para aquellos envases respecto de los cuales ya se hayan cedido las obligaciones en otra fase económica o que sean recogidos y reciclados con arreglo a la legislación vigente sin recurrir al sistema ARA. Por lo tanto, la formulación del acuerdo de cesión de obligaciones y licencia para envases de servicios es más abierta.
- 1.3. *Acuerdo complementario para cantidades reducidas de envases*
- (59) Si ARA y el licenciatarario prevén que los derechos de licencia anuales de la empresa conforme al artículo II ACL serán inferiores a 1 817 euros (sin IVA), puede concluirse un «acuerdo complementario para cantidades reducidas de envases». Con ello se acuerda una simplificación de los trámites administrativos en lo relativo a las modalidades de declaración de los volúmenes de envases y al pago de los derechos de licencia.

1.4. *Acuerdo complementario para licenciarios extranjeros de Estados miembros de la Unión Europea*

- (60) El artículo 5 del acuerdo complementario para licenciarios extranjeros de Estados miembros de la Unión Europea confiere el derecho de resolución ordinaria del ACL (artículo III.1 ACL) también a ARA. ARA aduce que esto se justifica por la mayor dificultad para controlar las declaraciones de los licenciarios en el extranjero. Señala que también es más difícil lograr la imposición del derecho en el extranjero. ARA afirma que la resolución ordinaria es un recurso para aquellos casos en que tenga motivos para sospechar que el licenciario no cumple debidamente sus obligaciones contractuales y no pueda demostrarlo por la dificultad de reunir en el extranjero las pruebas necesarias para una resolución extraordinaria con arreglo al ACL.

2. Contratos de gestión de residuos

2.1. Relación ARA — ERS

- (61) Entre el 25 de agosto de 1993 y el 30 de septiembre de 1993, ARA concluyó con cada una de las ERS un acuerdo de gestión de residuos que abarca todo el territorio austriaco. Se notificó como contrato tipo el concluido con ARGEV.
- (62) En virtud de su artículo 1.1, el objeto del contrato es la gestión de los envases que figuran en las declaraciones de garantía (anexo 2 del contrato de gestión de residuos) de cada una de las ERS. El servicio de gestión de residuos abarca la recogida, el transporte y la separación y acondicionamiento de conformidad con el Decreto de envases y teniendo en cuenta el acuerdo marco concluido por ARA con las corporaciones territoriales (anexo 3 del contrato); en particular, se han de alcanzar proporcionalmente —como mínimo— los objetivos y cuotas establecidos en los Decretos de envases. Conforme al artículo 1.3, ARA recibe los servicios prestados por las ERS en su nombre, pero por cuenta y en el interés de los licenciarios, de modo que actúa como fiduciaria de éstos. Las ERS tienen la obligación, en virtud del artículo 1.5, de recuperar o aceptar gratuitamente todos los envases respecto de los cuales exista un contrato entre ARA y los licenciarios. Hace las veces de prueba del pago de los derechos de licencia el distintivo registrado «Der Grüne Punkt» atribuido por ARA. ARA aclara a este respecto que el artículo 1.5 no tiene ninguna importancia práctica porque las empresas del sistema ARA recurren a otros métodos muy diferentes del distintivo «Der Grüne Punkt» para decidir si un envase puede incorporarse o no al sistema ARA. ARA afirma que esta disposición no tiene ningún tipo de consecuencias jurídicas.
- (63) El artículo 4 establece que si la ERS subcontrata sus servicios de gestión de residuos debe obligar a las empresas subcontratistas a cumplir sus obligaciones contractuales correspondientes. La adjudicación por parte de la ERS de nuevos encargos a los subcontratistas

debe realizarse con arreglo a los principios de libre competencia y respetando unos criterios económicos razonables. No obstante, se han de tener en cuenta las disposiciones relativas a la elección de la empresa de recogida o separación contenidas en los acuerdos marco concluidos entre ARA y las corporaciones territoriales. Además, la ERS debe proceder a una licitación antes de adjudicar nuevos encargos a los subcontratistas. ARA tiene el derecho de examinar los documentos de las licitaciones y las ofertas.

- (64) En virtud del artículo 5, durante la vigencia del contrato la ERS goza de exclusividad en el territorio contractual, es decir, en todo el territorio austriaco. La ERS se compromete a no crear, explotar o participar en otro sistema de recogida y reciclado en el sentido del Decreto de envases al margen del sistema ARA, así como a no prestar servicios activos de gestión de residuos que incumban a otras ERS. La ERS reconoce el papel de ARA en tanto que mediadora exclusiva entre la ERS y los licenciarios, si bien esto no le impide mantener conversaciones directas y concluir contratos con los licenciarios cuando ello sea necesario para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Ahora bien, la ERS no puede concluir contratos con los licenciarios por los que se descargue a éstos de sus obligaciones.
- (65) Conforme al artículo 6, la remuneración de los servicios de gestión de residuos de la ERS consiste en el importe proporcional a los costes de la prestación recaudado por ARA, previa deducción de una prima correspondiente a esta última. En concreto, la remuneración se calcula en función de los costes que necesariamente genera la gestión de los materiales de embalaje usados. Conforme al artículo 6.4, no pueden producirse subvenciones cruzadas entre las ERS y ARA a la hora de realizar los cálculos para los distintos materiales. Las subvenciones cruzadas se definen como la fijación de una remuneración no ajustada a los costes reales que dé lugar a que un material de embalaje se vea beneficiado o perjudicado en comparación con otros materiales (artículo 6.4). En principio, ARA fija la remuneración por adelantado, a propuesta de la ERS, para cada año natural. El artículo 6.13 contiene una cláusula de parte más favorecida (*Meistbegünstigungsklausel*) en virtud de la cual la ERS reserva a ARA un trato favorable en el sentido de que no ofrecerá ni prestará servicios comparables a los servicios contractuales de gestión de residuos o partes de tales servicios a terceros en condiciones más ventajosas que las aplicadas a ARA y a sus licenciarios.
- (66) Los contratos entre ARA y las ERS se concluyen por tiempo indefinido. La ERS tiene la obligación de prestar sus servicios contractuales de gestión de residuos a partir del 1 de diciembre de 1993. Con arreglo al artículo 7B, las partes pueden resolver su relación contractual al término de cada año natural, con un preaviso de doce meses. El derecho de resolución ordinaria de las partes sólo es aplicable desde el 31 de diciembre de 2000. Para el supuesto de que otra empresa ofrezca a ARA unos servicios más económicos, ésta dispone, ya desde antes del 31 de diciembre de 2000, de un derecho de resolución sujeto a determinadas condiciones.

- (67) Mediante acuerdo de 23 de enero de 2001, ARA ha convenido tanto con ARGEV como con ARO que los contratos de gestión de residuos concluidos con estas dos ERS entre el 24 de agosto de 1993 y el 30 de septiembre de 1993 no pueden ser objeto de resolución ordinaria antes del 31 de diciembre de 2003. El artículo 7C establece el derecho de resolución inmediata por razones de peso. El contrato se extingue de forma inmediata si el propio contrato o el sistema ARA no reciben la autorización preceptiva con arreglo a la legislación antimonopolios.
- (68) El artículo 11 confiere a ARA el derecho de examinar, previa notificación, los puntos de recogida y reciclado u otros establecimientos de las ERS objeto del contrato durante su horario de funcionamiento. Este tipo de derechos de inspección también existe de cara a las empresas subcontratistas de las ERS. El derecho de inspección previa notificación se extiende, asimismo, a la documentación comercial de las ERS, siempre que ARA lo estime necesario para examinar la buena ejecución del contrato por parte de la ERS. Conforme al artículo 12, las ERS también disponen de derechos de información e inspección.
- (69) El artículo 13 establece la obligación de información recíproca de las partes contratantes: las ERS deben presentar a ARA informes trimestrales y anuales sobre sus servicios de gestión de residuos; ARA debe presentar a las ERS información permanente sobre el número y alcance de los contratos concluidos con los licenciarios y sobre el volumen de envases que éstos han puesto en circulación.
- (70) El artículo 14 establece que los desacuerdos entre las partes serán zanjados por un árbitro o tribunal de arbitraje.
- (71) Con arreglo al artículo 15, el reciclado de envases debe ser realizado por la ERS encargada del reciclado del correspondiente material de embalaje. A este fin, ARA tiene la obligación de concluir con cada una de estas ERS un contrato de gestión de residuos de contenido esencialmente idéntico en el que se establece que el servicio de gestión de la ERS consiste en el reciclado de los envases mencionados en el contrato. Además, se prevé que ARGEV y la ERS encargada del reciclado concluyan un contrato que regule la relación entre ambas empresas, concretamente en lo relativo a los servicios de gestión de residuos que ARGEV, por una parte, y la correspondiente ERS, por otra, han de prestar para ARA. Por medio de este contrato se pretende garantizar, en particular, que ARGEV y la ERS garanticen conjuntamente una gestión íntegra de los residuos —desde la recogida y el transporte hasta la separación y el reciclado— y que entre ARGEV y la ERS no se produzcan lagunas en dicha gestión.
- 2.2. *Relación ERS-ERS*
- (72) Dado que ARGEV sólo se encarga de organizar la recogida y el reciclado, ha concluido acuerdos de cooperación con otras ERS (ÖKK, Alurec, Ferropack, AVM y VHP) que se ocupan de la organización del reciclado. Se notificaron como contratos tipo los contratos concluidos por ARGEV con ÖKK y Alurec.
- a) *Contrato de cooperación entre ARGEV y ÖKK*
- (73) El contrato concluido el 9 de marzo de 1994 regula la relación entre ARGEV y ÖKK en lo relativo a la delimitación y ejecución exhaustiva de los servicios de gestión de residuos que ARGEV, por una parte, y ÖKK, por otra, han de prestar para ARA.
- (74) Conforme al artículo 1.1.2, ARGEV organiza la creación y el funcionamiento permanente de un sistema de recogida, separación y acondicionamiento de envases en todo el territorio austriaco, y se compromete frente a ÖKK a suministrarle de manera continuada todos los envases clasificados recogidos en el marco de su sistema de recogida. ÖKK proporciona unas capacidades de reciclado suficientes y adecuadas, o bien unas posibilidades de almacenamiento intermedio, así como el transporte entre las distintas empresas asociadas a ARGEV y la empresa recicladora o el depósito intermedio.
- (75) Con arreglo al artículo 2, ÖKK se compromete ante ARGEV a aceptar todos los envases puestos a disposición, conforme a los acuerdos, por ARGEV o sus socios contractuales. También son objeto del contrato diversas obligaciones relativas a la preparación y recepción de materiales usados y la calidad de los envases, los certificados de licencia, las bases para el cálculo de los derechos de licencia de ARA, el deber de información y confidencialidad, así como un acuerdo sobre el arbitraje.
- (76) En el artículo 4 se establece que ARGEV adquiere la propiedad de los envases recogidos a través de su sistema. Mediante la aceptación, por parte del depósito de almacenamiento intermedio o de la empresa recicladora, de los envases que se ajustan a las especificaciones, la propiedad de éstos se transfiere a ÖKK.
- (77) En virtud del artículo 15, las partes se comprometen a no crear, explotar o participar durante la vigencia del contrato en otro sistema de recogida y reciclado en el sentido del Decreto de envases al margen del sistema ARA, a no ser que cuenten con el consentimiento expreso de la otra parte. ARGEV se compromete, además, a no entregar los envases a terceros durante la vigencia del contrato sin el consentimiento de ÖKK. En correspondencia, ÖKK se compromete a no aceptar envases de terceros sin el consentimiento de ARGEV. Quedan expresamente excluidos de esta exclusividad los acuerdos recíprocos con las empresas que utilicen sistemas de autogestión, siempre que ello esté en consonancia con los contratos de gestión de residuos concluidos con ARA. Además, las partes se comprometen a no prestar servicios activos de gestión de residuos que incumban a la otra parte.

(78) Con arreglo al artículo 16, el contrato entra en vigor el 1 de octubre de 1993 por tiempo indefinido y las partes pueden resolverlo al término de cada año natural con un preaviso de doce meses. Antes del 31 de diciembre de 2000 no era posible proceder a una resolución ordinaria. Conforme al artículo 17, el contrato puede ser resuelto por razones de peso.

b) Contrato de cooperación entre ARGEV y Alurec

(79) El contrato concluido el 20 de enero de 1994 regula el cumplimiento de las obligaciones contractuales de ARGEV y Alurec frente a ARA. En lo relativo a su objeto y vigencia, este contrato concuerda básicamente con el suscrito por ARGEV y ÖKK.

(80) ARGEV se compromete, en virtud del artículo II, a poner a disposición todos los envases recogidos por ella misma o por sus subcontratistas. Conforme al artículo III, Alurec se compromete a reciclar debidamente los envases recibidos de ARGEV o de las empresas de separación.

(81) En virtud del artículo V, ARGEV se compromete a entregar durante la vigencia del contrato todos los envases pertinentes recogidos por ella misma o por sus subcontratistas exclusivamente a Alurec. Esta última se compromete, a su vez, a aceptar exclusivamente los envases recogidos por ARGEV o sus subcontratistas y a destinarlos al reciclado.

(82) Por lo que se refiere al régimen de propiedad, se aplican las mismas condiciones que en el contrato de cooperación entre ARGEV y ARO, a pesar de que este aspecto no se estipule explícitamente en el contrato entre ARGEV y Alurec. En un primer momento, ARGEV adquiere la propiedad de los envases recogidos, que con la entrega de éstos a Alurec pasa a manos de esta última.

(83) Con arreglo al artículo VI, el contrato entra en vigor el 1 de octubre de 1993 por tiempo indefinido. Las partes pueden resolver el contrato al término de cada año natural, con un preaviso de 12 meses. Antes del 31 de diciembre de 2000 no era posible proceder a una resolución ordinaria. Conforme al artículo VII, el contrato puede ser resuelto por razones de peso.

2.3. Relación ERS-Socios regionales

(84) Se trata en este caso de los contratos concluidos por ARGEV y ARO con las empresas regionales de gestión de residuos o las corporaciones territoriales. El objeto de los contratos es la regulación de la ejecución efectiva de la gestión de los envases usados.

Acuerdo de ARGEV

(85) En la versión original del acuerdo de ARGEV con el socio regional (Partner-Vereinbarung) del año 1994, el socio regional se comprometía en el artículo 2.2 a crear un sistema de recogida, separación y acondicionamiento con arreglo a lo dispuesto en el acuerdo. Se designa a un solo socio regional por cada zona de recogida.

(86) El socio regional organiza, en colaboración con la corporación territorial, la recogida de desechos de envases procedentes de hogares y establecimientos que generan un volumen de envases similar. Conforme al artículo 2.3 se puede recurrir a un subcontratista, previo consentimiento de ARGEV. La recogida se realiza, con arreglo al artículo 27, en contenedores que ha de poner a disposición el socio regional o la corporación territorial. El artículo 3 establece que los costes de los contenedores y de la creación de una infraestructura de recogida se compensan mediante una remuneración pagada por ARGEV.

(87) El artículo 2.10 establece que el socio regional recoge los residuos para ARGEV y que, por tanto, mediante la recogida adquiere la propiedad de los residuos exclusivamente para ARGEV. Por este motivo, el socio regional no puede disponer de los residuos de un modo distinto al establecido en el acuerdo. De lo contrario, ARGEV tendría una razón de peso para resolver el contrato con efecto inmediato.

(88) Con arreglo al artículo 2.16, ARGEV se compromete ante el socio regional, mediante los acuerdos bilaterales con las empresas que garantizan la ejecución del reciclado, a aceptar los residuos que éste ponga a su disposición en las condiciones fijadas en el acuerdo. El socio regional debe mantener los residuos en su depósito dispuestos para su retirada y notificar sin demora a ARGEV y/o a la empresa recicladora designada por ARGEV o por la correspondiente empresa garante del reciclado que están listos para ser retirados.

(89) En virtud del artículo 2.18 debe actuarse por consenso con la corporación territorial competente, y el artículo 2.21 establece que en caso de desacuerdo se ha de acudir a un árbitro.

(90) El contrato se concluyó por primera vez en 1994 por tiempo indefinido y las partes pueden resolverlo al término de cada año natural con un preaviso de 12 meses. Antes del 31 de diciembre de 2000 no era posible proceder a una resolución ordinaria. En el supuesto de que otra empresa ofreciera a ARGEV los mismos servicios a un precio inferior, ésta ya disponía antes del 31 de diciembre de 2000 de un derecho de resolución ordinaria sujeto a determinadas condiciones. El artículo 4.2 regula el derecho de rescisión inmediata por razones de peso.

- (91) Todas las obligaciones legales y contractuales de ARGEV recogidas en el apartado C del preámbulo de este acuerdo son aplicables también a los socios regionales.
- (92) En el marco de unos acuerdos complementarios a los contratos de gestión de residuos existentes, ARGEV acordó unas cláusulas de parte más favorecida con casi todas las empresas de gestión de residuos con las que mantiene relaciones contractuales. Con arreglo a estas cláusulas, la empresa de gestión de residuos no puede ofrecer o prestar sus servicios a terceros en condiciones más ventajosas que las aplicadas a ARGEV. Mediante el compromiso 1 recogido en el considerando 139, ARGEV renunció a la aplicación de estas cláusulas de parte más favorecida con efecto a partir del 29 de noviembre de 2000.
- (93) En la nueva versión de los acuerdos por los que se regula la relación con las empresas de gestión de residuos se distingue entre empresas asociadas de separación y empresas asociadas de recogida, y existe un contrato tipo distinto para unas y otras. Los dos acuerdos coinciden en lo esencial con el acuerdo original, pero son más detallados.
- (94) Los dos contratos tipo entraron en vigor el 1 de enero de 2002, con la excepción de los contratos concluidos con tres municipios (Viena, Linz y Salzburgo), que ya habían entrado en vigor anteriormente y se corresponden en los puntos esenciales con los contratos tipo. Los contratos del año 1993-1994 ya no están en vigor.
- ARGEV — Empresas asociadas de recogida
- (95) El acuerdo con las empresas asociadas de recogida regula el intercambio concreto de servicios entre ARGEV y estas empresas en lo relativo a la aplicación del Decreto de envases en los ámbitos de la «recogida», el «transbordo» y la «autogestión de residuos interna». Se designa a un solo socio regional por cada zona de recogida.
- (96) Conforme al artículo 1.2, el objeto del acuerdo es la creación y el buen funcionamiento de un sistema de recogida de envases usados en una zona de recogida determinada. En virtud del artículo 1.6, ARGEV se reserva el derecho de recoger también, en el marco del sistema de recogida, residuos que no sean envases; las disposiciones contractuales se aplican a ello de forma correspondiente.
- (97) En virtud del artículo 2.2, los desechos domésticos se recogen al mismo tiempo que los desechos de establecimientos que generan un volumen similar de envases. Estos establecimientos pueden ser de naturaleza comercial o institucional y deben solicitar la recogida cada año, presentando un certificado que acredite una licencia al 100 % de ARA para los envases afectados; si la licencia no cubre el 100 %, los residuos se han de eliminar como desechos industriales.
- (98) Conforme al artículo 2.2.3, ARGEV conviene con la corporación territorial, en un acuerdo por separado, la puesta a disposición de los puntos de recogida necesarios. Los contenedores y bolsas de recogida los proporciona la empresa asociada de recogida o la corporación territorial previa concertación con ARGEV. Con arreglo al artículo 2.2.4, sólo recaen sobre ARGEV los costes correspondientes a los contenedores para desechos domésticos, pero no los de los contenedores de establecimientos que generan un volumen similar de envases.
- (99) El servicio de recogida abarca, conforme al artículo 2.2.5, el vaciado o recogida periódicos de los contenedores y bolsas, así como el transporte de los envases recogidos hasta la instalación de separación prevista o hasta un centro de transbordo situado en el territorio de recogida contractual. La puesta a disposición del volumen recogido por la empresa asociada de recogida se realiza en función de las necesidades, es decir, con arreglo a los hábitos de recogida de la población o del lugar de generación de residuos teniendo en cuenta una utilización de capacidades media de los contenedores y bolsas del 80 % y una tasa máxima de depósito de materiales equivocados del 20 % en términos de volumen. En caso de que durante la recogida de envases domésticos se recojan también envases industriales, éstos se han de separar de aquellos conforme a los requisitos establecidos por ARGEV (anexo 2 del acuerdo).
- (100) En el ámbito industrial se realiza la autogestión de residuos interna en cada empresa. Conforme al artículo 2.4.1, la empresa asociada de recogida gestiona en este ámbito un centro de recogida regional en el que se recogen gratuitamente envases ARGEV procedentes del sector industrial, materiales procedentes de plantas de reciclado y materiales problemáticos. Más allá de la estructura básica de centros de recogida regionales, la empresa asociada de recogida ofrece, en virtud del artículo 2.4.2 y particularmente en las regiones de gran intensidad comercial e industrial, un sistema de recogida de envases con licencia en el lugar en que éstos se generan.
- (101) Con arreglo al artículo 2.5.1, la subcontratación con terceros de prestaciones parciales cubiertas por estos acuerdos requieren el consentimiento previo de ARGEV.
- (102) El artículo 2.5.2 establece que la empresa asociada de recogida recoge los envases por cuenta de ARGEV, de modo que en ningún momento adquiere su propiedad. Por este motivo, la empresa asociada de recogida no puede disponer de los desechos o envases recogidos por cuenta de ARGEV de un modo distinto al establecido en el acuerdo. De lo contrario, ARGEV tendría una razón de peso para resolver el contrato con efecto inmediato.

