

Édition de langue française

Législation

Sommaire

I Actes dont la publication est une condition de leur applicabilité

.....

II Actes dont la publication n'est pas une condition de leur applicabilité

Commission

2004/206/CE:

- ★ **Décision de la Commission du 17 décembre 2002 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (Affaire COMP/C.37.671 — Exhausteurs de goût) ⁽¹⁾ [notifiée sous le numéro (2002) 5091]** 1

2004/207/CE:

- ★ **Décision de la Commission du 16 juillet 2003 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (Affaire COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland et O2 Germany: accord-cadre sur le partage de réseaux) ⁽¹⁾ [notifiée sous le numéro (2003) 2432]** 32

2004/208/CE:

- ★ **Décision de la Commission du 16 octobre 2003 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (Affaires COMP D3/35470 — ARA et COMP D3/35473 — ARGEV, ARO) ⁽¹⁾ [notifiée sous le numéro (2003) 3703]** 59

⁽¹⁾ Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE

Prix: 22,00 EUR

FR

Les actes dont les titres sont imprimés en caractères maigres sont des actes de gestion courante pris dans le cadre de la politique agricole et ayant généralement une durée de validité limitée.

Les actes dont les titres sont imprimés en caractères gras et précédés d'un astérisque sont tous les autres actes.

II

(Actes dont la publication n'est pas une condition de leur applicabilité)

COMMISSION**DÉCISION DE LA COMMISSION**

du 17 décembre 2002

relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE

(Affaire COMP/C.37.671 — Exhauteurs de goût)

[notifiée sous le numéro (2002) 5091]

(Le texte en langue anglaise est le seul faisant foi.)

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

(2004/206/CE)

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
PARTIE I — LES FAITS	
A. Résumé de l'infraction	3
B. Le secteur des nucléotides	3
1. Le produit	3
2. Les producteurs	3
3. Le marché	4
C. Procédure	6
D. Description des événements	7
1. Participants et organisation	7
2. Les caractéristiques essentielles de l'entente	7
3. Premières prises de contact	8
4. Fonctionnement de l'entente	10
PARTIE II — APPRÉCIATION JURIDIQUE	
A. Compétence (application du traité et de l'accord EEE)	16
1. Relation entre le traité et l'accord EEE	16
B. Application de l'article 81 du traité et de l'article 53 de l'accord EEE	17
1. Article 81, paragraphe 1, du traité et article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE	17
2. Accords et pratiques concertées	17
3. Infraction unique et continue	18
4. Restriction de concurrence	18
5. Effets sur le commerce entre États membres et entre parties contractantes à l'accord EEE	19
6. Règles de concurrence applicables à l'Autriche, à la Finlande, à l'Islande, au Liechtenstein, à la Norvège et à la Suède	20
C. Destinataires	20
1. Principes applicables	20
2. Destinataires de la décision	20
D. Durée de l'infraction	21
E. Mesures correctives	22
1. Article 3 du règlement n° 17	22
2. Article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17	23

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté européenne,

vu l'accord sur l'Espace économique européen,

vu le règlement n° 17 du Conseil du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité ⁽¹⁾, modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1/2003 ⁽²⁾, et notamment ses articles 3 et 15,

vu la décision de la Commission du 10 juillet 2002 d'ouvrir la procédure dans la présente affaire,

après avoir donné aux entreprises concernées l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs retenus par la Commission, conformément à l'article 19, paragraphe 1, du règlement n° 17 et au règlement (CE) n° 2842/98 de la Commission du 22 décembre 1998 relatif à l'audition dans certaines procédures fondées sur les articles 85 et 86 du traité CE ⁽³⁾,

après consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes,

vu le rapport du conseiller-auditeur dans la présente affaire ⁽⁴⁾,

considérant ce qui suit:

PARTIE I — LES FAITS

A. RÉSUMÉ DE L'INFRACTION

- (1) Sont destinataires de la présente décision:
- Ajinomoto Company Incorporated,
 - Takeda Chemical Industries Limited,
 - Daesang Corporation, et
 - Cheil Jedang Corporation.
- (2) L'infraction consiste dans la participation de ces producteurs de nucléotides à une entente continue, contraire à l'article 81, paragraphe 1, du traité et à l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE couvrant le territoire de la Communauté et de l'EEE, par laquelle ils ont fixé les prix des nucléotides, appliqué des hausses de prix, alloué des clients et mis en place un mécanisme de contrôle de l'application de leurs accords.

⁽¹⁾ JO L 13 du 21.2.1962, p. 204/62.

⁽²⁾ JO L 1 du 4.1.2003, p. 1.

⁽³⁾ JO L 354 du 30.12.1998, p. 18.

⁽⁴⁾ JO C 64 du 12.3.2004.

- (3) Les entreprises ont participé à cette infraction de novembre 1988 à juin 1998 ⁽⁵⁾.