- (103) En respuesta a una solicitud de información de la Comisión, ARGEV señaló que, en el caso de la recogida de envases domésticos, nada impide que la empresa de gestión de residuos reserve un volumen determinado de un mismo contenedor para su utilización por otro sistema, siempre y cuando ello no obste para el cumplimiento de sus obligaciones frente a ARGEV. En particular, debe ponerse a disposición el volumen de recogida mínimo contractualmente estipulado, según las especificaciones establecidas por ARGEV para la recogida de envases licenciados por ARA y sin restricción a una cuota determinada. Si la empresa de gestión de residuos hiciera peligrar la cesión de obligaciones de los licenciarios de ARA mediante la autorización de una utilización compartida, estaría contraviniendo lo dispuesto en el contrato.
- (104) En el sistema industrial, ARGEV no establece ningún requisito en lo relativo a los contenedores. Las empresas de gestión de residuos y/o los puntos de generación de residuos también pueden recoger en sus contenedores envases cubiertos por otros sistemas. No obstante, se ha de garantizar, mediante indicaciones precisas en cada punto de generación, que en la central de recogida de ARGEV sólo se entreguen envases que, por su volumen y calidad, se ajusten a los envases licenciados por ARA efectivamente generados en ese punto.
- (105) Conforme al artículo 3.1, la empresa asociada de recogida percibe por los contenedores y bolsas de recogida proporcionados y documentados una remuneración trimestral que está en función de su tamaño. Por el vaciado de los contenedores y la recogida de las bolsas en los hogares y en establecimientos similares, el transporte y vaciado de los desechos en una planta de separación o en un centro de transbordo y la elaboración de los informes pertinentes, la empresa asociada de recogida percibe una remuneración que está en función del volumen. Por el transbordo de los desechos procedentes de hogares y establecimientos similares del territorio contractual y por la elaboración de los informes correspondientes, percibe una remuneración cuantitativa. Para los servicios de recogida y transbordo, que se liquidan anualmente con ARGEV, existe un valor máximo según la región de recogida y el tipo de materiales. El baremo cuantitativo para los años 2002 a 2004, inclusive, se calculó sobre la base de las cantidades brutas de recogida previstas para el año 2001 en hogares y establecimientos similares. La empresa asociada de recogida recibe una remuneración cuantitativa, en función del material saliente, por la aceptación y recogida de envases del sector industrial, incluidos el control del material entrante, la separación ulterior, el acondicionamiento, el depósito intermedio, la puesta a disposición, el transbordo, etc., de tipos de material de los que se ha hecho cargo la empresa de reciclado procedentes de puntos de generación de residuos industriales e institucionales, así como de la aceptación controlada de materiales y de la recogida de materiales problemáticos.
- (106) Con arreglo al artículo 3.5, ARGEV se compromete ante el socio regional, mediante los acuerdos bilaterales con las empresas que garantizan la ejecución del reciclado, a aceptar todos los residuos que éste ponga a su disposición en las condiciones fijadas en el acuerdo.
- (107) En virtud del artículo 5.1, la relación contractual comienza el 1 de enero de 2002 por un período indefinido y el contrato puede ser resuelto por cualquiera de las partes con un preaviso de seis meses, pero no antes del 31 de diciembre de 2004. Además, las partes disponen de un derecho de resolución extraordinaria en caso de que haya una razón de peso para ello, como puede ser una infracción grave de la obligación de separar los desechos industriales recogidos junto con los desechos domésticos.
- (108) ARGEV ha contraído en lo relativo a la vigencia del contrato el compromiso 4 reproducido en el considerando 139.
- (109) ARGEV ha comunicado, además, que los acuerdos con las empresas asociadas de recogida no contienen ninguna obligación de exclusividad de la empresa de gestión de residuos, ni en el ámbito doméstico ni en el industrial. Las empresas de gestión de residuos son libres de prestar servicios similares para otros sistemas de exención o para los sistemas de autogestión. Por lo que se refiere a la utilización compartida de los contenedores de recogida, ARGEV ha contraído el compromiso 3 que figura en el considerando 139.

ARGEV — Empresas asociadas de separación

- (110) El acuerdo tipo para las empresas asociadas de separación se corresponde en gran medida con el acuerdo para las empresas asociadas de recogida.
- (111) El artículo 1.5 establece que ARGEV encarga en cada una de las zonas de recogida delimitadas en todo el territorio nacional (en general, circunscripciones administrativas o ciudades) a una empresa asociada la explotación de sistemas de recogida de envases ligeros y de metal en hogares y establecimientos similares. Las cantidades recogidas por las empresas asociadas de recogida se entregan directamente o a través de un transportista a la empresa asociada de separación. Se designa a una sola empresa de separación por cada zona de recogida.
- (112) El artículo 1.6 establece que para optimizar el sistema de recogida, separación y transporte, los volúmenes recogidos por determinadas empresas asociadas de recogida o procedentes de determinadas zonas de recogida se entregan a determinadas empresas asociadas de separación o a determinadas instalaciones de separación. Mediante unas disposiciones pertinentes en los acuerdos concluidos con las distintas empresas asociadas de recogida, ARGEV garantiza que los envases procedentes de hogares y establecimientos similares recogidos por las empresas asociadas de recogida en determinadas zonas (según el anexo 5 del acuerdo) serán exclusivamente separados en la planta de la empresa asociada de separación.

- (113) Conforme al artículo 2.1.1, la empresa asociada de separación tiene la obligación de aceptar y realizar la separación del volumen íntegro de envases procedentes de hogares (módulo 1) y de establecimientos similares (módulo 2) dispuesto o recogido por la o las empresas asociadas de recogida en las zonas de recogida. La empresa asociada de separación únicamente se hace cargo de materiales no separados correspondientes al módulo 1/2 de la recogida de ARGEV que procedan de empresas asociadas de recogida o de zonas de recogida que figuran en el anexo 5 del acuerdo. Conforme al artículo 2.2, la empresa asociada de separación explota en el emplazamiento de la planta de separación una central de recogida regional en la que acepta gratuitamente envases procedentes del sector industrial (módulo 3), de la entrega a plantas de reciclado (módulo 4) y de la recogida de materiales problemáticos (módulo 5).
- (114) Con arreglo al artículo 2.4.2, la empresa asociada de separación acepta los envases por cuenta de ARGEV, de modo que en ningún momento adquiere su propiedad. Por este motivo, la empresa asociada de separación no puede disponer de los envases de un modo distinto al establecido en el acuerdo. De lo contrario, ARGEV tendría, en virtud del artículo 5.5.2.a), una razón de peso para resolver el contrato con efecto inmediato.
- (115) En respuesta a una solicitud de información de la Comisión, ARGEV señaló que de la cláusula de propiedad no se derivaba ninguna prohibición de la utilización de las instalaciones de separación por parte de terceros. Ahora bien, si la empresa de gestión de residuos hiciera peligrar la cesión de obligaciones de los licenciatarios de ARA mediante la autorización de una utilización compartida, estaría contraviniendo lo dispuesto en el contrato.
- (116) Las normas relativas a la subcontratación (artículo 2.4.1) y a la vigencia y conclusión del contrato (artículo 5) se corresponden con las del acuerdo de empresa asociada de recogida.
- (117) Conforme al artículo 3.1, la empresa asociada de separación percibe, dentro de los distintos márgenes de volumen establecidos, las remuneraciones en concepto de material entrante fijadas en el anexo 6 del contrato. Las remuneraciones en concepto de material entrante representan la remuneración por la aceptación de los materiales procedentes del sistema de recogida en hogares y establecimientos similares de ARGEV, el control del material entrante, los costes fijos proporcionales de la instalación en relación con las cantidades anuales de material entrante convenidas, la extracción de sustancias no deseadas de los materiales y su correcto reciclado, así como el acondicionamiento, almacenamiento intermedio, puesta a disposición y transbordo de todos los materiales salientes liberados de sustancias no deseadas o debidamente separados. Para el volumen de material entrante destinado a la separación, que se liquida anualmente con ARGEV, existe un importe máximo equivalente a la suma de los volúmenes de residuos domésticos recogidos en determinadas zonas de recogida. La empresa asociada de separación percibe por separar debidamente materiales salientes procedentes

de hogares y establecimientos similares una remuneración que está en función del tipo de material. Estas remuneraciones en concepto de materiales salientes también se aplican a la aceptación de entregas, el control de los materiales entrantes, la separación ulterior, el acondicionamiento, el almacenamiento intermedio, la puesta a disposición, el transbordo, etc., de determinados materiales de puntos de generación industriales, de plantas de reciclado y de la recogida de materiales problemáticos.

- (118) ARGEV ha comunicado que los acuerdos con las empresas asociadas de separación no contienen ninguna obligación de exclusividad impuesta a éstos. Las empresas de gestión de residuos son libres de prestar servicios similares para otros sistemas de exención o para los sistemas de autogestión. Además, ARGEV ha presentado el compromiso 3 recogido en el considerando 139, así como el compromiso 4 relativo a la vigencia de los acuerdos.

Acuerdo de ARO

ARO — Empresas asociadas de recogida

- (119) El objeto del acuerdo es la explotación de un sistema de recogida de envases de papel a fin de cumplir las obligaciones derivadas de la Ley de gestión de residuos, del Decreto de envases, del contrato de gestión de residuos ARA-ARO y de las resoluciones de autorización. Se designa a un solo socio regional por cada zona de recogida.
- (120) Conforme al artículo 1.1, no es objeto del acuerdo la recogida de papel usado y envases de papel procedentes de hogares y establecimientos que generan un volumen de residuos similar. El acuerdo se refiere más bien a la eliminación de desechos en calles comerciales (artículo 2.4), al transporte de envases desde plantas de reciclado (artículo 2.5), así como a los sistemas de autogestión del ámbito empresarial.
- (121) Con arreglo al artículo 1.5, la obligación de recuperación de ARO se limita al volumen de envases de papel, cartón y cartón ondulado que cuenta con licencia de ARA. Con todo, ARO se declara dispuesta a aceptar la totalidad del volumen de envases entregado al sistema de recogida y reciclado. Si a raíz de ello se rebasan las obligaciones establecidas en la resolución de autorización, a saber, la puesta a disposición de una capacidad de recepción suficiente de envases de papel, con una cuota de recogida del 90 % en el sector industrial y del 80 % en el ámbito doméstico y una cuota de reciclado del 85 % en la industria y del 75 % en los hogares, y esta circunstancia no se corresponde con los intereses económicos y jurídicos de los licenciatarios, ARO se reserva el derecho de volver a ajustar su garantía de recogida y las remuneraciones correspondientes a los requisitos de las resoluciones de autorización; en tal caso, ha de poner este hecho a su debido tiempo en conocimiento de las empresas asociadas de recogida.

- (122) La gestión de residuos en calles comerciales consiste en la recogida de envases de papel clasificados procedentes del pequeño comercio. Las instalaciones de recogida controlada (plantas de reciclado, vertederos, etc.) son explotadas por la corporación municipal y aceptan envases de particulares y pequeñas empresas. La empresa asociada de recogida de ARO acepta los envases procedentes de las plantas de reciclado y se hace cargo de su transporte. Para los sistemas empresariales de autogestión, la empresa de gestión de residuos asociada a ARO explota unos puntos de recogida ARO en los que las empresas pueden entregar sus envases gratuitamente con destino al sistema de recogida y reciclado.
- (123) En virtud del artículo 2.7, la empresa asociada de recogida tiene la obligación de aceptar todos los envases de papel objeto del acuerdo en los puntos de recogida ARO. El artículo 2.7.4 establece que las empresas han de certificar debidamente que los envases entregados disponen de la licencia de ARA. Los puntos de recogida adicionales requieren la autorización de ARO.
- (124) Conforme al artículo 2.8, incumbe a ARO elegir la empresa de reciclado y el medio de transporte de los envases. Por consiguiente, la empresa asociada ha de obtener el correspondiente visto bueno por escrito de ARO. La empresa asociada de recogida garantiza a ARO una determinada calidad mínima de los envases de papel en el momento de su entrega a la empresa de reciclado (artículo 2.9).
- (125) El artículo 2.10 establece que la empresa asociada recoge los envases de papel por cuenta de ARO y que, por tanto, los desechos recogidos son propiedad exclusiva de ARO. Por esta razón, sólo puede disponerse de los materiales recogidos del modo establecido por ARO. De lo contrario, ARO tendría una razón de peso para resolver el contrato con efecto inmediato.
- (126) Con arreglo al artículo 2.16, ARO se compromete ante la empresa asociada de recogida, mediante los acuerdos bilaterales con las empresas de reciclado, a aceptar los envases de papel que ésta ponga a su disposición y a reciclarlos conforme al Decreto de envases. En caso de que se hayan retirado las garantías de reciclado frente a ARO, ésta ha de encargarse de reemplazar a las empresas de reciclado correspondientes.
- (127) En virtud del artículo 4, el acuerdo entra en vigor el 1 de enero de 2002 y se concluye por tiempo indefinido. Puede ser resuelto con efecto a partir del 31 de diciembre de 2004, con un preaviso de seis meses. En caso de que haya una razón de peso, puede procederse a una resolución inmediata del contrato.
- (128) ARO ha contraído en lo relativo a la vigencia del contrato el compromiso 4 recogido en el considerando 139.
- (129) ARO ha comunicado, asimismo, que los acuerdos con las empresas asociadas de recogida no contienen obligaciones de exclusividad de las empresas de gestión. Las empresas asociadas de recogida son libres de prestar servicios similares a otros sistemas de exención o a los sistemas de autogestión.
- ARO — Corporación territorial
- (130) El objeto del acuerdo es la cooperación en el territorio contractual entre ARO y la corporación territorial en la explotación de los sistemas municipales de papel usado en el ámbito de los envases de papel procedentes de hogares y establecimientos que generan un volumen de envases similar. En este contexto se remite a las obligaciones derivadas de la Ley de gestión de residuos, del Decreto de envases, del contrato de gestión de residuos ARA-ARO y de las resoluciones de autorización.
- (131) Con arreglo al artículo 2.1, la obligación de recuperación de ARO conforme al Decreto de envases se limita a los envases de papel, cartón y cartón ondulado que cuentan con licencia de ARA. ARO se declara dispuesta a aceptar el volumen de envases íntegro entregado al sistema de recogida y reciclado, si bien a reserva de que la situación se vuelva a ajustar *a posteriori* a las obligaciones establecidas en la resolución de autorización, extremo del que las corporaciones territoriales serán informadas a su debido tiempo.
- (132) La recogida municipal de papel usado gestionada por la corporación territorial abarca, conforme al artículo 2.2, tanto los envases como otros residuos de papel (periódicos, revistas, catálogos, etc.). ARO se hace cargo de los costes proporcionales de la recogida de envases de papel, cartón y cartón ondulado; los costes restantes de la recogida municipal de papel usado corren a cargo de la corporación territorial.
- (133) Con arreglo al artículo 2.4, las modificaciones importantes del sistema de recogida descrito en el plan de recogida (por ejemplo, el cambio de un sistema de entrega a un sistema de recogida) deben decidirse de común acuerdo entre la corporación territorial y ARO si de ello se deriva un aumento considerable de los costes de ARO. La corporación territorial se hace cargo de la licitación o renegociación de las prestaciones de recogida, previa concertación con ARO. La elección de la empresa de recogida incumbe a la corporación territorial.
- (134) La corporación territorial debe prestar los siguientes servicios: la recogida de envases de papel en el marco de la recogida municipal de papel usado (artículo 3.1); la puesta a disposición de emplazamientos para los contenedores de recogida, incluidas las autorizaciones pertinentes (artículo 3.2); la disposición y el mantenimiento de los contenedores (artículo 3.3); la aceptación de envases procedentes de plantas de reciclado y vertederos controlados, etc. (artículo 3.4); la garantía de calidad de los envases, vinculada a la asunción de los costes en caso de que sea necesario proceder a una separación ulterior de los envases recogidos en las plantas de reciclado (artículo 3.5). A su vez, ARO asume, por

medio de los contratos bilaterales con las empresas de reciclado, la garantía del reciclado de conformidad con lo dispuesto en el Decreto de envases (artículo 3.6).

- (135) El artículo 3.7 regula la cesión de la propiedad de los envases: en el caso de la recogida en hogares y establecimientos que generan un volumen de envases similar, la propiedad pasa, en el momento de la entrega de los envases en los puntos de recogida ARO, de la corporación territorial a ARO. La propiedad de los materiales recogidos de forma controlada en las plantas de reciclado, vertederos, etc., pasa en el momento de su recogida por la empresa de gestión de residuos asociada a ARO a la propia ARO; si el transporte lo realiza la corporación territorial, la propiedad sólo pasa de ésta a ARO en el momento de la aceptación en el punto de recogida ARO.
- (136) Por consiguiente, la corporación territorial no puede disponer de los envases de papel de un modo distinto del establecido por ARO. De lo contrario, ARO tendría una razón de peso para resolver el contrato con efecto inmediato. Los envases de papel pueden reciclarse al margen de otros desechos de papel o mezclados con éstos.
- (137) Con arreglo al artículo 5.1, el contrato entra en vigor el 1 de enero de 2002 por tiempo indefinido y puede ser resuelto con efecto a partir del 31 de diciembre de 2003, con un preaviso de seis meses. En caso de que haya una razón de peso, puede procederse a una resolución inmediata del contrato.
- (138) El contrato no contiene disposiciones que excluyan el uso compartido por otro sistema de recogida y reciclado de los contenedores de recogida municipal de papel usado. ARO ha declarado que, en el ámbito de la recogida de papel en las inmediaciones de los hogares, en principio sólo compra materiales procedentes de la recogida municipal. Estima que no hay razones para que las corporaciones territoriales no concluyan acuerdos similares con otros sistemas de exención.