B. LE SECTEUR DES NUCLÉOTIDES

1. LE PRODUIT

- (4) L'acide nucléique ou nucléotide est fabriqué à partir du glucose selon un processus de fermentation, de séparation, de cristallisation et de filtration.
- (5) Deux nucléotides sont utilisés comme exhausteurs de goût, à savoir le Disodium 5'- Inosinate (IMP) et le Disodium 5'- Guanylate (GMP). Ils sont également vendus sous forme de mélanges, tels que l'I + G, qui contient 50 % d'IMP et 50 % de GMP.
- (6) On a découvert en premier que l'IMP permettait de rehausser le goût de certains aliments. On a ensuite découvert que le GMP avait les mêmes propriétés. Ces deux produits ne sont utilisés qu'en petites quantités. Ils n'intensifient le goût des aliments qu'en présence d'un glutamate, que celui-ci soit ajouté, comme le glutamate monosodique (MSG), ou qu'il soit naturel, comme le glutamate contenu dans les tomates. Entre autres applications, l'IMP et le GMP sont efficaces dans les préparations pauvres en sodium. Les nucléotides exhausteurs de goût sont utilisés par les grandes entreprises agroalimentaires pour donner plus de goût aux aliments, soit seuls (lorsque l'aliment contient du glutamate naturel), soit — ce qui est le plus fréquent — avec du MSG.
- (7) Ils sont principalement utilisés pour remplacer les extraits de bœuf, pour rehausser les goûts sucré et de viande, pour «masquer» certains goûts dans les préparations alimentaires et pour enlever l'amertume.

2. LES PRODUCTEURS

- a) AJINOMOTO COMPANY INC. (JAPON)
- (8) Ajinomoto Company Inc. («Ajinomoto») est la société de tête d'un groupe d'entreprises qui fabriquent des produits chimiques, y compris des nucléotides, ainsi que des produits alimentaires. Fort de ses capacités technologiques dans le domaine des acides aminés, ce groupe développe et fabrique également des produits pharmaceutiques. Les activités d'Ajinomoto s'appuient sur un réseau de production et de commercialisation qui couvre 21 pays.
- (9) Elle exploite des usines de production de nucléotides au Japon.

⁽⁵⁾ Voir la section «Durée de l'infraction» pour connaître la durée exacte de l'infraction pour chaque entreprise.

(10) Ses entreprises associées en Europe sont Ajinomoto Europe Sales GmbH (Hambourg, Allemagne), Ajinomoto Eurolysine (Paris, France), OmniChem (Louvain-la-Neuve, Belgique) et Forum Holdings Ltd (Royaume-Uni).

(11) En 2001, l'ensemble des entreprises du groupe Ajinomoto ont réalisé un chiffre d'affaires total au niveau mondial de 8 680 millions d'euros.

b) TAKEDA CHEMICAL INDUSTRIES LIMITED (JAPON)

(12) Takeda Chemical Industries Ltd («Takeda») est la société de tête d'un groupe d'entreprises qui fabriquent des produits pharmaceutiques, des produits chimiques, des vitamines en vrac, des produits phytopharmaceutiques, ainsi que des additifs alimentaires tels que les nucléotides.

(13) La distribution des nucléotides sur les marchés de l'EEE est organisée par Mitsui & Co. (Japon). Il existe cependant plusieurs filiales de vente locales en Europe: Mitsui & Co. Deutschland GmbH (pour les ventes destinées à l'Europe occidentale (y compris l'Allemagne, les Pays-Bas, le Portugal et la Suisse), à l'Europe du Nord, à l'Europe orientale et à la Turquie), Mitsui & Co. UK Plc (pour les ventes destinées au Royaume-Uni et à l'Irlande) et Mitsui & Co. France SA (pour les ventes destinées à la France).

(14) Au cours de l'exercice allant du 1^{er} avril 2001 jusqu'au 31 mars 2002, Takeda a réalisé un chiffre d'affaires total au niveau mondial de 9 247 millions d'euros (6).

c) DAESANG CORPORATION (CORÉE DU SUD)

(15) Daesang Corporation («Daesang») est la société de tête d'un groupe exerçant ses activités au niveau mondial. La fabrication de condiments, d'aliments pour animaux et d'acides aminés compte parmi ses activités. Elle est le résultat de la fusion de Daesang Industrial Limited et de Miwon Corporation Limited, qui s'est produite en novembre 1997. Daesang Industrial Limited était auparavant connue sous le nom de Sewon Corporation Limited et celui de Miwon Foods Corporation Limited (ci-après dénommées collectivement «Daesang» ou «Miwon»).

(16) Depuis septembre 1994, Daesang Europe BV est la filiale de vente européenne de Daesang Corporation pour les nucléotides. Elle vend principalement des nucléotides à des distributeurs indépendants de l'EEE.

(17) En 2001, Daesang a enregistré un chiffre d'affaires mondial de 1 382 millions d'euros (7).

(6) Le taux de change suivant a été utilisé: 1 euro = 108,682 yens japonais (JPY) (base de données de référence d'Eurostat — taux de change de 2001).

(7) 1 euro = 1 154,83 wons sud-coréens (KRW) (base de données de référence d'Eurostat — Taux de change de 2001).

d) CHEIL JEDANG CORPORATION (CORÉE DU SUD)

(18) Cheil Jedang Corporation («Cheil») est la société de tête d'un groupe d'entreprises établies et exerçant leurs activités dans le monde entier. Le groupe sud-coréen Samsung l'avait créée en 1953 pour en faire sa première filiale de production. Cheil est devenue indépendante en 1993. Il s'agit d'une société diversifiée, présente notamment sur les marchés des produits pharmaceutiques et des denrées alimentaires. Elle est entrée sur le marché des nucléotides en 1977.

(19) Elle exerce ses activités dans l'EEE par l'intermédiaire de sa filiale à 100 % CJ Europe GmbH et de différents distributeurs indépendants.

(20) En 2001, les entreprises du groupe Cheil ont réalisé un chiffre d'affaires total de 1 976 millions d'euros (8).

3. LE MARCHÉ

a) L'OFFRE

1. Production

(21) Les quatre principaux producteurs de nucléotides sont Ajinomoto, Takeda, Cheil et Daesang. Pendant la durée de l'infraction, les autres producteurs étaient Kyowa Hakko Kogyo Co. Ltd («Kyowa», Japon) (9) et Yamasa Corporation («Yamasa», Japon) (10).

(22) En 1997, les capacités mondiales de production de nucléotides s'élevaient au total à quelque 10 700 tonnes métriques, contre environ 6 660 tonnes métriques en 1992.

(23) Aucun des producteurs japonais ou coréens de nucléotides ne possède d'installations de production dans la Communauté. Cheil possède une usine de production en Indonésie et Kyowa en a récemment construit une aux États-Unis d'Amérique.

2. Distribution

(24) Les producteurs japonais et sud-coréens précités vendent des nucléotides sur le marché de l'EEE par l'intermédiaire de filiales de vente et de distributeurs indépendants établis dans différents États membres.

(25) Depuis septembre 1994, Daesang vend des nucléotides en Europe par l'intermédiaire de sa filiale à 100 % Daesang Europe BV, qui importe des nucléotides d'Asie et les vend principalement à des distributeurs indépendants de l'EEE.

(8) 1 euro = 1,13404 dollars des États-Unis (USD) (base de données de référence d'Eurostat — Taux de change de 2001).

(9) En 1992, Kyowa a cessé d'exporter des nucléotides vers l'Europe.

(10) Yamasa Corporation a cessé de fournir des exhausteurs de goût à ses clients européens en 1994.

- (26) Ajinomoto vend des nucléotides dans l'EEE par l'intermédiaire de sa filiale de vente Ajinomoto Europe Sales GmbH, qui est établie à Hambourg, en Allemagne, et de distributeurs indépendants.
- (27) Cheil s'appuie, quant à elle, sur sa filiale à 100 % CJ Europe GmbH et des distributeurs indépendants pour vendre des nucléotides dans l'EEE.
- (28) Enfin, Takeda recourt à un distributeur indépendant, qui assure la distribution des nucléotides dans l'EEE par l'intermédiaire de ses filiales établies en Allemagne, en France et au Royaume-Uni.

b) LA DEMANDE

- (29) La demande de nucléotides est directement liée à l'industrie agroalimentaire. Comme cela a été indiqué précédemment, les nucléotides sont principalement utilisés par les grandes entreprises agroalimentaires pour rehausser le goût des aliments.
- (30) Entre 1992 et 1999, le marché des nucléotides a connu une croissance rapide: alors que la consommation mondiale était toujours d'environ 4 465 tonnes métriques en 1992, elle était largement supérieure à 9 000 tonnes métriques en 1999. Au cours de cette période, on estime que la consommation de nucléotides de la Communauté est passée de quelque 200 tonnes métriques à plus de 500 tonnes métriques.
- (31) Selon les estimations de la Commission, le marché total de l'EEE représentait 12 millions d'euros en 1997 et environ 7,5 millions d'euros en 2000.
- (32) On estime que les trois principaux clients en Europe, [...] (*) (*), [...] (*) (y compris [...] *) (*), qui est passé sous le contrôle de [...] (*) dans les années 90) et [...] (*) (*), représentent entre 45 et 55 % de l'ensemble des nucléotides qui sont vendus chaque année en Europe. Individuellement, [...] (*) (*) achète environ 20 % et [...] (*) (*) 15 % de l'ensemble des nucléotides qui sont importés en Europe.

c) INFORMATIONS SUR LE MARCHÉ

- (33) Le marché des nucléotides est essentiellement mondial. Les principaux producteurs sont de grandes sociétés multinationales établies au Japon et en Corée du Sud. Bien que la production soit principalement située en Asie, les ventes sont mondiales (essentiellement dans trois grandes zones géographiques: l'Amérique du Nord, l'Europe et l'Asie). Il y a donc lieu de considérer le marché géographique en cause comme mondial.