V. COMPROMISOS CONTRAÍDOS

- (139) La Comisión expresó sus dudas desde la óptica de las normas de competencia en lo relativo a algunos elementos de los contratos notificados. En el transcurso del procedimiento, las partes contrajeron los siguientes compromisos ante la Comisión:
- (compromiso 1) ARGEV y ARO renuncian a partir del 29 de noviembre de 2000 a la aplicación de las cláusulas de parte más favorecida acordadas en el marco de los acuerdos complementarios de los contratos de gestión de residuos con las empresas de gestión de residuos con las que, respectivamente, mantienen relaciones contractuales,
 - (compromiso 2) ARA se compromete a no hacer valer sus derechos de licencia sobre la marca «Der Grüne Punkt» frente a empresas que, dentro o fuera

de Austria, a) participen con envases que lleven el distintivo o con envases similares en sistemas de recogida y reciclado en el sentido de la Directiva 94/62/CE, relativa a los envases y residuos de envases, que prescriban la utilización del distintivo «Der Grüne Punkt»; o b) por razones normativas tengan que colocar dicho distintivo en los envases. Este compromiso se aplica a condición de que la empresa afectada certifique que realiza en Austria la recogida y el reciclado (mediante un sistema de autogestión en el sentido del Decreto de envases o participando en un sistema de recogida y reciclado autorizado) de los envases provistos del distintivo «Der Grüne Punkt» conforme al Decreto de envases (Decreto BGBl. 648/1996 en su versión vigente) y confiera a ARA por contrato los correspondientes derechos de control. Los derechos de control no pueden ir más allá de las facultades de control que se derivan del contrato tipo de ARA. Al ejercer sus derechos de control, ARA no impondrá unas exigencias más severas, por lo que se refiere a la certificación de la recogida y el reciclado conforme al Decreto de envases, que las que la empresa afectada tenga que cumplir frente a las autoridades encargadas de la ejecución del Decreto de envases,

- (compromiso 3) ARGEV no impedirá que las corporaciones territoriales o las empresas de gestión de residuos trabajen con competidores del sistema ARA. Además, ARGEV no impedirá que las corporaciones territoriales o las empresas de gestión de residuos concluyan y ejecuten contratos con competidores del sistema ARA relativos al uso compartido de contenedores u otras instalaciones para la recogida o separación de envases usados procedentes de hogares y establecimientos similares. Este compromiso no limita el derecho de ARGEV de imponer las posibilidades que le brinda el contrato para configurar el sistema de recogida y reciclado utilizado conjuntamente y de adoptar las medidas necesarias para poder cumplir las obligaciones que le incumben en virtud de la legislación y de las resoluciones de autorización en su calidad de sistema de recogida y reciclado, y ello a pesar de la utilización compartida. Por otra parte, este compromiso sólo se aplicará en caso de que
 - a) las corporaciones territoriales o la empresa de gestión de residuos se declaren dispuestas a reducir, proporcionalmente a la utilización de los contenedores y demás instalaciones, las remuneraciones que ARGEV ha de pagar por la puesta a disposición y explotación de instalaciones de recogida y separación o por la propia recogida y separación, y a reembolsar a ARGEV de forma proporcional los costes directamente imputables a la recogida y separación (es decir, los costes corrientes de ingeniería y de gestión del sistema de recogida compartido, los costes para asesores en materia de desechos, los costes de I+D, etc.); por lo que se refiere al importe e imputabilidad de los costes aplicados, ARGEV presentará un certificado de un auditor independiente;

- b) las corporaciones territoriales y/o las empresas de gestión de residuos se declaren dispuestas a reembolsar a ARGEV aquellos costes adicionales en que incurran las empresas del sistema ARA o sus socios contractuales como consecuencia de la utilización compartida (como los costes de análisis o de separación adicionales para preservar la calidad de los envases recogidos o destinados al reciclado en nombre de ARGEV). Por lo que se refiere al importe e imputabilidad de los costes aplicados, ARGEV presentará un certificado de un auditor independiente. No se tendrán en cuenta los costes adicionales en que incurran las empresas del sistema ARA o sus socios contractuales debido únicamente a una reducción de los volúmenes de envases con licencia. El cumplimiento de este compromiso se materializará en cada caso mediante acuerdos complementarios del correspondiente contrato de servicios,
- (compromiso 4) ARGEV y ARO resolverán sus contratos con las empresas asociadas de gestión de residuos al término de un período de vigencia de tres años si las partes no deciden de común acuerdo prorrogar el contrato por un máximo de dos años. ARGEV y ARO volverán a adjudicar los contratos de servicios mediante licitación transparente y objetiva (licitaciones de todo tipo, invitaciones a presentar ofertas, etc.) a más tardar al término de un período de vigencia contractual de cinco años.

VI. MERCADO DE REFERENCIA

- (140) Tanto desde la óptica del servicio afectado como desde el punto de vista geográfico, los mercados de referencia se delimitan a efectos de la evaluación de los acuerdos objeto del procedimiento.

Mercado de productos

- (141) El mercado de productos de referencia abarca todos los productos y servicios que el consumidor considere sustituibles en razón de sus características, precios y utilización prevista.
- (142) El objeto comercial del sistema ARA es la organización y explotación de un sistema de recuperación de envases usados que abarca todo el territorio austriaco. Los acuerdos en que se basa el sistema de ARA surten efectos económicos en distintas fases de generación de valor añadido. Además, en el marco de los contratos concluidos dentro del sistema ARA, se establece una distinción entre diferentes tipos de envases, así como entre distintos puntos de generación de los envases por recuperar. El examen, con arreglo al apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE, de cada uno de los contratos y de los

diferentes puntos de generación de residuos de envases deberá realizarse partiendo de distintos mercados de referencia independientes.

1. Mercados de los sistemas o de las soluciones de autogestión para la recogida y el reciclado de envases usados

- (143) Mediante la explotación de un sistema de recogida y reciclado, ARA permite a los licenciatarios de dicho sistema «ceder» las obligaciones derivadas del Decreto de envases en lo relativo a los envases objeto del contrato (el llamado sistema de exención) y actúa, en este sentido, como mandataria de sus licenciatarios frente a las ERS encargadas de la recogida y el reciclado. La demanda procede de las empresas sujetas al Decreto de envases.
- (144) Puesto que ARA actúa como mandataria de las empresas sujetas al Decreto de envases, es al mismo tiempo demandante del servicio destinado a organizar un sistema de exención. La gestión del sistema de exención está a cargo de las ERS, que son las titulares de las resoluciones administrativas de autorización. Desde el punto de vista de la oferta, la actividad mandataria de ARA y la gestión del sistema de exención por parte de las ERS se sitúan en el mismo nivel de la cadena de creación de valor añadido. Si ARA no interviniera como mandataria, las propias ERS podrían ofrecer el servicio de exención directamente a las empresas sujetas al Decreto de envases. Dado que ARA y las ERS actúan, en ese sentido, en un mismo mercado, en adelante se hablará del servicio de exención ofrecido por el sistema ARA.
- (145) Las empresas que no desean adherirse a un sistema de recogida y reciclado que abarque todo el territorio tienen la responsabilidad de cumplir por su cuenta las obligaciones derivadas del Decreto de envases. Lo mismo ocurre en el caso de los puntos registrados de generación de grandes cantidades de residuos respecto de los envases que generan. No obstante, las empresas que no participan en un sistema pueden encargar a terceros la gestión de envases usados que les incumbe. Esto da lugar a que estos terceros ofrezcan la organización del cumplimiento individual de las obligaciones de recogida y reciclado de envases usados derivadas del Decreto de envases (el llamado sistema de autogestión).
- (146) No es necesario determinar de forma concluyente si los sistemas de exención y los sistemas de autogestión operan en el mismo mercado o en mercados diferentes, aunque afines. Y ello porque, según se expone en la continuación, ninguna de estas dos delimitaciones del mercado de productos da lugar, en relación con los acuerdos examinados en la presente Decisión, a una restricción de la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE. En consecuencia, no es necesario delimitar con exactitud el mercado por lo que se refiere a la organización de la recuperación y el reciclado de envases usados.

- (147) El mercado en el que operan los sistemas de exención y los sistemas de autogestión puede denominarse en su conjunto «mercado de los sistemas». El mercado de los sistemas se limita a los residuos de envases, puesto que, dadas las obligaciones específicas que el Decreto de envases impone a los usuarios, estos residuos se pueden diferenciar de otros tipos de residuos.
- (148) Dentro del mercado de los sistemas, deben distinguirse los siguientes mercados de referencia, en función del punto de generación de los residuos de envases.
- (149) El sistema ARA ofrece, por una parte, la participación en un sistema de gestión de envases usados generados en los hogares de los consumidores privados y en establecimientos situados en las inmediaciones de los hogares. Por otra parte, ofrece la participación en un sistema de gestión de residuos de envases generados en grandes empresas y en la industria. El sistema ARA ha obtenido autorizaciones distintas para su sistema doméstico y su sistema industrial.
- (150) Una empresa que desea ceder sus obligaciones derivadas del Decreto de envases pone en circulación envases que después generan residuos en el ámbito doméstico o en el ámbito comercial e industrial, o bien en los dos ámbitos en cantidades que han de poder cuantificarse por separado. Por tanto, sólo puede participar en un sistema de recogida y reciclado que esté adaptado a los puntos de generación de que se trate. En consecuencia, desde el punto de vista de la demanda, la participación de una empresa con sus envases, a efectos de la exención de sus obligaciones derivadas del Decreto de envases, en un sistema de residuos de envases domésticos no es sustituible por la participación en un sistema de residuos de envases del ámbito comercial e industrial.
- (151) Desde el punto de vista de la oferta, la organización de un sistema de exención destinado a dispensar a los licenciatarios de sus obligaciones debe ajustarse esencialmente a las disposiciones legales que distinguen entre sistemas domésticos e industriales y establecen en cada caso requisitos distintos. Los ámbitos de actividad tienen que separarse desde el punto de vista organizativo o, cuando menos, desde el contable (considerando 41), y sólo los sistemas domésticos deben perseguir una cuota de participación lo más alta posible, tienen la obligación de concluir contratos, han de presentar mayor información y están sometidos a un control más extenso (considerando 40).
- (152) Habida cuenta de estos hechos, la Comisión concluye que, desde el punto de vista del operador del sistema, el servicio de exención ofrecido a una empresa en el marco de un sistema de residuos de envases domésticos no es funcionalmente intercambiable con el servicio que se le ofrece en el marco de un sistema de residuos de envases del ámbito comercial e industrial.
- (153) No es necesario proceder, más allá de la diferenciación expuesta, a una subdivisión de los dos mercados de referencia en función de los distintos tipos de material (por ejemplo, papel, vidrio, etc.), dado que ello no daría lugar a una evaluación competitiva distinta en virtud del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE.
- (154) Por consiguiente, la Comisión concluye que, por lo que se refiere a la organización de los sistemas de gestión de residuos usados («mercado de sistemas»), el mercado de los sistemas de residuos de envases domésticos se ha de distinguir del mercado de residuos de envases procedentes de grandes empresas y de la industria.
2. *Mercados de la recogida y separación de envases usados*
- (155) Dentro del sistema ARA, algunas ERS están encargadas de la organización de la recogida y el reciclado de envases usados. Dado que no realizan ellas mismas la gestión de los residuos, son demandantes de este servicio. Los prestatarios de dicho servicio son empresas de gestión de residuos y corporaciones municipales (llamadas en adelante «las empresas de gestión de residuos»).
- (156) Por lo que se refiere a la recogida y el reciclado de envases usados, se ha de establecer una distinción entre los diferentes tipos de material, por una parte, y entre los hogares y el ámbito comercial e industrial, por otra.
- (157) Los envases domésticos de papel y cartón se recogen conjuntamente con otros residuos del mismo material que no son envases (revistas, periódicos, etc.). La recogida está a cargo de las corporaciones territoriales. Por lo tanto, éstas también concluyen contratos con las empresas de gestión de residuos. ARO sólo adquiere determinadas cantidades a los entes municipales de recogida de papel usado. La recogida municipal de papel ya existía antes de la creación del sistema ARA. El papel usado tiene, en la mayoría de los casos, un precio de mercado positivo. En general, los residuos de papel y cartón se depositan, en el marco de un sistema de entrega, en contenedores situados en terrenos municipales. La separación ulterior que, en ocasiones, se ha de realizar es relativamente fácil. Dadas estas particularidades, la Comisión parte de que existe un mercado diferenciable de recogida y reciclado de papel usado procedente de los hogares que abarca tanto envases de papel y cartón como revistas, periódicos y otros tipos de papel usado. Los envases de papel y cartón generados en el ámbito comercial e industrial se entregan en plantas de reciclado o en centros de recogida de papel usado, o bien se recogen en los puntos de recogida creados por los sistemas o directamente en los puntos de generación de grandes cantidades de residuos. La empresa de gestión de residuos contrata con ARO, con otros sistemas de la competencia o con el punto de generación de grandes cantidades de residuos. Los solapamientos con la recogida doméstica son escasos.

- (158) El vidrio presenta unas particularidades que también aconsejan una delimitación de esta categoría de material. La recogida municipal de vidrio ya existía antes de la creación del sistema ARA. En general, el vidrio usado se deposita, en el marco de un sistema de entrega, en contenedores situados en terrenos municipales. La separación ulterior que, en ocasiones, se ha de realizar es relativamente fácil. El vidrio usado tiene un precio de mercado positivo. La recogida de vidrio se limita, en gran medida, al vidrio usado procedente de hogares.
- (159) En cambio, la recogida de envases ligeros (en particular, plástico, materiales compuestos, aluminio, hojalata y acero) no se separó de la recogida de residuos domésticos hasta la creación del sistema ARA. La recogida se produce fundamentalmente mediante un sistema de recogida en contenedores o bolsas situados cerca de los hogares. Los envases ligeros de plástico y materiales compuestos tienen, en su gran mayoría, un precio de mercado negativo. De ello se deduce que, desde el punto de vista de la logística de la gestión de residuos, las condiciones de la recogida y separación de envases domésticos de esta categoría de materiales difieren de forma considerable tanto de las de la recogida doméstica de papel y vidrio como de las de la recogida y separación de envases del ámbito comercial e industrial.
- (160) Dado que la recogida doméstica de envases ligeros implica habitualmente la recogida directa en todos los hogares, se producen unos efectos de red considerables, es decir, unas importantes economías de escala y alcance. La consecuencia de estas condiciones específicas de la oferta es que los puntos de generación en las inmediaciones de los hogares en general sólo pueden ser atendidos por un número limitado de empresas de gestión de residuos en condiciones de costes óptimas. Además, habitualmente sólo puede instalarse un contenedor para cada categoría de materiales. En cambio, el número de puntos de generación de residuos en la industria y las grandes empresas es más reducido y, debido al gran volumen de residuos por gestionar, pueden ser atendidos por varias empresas de gestión de residuos.
- (161) Además, los residuos de envases de venta generados en los hogares difieren sensiblemente, en cuanto a su material, de los del ámbito comercial e industrial. Los consumidores finales privados generan pequeñas cantidades de residuos de distintos tipos de material, con la consecuencia de que estos han de separarse posteriormente en unas instalaciones de separación que resultan relativamente costosas. En el caso de los envases del comercio y la industria, que en general se producen en cantidades más grandes y se separan por tipos de material, no es necesario recurrir a instalaciones de separación con una configuración técnica de ese tipo.
- (162) En estas circunstancias no cabe hablar de una intercambiabilidad funcional entre los servicios de recogida y separación de envases domésticos y los del ámbito comercial e industrial.
- (163) El mercado de la recogida y separación de envases domésticos usados se ha de diferenciar de la recogida de basura doméstica y residual, que sigue siendo responsabilidad de las corporaciones territoriales encargadas de la gestión de los residuos, incluso después de la aprobación del Decreto de envases. El mercado de la recogida y separación de envases usados se distingue del de la recogida de basura doméstica y residual por ofrecer una gama de servicios mucho más amplia, ya que la separación de los envases recogidos por tipos de material conforme a unos criterios específicos y la puesta a disposición de los materiales separados para su reciclado implican la existencia de una cadena autónoma de creación de valor añadido que, en general, comporta inversiones importantes, y vinculadas a la demanda, en la correspondiente infraestructura de separación. Además, cada ámbito cuenta con su propia infraestructura de recogida, ya que la basura doméstica y residual se recoge en contenedores distintos de los de los envases usados.
- (164) Por lo tanto, en el ámbito doméstico pueden distinguirse los siguientes mercados: el mercado de recogida de papel usado, el mercado de recogida de vidrio usado y el mercado de recogida y separación de envases ligeros.
- (165) En el ámbito comercial e industrial, la demanda de servicios de gestión de residuos procede de las ERS encargadas de la recogida (ARGEV y ARO) y de otros sistemas de la competencia. La demanda de estos sistemas sólo se refiere a servicios de gestión de residuos de envases que, debido a los requisitos legales, no pueden sustituirse por otros servicios de gestión. La demanda de estos servicios también puede proceder de sistemas de autogestión y de puntos de generación de grandes cantidades de residuos. En este caso, se generan tanto residuos de envases como otros tipos de residuos industriales. Dada la configuración particular de las obligaciones legales relativas a la gestión de residuos de envases, ésta no puede sustituirse, desde la óptica de la demanda, por la gestión de otros residuos industriales.
- (166) Desde la óptica de la oferta de servicios de gestión de residuos, existen grandes diferencias entre la recogida y separación de envases comerciales y la gestión de otros residuos industriales. A pesar de que las exigencias logísticas de la gestión son en parte similares (lugar de generación, ritmo de recogida, propiedades de los residuos), las divergencias en las obligaciones legales tienen repercusiones en el ámbito de la recogida y la separación. Los residuos de envases están sujetos a unas disposiciones sobre su recogida cuyo cumplimiento incumbe a las empresas de recogida y separación. Por ello, deben justificar y documentar ante sus clientes la recogida y preparación para su reciclado de unos volúmenes de residuos mínimos. Esto requiere una planificación que no se limita a tener en cuenta los residuos que se van a generar, sino que además ha de garantizar el suministro continuado de unos volúmenes de residuos suficientes. Además, debido a las exigencias en lo relativo a la presentación de pruebas, se dificulta la recogida en un mismo contenedor de envases y de otros residuos del mismo material. Esta posibilidad o bien la

excluye el contratista, o bien se ha de proceder a una separación proporcional que satisfaga los requisitos legales en materia de demostración del cumplimiento de las cuotas.

(167) Por consiguiente, se ha de partir de que el mercado de la recogida y separación de residuos de envases industriales debe diferenciarse del mercado de la gestión de otros residuos industriales. No es necesario determinar si el mercado de la recogida y separación de envases industriales debe subdividirse en función de los tipos de material, dado que ello no tiene incidencia alguna en la evaluación competitiva con arreglo al apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE.

(168) Habida cuenta de lo expuesto, cabe afirmar que, junto a los mercados de residuos domésticos, existe un mercado diferenciado de recogida y separación de envases usados procedentes de grandes empresas y de la industria. No es necesario proceder a una mayor diferenciación en función de las cadenas elementales de creación de valor añadido (por ejemplo, la recogida, el transporte, la separación), ya que ello no arrojaría una evaluación competitiva diferente conforme al apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE.

3. Mercados de los servicios de reciclado y de las materias primas secundarias

(169) El sistema ARA interviene en los mercados de los servicios de reciclado y/o de las materias primas secundarias en la medida en que las ERS, salvo ARGEV, organizan la entrega a las instalaciones de reciclado de los materiales recogidos en el marco del sistema, con arreglo a las disposiciones del Decreto de envases y de un modo duradero e independiente de la situación respectiva del mercado. Las empresas de reciclado, en tanto que socios contractuales de las ERS, destinan los materiales puestos a su disposición al reciclado conforme al Decreto de envases.

(170) Debe partirse de la existencia de mercados distintos según el tipo de material de que se trate. Por lo demás, no se procede en el ámbito del reciclado a una mayor diferenciación entre envases domésticos e industriales de un mismo material, puesto que las exigencias técnicas y económicas del reciclado son en gran medida idénticas. Por la misma razón pueden incluirse en el mercado del reciclado otros productos del mismo tipo de material destinados al reciclado. En el caso del papel y del cartón, por ejemplo, se incluirían periódicos y revistas.

(171) Por otra parte, la mera organización del reciclado de un determinado tipo de material por las ERS y el reciclado propiamente dicho del material o la oferta de materias primas secundarias constituyen dos niveles distintos del mercado de productos en cuestión.

Mercado geográfico

(172) El mercado geográfico de referencia abarca el territorio en el que las empresas participantes ofrecen productos o servicios y que se caracteriza por unas condiciones de competencia suficientemente homogéneas y, además, se diferencia de otros territorios vecinos, sobre todo en razón de unas condiciones competitivas manifiestamente distintas.

(173) Ha de partirse de que las condiciones objetivas de la oferta y la demanda en los mercados de referencia se distinguen notablemente de las de otros territorios del mercado común. Por consiguiente, a la hora de aplicar las normas de competencia comunitarias a los mercados de productos cubiertos por el sistema ARA, debe partirse del territorio austriaco en la medida en que se vean afectados los mercados de los sistemas y los mercados de recogida y separación.

(174) En lo que concierne a los mercados de servicios de reciclado y de materias primas secundarias, la Comisión considera que estos mercados en parte ya se caracterizan de forma considerable por una tendencia a la internacionalización y por elementos transfronterizos y, por lo tanto, se ha de tomar el Espacio Económico Europeo como mercado geográfico de referencia. A este respecto no es, sin embargo, necesario, determinar con exactitud el mercado geográfico de referencia.

VII. ESTRUCTURA DEL MERCADO

(175) En 1997, el número de licenciarios del sistema ARA era de 10 994; en 1998, de 11 479; en 1999, de 12 027; en 2000, de 12 295; y en 2001, de 12 652. Los ingresos de ARA por la afiliación al sistema fueron de 2 608,1 millones de chelines austriacos (ATS) (189,6 millones de euros) en 1997, de 2 673,0 millones de ATS (194,2 millones de euros) en 1998, de 2 694,2 millones de ATS (195,8 millones de euros) en 1999, de 2 543,3 millones de ATS (184,8 millones de euros) en 2000 y de 162,7 millones de euros en 2001.

(176) En el ámbito domésticos, el sistema ARA es el único sistema de recogida y reciclado existente en Austria que abarca todo el territorio nacional y todo tipo de materiales (salvo los cartones compuestos para bebidas).

(177) En este ámbito, Ökō-Box Sammel GmbH es la única empresa, junto a ARA, que explota un sistema de recogida y reciclado en todo el territorio de envases ligeros para bebidas, y para ello coopera con ARGEV a fin de poder garantizar la recogida en todo el territorio austriaco. Además, Bonus Holsystem für Verpackungen GmbH & Co. KG explota un sistema de eliminación de envases que acaban llegando, en el sector de la construcción, hasta los consumidores finales y, en el sector agrario, hasta los productores agricultores.

- (178) En el ámbito doméstico no se utilizan en una medida significativa los sistemas de autogestión con arreglo al artículo 3.6 del Decreto de envases.
- (179) En el ámbito de los envases comerciales e industriales, el sistema ARA tiene algunos competidores que, sin embargo, no son comparables por su dimensión económica con el sistema ARA. Se trata de las siguientes empresas:
- EVA Erfassen und Verwerten von Altstoffen GmbH («EVA»), una filial del grupo alemán Interseroh dedicada a la eliminación de residuos de metal, plástico, papel, madera y materiales compuestos,
 - Bonus Holsystem für Verpackungen GmbH & Co. KG («Bonus»; antes FRS Folien-Rücknahme-Service GmbH & Co KG), con sede en Kufstein, que se encarga de la eliminación de envases de metal, plástico, papel, madera y textiles, aunque se limita a los envases que llegan hasta los consumidores finales profesionales (y, en el sector de la construcción, también hasta los consumidores finales privados y, en el sector agrario, hasta los agricultores),
 - RUG Raiffeisen Umweltgesellschaft mbH, con sede en Kornneuburg, dedicada a la eliminación de botellas de vino reutilizables y de películas plásticas de la agricultura,
 - GUT Dr. Klaus Galle Umwelttechnik & Ökoconsulting («GUT»), con sede en Klosterneuburg, dedicada a la eliminación de metal, plástico, papel, madera, materiales compuestos y envases biogénos,
 - Pape Entsorgung GmbH & Co. KG, con sede en Hannover (Alemania), que se encarga de la eliminación de embalajes de piezas de recambio para automóviles.
- (180) Sólo las empresas EVA, Bonus y GUT disponen de una autorización para explotar un sistema en todo el ámbito comercial e industrial.
- (181) Existen, asimismo, sistemas de autogestión, por ejemplo para los puntos de generación de grandes cantidades de residuos.
- (182) Cuadros sobre los volúmenes licenciados y recogidos

Volúmenes de residuos de envases licenciados/recogidos en el marco de los sistemas en 2001 ⁽⁹⁾

| | Volumen de mercado (volumen total de envases puestos en el mercado austriaco), en toneladas | Volumen licenciado por otros sistemas, en toneladas | Volumen licenciado por ARA, en toneladas | Porcentaje de envases licenciados por ARA sobre el volumen total de envases puestos en el mercado austriaco |
|--------------------|---|---|--|---|
| Papel y cartón | 535 000 | 13 300 | [...]* (*) | [... 50-60 % ...]* |
| Vidrio | 230 000 | 0 | [...]* | [... 80-90 % ...]* |
| Madera | 70 000 | 1 600 | [...]* | [... 65-75 % ...]* |
| Cerámica | 28 | 0 | [...]* | [... 90-100 % ...]* |
| Metales | 85 000 | 900 | [...]* | [... 50-60 % ...]* |
| Textil | — | 34 | [...]* | [... 15-25 % ...]* |
| Plástico | 210 000 | 7 100 | [...]* | [... 50-60 % ...]* |
| MC ⁽¹⁰⁾ | 40 000 | 23 600 | [...]* | [... 15-25 % ...]* |
| Otros | — | 54 | 0 | [... 0-10 % ...]* |
| Total | 1 170 028 | 46 700 | [...]* | [... 55-65 % ...]* |

— = no hay datos disponibles.

(*) Se han suprimido determinadas partes del presente texto con objeto de garantizar que no se haga pública ninguna información confidencial; estas partes se señalan mediante corchetes y un asterisco.

⁽⁹⁾ Las cifras contenidas en el cuadro a continuación se basan en la información facilitada por el Ministerio austriaco de Agricultura, Silvicultura, Medio Ambiente y Gestión del Agua, situación a 2001.

⁽¹⁰⁾ Materiales compuestos.

Volúmenes de residuos de envases recogidos en 2001 ⁽¹¹⁾

| | Volumen total recogido por ARA, en toneladas | Volumen recogido por otros sistemas | Volúmenes recogidos, anexo 3 (= comercio e industria) | Vertederos y combustión | Suma | Porcentaje de ARA sobre el volumen total de residuos de envases recogidos |
|--------------------|--|-------------------------------------|---|-------------------------|-----------|---|
| Papel y cartón | 297 400 | 11 500 | 102 200 | 92 000 | 503 100 | 59 % |
| Vidrio | 174 400 | 0 | 900 | 39 000 | 214 300 | 81 % |
| Madera | 15 600 | 600 | 12 100 | 40 000 | 68 300 | 23 % |
| Cerámica | 9 | 0 | 0 | 0 | 9 | 100 % |
| Metales | 29 500 | 700 | 4 600 | 27 000 | 61 800 | 48 % |
| Textil | 7 | 27 | 300 | 0 | 334 | 2 % |
| Plástico | 102 800 | 6 000 | 6 900 | 78 000 | 193 700 | 53 % |
| MC ⁽¹²⁾ | 5 000 | 17 200 | 100 | 5 000 | 27 300 | 18 % |
| Otros | 0 | 45 | 200 | 0 | 245 | 0 % |
| Total | 624 716 | 36 072 | 127 300 | 281 000 | 1 069 088 | 58 % |

VIII. OBSERVACIONES DE TERCEROS

(183) Tras la publicación de la Comunicación conforme al apartado 3 del artículo 19 del Reglamento nº 17 y al artículo 3 del Protocolo 21 del Acuerdo EEE, la Comisión recibió las observaciones de un total de ocho terceros interesados. Dichas observaciones se concentraban en los aspectos que se exponen a continuación.

(184) Varios terceros propusieron que los compromisos ofrecidos por ARA se garantizaran mediante la imposición de obligaciones. Esta propuesta se refiere, en particular, a la utilización compartida de la infraestructura de recogida

en el ámbito doméstico. Estos interesados consideran, además, que el alcance de los compromisos es insuficiente.

(185) Asimismo, se adujo que el sistema ARA realizaba una subvención cruzada del ámbito comercial e industrial a costa del ámbito doméstico con el fin de expulsar del mercado a sus competidores. Los interesados afirman que no se procede a una separación nítida entre estos dos ámbitos ni en lo referente a las tarifas ni en lo relativo al cálculo. Por ello, estiman que debe prohibirse a ARA operar en el ámbito comercial.

(186) Por último, se adujo que ARA privilegiaba a determinados grupos de licenciatarios al restituirles de forma selectiva los derechos abonados, mientras que otros licenciatarios sólo se beneficiaban de las bajadas de tarifas generales.

(187) ARA no notificó el listado de tarifas, por lo que el sistema tarifario y las posibles subvenciones cruzadas no son objeto de la presente Decisión.

(188) La Comisión ha examinado detenidamente las observaciones de los terceros interesados y, cuando ha resultado necesario y estaba justificado, las ha tenido en cuenta a efectos de la presente Decisión.

⁽¹¹⁾ Las cifras contenidas en este cuadro se basan en la información facilitada por el Ministerio austriaco de Agricultura, Silvicultura, Medio Ambiente y Gestión del Agua, situación a 2001. Según información de junio de 2003, facilitada oralmente por el funcionario competente del Ministerio de Agricultura, Silvicultura, Medio Ambiente y Gestión del Agua, el volumen de envases de papel y cartón recogido por ARA corresponde en un tercio, aproximadamente, al ámbito doméstico y en dos tercios al ámbito comercial e industrial; los volúmenes de plástico recogidos por ARA corresponden en un 70 %, aproximadamente, al ámbito doméstico y en un 30 % al ámbito comercial e industrial.

⁽¹²⁾ Materiales compuestos. Entre los materiales compuestos también se cuentan los cartones compuestos para bebidas. Öko-Box recogió 16 600 toneladas de cartones compuestos para bebidas; el sistema ARA no recoge este tipo de envases.

**IX. APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 81 DEL TRATADO CE Y
APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 53 DEL ACUERDO EEE**

(189) El apartado 1 del artículo 85 del Tratado prohíbe por su incompatibilidad con el mercado común todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común.

Acuerdos entre empresas

(190) ARA y las empresas sujetas al Decreto de envases ejercen una actividad económica, por lo que los acuerdos de cesión de obligaciones y licencia suscritos entre ellas constituyen un acuerdo entre empresas.

(191) Las ERS ejercen una actividad económica independiente. Como ARA sólo tiene una participación del 11 % en algunas ERS, no puede ejercer sobre éstas un control en el sentido del Derecho de sociedades. Dado que entre los licenciatarios del sistema ARA no existe una relación a efectos del Derecho de sociedades ni una relación de matriz-filial —con la excepción de AVM, participada al 50 % por ÖKK y ARO—, los acuerdos de gestión de residuos concluidos entre ARA y las ERS y los acuerdos de cooperación suscritos entre ARGEV y ÖKK, Alurec, Ferropack y VHP constituyen acuerdos entre empresas en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE.

(192) A efectos de la prestación efectiva de los servicios de recogida, separación y reciclado, las ERS concluyen a su vez contratos con empresas de gestión de residuos. En ocasiones, actúan como empresas de gestión de residuos las corporaciones municipales. En este sentido, dichas corporaciones también ejercen una actividad económica. Por consiguiente, todos los acuerdos entre las ERS y las empresas de recogida, separación y reciclado constituyen acuerdos entre empresas en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE.

Restricción de la competencia

1. Mercado de los sistemas para envases domésticos

1.1. Restricción de la competencia mediante el acuerdo de cesión de obligaciones y licencia

(193) ARA interviene en el mercado de los envases domésticos al concluir acuerdos de cesión de obligaciones y licencia con otras empresas y liberarlas, de este modo, por lo que se refiere a los envases objeto del contrato, que posteriormente son recogidos en los hogares de los consumidores finales, de sus obligaciones de recogida y reciclado derivadas del Decreto de envases.

(194) ARA utiliza distintas variantes de acuerdos de cesión de obligaciones y licencia. A continuación, se procederá a un examen detallado del acuerdo de cesión de obligaciones y licencia para envases de transporte, de venta y colectivos («ACL»), entendido como contrato tipo.

Prueba de la participación en un sistema de exención paralelo o en un sistema de autogestión

(195) Conforme al artículo I.2 del ACL, el licenciatario sólo puede quedar exento de la obligación de participar con todos sus envases en los sistemas de recogida y reciclado de ARA si presenta una prueba de su participación en un sistema de exención paralelo o en un sistema de autogestión. En cuanto a los requisitos de esta prueba, ARA ha comunicado que como prueba de la participación en un sistema de exención paralelo basta la presentación del certificado que ha de extender el operador del sistema conforme al artículo 3.5 del Decreto de envases, y como prueba de la participación en un sistema de autogestión basta el certificado de recuperación que los operadores de este tipo de sistemas han de extender para su presentación al Ministerio de Medio Ambiente conforme al artículo 3.6.2 del Decreto de envases (considerando 52).

(196) Con arreglo al artículo II.1 del ACL, los derechos pagaderos por el licenciatario están en función de los envases que éste ponga en circulación en el territorio nacional. No obstante, ARA ha comunicado que el artículo II.1 del ACL debe entenderse en el sentido de que el derecho de licencia sólo se ha de pagar por aquellos envases para los que el licenciatario pretende ceder sus obligaciones al sistema y cuyo volumen declara al sistema ARA, conforme al artículo II.4, como base para el cálculo de los derechos (considerando 55). Además, el licenciatario puede proceder a una corrección retroactiva de sus declaraciones correspondientes al año natural transcurrido y solicitar la correspondiente devolución de derechos pagados si ha realizado por otros medios la eliminación de determinados volúmenes de residuos. Este sistema flexible de cálculo de los derechos de licencia alberga el peligro de que las empresas participantes en el sistema ARA excluyan *a posteriori* de dicho cálculo determinadas cantidades de envases sin proceder a su eliminación por otros medios. Como ARA acepta, en particular, la corrección *a posteriori* de las declaraciones de materiales de embalaje, a juicio de la Comisión está justificado que ARA exija una prueba para tratar de impedir que los licenciatarios abusen de la flexibilidad del sistema de declaración.

(197) Habida cuenta de estos hechos, la obligación de presentar una prueba recogida en el artículo I.2 del ACL no es contraria al apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE.

Utilización del distintivo «Der Grüne Punkt»

- (198) Podría producirse una restricción de la competencia con arreglo al artículo apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE si los licenciatarios tuvieran que pagar un derecho por todos los envases que llevan el distintivo «Der Grüne Punkt». En este caso, se plantearía un problema a los licenciatarios que sólo utilizan el servicio de exención de ARA para una parte de sus envases o que renuncian por completo a dicho servicio en Austria y comercializan en otros Estados miembros del EEE un envase uniforme, pero provisto del distintivo «Der Grüne Punkt». En tal caso, los licenciatarios se verían obligados a pagar un derecho a ARA por los envases con los que no participan en el sistema ARA, además del derecho pagado al sistema competidor, o bien a crear líneas de envasado y distribución separadas, lo cual no sería viable ni rentable.
- (199) El ACL no contiene ninguna disposición por la que los envases participantes en el sistema ARA y puestos en circulación en Austria deban llevar el distintivo «Der Grüne Punkt». El Decreto de envases tampoco establece la obligación de colocar un distintivo en los envases que participen en un sistema de recogida y reciclado.
- (200) ARA señala, por otra parte, que el artículo II del ACL no debe interpretarse en el sentido de que la obligación de pago de los licenciatarios constituye una contraprestación por el derecho a utilizar el distintivo «Der Grüne Punkt», sino como canon por la prestación del servicio de exención a través del sistema ARA. En este sentido, no se trata pues del pago de un derecho por la utilización de un distintivo, sino de la remuneración de un servicio.
- (201) Esto significa que las empresas pueden participar con una parte o con la totalidad de sus envases provistos del distintivo «Der Grüne Punkt» en un sistema de exención de la competencia o en un sistema de autogestión sin estar por ello obligadas a pagar a ARA un derecho de licencia, siempre que le presenten a ésta la prueba de la eliminación de estos envases conforme al Decreto de envases.
- (202) Para garantizar que ARA no adopte otro tipo de medidas de cara a las empresas que no sean licenciatarias de su sistema, pero que en virtud de un contrato concluido con un sistema de recogida y reciclado de otro Estado miembro o en virtud de la legislación de otro Estado miembro estén obligadas a colocar el distintivo «Der Grüne Punkt» en los envases que pongan en circulación, ARA ha presentado el compromiso de que no se opondrá a que el distintivo «Der Grüne Punkt» figure en envases que no cuenten con su licencia, siempre que se demuestre que tales envases se recogen y reciclan con arreglo al Decreto de envases y se le presente la prueba correspondiente. Esto se aplica tanto si la no participación en el sistema ARA es parcial como si es total. Incluso en caso de que no se participe en absoluto en el sistema ARA, no es necesario indicar este extremo en el envase.