(*) Des parties de ce texte ont été omises afin de garantir qu'aucune information confidentielle ne soit communiquée. Ces parties sont indiquées par des points de suspension entre crochets, suivis d'un astérisque.

- (34) Tous les nucléotides vendus dans l'EEE sont importés.
- (35) Les producteurs sud-coréens ont bénéficié d'un régime communautaire de préférences tarifaires jusqu'au 30 avril 1998 ⁽¹¹⁾.
- (36) La souche sur laquelle la production de nucléotides destinés à la vente est essentiellement fondée, ainsi que le procédé de production lui-même, ont été brevetés. Parmi les facteurs qui peuvent influencer le choix du fournisseur effectué par le client, les parties ont cité la qualité du produit, le prix, la livraison et l'assistance technique.
- (37) Du début de l'année 1988 à la fin de l'année 1997, le prix mensuel moyen des nucléotides dans l'EEE est resté assez stable (de l'ordre de 22 à 27 euros/kg). Leur prix a ensuite commencé à chuter fortement (la fourchette était estimée à environ 12-16 euros en 1999 et à 8-12 euros en 2000).

d) COMMERCE ENTRE ÉTATS MEMBRES

- (38) Au cours de la période considérée dans la présente décision, le marché des nucléotides s'est caractérisé par des flux importants entre les États membres actuels ainsi qu'entre les parties contractantes à l'accord EEE.
- (39) Toutes les entreprises ont commercialisé ce produit dans la quasi-totalité des États membres, que ce soit par l'intermédiaire de filiales de vente ou de distributeurs établis dans la Communauté.
- (40) Daesang, par exemple, vend des nucléotides dans toute la Communauté par l'intermédiaire de Daesang Europe BV, qui est établie aux Pays-Bas. Cheil et Ajinomoto ont également recours à leurs filiales. Takeda, en revanche, commercialise ses nucléotides par l'intermédiaire d'un distributeur indépendant, qui possède des filiales de vente en Allemagne, au Royaume-Uni et en France. Son point de vente allemand couvre presque tout le territoire de la Communauté, à l'exception de la France, du Royaume-Uni et de l'Irlande, où sont établies d'autres filiales.

⁽¹¹⁾ 1.1.1989-31.12.1989: 0 % (SPG) Règlement (CEE) n° 4257/88 du Conseil du 19 décembre 1988 portant application de préférences tarifaires généralisées pour l'année 1989 à certains produits industriels originaires de pays en voie de développement (JO L 375 du 31.12.1988, p. 1); 1.1.1990-31.12.1990: 0 % (SPG) Règlement (CEE) n° 3896/89 du Conseil du 18 décembre 1989 portant application de préférences tarifaires généralisées pour l'année 1990 à certains produits industriels originaires de pays en voie de développement (JO L 383 du 30.12.1989, p. 1); 1.1.1991-31.12.1994: 0 % (SPG) Règlement (CEE) n° 3831/90 du Conseil du 20 décembre 1990 portant application de préférences tarifaires généralisées pour l'année 1991 à certains produits industriels originaires de pays en voie de développement (JO L 370 du 31.12.1990, p. 1); 1.1.1995-30.4.1998: 0 % (SPG) Règlement (CE) n° 3281/94 du Conseil du 19 décembre 1994 portant application d'un schéma pluriannuel de préférences tarifaires généralisées pour la période 1995-1998 à certains produits industriels originaires de pays en développement (JO L 348 du 31.12.1994, p. 1).

- (41) Une partie substantielle des ventes de nucléotides réalisées dans la Communauté ont donc représenté des échanges entre États membres.
- (42) Pendant la durée de l'infraction et depuis la création de l'EEE, des ventes à des utilisateurs de nucléotides établis dans l'EEE ont également eu lieu, principalement par l'intermédiaire de filiales de vente et de distributeurs déjà établis dans la Communauté.

C. PROCÉDURE

a) PROCÉDURE ENGAGÉE PAR LA COMMISSION

- (43) Le 9 septembre 1999, comme le prévoit la communication de la Commission concernant la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes⁽¹²⁾ («communication sur la clémence»), l'entreprise japonaise Takeda a cherché à bénéficier d'un traitement favorable en informant la Commission de l'existence d'une entente dans le secteur des nucléotides et de son intention de coopérer pleinement avec elle. Le 14 septembre 1999, elle lui a remis un dossier contenant des documents relatifs à cette entente.
- (44) Le 1^{er} février 2000, Daesang a confirmé à la Commission l'existence d'une entente dans le secteur des nucléotides et l'a informée de son intention de coopérer pleinement à son enquête.
- (45) Le 21 février 2000, la Commission a adressé une demande de renseignements à Ajinomoto, à Cheil, à Daesang et à Kyowa en vue d'obtenir des précisions sur les contacts que les concurrents avaient eus entre eux de 1992 à 1999.
- (46) Il est ressorti des renseignements reçus en 2000 que l'entente existait déjà avant 1992, et la Commission a envoyé, le 11 juin 2001, une nouvelle demande de renseignements à Takeda, à Ajinomoto, à Daesang et à Cheil au sujet de la période allant de 1988 jusqu'à 1992.
- (47) Dans ses réponses à la première demande de renseignements de la Commission (des 3 et 21 avril 2000), Daesang a admis avoir participé à des réunions entre concurrents et a fourni des documents précisant l'objet et la date de plusieurs réunions, ainsi que l'identité des participants. Elle a présenté des observations complémentaires le 10 mai 2001.
- (48) Ajinomoto a répondu à la demande de renseignements de la Commission les 3 avril 2000 et 5 mai 2000. Elle lui a remis des documents relatifs aux réunions et a manifesté son intention de coopérer pleinement à la procédure engagée par la Commission. Dans sa réponse à la demande