- (203) Habida cuenta de estos hechos, debe partirse de que las disposiciones del ACL en lo relativo a la utilización del distintivo «Der Grüne Punkt» en envases puestos en circulación no obstaculizan los sistemas competidores, existentes y potenciales, de recogida y reciclado o de autogestión de envases domésticos y, por lo tanto, no restringen la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE.

Derecho de resolución ordinaria para licenciatarios extranjeros de otros Estados miembros

- (204) El artículo 7 de la Directiva 94/62/CE establece que los sistemas de devolución deben estar abiertos también a los productos importados, con un trato no discriminatorio. La no discriminación se extiende a las modalidades y los posibles derechos en concepto de acceso al sistema. En este sentido, el artículo 32.2 de la Ley de gestión de residuos establece el imperativo de contratación para el ámbito doméstico. En consecuencia, ARA no puede ejercer en principio el derecho de resolución. Si lo hace, no obstante, en los casos excepcionales que se han descrito (considerando 60), queda sometida al control de un posible abuso. Habida cuenta de esta circunstancia, la concesión por vía contractual de un derecho de resolución ordinario para los licenciatarios extranjeros no debe considerarse como una restricción apreciable en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE.

1.2. Restricción de la competencia mediante los acuerdos de gestión de residuos ARA-ERS

- (205) El artículo 5 del contrato de gestión de residuos concluido entre ARA y ARGEV, que se notificó como contrato tipo de los contratos suscritos por ARA con todas las ERS, contiene cláusulas de exclusividad, tanto en favor de ARA como de las ERS. Además, el artículo 6.13 del contrato contiene una cláusula de parte más favorecida en favor de ARA.

Exclusividad en favor de ARA

- (206) La exclusividad en favor de ARA durante toda la vigencia del contrato de gestión de residuos suscrito con las ERS, prevista en el artículo 5.2, tiene el efecto de que los competidores potenciales de ARA no pueden concluir un contrato con las ERS que sean titulares de las autorizaciones de los sistemas. Sin embargo, no se trata de una condición impuesta por la normativa de competencia para el acceso al mercado de los sistemas. Lo determinante es que los competidores pueden concluir contratos con empresas que se encarguen efectivamente de la recogida y separación. Este mercado, situado en sentido descendente del mercado de los sistemas, se analizará a continuación con mayor detalle.

(207) Del examen de la cláusula de exclusividad contenida en el artículo 5 del contrato de gestión de residuos se desprende que ésta no da lugar a una restricción de la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE.

Exclusividad en favor de las ERS

(208) La exclusividad en favor de las ERS durante toda la vigencia del contrato, prevista en el artículo 5.1, implica que ninguna otra empresa puede convertirse en ERS del sistema ARA ni, por tanto, acogerse al servicio de mandataria prestado por ARA. Puesto que la intención de los competidores es precisamente la de concluir contratos con las empresas sujetas al Decreto de envases en lugar de ARA, no se aprecia ningún interés por recurrir a este servicio de ARA. En consecuencia, la Comisión también concluye a este respecto que no se produce ninguna restricción apreciable de la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE.

(209) Por otra parte, a cada ERS se le asigna un determinado grupo de materiales y determinadas fases del proceso de gestión de residuos. Conforme al artículo 5.3 del contrato de gestión de residuos, cada una de las ERS se compromete a no prestar activamente servicios de gestión de residuos que entren en el ámbito de las competencias de otras ERS. Esto da lugar a que las ERS no puedan competir entre sí, lo cual afecta en primer lugar a la organización dentro del propio sistema ARA. Fuera del sistema ARA, esta disposición no surte efecto alguno, más allá de la exclusividad descrita. Si bien es cierto que, dentro del sistema, se restringe la libertad de actuación de las ERS, este hecho se puede justificar por la necesidad de alcanzar un reparto de funciones claro y una especialización razonable del propio sistema. A falta de una clara delimitación de los ámbitos competenciales, no podrían realizarse en el interior del sistema tareas como la de licitar los contratos con las empresas de recogida, las de separación y las de reciclado, ni se podría garantizar de forma efectiva el cumplimiento de las cuotas impuestas. También reviste importancia el hecho de que la fijación de un ámbito de actividades para cada ERS no surte efectos tras la expiración del contrato. Por consiguiente, lo dispuesto en el artículo 5.3 del contrato de gestión de residuos no es contrario al apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE.

Cláusula de parte más favorecida

(210) Se ha de examinar, asimismo, si la cláusula de parte más favorecida contenida en el artículo 6.13 del contrato de gestión de residuos entre ARA y las ERS, por la que éstas no pueden ofrecer o prestar sus servicios a terceros en condiciones más favorables que las aplicadas a ARA o a sus licenciarios, implica una restricción apreciable de la competencia en el mercado de los sistemas en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE. La cláusula de parte más favorecida no puede surtir un efecto propio al margen de la cláusula de exclusividad, puesto que ésta última impide a las ERS colaborar con

un sistema de recogida distinto al de ARA. Por lo tanto, no se plantea en principio la cuestión de unas condiciones más favorables. En consecuencia, la cláusula de parte más favorecida tampoco puede representar, por sí sola, una restricción de la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE.

1.3. Restricción de la competencia mediante el acuerdo de cooperación ARGEV-ERS

(211) La cláusula de exclusividad en favor de ARGEV acordada entre ésta y ÖKK/Alurec podría dar lugar a una restricción de la competencia si con ello se impidiese la entrada en el mercado de competidores potenciales. En virtud del artículo 15 del contrato de gestión de residuos concluido por ARGEV con ÖKK, responsable de la organización y el reciclado de envases de plástico, las partes se comprometen a no crear, explotar o participar durante la vigencia del contrato en otro sistema de recogida y reciclado en el sentido del Decreto de envases al margen del sistema ARA, a no ser que cuenten con el consentimiento de la otra parte. El acuerdo entre ARGEV y Alurec establece en su artículo V una exclusividad idéntica en cuanto a su contenido.

(212) De este modo, se cierra a los competidores potenciales el ámbito de la organización del reciclado y la comercialización de materias primas secundarias, pero no el acceso a este mercado. La estructura organizativa puede ser creada por los propios competidores. No existen, en particular, indicios de que haya obstáculos para que los posibles competidores del sistema ARA concluyan contratos con las empresas de reciclado. La cláusula de exclusividad en favor de ARGEV no constituye, pues, una restricción de la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE.

2. Mercado de los sistemas para envases del ámbito de las grandes empresas y la industria

2.1. Restricción de la competencia mediante los acuerdos de cesión de obligaciones y licencia (ACL)

(213) El ACL se aplica tanto a los envases domésticos como a los envases procedentes del ámbito de las grandes empresas y la industria.

(214) Por ello, el análisis de las disposiciones del ACL relativas a la prueba de la participación en un sistema de exención paralelo o en un sistema de autogestión, expuesto en el punto 1.1 (considerandos 193 y siguientes), también es aplicable a los envases del ámbito de las grandes empresas y la industria. El compromiso relativo a la utilización del distintivo «Der Grüne Punkt» puede ser aplicable si un envase se genera en otro Estado miembro al menos como residuo doméstico y por ello ha de llevar dicho distintivo.

(215) Por esta razón, la Comisión llega a la conclusión de que las disposiciones pertinentes del ACL no dan lugar a una restricción de la competencia en el mercado de los sistemas para los envases del ámbito de las grandes empresas y la industria y, en consecuencia, dichas disposiciones no entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE.

2.2. Restricción de la competencia mediante los acuerdos de gestión de residuos ARA-ERS

(216) Los acuerdos de gestión de residuos entre ARA y las ERS, respecto de los cuales se notificó como contrato tipo el concluido entre ARA y ARGEV, se refieren al reciclado de envases tanto del ámbito doméstico como del industrial. En este sentido, se remite a la evaluación jurídica, expuesta en los considerandos 206 y siguientes, de las problemáticas cláusulas de exclusividad en el ámbito doméstico. Al igual que en aquel caso, las cláusulas de exclusividad analizadas tampoco dan lugar en el ámbito industrial a una restricción de la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE.

2.3. Restricción de la competencia mediante los acuerdos de cooperación ARGEV-ERS

(217) En los acuerdos de cooperación concluidos por ARGEV y las ERS, respecto de los cuales se notificó como acuerdo tipo el concluido entre ARGEV y ÖKK y entre ARGEV y Alurec, no se distingue entre el ámbito doméstico y el industrial. El análisis de estos acuerdos no arroja ninguna diferencia respecto de la evaluación jurídica del mercado de la recogida y separación de envases domésticos (considerandos 211 y 212). Por las razones allí expuestas, las cláusulas de exclusividades recíprocas contenidas en los contratos no representan una restricción de la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE.

3. Mercado de la recogida y separación de envases domésticos usados

(218) En el mercado de la recogida y separación de envases ligeros usados del ámbito doméstico, el sistema ARA interviene, en particular, a través del acuerdo de socio regional de ARGEV con las empresas de recogida y las empresas de separación.

(219) En el marco de los acuerdos de ARGEV vigentes desde el 1 de enero de 2002, ésta ha concluido con las empresas de gestión de residuos contratos separados para la recogida y para la separación de envases.

3.1. Restricción de la competencia mediante el acuerdo de socio regional ARGEV — Empresas asociadas de recogida

Exclusividad en favor de las empresas asociadas de recogida

(220) El acuerdo de empresa asociada de recogida se concluye, en cada caso, entre ARGEV y una empresa asociada de recogida respecto de una región determinada en la que dicha empresa tiene competencia exclusiva.

(221) Debido a la obligación contraída por ARGEV de recurrir durante la vigencia del contrato a una sola empresa de gestión de residuos para la prestación de todos los servicios de recogida en el territorio contractual correspondiente y habida cuenta de su fuerte posición de mercado en el lado de la demanda (véase el considerando 182), se priva a los demás proveedores de servicios de recogida de envases domésticos ligeros de importantes oportunidades para ofrecer sus servicios.

(222) La designación de una sola empresa asociada en cada territorio de recogida da lugar a una autorrestricción de ARGEV en el ámbito de la demanda de servicios de recogida de envases domésticos ligeros. Esta restricción tiene la consecuencia de que los competidores no pueden ofrecer servicios de recogida de envases domésticos ligeros al principal demandante de tales servicios y, de este modo, se restringe, desde el lado de la oferta, la competencia entre las empresas asociadas de recogida en los distintos territorios contractuales. A pesar de que en los contratos vigentes a partir de 2002 se separaron contractualmente la recogida y la separación, existe una agrupación de la demanda a través del sistema ARA. A ello hay que añadir que las empresas de recogida, al mismo tiempo, operan por cuenta del sistema ARA en el ámbito industrial sobre la base de un acuerdo uniforme de empresa asociada de recogida.

(223) Los contratos entre ARGEV y las empresas asociadas de recogida no contienen, en principio, ninguna limitación temporal y únicamente se contempla la posibilidad de una resolución ordinaria al cabo de tres años. Con arreglo al compromiso 4 recogido en el considerando 139, ARGEV se ha comprometido a resolver sus contratos con las empresas asociadas de gestión de residuos al término de un período de vigencia de tres años si las partes no deciden de común acuerdo prorrogar la vigencia del contrato por un máximo de dos años. En cualquier caso, al término de una vigencia contractual de cinco años, ARGEV volverá a adjudicar los contratos de servicios mediante un procedimiento objetivo. Aunque este compromiso impide que las partes del contrato acuerden una relación de duración indefinida, la vigencia del contrato puede ser de hasta cinco años. De este modo, se impide, durante un período de entre tres y cinco años, que las empresas de gestión de residuos excluidas ofrezcan sus servicios al principal demandante del mercado, lo cual restringe notablemente la competencia en el territorio contractual.

Apreciabilidad

- (224) Ahora bien, la exclusividad en favor de las empresas asociadas de recogida sólo infringe el apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE si falsea la competencia de forma apreciable. En este contexto, el carácter apreciable de la restricción de la competencia se determina sobre todo por la posición del socio contractual en el mercado de referencia y por la duración de la cláusula de exclusividad.
- (225) ARGEV ha concluido acuerdos con empresas asociadas de recogida en un total de 64 territorios contractuales y ha creado así una red de contratos que se extiende por toda Austria. De este modo, el sistema ARA es el único que cuenta actualmente con un sistema de recogida y reciclado en Austria que abarca todo el territorio y todos los tipos de material en el ámbito de los envases domésticos y representa, por tanto, la demanda esencial de este tipo de servicios de gestión de residuos, tanto a escala austriaca como en las distintas regiones de recogida. En el ámbito de los envases domésticos ligeros, Öko-Box es la única empresa que ha creado un sistema competidor. Sin embargo, éste se limita a los cartones compuestos para bebidas, que representan en torno al 20 % del total de residuos de envases ligeros generados en los hogares (véase el considerando 182).
- (226) Como ARGEV ha extendido por todo el mercado geográfico de referencia una red de contratos idénticos, la agrupación de las relaciones de exclusividad contenidas en dichos contratos implica que durante su vigencia no pueden acceder al mercado terceros operadores. El efecto acumulativo de los contratos en su conjunto surte un efecto de exclusión del mercado de las empresas de gestión de residuos excluidas.
- (227) Desde el punto de vista de la oferta se ha de tener en cuenta, además, que hay razones de espacio y de logística que desaconsejan la creación de una infraestructura de recogida de residuos domésticos paralela a la explotada por las empresas asociadas de recogida de ARGEV (véanse los considerandos 160, 281 y siguientes). La propia Öko-Box utiliza en parte la infraestructura de recogida de las empresas de gestión de residuos de ARGEV. Por consiguiente, hoy por hoy debe considerarse improbable que los proveedores de servicios excluidos cuenten con posibilidades alternativas para ofrecer sus servicios. Es más realista pensar que un sistema de exención potencialmente competidor de ARA colaborará con aquellas empresas asociadas de recogida que ya realicen actualmente la recogida de envases para el sistema ARA en el marco de un acuerdo de empresa asociada de recogida. En estas circunstancias, es improbable que durante la vigencia del acuerdo de empresa asociada de recogida se abran en los distintos territorios contractuales nuevas posibilidades para la prestación de servicios en una medida apreciable, vale decir considerable, a los proveedores excluidos.
- (228) Otro factor determinante para la evaluación de las repercusiones de la cláusula de exclusividad sobre la competencia es su duración. Conforme al compromiso 4 ofrecido por ARGEV (considerando 139), en el futuro los acuerdos de empresa asociada de recogida deberán volver a licitarse al cabo de una vigencia contractual máxima de cinco años. Esto implica que, durante un período equivalente, se cerrarán unas oportunidades esenciales a los proveedores de servicios de recogida que no hayan resultado adjudicatarios de la licitación.
- (229) Por consiguiente, la Comisión llega a la conclusión de que la exclusividad en favor de las empresas asociadas de recogida prevista en los acuerdos de empresa asociada de recogida falsea la competencia de una forma apreciable.
- Acceso a las instalaciones de recogida de las empresas asociadas de recogida
- (230) Habida cuenta de la dificultad de ofrecer una alternativa a la infraestructura de recogida de residuos domésticos, según se ha expuesto en el considerando 227, resulta especialmente importante, a efectos de la competencia, que los competidores del sistema ARA tengan un acceso libre y sin trabas a estas instalaciones. Una restricción de la competencia con arreglo al apartado 1 del artículo 88 del Tratado CE se produciría, en particular, si el acuerdo de empresa asociada de recogida estuviera configurado de tal manera que se impidiese el acceso a la infraestructura de recogida de los competidores del sistema ARA.
- (231) Los contratos de servicios no contienen ninguna cláusula de exclusividad en favor de ARGEV, de modo que las empresas de gestión de residuos también pueden ofrecer sus servicios a otros sistemas de exención o a los sistemas de autogestión. ARGEV ha reiterado en el compromiso 3 reproducido en el considerando 139 su renuncia a una cláusula de exclusividad en su favor.
- (232) Queda por examinar si el acuerdo de empresa asociada de recogida impide la utilización compartida de los contenedores de las empresas asociadas de recogida por los competidores del sistema ARA.
- (233) En este sentido, podría resultar problemática la cláusula de propiedad contenida en el artículo 2.5.2 del acuerdo de empresa asociada de recogida, según la cual la empresa asociada de recogida se hace cargo de los envases por cuenta de ARGEV y, por tanto, sólo puede disponer de los envases recogidos del modo previsto en el acuerdo. Por otra parte, ARGEV paga una remuneración para compensar el coste de los contenedores y se reserva el derecho de que éstos se instalen previa consulta con ella. Estas disposiciones podrían permitir a ARGEV ejercer cierto control sobre los contenedores, pero no excluyen explícitamente una utilización compartida. Además, ARGEV ha señalado que nada impide que la empresa de gestión de residuos reserve un volumen determinado de un mismo contenedor para su utilización por otro sistema, siempre y cuando ello no

obste para el cumplimiento de sus obligaciones frente a ARGEV (considerando 103). En cuanto a la cláusula de propiedad, ARGEV ha aclarado que ésta sólo se refiere a los volúmenes de envases licenciados para ARA, por lo que no impide que los competidores del sistema ARA utilicen sin restricciones los envases recogidos por cuenta de ellos en el marco de la utilización compartida de las instalaciones de recogida. Por lo tanto, la cláusula de propiedad debe interpretarse en el sentido de que no impide el reparto de los volúmenes de envases recogidos por cuenta de varios sistemas en un mismo contenedor.

- (234) En consecuencia, no puede demostrarse que determinadas disposiciones del acuerdo de empresa asociada de recogida impidan a las empresas de gestión de residuos concluir y ejecutar contratos con los competidores del sistema ARA relativos a la utilización compartida de los contenedores. No obstante, las restricciones del compromiso 3 relativo a la utilización compartida albergan el peligro de que ARGEV, sin basarse en una disposición concreta del acuerdo de empresa asociada de recogida, trate de obstaculizar la apertura de los contenedores por parte de las empresas asociadas de recogida a empresas competidoras. Este peligro se ha de tener en cuenta a la hora de determinar si se dan las condiciones para la exención de la cláusula de exclusividad en favor de las empresas asociadas de recogida (véanse los considerandos 278 y siguientes).

3.2. Restricción de la competencia mediante el acuerdo de socio regional ARGEV — Empresas asociadas de separación

- (235) A raíz de la distinción entre acuerdo de empresa asociada de recogida y acuerdo de empresa asociada de separación, desde el 1 de enero de 2002 las empresas asociadas de recogida y de separación pueden ser empresas distintas. Por su contenido, los contratos de ARGEV con las empresas asociadas de separación son similares a los concluidos con las empresas asociadas de recogida.
- (236) El artículo 5 del acuerdo de empresa asociada de separación establece la misma vigencia contractual que el acuerdo de empresa asociada de recogida. Otra coincidencia es que en cada región de recogida, ARGEV encarga a una sola empresa asociada la separación de envases de venta usados. El compromiso 4 reproducido en el considerando 139, relativo a la vigencia del contrato y a la publicación de una nueva licitación al cabo de un máximo de cinco años de vigencia contractual, también es aplicable al acuerdo de empresa asociada de separación. Por lo tanto, a efectos de la evaluación jurídica de esta cláusula de exclusividad en favor de las empresas asociadas de separación, se remite a lo expuesto en relación con el acuerdo de empresa asociada de recogida. La exclusividad contenida en el acuerdo de empresa asociada de separación también da lugar a una restricción apreciable de la competencia en el mercado de referencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE.