de renseignements de la Commission qui a été reçue le 17 avril 2000, Cheil a reconnu avoir participé à des réunions entre concurrents et a fourni des précisions et des documents relatifs à ces réunions. Elle a affiché également son intention de coopérer pleinement à l'enquête. Le 4 mai 2000, Kyowa a répondu à la demande de renseignements de la Commission par une déclaration dans laquelle elle admet avoir participé à des réunions entre concurrents jusqu'à la fin de 1993 et manifeste également son intention de coopérer pleinement à l'enquête. Elle a aussi démontré qu'elle avait cessé de vendre en Europe des nucléotides utilisés comme exhausteurs de goût depuis 1992.

- (49) Le 20 octobre 2000, Takeda a adressé à la Commission une déclaration relative à certaines pratiques anticoncurrentielles auxquelles elle aurait pris part dans la Communauté, complétant ainsi les documents qu'elle lui avait remis le 14 septembre 1999. Dans cette déclaration, elle a donné des précisions sur l'entente, sa structure et ses règles de base, ainsi que sur les réunions entre concurrents.
- (50) Comme cela a déjà été mentionné, la Commission a adressé, le 11 juin 2001, une seconde demande de renseignements au sujet de la période 1988-1992. Dans sa réponse du 20 juillet 2001, Takeda a fourni des informations complémentaires concernant le fonctionnement de l'entente avant 1992.
- (51) En revanche, Ajinomoto a indiqué dans sa réponse du 30 juillet 2001 qu'elle n'avait rien trouvé au sujet des réunions qui auraient eu lieu entre les producteurs de nucléotides entre 1988 et 1991. Elle a admis néanmoins que ce type de réunions a dû avoir lieu de temps en temps.
- (52) Daesang a répondu le 23 juillet 2001 et confirmé sa participation à l'entente à partir d'octobre 1988.
- (53) Dans sa réponse du 14 août 2001, Cheil a déclaré que les réunions qui s'étaient tenues entre 1988 et 1991 n'avaient pas porté sur le marché européen.
- (54) Les 24 octobre et 20 décembre 2001, la Commission a adressé une demande de renseignements à Yamasa. Dans sa réponse du 17 janvier 2002, cette dernière a démontré qu'elle avait cessé de vendre en Europe des nucléotides utilisés comme exhausteurs de goût depuis juillet 1994.
- (55) Les 24 octobre 2001 et 31 janvier 2002, des représentants d'Ajinomoto ont rencontré les services de la Commission pour parler de leur coopération et présenter deux notes complémentaires, respectivement du 17 décembre 2001 et du 31 janvier 2002.
- (56) Le 10 juillet 2002, la Commission a établi une communication des griefs adressée à Ajinomoto, Takeda, Daesang et Cheil.

⁽¹²⁾ JO C 207 du 18.7.1996, p. 4.

D. DESCRIPTION DES ÉVÉNEMENTS

1. PARTICIPANTS ET ORGANISATION

- (57) Les réunions se tenaient généralement au niveau le plus élevé (c'est-à-dire au niveau des directeurs généraux et des directeurs), comme l'attestent les éléments de preuve contenus dans le dossier concernant la date et le lieu de la plupart des réunions collusoires ainsi que l'identité des participants ⁽¹³⁾.
- (58) Kyowa Yamasa a mis fin à ses ventes en dehors du Japon respectivement en 1992 et en 1994, laissant ainsi le champ libre à Ajinomoto, Takeda, Cheil et Daesang dans le reste du monde (sur les marchés situés en dehors du Japon). Par conséquent, et comme l'ont attesté les éléments de preuve contenus dans le dossier de la Commission, les réunions se sont limitées à Takeda, Ajinomoto, Cheil et Daesang à compter d'octobre 1994 ⁽¹⁴⁾.
- (59) Les participants se réunissaient habituellement au cours de la seconde moitié d'août ou en septembre, avant l'envoi des propositions annuelles de prix aux trois (initialement quatre) gros utilisateurs commerciaux européens de nucléotides, [...]*, [...]*, [...]* (ainsi que [...]*, qui est passé sous le contrôle de [...]* dans les années 90). Ces prix leur servaient ensuite de référence pour fixer les prix de vente à appliquer aux autres clients ⁽¹⁵⁾ et pour se répartir ces clients entre eux.
- (60) Habituellement, les producteurs convoquaient une réunion entre les mois de janvier et mars suivants pour contrôler les résultats de la négociation des contrats annuels avec les trois gros clients et examiner les prix généralement applicables sur le marché ⁽¹⁶⁾.
- (61) Les participants organisaient également des réunions bilatérales au cours desquelles ils préparaient les réunions multilatérales ou contrôlaient la mise en œuvre des accords, concernant par exemple des clients précis.