3.3. Restricción de la competencia mediante los acuerdos de ARO con las corporaciones territoriales

- (237) ARO ha firmado con las corporaciones territoriales un acuerdo relativo a la utilización de los sistemas municipales de papel usado para los envases de papel procedentes de hogares y de establecimientos que generan un volumen de residuos de envases similar. Con arreglo a este acuerdo, las corporaciones territoriales no prestan sus servicios de recogida por cuenta de ARO, sino que cada una gestiona su propio sistema municipal de gestión y recogida de papel usado, que también se extiende a residuos que no son envases (como periódicos y revistas). En el ámbito de la recogida de envases de papel, cartón y cartón ondulado en las inmediaciones de los hogares, ARO se limita a comprar determinadas cantidades de la recogida municipal. El acuerdo con las corporaciones territoriales no contiene disposiciones que excluyan el uso compartido por otro sistema de recogida y reciclado de los contenedores de recogida municipal de papel usado. Por lo tanto, nada impide que las corporaciones territoriales también concluyan contratos de recogida y reciclado de envases de papel con empresas competidoras de ARO.
- (238) En estas circunstancias, la Comisión concluye que el acuerdo concluido por ARO con las corporaciones territoriales no contiene cláusulas que restrinjan la competencia y, por tanto, no infringe el apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE.
- #### 4. Mercado de la recogida y separación de envases comerciales e industriales
- (239) ARA interviene en el mercado de la recogida y separación de envases comerciales e industriales fundamentalmente por medio de los acuerdos de socio regional concluidos entre las ERS y las empresas asociadas de recogida o de separación.
- (240) Los contratos concluidos por ARGEV y ARO con las empresas asociadas de recogida y separación para el cumplimiento efectivo de los requisitos establecidos en el Decreto de envases en lo referente a los sistemas de recogida y reciclado abarcan los envases industriales.
- #### 4.1. Restricción de la competencia mediante el acuerdo de socio regional ARGEV — Empresas asociadas de recogida
- (241) En el ámbito de la recogida de envases industriales también se ha de examinar la compatibilidad con el apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE de la cláusula de exclusividad en favor de las empresas asociadas de recogida.

- (242) Debido a la obligación contraída por ARGEV de recurrir también en el ámbito industrial a una sola empresa de gestión de residuos para la prestación de todos los servicios de recogida, se priva a otros proveedores competidores de servicios de recogida de envases industriales de oportunidades para ofrecer sus servicios y, por consiguiente, se restringe la competencia entre las empresas asociadas de recogida/las empresas de gestión de residuos en el ámbito industrial.
- (243) Sin embargo, y contrariamente a lo que ocurre en el ámbito de la gestión de residuos de envases domésticos, ARGEV no representa en el mercado de los envases industriales y demás residuos industriales el grueso de la demanda de servicios de gestión de residuos. En el caso de los envases industriales, hay otros sistemas que actúan, asimismo, en este mercado como demandantes de servicios de gestión de residuos. Las empresas de gestión de residuos pueden ofrecer sus servicios de recogida también en los puntos de generación de grandes cantidades de envases.
- (244) A pesar de que ARGEV no representa el grueso de la demanda de servicios de gestión de residuos en el ámbito industrial, los sistemas competidores de recogida y reciclado de envases industriales y los puntos de generación de grandes cantidades de residuos no pueden compararse, en cuanto a su importancia económica, con el sistema ARA (véase el considerando 182). En consecuencia, se ha de partir de que la cláusula de exclusividad priva a las empresas de gestión de residuos de importantes oportunidades para ofrecer sus servicios y, por ello, surte un efecto apreciable en el mercado común de los servicios de gestión de envases industriales.
- (245) Dado que el acuerdo de empresa asociada de recogida establece un contrato uniforme para la recogida de envases domésticos e industriales, las empresas de gestión de residuos sólo pueden convertirse en empresas asociadas de recogida de envases industriales de ARGEV si al mismo tiempo están en condiciones de ofrecer una infraestructura para la recogida en los hogares. Esto implica que las pequeñas empresas de gestión de residuos, con una menor capacidad de prestación de servicios, se verán imposibilitadas de presentar una oferta a ARGEV. Una disposición de este tipo constituye una agudización de la restricción de la competencia que acaba de describirse.
- (246) Otro factor determinante para la evaluación de las repercusiones de la exclusividad sobre la competencia es la vigencia de los acuerdos de empresa asociada de recogida. Conforme al compromiso 4 ofrecido por ARGEV, estos acuerdos deberán volver a licitarse al cabo de una vigencia máxima de cinco años. Esto da lugar, durante ese período, a la exclusión de los proveedores de servicios de gestión de residuos de importantes oportunidades para ofrecer sus servicios.
- (247) Por consiguiente, debe concluirse que la cláusula de exclusividad representa, durante el período mencionado, una restricción apreciable de la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE en el mercado de la recogida y separación de envases industriales.
- 4.2. Restricción de la competencia mediante el acuerdo de socio regional entre ARGEV y las empresas asociadas de separación
- (248) El acuerdo de empresa asociada de separación también regula tanto el ámbito doméstico como el industrial.
- (249) En lo relativo a la cláusula de exclusividad en favor de las empresas asociadas de separación, puede remitirse a lo expuesto en los considerandos 241 y siguientes. En definitiva, se ha de concluir que existe una infracción del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE.
- 4.3. Restricción de la competencia mediante el acuerdo ARO — Empresas asociadas de recogida
- (250) El acuerdo de ARO con las empresas asociadas de recogida de envases de papel y cartón del ámbito industrial prevé la exclusividad en favor de dichas empresas durante un período cuya duración se limita mediante compromiso a un máximo de cinco años. A raíz de esta cláusula se priva a los proveedores de servicios de recogida del ámbito industrial de la importante demanda que representa ARO. Ciertamente, en el caso de la recogida de envases de papel y cartón también hay otros sistemas que actúan en el mercado como demandantes de servicios de gestión de residuos. No obstante, en el ámbito de la gestión de residuos de papel y cartón también se ha de señalar que los sistemas competidores de recogida y reciclado no pueden compararse, en cuanto a su importancia económica, con el sistema ARA (véase el considerando 182). Por lo tanto, se ha de partir de que la cláusula de exclusividad priva a las empresas de gestión de residuos de importantes oportunidades para ofrecer sus servicios. En consecuencia, se produce una restricción apreciable de la competencia en el mercado de productos de referencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE.
5. Mercados del reciclado y la comercialización de materias primas secundarias
- (251) ARA interviene en el mercado del reciclado y la comercialización de materias primas secundarias mediante la organización, por parte de las distintas ERS, del reciclado de los residuos de envases recogidos en el marco del sistema. ARGEV se encarga, en este contexto, de los envases ligeros y metálicos procedentes de hogares y establecimientos similares, así como de los envases de plástico, compuestos metálicos, madera, fibras textiles y cerámica procedentes del ámbito empresarial, y ARO de los envases de papel, cartón y cartón ondulado del ámbito doméstico e industrial.

(252) Se ha de examinar hasta qué punto el control del flujo de envases establecido en los contratos concluidos por ARGEV y ARO con las empresas asociadas de recogida repercute en el mercado del reciclado y la comercialización y si dicho control es compatible con el apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE.

5.1. Acuerdo ARGEV/ARO — Empresas asociadas de recogida

(253) Según los acuerdos concluidos entre ARGEV y ARO con las empresas asociadas de recogida, éstas sólo pueden disponer de los envases del modo establecido en el acuerdo, lo cual afecta también a la facultad decisoria en lo relativo a la elección de las instalaciones de separación, de los centros de transbordo y de las empresas de gestión de residuos (artículo 2.5.2, en combinación con el artículo 2.2.5, del acuerdo ARGEV y artículo 2.8 del acuerdo ARO).

(254) Conforme al acuerdo concluido por ARO con las corporaciones territoriales, que se refiere esencialmente a la recogida de envases domésticos, la corporación territorial no puede disponer de los envases de papel de un modo distinto al establecido por ARO (artículo 3.7).

(255) El control del flujo de envases establecido en los acuerdos concluidos por ARGEV y ARO con las empresas asociadas de recogida no restringe las posibilidades de disposición o reciclado de dichas empresas, dado que en ningún momento adquieren la propiedad de los envases. Son ARGEV y ARO quienes disponen de los envases de su propiedad.

(256) La posibilidad de un cierre del mercado a consecuencia de los acuerdos debe descartarse, habida cuenta de la posición de las distintas ERS en los mercados afectados del reciclado y la comercialización de materias primas secundarias, así como de la estructura de estos mercados.

(257) La cuota de Ferropack Recycling GmbH en el mercado de los envases de metales ferrosos (hojalata y acero) es inferior al 10 %, y la de Alurec en el mercado de envases de aluminio asciende a tan sólo el 1,7 %. El volumen de reciclado anual de ARO de envases de papel, cartón y cartón ondulado representa el 22 % del volumen total austriaco. Dada esta reducida cuota de mercado, no puede partirse de un efecto de cierre del mercado de estos tipos de materiales.

(258) Únicamente ÖKK, la ERS competente para los materiales plásticos, alcanza una cuota de mercado de reciclado anual del 40 %. No obstante, se ha de tener en cuenta que este tipo de material, contrariamente a lo que ocurre con otros materiales como el vidrio o el papel, formaba parte, antes de la aprobación del Decreto de envases y la creación del sistema ARA, de la recogida tradicional de basura a domicilio y no se recogía y reciclaba por

separado. El Decreto de envases creó, por tanto, en el terreno de la recogida y el reciclado de envases plásticos un ámbito de actividad empresarial nuevo que respondía a motivaciones medioambientales. Sin embargo, la mayoría de los materiales plásticos recogidos en el marco del sistema ARA no tienen un valor de mercado positivo, de modo que ÖKK ha de realizar pagos complementarios para el reciclado de estos materiales conforme al Decreto de envases. Debido a esta estructura del mercado de reciclado en lo referente a los materiales plásticos, no se observa una restricción de la competencia derivada de la cuota de mercado de ÖKK.

(259) Asimismo, se ha de tener en cuenta que las empresas de gestión de residuos que forman parte del consejo de administración de la agrupación ARGEV no tienen derecho de voto y no pueden participar en reuniones en las que se aborden los negocios jurídicos entre la ERS responsable del reciclado y miembros de la agrupación. En este sentido, no es posible que las empresas de gestión de residuos ejerzan una influencia en su propio beneficio.

(260) En estas circunstancias, la Comisión llega a la conclusión de que las disposiciones pertinentes de los acuerdos concluidos por ARGEV y ARO con las empresas asociadas de recogida no dan lugar a una restricción apreciable de la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE en el mercado de productos de referencia del reciclado y la comercialización de materias primas secundarias.

5.2. Acuerdos ARGEV — ERS

(261) En los contratos entre ARGEV y ÖKK/Alurec también se establece una cláusula de exclusividad en favor de las últimas, por la que ARGEV se compromete, durante la vigencia del contrato, a no entregar los envases recogidos a una tercera empresa. La consecuencia es que ninguna otra empresa puede operar por cuenta de ARGEV en el ámbito de la organización del reciclado. Sin embargo, ello no excluye la prestación de los servicios de reciclado propiamente dichos para el sistema ARA. Los contratos de las ERS de reciclado con las empresas que, de hecho, realizan el reciclado se adjudican sobre la base de licitaciones anuales. Además, las reducidas cuotas de mercado de las ERS de reciclado en el mercado global del reciclado y la comercialización de materias primas secundarias inducen a pensar que las cláusulas de exclusividad no dan lugar a un cierre del mercado.

(262) Por lo tanto, la cláusula de exclusividad en favor de la ERS de reciclado contenida en los contratos concluidos por ARGEV con ÖKK y Alurec no conduce a una restricción apreciable de la competencia, en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE, en el mercado del reciclado y la comercialización de materias primas secundarias.

Efectos sobre el comercio entre Estados miembros

(263) Dado que las cláusulas de exclusividad en favor de las empresas asociadas de recogida y separación contenidas en los acuerdos de empresa asociada de recogida y de separación de ARGEV y de ARO tienen un efecto restrictivo sobre la competencia, debe examinarse si pueden afectar de manera apreciable al comercio entre Estados miembros.

(264) ARGEV y ARO han concluido acuerdos de empresa asociada de recogida con cláusula de exclusividad en 64 territorios contractuales y han creado, así, una red de recogida de envases usados que se extiende por toda Austria. De este modo, se dificulta considerablemente, durante la vigencia del contrato, el acceso al mercado de otros proveedores de servicios, en particular de los establecidos en otros Estados miembros del Espacio Económico Europeo. La cláusula de exclusividad tiene un efecto en gran medida negativo sobre la posibilidad de que proveedores extranjeros se establezcan en los mercados de referencia de la recogida y separación de envases domésticos y residuos industriales. En consecuencia, la cláusula de exclusividad contenida en el acuerdo de empresa asociada de recogida puede afectar de forma apreciable al comercio entre Estados miembros.

(265) Por las razones expuestas, la cláusula de exclusividad contenida en el acuerdo de empresa asociada de separación también puede afectar de forma apreciable al comercio entre los Estados miembros.

Resultado

(266) El examen de la cláusula de exclusividad en favor de las empresas asociadas de recogida y separación contenida en los acuerdos concluidos con dichas empresas demuestra que ésta dificulta notablemente la entrada en el mercado de referencia de empresas de gestión de residuos nacionales y extranjeras y, por tanto, contribuye de forma considerable al cierre del mercado en una parte significativa del mercado común. En consecuencia, el apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE es aplicable a la cláusula de exclusividad contenida en el acuerdo de empresa asociada de recogida y de separación.

X. APLICACIÓN DEL APARTADO 3 DEL ARTÍCULO 81 DEL TRATADO CE Y DEL APARTADO 3 DEL ARTÍCULO 53 DEL ACUERDO EEE

(267) Habida cuenta de que la cláusula de exclusividad en favor de las empresas asociadas de recogida y separación contenida en el acuerdo suscrito con estas empresas entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE, se ha de examinar si reúne las condiciones de aplicación del apartado 3 del mismo artículo. A continuación se procede a sopesar los efectos positivos que puede surtir la cláusula de exclusividad del acuerdo de empresa asociada de recogida, ilícita según el apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE, con el efecto restrictivo de la competencia de dicha cláusula.

1. Mercado de la recogida y separación de envases ligeros usados del ámbito doméstico

1.1. Acuerdo de socio regional ARGEV — Empresa asociada de recogida

Mejora de la producción o de la distribución de productos o fomento del progreso técnico o económico

(268) En la actualidad, ARA explota el único sistema de recogida y reciclado de envases domésticos que abarca la totalidad del territorio austriaco y, de acuerdo con su objeto social, su misión consiste en poner en práctica la política medioambiental nacional y comunitaria en el ámbito de la prevención, reutilización y reciclado de residuos de envases. Por consiguiente, el acuerdo suscrito con las empresas asociadas de recogida tiene por objeto dar cumplimiento al Decreto austriaco de envases, así como transponer la Directiva 94/62/CE. El objetivo de estos actos jurídicos es prevenir y reducir los efectos de los residuos procedentes de envases sobre el medio ambiente y, de este modo, garantizar un elevado nivel de protección medioambiental.

(269) El acuerdo de empresa asociada de recogida suscrito entre ARGEV y las empresas asociadas de recogida tiene por objetivo la aplicación de estas disposiciones medioambientales en lo que respecta a la recogida de envases ligeros usados. El acuerdo resulta necesario para que ARA y ARGEV estén en condiciones de cumplir las obligaciones asumidas en el marco del sistema. A tal fin, el acuerdo exige el desarrollo de una logística de recogida que requiere inversiones importantes (considerandos 160 y 161). Por tanto, la recogida regular de envases de venta usados en el ámbito de los consumidores finales privados en función de los distintos tipos de material está concebida para aplicar directamente unas disposiciones medioambientales.

(270) La cláusula de exclusividad examinada permite a los socios contractuales planificar y organizar a largo plazo la prestación de sus servicios. Teniendo en cuenta que, dados los efectos de red positivos citados en el considerando 160, en el terreno de la recogida de envases domésticos ligeros usados pueden obtenerse amplias economías de escala y de alcance, la contratación de una sola empresa de gestión de residuos en cada territorio contractual durante el período de vigencia del contrato genera ganancias de eficiencia. Al mismo tiempo, el demandante de los servicios, ARA/ARGEV, tiene asegurada la cobertura regular y fiable de la demanda en este sector sensible que antes era de naturaleza pública.

(271) En estas circunstancias, la Comisión concluye que la cláusula de exclusividad en beneficio de las empresas asociadas de recogida contenida en los contratos de servicios contribuye a la mejora de la producción y al fomento del progreso técnico o económico.

Ventajas para el consumidor

- (272) El objetivo del acuerdo de empresa asociada de recogida es poner en práctica un sistema de recogida, a escala nacional y por tipos de material, de los envases de venta adheridos al sistema ARA en el ámbito de los consumidores finales privados. Por un lado, este sistema responde a las costumbres habituales del consumidor final en materia de gestión de residuos, por lo que ha de calificarse de especialmente adecuado a las necesidades del consumidor. Por otro lado, parece lógico pensar que, para los fabricantes y distribuidores sujetos a la obligación de recuperación y reciclado, la participación en un sistema de exención de alcance nacional será menos costosa que si tuvieran que cumplir individualmente dicha obligación, dadas las economías de escala y de alcance, citadas en el considerando 160, que se pueden realizar. Cabe partir del principio de que, si existe competencia en los mercados de los productos envasados, el ahorro de costes que se consiga en el período contractual se repercutirá en una medida adecuada a los consumidores.
- (273) En consecuencia, la Comisión concluye que el acuerdo suscrito con las empresas asociadas de recogida beneficia a los consumidores y les hace partícipes de las ganancias resultantes.

Carácter imprescindible de la restricción

- (274) Al examinar la cláusula de exclusividad contenida en el acuerdo de empresa asociada de recogida, la Comisión ha tomado como base la duración de los contratos, revisada con arreglo al compromiso 4 expuesto en el considerando 139 (incluida su nueva licitación tras un período máximo de cinco años de vigencia), y ha llegado a la conclusión de que es imprescindible.
- (275) La apreciación del carácter imprescindible de la cláusula de exclusividad depende de las condiciones económicas y jurídicas en las que se adoptó el acuerdo examinado. Desde el punto de vista de ARA, aspectos como la gestión y la eficiencia, pero sobre todo la garantía de una prestación duradera y fiable del servicio de recogida, que es imprescindible para el éxito del sistema en su conjunto, son elementos favorables a encomendar las tareas de recogida a una sola empresa de recogida por territorio durante el período contractual.
- (276) Al evaluar el carácter imprescindible de la exclusividad acordada, reviste una importancia decisiva la necesidad de garantizar la seguridad de planificación y de las inversiones necesarias para la ejecución del acuerdo. Para que el sistema pueda funcionar, las empresas asociadas de ARA han de realizar inversiones considerables para crear y mantener la infraestructura de recogida de envases usados. En particular, han de contar con vehículos y contenedores de recogida adecuados.

- (277) Por tanto, la Comisión llega a la conclusión de que, habida cuenta de las circunstancias específicas ligadas al cumplimiento de las disposiciones del Decreto de envases y de la consiguiente creación de un sistema de recogida y exención de cobertura nacional, la cláusula de exclusividad por un período mínimo de tres años resulta imprescindible por razones económicas. En cambio, este ya no será el caso tras una vigencia del contrato de cinco años, de tal modo que, a partir de ese momento, la nueva licitación de los contratos con arreglo al compromiso propuesto está justificada e incluso resulta necesaria para obtener una exención en virtud del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE.

Mantenimiento de la competencia

- (278) Aun teniendo en cuenta la posición que el sistema ARA ocupa en los mercados afectados, la cláusula de exclusividad contenida en el acuerdo suscrito con las empresas asociadas de recogida no puede eliminar la competencia en el mercado de la recogida y separación de envases domésticos.
- (279) Al evaluar si se mantiene la competencia en el mercado ha de hacerse referencia a las condiciones específicas de la oferta en el mercado en cuestión. Tal y como se ha expuesto en el considerando 160, el mercado de la recogida y separación de envases ligeros en el ámbito de los consumidores finales se caracteriza, desde la perspectiva de la oferta, por sus marcados efectos económicos de red, es decir, por sus economías de escala y de alcance. Por tanto, desde el punto de vista económico, resulta razonable que se contrate a una sola empresa de gestión de residuos para cada territorio contractual, al menos dentro de un sistema de exención.
- (280) Si bien, por las razones citadas, la competencia entre prestadores de servicios de recogida *dentro* del territorio contractual es improbable, sí cabe esperar que la nueva cláusula contenida en el compromiso, según la cual ARGEV volverá a adjudicar sus contratos de servicios en el marco de una licitación abierta, transparente y objetiva al cabo de una vigencia contractual máxima de cinco años, genere cuando menos una «competencia por los territorios contractuales» en el marco de dicho procedimiento de licitación. Con ello se toma debidamente en consideración el hecho de que el mercado de la recogida y separación de envases domésticos presenta unas condiciones específicas desde la perspectiva de la oferta.
- (281) En lo que respecta a la competencia en el lado de la demanda del mercado de la recogida y separación de envases domésticos, hay que tener en cuenta que no sería factible, ni desde el punto de vista práctico ni desde una perspectiva económica, duplicar la infraestructura de recogida en el ámbito doméstico en todo el territorio austriaco. Ello se debe tanto a restricciones de espacio como a los hábitos consolidados de los consumidores finales en materia de gestión de residuos.

- (282) De entrada, la implantación de otro sistema de recogida sería antieconómica. El coste de creación de uno o incluso varios sistemas de recogida paralelos no guardaría ninguna proporción económica razonable con los comparativamente reducidos volúmenes de material por recoger en el ámbito doméstico en el momento de acceder al mercado, de tal forma que a los competidores les faltarían los estímulos necesarios para tal acceso. Desde la perspectiva económica, la duplicación de los sistemas no supondría más que un aumento de costes, mientras que, al contrario, los volúmenes de material por gestionar no aumentarían de forma considerable con la entrada de los competidores del sistema ARA en el mercado. Por un lado, dichos volúmenes vienen determinados por el consumo del usuario final; por otro, es previsible que los competidores traten de atraer al menos a algunos de los actuales clientes del sistema ARA.
- (283) Además, los condicionantes locales y los hábitos adquiridos por los consumidores finales en materia de gestión de residuos harían imposible en la práctica la implantación de un sistema de recogida paralelo. En el ámbito doméstico no se dispone a menudo de más espacio para colocar otro contenedor de recogida de envases ligeros. Además, la introducción de un sistema de recogida de bolsas no aportaría ningún cambio fundamental, pues las bolsas llenas ocupan casi el mismo espacio que los contenedores fijos. Lo mismo ocurriría si se estableciera un sistema de entrega alternativo en los espacios públicos en los que se ubican los contenedores de vidrio y papel. Estas limitaciones de espacio se harían especialmente patentes en caso de que accediera al mercado un tercer o cuarto competidor: ni en terrenos privados ni en terrenos públicos existen superficies donde poder ubicar los contenedores de tres o cuatro sistemas de exención para la recogida de materiales idénticos.
- (284) Por lo demás, la duplicación del sistema de gestión de residuos generaría problemas graves de aceptación. Para los consumidores finales sería difícilmente asumible, y además no se ajustaría a sus hábitos en materia de gestión de residuos, el tener que depositar envases del mismo tipo de material en contenedores distintos. Asimismo, habría que determinar los criterios por los que deberían orientarse los consumidores finales a la hora de decidir el sistema de recogida correspondiente a cada envase.
- (285) En sus comentarios de 15 de enero de 2003⁽¹³⁾, las autoridades austriacas señalan que en la práctica hay que descartar la posibilidad de colocar contenedores adicionales a proximidad de los consumidores finales, tanto por falta de espacio y por razones de protección urbanística y paisajística como por la mayor densidad de tráfico (desplazamientos adicionales y vaciado adicional de los contenedores) y el mayor coste ecológico que supondría. Por otro lado, las autoridades dudan de la utilidad de la separación, pues las labores de recogida se complicarían y el esfuerzo de separación sería mayor para el consumidor. Los factores del mayor coste ecológico y del mayor esfuerzo de separación son igualmente aplicables a la recogida separada de bolsas.
- (286) Por consiguiente, la implantación tanto de un sistema de recogida paralelo como de un sistema de entrega alternativo suscita importantes dudas prácticas, jurídicas y económicas. Habida cuenta de estas condiciones específicas de la oferta en el mercado de referencia, los contenedores de recogida de envases de venta usados colocados a proximidad de los hogares constituyen, desde múltiples perspectivas, un mercado donde la competencia resulta muy difícil. Si se examina la situación con mayor realismo, cabe presumir que los sistemas de exención que accedan al mercado a menudo colaborarán en cada caso con las empresas de gestión de residuos que ya prestan en la actualidad los servicios de recogida para ARGEV. Por consiguiente, el acceso libre y sin restricciones a la infraestructura de recogida disponible constituye un requisito decisivo tanto para la intensificación de la competencia en la demanda de servicios de recogida de envases de venta usados a proximidad del consumidor final como para la intensificación de la competencia en el mercado anterior de la organización de la recuperación y el reciclado de envases de venta usados en el ámbito del consumidor final privado.
- (287) Sólo podrá desarrollarse, pues, la competencia en la demanda de servicios de recogida de envases de venta usados si ARGEV no prohíbe a las empresas asociadas de recogida suscribir contratos con competidores del sistema ARA para la utilización compartida de los contenedores. Por lo tanto, ARGEV no debe impedir a las empresas asociadas de recogida que permitan la utilización compartida de los contenedores ni en virtud de disposiciones concretas del acuerdo de empresa asociada de recogida (véase el considerando 230) ni por otras razones.

Obligaciones

- (288) Si bien ARGEV ha declarado que nada impide a las empresas de gestión de residuos reservar un volumen determinado de un mismo contenedor para su utilización por parte de un sistema competidor, tiene no obstante la intención de ligar la utilización compartida a restricciones considerables (véanse el compromiso 3 y el considerando 139). Habida cuenta de la importancia esencial que reviste el acceso sin trabas a la infraestructura de gestión de residuos para el despliegue de la competencia en este mercado —que se caracteriza por unas condiciones especiales de la oferta—, es necesario que la presente Decisión vaya acompañada de una serie de obligaciones. El objetivo de estas obligaciones es garantizar que se materialicen en la práctica los efectos sobre la competencia, que resulte posible la competencia en la lado de la demanda de este mercado y que, de este modo, se cumplan los requisitos de exención del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE.

⁽¹³⁾ Véase el anexo, pp. 4 y 5.

- (289) Se impone a ARGEV la obligación de no impedir a las empresas de gestión de residuos que suscriban y ejecuten contratos con competidores de ARA y ARGEV para la utilización compartida de contenedores u otras instalaciones de recogida y separación de envases de venta usados [obligación a)].
- (290) Por otro lado, ARGEV sólo podrá reclamar a las empresas de gestión de residuos una prueba relativa a aquellos volúmenes de envases que correspondan a la cuota del sistema ARA sobre la totalidad de los volúmenes de envases licenciados por los distintos sistemas de recogida doméstica para determinados tipos de material [obligación b)]. ARGEV no podrá exigir a las empresas de gestión de residuos que presenten pruebas relativas a volúmenes de envases que no hayan sido recogidos para el sistema ARA. Esta obligación es necesaria para garantizar que ARGEV no se atribuya el volumen total de los envases recogidos y de este modo haga imposible que los competidores cumplan su cuota, y que los competidores del sistema ARA puedan disponer sin restricciones de los envases de venta recogidos para ellos.
- (291) En este caso, ARGEV podrá reducir la remuneración con arreglo al punto 3.1.1 del acuerdo de empresa asociada de recogida en la proporción citada en la obligación b). Las remuneraciones con arreglo a los puntos 3.1.2 y 3.1.3 del acuerdo de empresa asociada de recogida se determinarán en función de los volúmenes que se hayan justificado documentalmente a ARGEV. De este modo se trata de evitar que los servicios prestados por las empresas asociadas de recogida a terceros y que cuenten con el correspondiente justificante sean imputados a ARGEV. Por tanto, ARGEV podrá proceder a la reducción correspondiente de los derechos que ha de pagar a sus empresas asociadas de recogida.
- (292) La obligación b) no sólo se refiere a las empresas de gestión de residuos que autoricen la utilización compartida, sino a todas aquellas con las que ARGEV haya suscrito un acuerdo de empresa asociada de recogida. Esto sólo será aplicable en la medida en que el sistema competidor solicite la utilización compartida de los contenedores con arreglo a la obligación a) en el territorio correspondiente y a partir del momento en el que se haya otorgado la correspondiente autorización. De este modo, por un lado se da a las empresas de gestión de residuos el estímulo necesario para suscribir contratos y, por otro, se garantiza que el sistema competidor pueda acceder a los volúmenes de envases en cuestión cuando resulte necesario para cumplir su cuota.
- (293) Estas obligaciones son imprescindibles para impedir que se elimine la competencia en los mercados de referencia y constituyen una concreción, en aras de la seguridad jurídica, de la relación contractual entre ARGEV y sus empresas asociadas de recogida y separación. Las obligaciones no restringen las posibilidades de configuración contractual restantes de ARGEV frente a sus

empresas asociadas de recogida y separación. En particular, no son contrarias al derecho de ARGEV de decidir los tipos de material que deban ser recogidos por su cuenta.

- (294) ARGEV considera que las obligaciones carecen de fundamento jurídico, son imposibles de cumplir y desproporcionadas y atentan contra la posición jurídica de terceros.

Falta de fundamento jurídico

- (295) ARGEV vuelve a subrayar la inexistencia de un derecho de exclusividad sobre los envases recogidos en los contenedores existentes. Dado que los acuerdos suscritos con las empresas asociadas de recogida y de separación no contienen restricciones de la competencia, estima que la obligación no procede.

- (296) La restricción de la competencia se deriva de la cláusula de exclusividad en favor de las empresas asociadas de recogida y de separación (considerandos 229 y 236). Para que esta restricción de la competencia pueda beneficiarse de una exención, ha de cumplirse el requisito de que no se elimine la competencia en el mercado de la recogida y separación de envases domésticos. En este mercado, caracterizado por sus condiciones especiales, la competencia en la demanda sólo será posible si ARGEV no prohíbe a sus empresas asociadas suscribir contratos para la utilización compartida de los contenedores con competidores del sistema ARA (considerandos 281 y 287). Sin embargo, ARGEV supedita la utilización compartida a restricciones considerables que podrían imposibilitar dicha utilización (considerandos 288 y 304 y siguientes). Por tanto, la obligación es necesaria para establecer las condiciones de exención y se basa jurídicamente en la letra b) del apartado 3 del artículo 8 del Reglamento nº 17.

Imposibilidad y carácter desproporcionado

- (297) ARGEV sostiene que las obligaciones son imposibles de cumplir, pues ni ella misma ni las empresas de gestión de residuos conocen la cuota del sistema ARA sobre el total de los volúmenes de envases licenciados por los sistemas de gestión de envases domésticos para determinados tipos de material.
- (298) Los sistemas competidores comunicarán a la empresa de gestión de residuos cuál es la cantidad de envases licenciados para la que solicitan la utilización compartida. La empresa de gestión de residuos transmitirá las cifras (de forma anónima) a ARGEV. Sobre la base de esta información, ARGEV podrá calcular su cuota.

- (299) Asimismo, ARGEV sostiene que las obligaciones son desproporcionadas, porque necesariamente darán lugar a que ARGEV no pueda cumplir las condiciones de la resolución de autorización en lo que respecta a la gestión de un sistema de recogida y reciclado. Si un sistema competidor otorgara licencias sobre volúmenes de envases adicionales, ARGEV incumpliría sus cuotas de recogida, pues la infraestructura disponible no puede recibir más residuos sin las adaptaciones necesarias. Si un sistema nuevo estableciera total o parcialmente sus propias instalaciones, ARGEV se vería obligada a reducir su volumen de recogida aunque el sistema competidor no necesitara en absoluto los envases que van a parar a las instalaciones de recogida de ARGEV.
- (300) Aun en caso de utilización compartida de los contenedores, ARGEV seguiría estando en condiciones de cumplir sus obligaciones legales. El Decreto de envases no contiene ninguna indicación de que los contenedores deban ponerse exclusivamente a disposición de un solo sistema. En sus comentarios de 15 de enero de este año, las propias autoridades austriacas explicaron que, en principio, la Ley de gestión de residuos permite la utilización compartida de contenedores para la recogida de envases domésticos en las condiciones fijadas en la autorización del sistema en cuestión. Además, es preciso tener en cuenta que toda interpretación del Decreto de envases ha de tomar en consideración la citada importancia de la utilización compartida como medio para estimular la creación de competencia, dado el efecto de las normas comunitarias de competencia⁽¹⁴⁾.
- (301) Si un sistema competidor otorgara licencias sobre volúmenes de envases adicionales, ello se reflejaría en los requisitos impuestos a los sistemas en materia de volúmenes por recoger. En su caso, habría que adaptar la capacidad de los contenedores para que pudieran acoger un mayor volumen de envases. Si un sistema competidor no solicita la utilización compartida sino que implanta sus propias instalaciones de recogida, las obligaciones no serán aplicables.
- (302) Por otro lado, ARGEV alega que las obligaciones constituyen un agravio comparativo muy importante para ella porque no obtiene una remuneración por la optimización permanente del sistema de recogida pese a que estas prestaciones también benefician proporcionalmente al competidor. Además, se da por sentado que el tratamiento de los materiales de envasado por parte de sistemas competidores del ámbito doméstico coincidirá con el del sistema ARA, lo cual no se apoya en ninguna base empírica y contradice las experiencias obtenidas hasta ahora.
- (303) Gracias a que la obligación b) permite a ARGEV reducir proporcionalmente el importe de los derechos que ha de pagar a sus empresas asociadas, se tiene en cuenta el interés legítimo de ARGEV de que no le sea cobrado ningún servicio respecto del cual haya pruebas de que ha sido prestado por sus empresas asociadas a terceros.
- (304) Con todo, no es necesario que las empresas de gestión de residuos restituyan a ARGEV cualesquiera otros costes atribuibles directamente a la recogida, tal y como establece el compromiso 3 a) presentado por ARGEV (considerando 139). Por otros costes se entienden los costes en que incurre ARGEV en concepto de mantenimiento del sistema. Las empresas asociadas de recogida prestan determinados servicios a ARGEV, en tanto que socios contractuales, por los que obtienen una remuneración. Los demás costes del sistema en que incurre ARGEV no les afectan y no son objeto del acuerdo de recogida. Además, en caso de autorizarse la utilización compartida, la repercusión parcial de dichos costes supondría para las empresas de gestión de residuos un riesgo financiero incalculable. Los competidores no extraen de ello ninguna ventaja injustificada, pues ellos también tendrán que sufragar los costes de desarrollo de un sistema propio. Además, los competidores deberían tener la posibilidad de suscribir acuerdos con las corporaciones territoriales de forma directa y autónoma, por ejemplo en lo que respecta a la remuneración de asesores en materia de residuos.
- (305) Por otro lado, no se justifica que las empresas de gestión de residuos restituyan además a ARGEV los costes en que incurran las sociedades del sistema ARA o sus socios contractuales a raíz de la utilización compartida [véanse el compromiso 3 b) y el considerando 139]. Tales costes no son de su responsabilidad. La asunción de estos costes supondría para estas empresas un riesgo financiero incalculable.
- (306) Por otro lado, la Comisión considera que la utilización compartida no genera costes adicionales de análisis y separación de envases. Ciertamente, en sus comentarios de 15 de enero de este año, Austria explicó que el cumplimiento de las cuotas se ha de demostrar mediante la recogida y el reciclado de los residuos de envases que efectivamente se incorporan al sistema. La reciclabilidad técnica de los envases viene determinada, en particular, por su contenido, el tamaño de las etiquetas empleadas y la proporción volumétrica de los envases plásticos. Por tanto, es necesario proceder a un análisis lo más exacto posible de los volúmenes recogidos en cada contenedor y a una posterior separación de los materiales. Esto supone unos costes mucho más elevados, que se cifran hasta en un 25 % de los costes totales.

⁽¹⁴⁾ Véase la Decisión 2001/463/CE de la Comisión, de 20 de abril de 2001, en el asunto COMP D3/34493 — DSD y otros (DO L 319 de 4.12.2001, p. 1), considerando 171.

- (307) Sin embargo, el Decreto de envases no contiene ninguna disposición que vincule la demostración del cumplimiento de las cuotas a la recogida y el reciclado de sólo aquellos envases que participan en cada sistema. Según su artículo 11, un sistema de recogida y reciclado de envases de transporte o de venta ha de garantizar la recogida y el reciclado de aquellos materiales de embalaje respecto de los cuales se hayan concluido contratos con los fabricantes de envases. Según la definición legal contenida en el artículo 2.6 del Decreto de envases, los materiales de embalaje son determinados tipos de material a partir de los cuales se fabrican los envases —por ejemplo, papel y cartón, vidrio o plásticos—.
- (308) Por otro lado, la obligación de utilización compartida sería imposible de cumplir si la demostración del cumplimiento de las cuotas se aplicara exclusivamente a los envases concretos participantes en el sistema. Por tanto, este principio no puede ser objeto de una obligación. Por el contrario, hay que partir de que los volúmenes recogidos por cada tipo de material se reparten entre los sistemas proporcionalmente a los volúmenes sujetos a licencia de cada tipo de material⁽¹⁵⁾. En este caso, no es preciso realizar ninguna operación adicional de análisis y separación. Austria también han de tener en cuenta los efectos de esta obligación en lo que respecta a la interpretación del Decreto de envases y a la expedición de resoluciones, pues la utilización compartida reviste una importancia esencial para el despliegue de la competencia en el mercado.
- (309) Los efectos de la obligación, determinados por la normativa de competencia, no suponen una desventaja injustificada para ARGEV. Nada indica que la utilización compartida pueda alterar la calidad de las categorías de envases recogidos en su conjunto. Más bien cabe esperar que los sistemas que deseen establecerse en el ámbito doméstico como competidores de peso y, por tanto, soliciten la utilización compartida tratarán de ofrecer contratos para toda la gama de envases. El sistema de bonificación citado como ejemplo por ARGEV se centra fundamentalmente en los envases industriales, y en el ámbito doméstico sólo opera en la periferia del mercado, en puntos de generación de residuos muy específicos (véase el considerando 179). Además, en la concesión licencias con arreglo a las tarifas actuales, el sistema ARA sólo establece una distinción por tipos de material y por tamaño del envase, pero no por contenido o sector.