2. LES CARACTÉRISTIQUES ESSENTIELLES DE L'ENTENTE

PRINCIPES DE BASE

- (62) La structure, l'organisation et le fonctionnement de l'entente reposaient sur une appréciation commune du marché. Comme cela a été mentionné plus haut, les producteurs ont reconnu qu'en Europe le marché se composait essentiellement de trois gros utilisateurs commerciaux de nucléotides: [...]*, [...]* (qui a pris le contrôle de [...]* dans les années 90) et [...]*. À eux seuls, ils achetaient chaque année de 45 à 55 % de l'ensemble des nucléotides vendus en Europe.

⁽¹³⁾ Voir les pages 1931 à 1947 et 1961 à 1974 du dossier de la Commission; voir également les pages 316 à 319 du dossier. Voir également la page 1995 du dossier; voir également les pages 2174 et 2175 du dossier de la Commission.

⁽¹⁴⁾ Voir également les pages 2170 et 2171 du dossier de la Commission.

⁽¹⁵⁾ Ajinomoto emploie le terme de «marché général» pour désigner ces autres clients (autres qu' [...]*, [...]* et [...]*) .

⁽¹⁶⁾ Voir les pages 2170 et 2171 du dossier de la Commission.

- (63) Les réunions collusoires avaient pour objet l'examen des tendances générales sur le marché des nucléotides, l'échange d'informations sur les prix et la répartition, entre les producteurs, des contrats de vente annuels conclus avec les trois principaux utilisateurs industriels de nucléotides de la Communauté précités. Les prix auxquels les nucléotides étaient vendus à ces trois entreprises devaient ensuite servir de référence pour fixer les prix de vente à appliquer aux autres clients ⁽¹⁷⁾.

- (64) Dans le cadre de l'entente, les producteurs japonais achetaient des nucléotides aux producteurs coréens, qui en contrepartie limitaient leurs ventes sur certains marchés ainsi qu'auprès de certains clients («accords d'achats compensatoires»). En effet, Takeda était chargé des achats compensatoires auprès de Cheil, tandis qu'Ajinomoto avait des accords similaires avec Daesang ⁽¹⁸⁾.

- (65) Les principes de base de l'entente sont très clairement exposés dans le compte rendu qu'a fait Takeda d'une réunion qui s'était tenue le 25 juillet 1997 entre Ajinomoto et elle-même ⁽¹⁹⁾ et lors de laquelle le nouveau [...]* d'Ajinomoto avait été présenté. Selon les propres termes de Takeda, il avait alors été expliqué à ce dernier que les réunions régulières entre concurrents visaient à a) stabiliser ou modifier les prix du marché mondial; b) à respecter les marchés des uns et des autres, et c) à répartir les gros clients européens entre les producteurs.

a) Fixation des prix

- (66) Les membres de l'entente convenaient de prix «minima» et «cibles» à appliquer. Ils fixaient d'abord les prix de vente pour les trois gros clients européens, qui leur servaient ensuite de référence pour arrêter les prix à appliquer aux autres clients. Chaque année, ils débattaient le prix cible à appliquer l'année suivante à leurs trois principaux clients ⁽²⁰⁾ (voir, par exemple, les considérants 80, 87, 92, 94, 98, 108, 112 et 113, 118 à 120, 124, 127 à 129 et 141).

- (67) Sur le marché européen, le mark allemand (DEM) servait généralement de devise de référence. Les prix étaient ensuite convertis dans la monnaie du pays concerné pour être annoncés et appliqués aux clients nationaux.

⁽¹⁷⁾ Voir la déclaration de Takeda, p. 2170 du dossier de la Commission.

⁽¹⁸⁾ Voir les pages 303 et 1962 du dossier de la Commission.

⁽¹⁹⁾ Voir les pages 2158 à 2161 du dossier de la Commission.

⁽²⁰⁾ Voir la déclaration de Takeda, pages 2170 et 2171 du dossier de la Commission. Voir également la déclaration de Daesang à la page 1933 du dossier de la Commission; voir également la déclaration complémentaire de Daesang à la page 1963 du dossier de la Commission; voir également la déclaration de Kyowa aux pages 870 et 871 du dossier de la Commission; voir également la déclaration de Cheil à la page 304 du dossier de la Commission; voir également la note d'Ajinomoto, paragraphe 3, page 2 (page 2445 du dossier de la Commission).

b) Répartition des clients (et partage des marchés)