Injerencia en la posición jurídica de terceros

- (310) Por último, ARGEV alega que las obligaciones limitan los derechos de las empresas asociadas, pues las remunera-

ciones en función de los volúmenes también podrían verse reducidas si las empresas de gestión no encuentran otros interesados y se ven obligadas a aceptar una reducción proporcional del canon por la puesta a disposición de los contenedores. Si bien esto último es básicamente legítimo, las empresas asociadas tendrían que contar al menos con la posibilidad de formular observaciones al respecto.

- (311) La obligación b) se refiere al conjunto de las empresas de gestión, de tal modo que todas ellas —en la medida en que el objetivo sea la utilización compartida— tengan un estímulo para celebrar contratos con sistemas competidores. Cuando una empresa de gestión de residuos ha decidido autorizar la utilización compartida, las obligaciones no les imponen una carga mayor que las condiciones previstas en el compromiso 3 [véanse los compromisos 3 a) y b) recogidos en el considerando 139].
- (312) Las empresas de gestión de residuos asociadas tuvieron la oportunidad de formular sus observaciones antes de la adopción de la Decisión. La Asociación de empresas austriacas de gestión de residuos (Verband Österreichischer Entsorgungsbetriebe, VÖEB) aseguró, en nombre de la mayoría de las empresas asociadas de recogida y separación, que acogía favorablemente la utilización compartida. Sin embargo, esta asociación considera que la obligación b) implica una carga de trabajo administrativo a las empresas de gestión de residuos y podría reducir los ingresos de aquellas que no hayan suscrito contratos con operadores de sistemas alternativos.
- (313) Tal y como se explica en el considerando 298, el sistema competidor comunicará el volumen de envases sujetos a licencia a la empresa de gestión de residuos, la cual a su vez comunicará la cifra correspondiente a ARGEV. Este proceder no supone una carga de trabajo desproporcionada para la empresa de gestión de residuos. Con todo, también cabría imaginar la posibilidad de que tanto ARGEV como la empresa de gestión de residuos notificaran el volumen sujeto a licencia a una instancia independiente que determinaría las cuotas correspondientes. Sólo se produciría una reducción de los derechos en la medida en que el sistema competidor solicitara, en el territorio correspondiente, la utilización compartida, y ello a partir de la fecha de autorización del sistema (considerando 301).

- (314) Por otro lado, la VÖEB señala que una parte de la infraestructura de recogida y separación la proporcionan los municipios. En su opinión, el sistema competidor debe compartir el uso de la totalidad de las infraestructuras necesarias para la recogida y separación, independientemente de quién las ponga a disposición. A su juicio, sólo puede procederse al reparto de volúmenes después de la separación.

⁽¹⁵⁾ Cabría pensar en una segunda subdivisión por tipos de envase dentro de cada categoría de material, siempre y cuando fueran tratados por separado al conceder la licencia y en las labores de recogida y separación.

(315) Las obligaciones se refieren a la relación entre ARGEV y sus empresas asociadas de recogida y separación. Todo sistema competidor deberá crear las condiciones necesarias para la utilización compartida en su ámbito de responsabilidad. El reparto de volúmenes después de la separación de los residuos resulta especialmente lógico si se procede a una nueva subdivisión entre tipos de envases dentro de cada categoría de material y éstos se clasifican después de la separación (véase el considerando 308).

1.2. Acuerdo entre ARGEV y sus empresas asociadas de separación

Requisitos para obtener una exención

(316) La cláusula de exclusividad contenida en los acuerdos de empresa asociada de separación también reúne, por los motivos expuestos, los requisitos para obtener una exención siempre y cuando se cumpla la obligación ligada a la exención. Las empresas asociadas de separación deben realizar inversiones considerables para crear y desarrollar una infraestructura de separación de envases ligeros. La clasificación de los envases ligeros en función de los materiales es un procedimiento técnicamente complejo. Las inversiones necesarias para crear y desarrollar la infraestructura sólo pueden utilizarse en parte para otros procesos de separación.

Obligación

(317) Si bien ARGEV ha explicado que nada impide a las empresas de gestión de residuos poner las instalaciones de separación a disposición de sistemas competidores, tiene no obstante la intención de supeditar la utilización compartida a restricciones considerables (véanse el compromiso 3 y el considerando 139). Por tanto, dada la importancia que reviste el acceso sin restricciones a las instalaciones de separación para el despliegue de la competencia, la Comisión considera necesario acompañar la presente Decisión de la obligación de que ARGEV no impida que las empresas de gestión de residuos suscriban y ejecuten contratos con competidores del sistema ARA para la utilización compartida de instalaciones de separación de envases de venta usados. En este contexto, cabe remitir en lo esencial a las explicaciones expuestas en relación con los acuerdos concluidos por ARGEV con las empresas asociadas de recogida. También en este ámbito el objetivo de la obligación consiste en garantizar que los efectos sobre la competencia previstos se materialicen en la práctica, que resulte posible la competencia en el lado de la demanda en este mercado y que, de tal modo, se cumplan los requisitos de exención del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE.

(318) Los competidores del sistema ARA dependen de la utilización compartida de las instalaciones de separación para poder cumplir sus obligaciones de separación y reciclado, especialmente al poner en marcha sus actividades. El establecimiento de instalaciones de separación nuevas exigiría inversiones elevadas que represen-

tarían un obstáculo de acceso al mercado nada desdeñable. Como mínimo se produciría un retraso considerable en la introducción de la competencia en el mercado de los servicios de gestión de residuos. Por otro lado, el hecho de que las empresas asociadas de separación de ARA también puedan ofrecer sus servicios a competidores del sistema ARA les permitirá aprovechar las economías de escala y de alcance existentes en el mercado de la separación de envases de venta en el ámbito del consumidor final privado.

2. Mercado de la recogida y separación de envases industriales

2.1. Acuerdo de empresa asociada de recogida entre ARGEV y las empresas asociadas de recogida

(319) Habida cuenta de que, en el caso de la recogida de envases industriales, la cláusula de exclusividad en favor de las empresas asociadas de recogida contenida en el acuerdo suscrito con éstas también entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE, ha de examinarse si esta disposición reúne las condiciones de aplicación del apartado 3 del mismo artículo.

Mejora de la producción o de la distribución de productos o fomento del progreso técnico o económico

(320) ARA también gestiona para la industria un sistema de recogida y reciclado de envases de cobertura nacional que se rige por el Decreto de envases y la Ley austriaca de gestión de residuos, que transponen la Directiva 94/62/CE. La Directiva es aplicable tanto a los envases domésticos como a los industriales. Por tanto, la recogida regular de envases de venta usados por tipos de material en este ámbito está concebida para aplicar directamente unas disposiciones medioambientales.

(321) Igual que en el ámbito doméstico, la cláusula de exclusividad examinada permite a los socios contractuales planificar y organizar a largo plazo la prestación de sus servicios. La creación de la logística de recogida en el ámbito industrial exige inversiones considerables. Como estímulo para efectuar las inversiones se requiere un cierto período de tiempo para su amortización. Aunque en el ámbito industrial los efectos de red son menores que en el doméstico, la contratación de una sola empresa de gestión de residuos en el período contractual puede generar economías de escala y de alcance que producen ganancias de eficiencia. En lo que respecta a las obligaciones asumidas por los fabricantes de envases en virtud del Decreto de envases, para el sistema ARA en tanto que demandante de los servicios es importante contar con una cierta seguridad de planificación mediante la cobertura regular y fiable de la demanda. Por tanto, la seguridad de planificación permite a todos los integrantes del sistema asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les impone el Decreto de envases.

- (322) En estas circunstancias, la Comisión concluye que la cláusula de exclusividad en beneficio de las empresas asociadas de recogida contenida en los contratos de servicios contribuye a la mejora de la producción y al fomento del progreso técnico o económico.

Ventajas para el consumidor

- (323) El objetivo del acuerdo con las empresas asociadas de recogida es poner en práctica, también en el ámbito de las grandes empresas y la industria, un sistema para la recogida, a escala nacional y por tipos de material, de los envases de venta adheridos al sistema ARA.
- (324) Son consumidores en el sentido del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE no sólo los usuarios finales de los servicios ofertados, sino todos los compradores directos o indirectos de los productos o servicios en cuestión, incluidas, por tanto, las empresas del ámbito comercial e industrial. El acuerdo de empresa asociada de recogida es ventajoso para estas empresas, porque garantiza la gestión regular y ajustada al Decreto de envases de los residuos de envases que generan.
- (325) Por tanto, la Comisión concluye que el acuerdo de empresa asociada de recogida beneficia debidamente al consumidor en el sentido del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE.

Carácter imprescindible de la restricción

- (326) Al examinar la cláusula de exclusividad contenida en el acuerdo de empresa asociada de recogida, la Comisión ha tomado como base, también en el ámbito industrial, la duración de los contratos, revisada con arreglo al compromiso 4 expuesto en el considerando 139 (incluida la nueva licitación tras un período de vigencia máximo de cinco años), y ha llegado a la conclusión de que es imprescindible.
- (327) La apreciación del carácter imprescindible de la cláusula de exclusividad depende de las condiciones económicas y jurídicas en las que se adoptó el acuerdo examinado. Al evaluar el carácter imprescindible de la exclusividad, reviste una importancia decisiva la seguridad de planificación y de las inversiones necesarias para la ejecución del acuerdo de empresa asociada de recogida. En el ámbito industrial se requiere la instalación de centros de recogida regionales y el establecimiento de un sistema de entrega; además, hay que organizar la logística de los transportes. Por tanto, la empresa asociada debe tener la capacidad de planificar sus inversiones y su actividad para un período de tiempo determinado. Para ARA también resulta imprescindible en el ámbito industrial encomendar las tareas de recogida a una sola empresa en cada territorio durante el período contractual, a fin de garantizar un servicio de recogida duradero y fiable, elemento indispensable para el éxito del sistema en su conjunto. En el ámbito industrial, las inversiones

necesarias para crear y desarrollar la infraestructura son menores que en el doméstico, pero también la restricción de la competencia que se deriva de la cláusula de exclusividad es menor si se tiene en cuenta el limitado poder que ejerce ARGEV como demandante. Por tanto, la existencia de una cláusula de exclusividad durante un período contractual de tres años como mínimo y de cinco como máximo también resulta imprescindible en este ámbito. En este contexto también se ha de señalar que este ya no será el caso tras una vigencia del contrato de cinco años, de tal modo que, a partir de ese momento, la nueva licitación de los contratos con arreglo al compromiso propuesto está justificada e incluso resulta necesaria para obtener una exención en virtud del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE.

Mantenimiento de la competencia

- (328) Si se toma en consideración la posición que ocupa el sistema ARGEV en los mercados afectados, la cláusula de exclusividad contenida en el acuerdo de empresa asociada de recogida tampoco puede eliminar la competencia en el mercado de la recogida y separación de envases industriales.
- (329) Las empresas de servicios de recogida excluidas por ARGEV pueden ofrecer sus servicios tanto a otros sistemas de recogida y reciclado del ámbito industrial como a los sistemas de autogestión de residuos y a los puntos de generación de grandes cantidades de residuos.
- (330) En lo que respecta al mercado industrial, también ha de tenerse en cuenta que a las empresas de gestión de residuos les está permitido recoger en sus contenedores envases con licencia de competidores del sistema ARA y que, a diferencia del ámbito doméstico, la recogida compartida ya es una realidad.
- (331) Queda por examinar cuáles son los efectos sobre la competencia de la vinculación de los servicios de recogida de envases industriales a los de recogida de envases domésticos. En estas condiciones, una empresa sólo podrá operar en el mercado industrial en tanto que socio de ARGEV si está en condiciones de efectuar también las inversiones necesarias para crear la infraestructura de recogida en el ámbito doméstico. Con todo, la exigencia de poner a disposición una infraestructura doméstica para poder operar como empresa asociada de ARGEV en el ámbito industrial tampoco elimina la competencia en el mercado de los envases y otros residuos industriales. Como ya se ha explicado, las empresas de gestión de residuos que no están en condiciones de establecer también la correspondiente infraestructura de recogida doméstica pueden ofrecer sus servicios de recogida a los demás sistemas de recogida y reciclado para los cuales no sea necesaria la creación de tal infraestructura, así como a los sistemas de autogestión y a los puntos de generación de grandes cantidades de residuos.

(332) También ha de tenerse en cuenta que el sistema ARA ha contratado la gestión de residuos por separado para cada tipo de material, de tal modo que las empresas pueden limitar su oferta a determinados materiales. En el ámbito industrial, esto es especialmente aplicable a los envases ligeros, por un lado, y a los de papel y cartón, por otro.

(333) Por tanto, la cláusula de exclusividad no elimina la competencia residual en el mercado común de la recogida de envases y otros residuos industriales.

(334) En consecuencia, se cumplen los requisitos para obtener una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 81 del Tratado a condición de que la duración de los contratos se limite a un período de entre tres y cinco años.

2.2. *Acuerdo de empresa asociada de separación entre ARGEV y las empresas asociadas de separación*

(335) Por las razones expuestas, la cláusula de exclusividad contenida en el acuerdo de empresa asociada de separación también cumple los requisitos para obtener una exención habida cuenta de las condiciones de la competencia en el mercado de la separación de residuos industriales.

2.3. *Acuerdo entre ARO y las empresas asociadas de recogida*

(336) La cláusula de exclusividad contenida en el acuerdo suscrito entre ARO y las empresas asociadas de recogida garantiza a las empresas de gestión de residuos que participan en el sistema una cierta seguridad de planificación e inversión y, por tanto, garantiza a todos los integrantes del sistema el cumplimiento regular y fiable de las obligaciones que les impone el Decreto de envases. En este contexto, ha de considerarse necesaria una vigencia contractual de entre tres y cinco años, habida cuenta del peso de la restricción de la competencia derivado de la cláusula de exclusividad. Por las razones expuestas (considerandos 329 a 332), no se elimina la competencia en el mercado afectado. En consecuencia, se cumplen los requisitos para obtener una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 81 a condición de que el período contractual no rebase los cinco años.

XI. EFECTO RETROACTIVO, DURACIÓN DE LA EXENCIÓN Y OBLIGACIONES

(337) Los acuerdos de empresa asociada de recogida y de separación suscritos por ARGEV y ARO fueron notificados el 30 de junio de 1994 al Órgano de Vigilancia de la AELC y transmitidos a la Comisión en cumplimiento del apartado 3 del artículo 172 del Acta de Adhesión. El 28 de agosto de 2001 se notificó a la Comisión una nueva versión de dichos acuerdos. La Comisión constata que los acuerdos de empresa asociada de recogida y de

separación reúnen las condiciones para la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE desde la fecha de su notificación.

(338) Con arreglo al apartado 1 del artículo 8 del Reglamento nº 17, las exenciones han de concederse por un período determinado y pueden acompañarse de condiciones y obligaciones. Con arreglo a su artículo 6, la entrada en vigor de una decisión de este tipo no puede ser anterior a la fecha de notificación con arreglo a los apartados 1 y 3 del artículo 81 del Tratado CE. La vigencia de la exención debe extenderse desde la entrada en vigor de los acuerdos de recogida de ARGEV y ARO actualmente vigentes hasta el 31 de diciembre de 2006, con objeto de ofrecer a ARA, ARGEV, ARO y las empresas de gestión de residuos un grado suficiente de seguridad jurídica, en el marco de las normas de competencia comunitarias, para asegurar sus inversiones.

(339) Con objeto de garantizar el acceso de terceros a las instalaciones de gestión de residuos de las empresas asociadas de recogida y de separación de ARGEV y ARO y de impedir que se elimine la competencia en los mercados de referencia, deben imponerse a ARGEV las obligaciones anteriormente citadas. Estas obligaciones son indispensables para impedir que se elimine la competencia en los mercados de referencia. Las obligaciones se mantendrán en vigor mientras dure la exención. Con arreglo a lo dispuesto en la letra b) del apartado 3 del artículo 8 del Reglamento nº 17, la Comisión podrá revocar la presente Decisión en caso de que las partes incumplan las obligaciones.

(340) La presente Decisión se entiende sin perjuicio de la aplicación del artículo 82 del Tratado CE.

(341) Asimismo, la presente Decisión se entiende sin perjuicio de cualesquiera procedimientos pendientes o futuros de la Comisión contra el Decreto de envases u otras disposiciones nacionales.

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

Habida cuenta de la información de que dispone actualmente y de los compromisos presentados por Altstoffrecycling Austria AG (ARA), ARGEV Verpackungsverwertungs-GesmbH (ARGEV) y Altpapier-Recycling Organisationsgesellschaft mbH (ARO), la Comisión concluye que no tiene motivo alguno para proceder, con arreglo al apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE y al apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE, contra los acuerdos de cesión de obligaciones y licencia, contra el contrato de gestión de residuos suscrito entre ARA y las ERS, contra el contrato de gestión de residuos entre ARGEV y las ERS, ni contra el contrato entre ARO y las corporaciones territoriales.

Artículo 2

Lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE y en el apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE se declara inaplicable, en virtud del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE y del apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE, a los contratos individuales de recogida y de separación suscritos por ARGEV y ARO con sus respectivos socios regionales de gestión de residuos, que contienen una cláusula de exclusividad y expirarán a más tardar el 31 de diciembre de 2006.

La exención estará vigente desde el 30 de junio de 1994 hasta el 31 de diciembre de 2006.

Artículo 3

La exención prevista en el artículo 2 estará supeditada al cumplimiento de las obligaciones siguientes:

- a) ARGEV no impedirá a las empresas de gestión de residuos que suscriban y ejecuten contratos con competidores del sistema ARA para la utilización compartida de contenedores u otras instalaciones de recogida y separación de envases de venta usados en el ámbito doméstico;
- b) ARGEV sólo podrá reclamar a las empresas de gestión de residuos una prueba relativa a aquellos volúmenes de envases que correspondan a la cuota del sistema ARA sobre la totalidad de los volúmenes de envases licenciados para determinados tipos de material. En este caso, ARGEV podrá reducir la remuneración con arreglo al punto 3.1.1

del acuerdo de empresa asociada de recogida en la proporción citada en la primera frase de este apartado. Las remuneraciones con arreglo a los puntos 3.1.2 y 3.1.3 del acuerdo de empresa asociada de recogida se determinarán en función de los volúmenes que se hayan justificado documentalmente a ARGEV. Esta obligación afecta a todas las empresas de gestión de residuos con las que ARGEV haya suscrito un acuerdo de empresa asociada de recogida.

Artículo 4

Los destinatarios de la presente Decisión serán las empresas siguientes:

Altstoffrecycling Austria AG
Mariahilfer Straße 123
A-1062 Viena

ARGEV Verpackungsverwertungs-GmbH
Lindengasse 43/12
A-1071 Viena

Altpapier-Recycling Organisationsgesellschaft mbH
Gumpendorfer Straße 6
A-1061 Viena

Hecho en Bruselas, el 16 de octubre de 2003.

Por la Comisión

Mario MONTI

Miembro de la Comisión