MISE EN ŒUVRE

- (68) [...] et [...] étaient traditionnellement approvisionnés par Takeda, tandis que [...] était approvisionnée par Ajinomoto⁽²¹⁾. Selon Daesang, il existait un accord entre Takeda et Ajinomoto selon lequel Takeda ne pouvait pas vendre de nucléotides aux clients d'Ajinomoto et vice versa⁽²²⁾.
- (69) Afin de protéger leurs ventes auprès de ces gros utilisateurs européens de nucléotides, Takeda et Ajinomoto ont également conclu des accords avec leurs principaux concurrents. Aux termes de ces accords, Takeda et Ajinomoto achetaient des nucléotides à leurs concurrents, qui en contrepartie limitaient leurs ventes auprès de ces gros utilisateurs⁽²³⁾. Comme l'explique Cheil⁽²⁴⁾, «Les entreprises japonaises (Takeda et Ajinomoto) devaient acheter des nucléotides respectivement à Cheil et à Miwon (Daesang). En contrepartie, les producteurs coréens étaient censés ne pas vendre leurs produits aux "trois grands" en Europe et devaient limiter leurs ventes au Japon» (voir, par exemple, les considérants 78, 81, 84, 86, 100 à 102, 108, 111 et 112, 114, 116 et 117, 122 et 123).
- (70) Ce mécanisme de compensation, complémentaire du système de répartition des clients, aboutissait également dans les faits à une répartition des marchés au niveau mondial, comme le confirme Cheil⁽²⁵⁾. Pour compenser le fait que les producteurs coréens n'approvisionnaient pas certains clients, les entreprises japonaises leur achetaient une partie de leur production⁽²⁶⁾. Étant donné que ces clients étaient situés sur des marchés distincts de ceux où étaient réalisées les ventes compensatoires, cela aboutissait effectivement à une répartition des marchés entre les producteurs (voir, par exemple, les considérants 81 et 82, 85, 94 et 95, 100 à 102, 110, 122, 124 et 134).
- (71) Takeda confirme que «la répartition entre les producteurs des contrats de vente annuels conclus avec les trois gros utilisateurs commerciaux de nucléotides de la Communauté, à savoir [...]*, [...]* et [...]*» faisait partie intégrante des accords collusoires.

- (72) La tenue de réunions régulières et fréquentes entre les destinataires de la présente décision constituait un élément essentiel de l'organisation de l'entente. De 1989 à 1998, plus de vingt réunions multilatérales (en présence de tous les membres de l'entente) ont été recensées. De plus, les parties ont tenu des réunions bilatérales régulières au cours de cette période (plus de 35 réunions de ce type ont été recensées). Ces réunions permettaient, par exemple, aux entreprises de préparer leurs positions respectives en vue des réunions multilatérales. En outre, elles prenaient ponctuellement contact entre elles par téléphone (environ dix conversations téléphoniques ont été recensées).
- (73) Les réunions collusoires étaient généralement convoquées peu de temps avant la négociation des contrats annuels avec les trois «gros clients européens» afin de convenir des prix cibles à leur proposer ainsi que de la répartition de ces contrats⁽²⁷⁾. Les parties organisaient également des réunions pour contrôler la mise en œuvre des prix cibles au cours des négociations⁽²⁸⁾, même si l'examen des anciens prix cibles et celui des nouveaux prix cibles à appliquer faisaient souvent l'objet d'une seule et même réunion (voir, par exemple, les considérants 93 et 94, 96, 103, 109, 118, 125 et 126, 130 et 131 et 141).
- (74) Les participants échangeaient aussi des informations sur leurs prix et leurs volumes de vente. Ces informations leur servaient ensuite de base pour fixer les prix cibles⁽²⁹⁾ (voir, par exemple, les considérants 80, 96, 98, 103, 115 et 133).

3. PREMIÈRES PRISES DE CONTACT

- (75) Cheil admet que certaines réunions entre concurrents ont eu lieu dès juillet 1988, bien qu'elle ait initialement déclaré que les réunions organisées entre 1988 et 1991 ne semblaient pas concerner l'EEE, portant essentiellement sur les marchés japonais et asiatiques⁽³⁰⁾.
- (76) Un rapport de Cheil relatif à un voyage d'affaires, daté du 16-28 juillet 1988 et joint à sa déclaration de 2001 (annexe 5), indique que «Takeda a déclaré qu'elle organisait une réunion P⁽³¹⁾ pour les nucléotides afin de prévenir le renforcement de la concurrence qui découlerait de l'entrée de Miwon [Daesang] et nous a demandé de la soutenir en participant à cette réunion».

(21) Voir la déclaration de Takeda, p. 2170 du dossier de la Commission.

(22) Voir les observations complémentaires de Daesang p. 4 (p. 1963 du dossier de la Commission).

(23) Voir p. 2, paragraphe 2 de la déclaration de Cheil, p. 301 du dossier de la Commission; p. 5, le paragraphe 1 de la déclaration de Kyowa, p. 870 du dossier de la Commission); déclaration complémentaire de Daesang p. 1963 et 1964.

(24) Voir la déclaration de Cheil p. 5 (p. 304 du dossier de la Commission).

(25) Voir la déclaration de Cheil, p. 4 (p. 303 du dossier de la Commission).

(26) Voir la déclaration de Cheil p. 5 (p. 304 du dossier de la Commission); voir également p. 1963 et 1964 du dossier de la Commission.

(27) Voir la déclaration de Takeda, p. 2170 et 2171 du dossier de la Commission.

(28) Voir la déclaration de Takeda, p. 2171 du dossier de la Commission.

(29) Voir la déclaration de Takeda, p. 2170 du dossier de la Commission.

(30) Voir p. 1181 et 1182 du dossier de la Commission.

(31) Le terme "réunions P" désigne les réunions entre producteurs ou les réunions visant à fixer les prix.

- (77) Takeda, quant à elle, situe le début des réunions entre concurrents autour de 1989 ⁽³²⁾.
- (78) Kyowa, en revanche, a déclaré que les réunions entre les producteurs japonais de nucléotides avaient au moins débuté en 1986, mais «[...] il est probable qu'elles aient même commencé plus tôt» ⁽³³⁾. Kyowa ajoute que selon elle, «les principaux acteurs derrière ces réunions étaient Takeda et Ajinomoto, la première traitant avec Cheil et la seconde avec [Daesang]. Takeda était également le coordinateur du groupe» ⁽³⁴⁾.
- (79) Ajinomoto reconnaît avoir rencontré de temps en temps Cheil, Takeda, Kyowa et Yamasa à partir de 1988. Alors qu'elle avait initialement prétendu ne pas avoir pu recueillir d'informations au sujet des réunions qui se seraient tenues entre 1988 et 1991 ⁽³⁵⁾, elle a ensuite joint à sa note complémentaire du 17 décembre 2001 divers documents internes relatifs aux rencontres intervenues au cours de cette période ⁽³⁶⁾.
- (80) Une note interne d'Ajinomoto révèle que des représentants des producteurs japonais de nucléotides (Takeda, Ajinomoto, Kyowa et Yamasa) se sont réunis les 8 et 10 novembre 1988. En ce qui concerne le marché européen, ils ont échangé des informations sur les prix appliqués par chaque entreprise aux trois gros utilisateurs finals en Europe, c'est-à-dire [...]*, [...] et [...]*, et examiné et/ou fixé les prix à leur appliquer pendant l'année civile 1989. Ils ont procédé de même pour les prix cibles sur le marché général en Europe (les clients autres que les «trois grands») ⁽³⁷⁾.
- (81) Daesang indique ⁽³⁸⁾ qu'elle a été en premier lieu contactée par les producteurs japonais, peu de temps après qu'elle a commencé à produire des nucléotides en 1987: une réunion a été organisée entre les producteurs japonais (Daesang parle de l'«Association» des producteurs japonais) et les représentants de Miwon (devenue Daesang) à Tokyo le 5 octobre 1988. Cette réunion avait pour objet de limiter la pénétration de Miwon sur le marché japonais et d'examiner les possibilités de coopération avec les producteurs coréens. Ces discussions ont abouti à la conclusion, le 19 décembre 1988, d'un «accord d'achats compensatoires» entre Ajinomoto et Miwon. Bien que présenté comme un «contrat de fourniture», Daesang admet que cet accord était subordonné à la condition verbale que Miwon n'accroisse pas ses ventes au Japon ni ne fasse échec à la coopération des producteurs japonais au niveau des prix mondiaux ⁽³⁹⁾.
- (82) Cela est confirmé par une télécopie interne de Miwon du 9 novembre 1988, dans laquelle il est fait référence à la négociation de ce contrat de fourniture avec Ajinomoto: «ce contrat contient une clause interdisant de nouvelles ventes». Daesang explique que cela signifiait qu'Ajinomoto n'était disposée à acheter des nucléotides à Miwon qu'à la condition que cette dernière n'accroisse pas ses ventes au Japon ⁽⁴⁰⁾.
- (83) Elle ajoute qu'à la réunion du 5 octobre 1988, précitée, Ajinomoto avait clairement indiqué qu'elle réaliserait les achats compensatoires auprès de Miwon tandis que Cheil effectuerait les achats compensatoires auprès de Takeda. Ajinomoto achetait les produits de Miwon par l'intermédiaire du distributeur de Takeda, qui lui servait ainsi de couverture ⁽⁴¹⁾.
- (84) À cet égard, Daesang précise que ce sont les producteurs japonais qui étaient à l'origine de cet accord ⁽⁴²⁾, ce qui confirme les déclarations précitées de Kyowa [«les principaux acteurs derrière ces réunions étaient Takeda et Ajinomoto. [...] Takeda était également le coordinateur du groupe» ⁽⁴³⁾]. Cheil partage également l'avis selon lequel l'entente était dirigée par les producteurs japonais: «le contexte commercial général des événements exposés est que l'un des acteurs en position dominante cherchait à protéger un duopole de fait contre de nouveaux concurrents» ⁽⁴⁴⁾.
- (85) Ajinomoto fait valoir ⁽⁴⁵⁾ sur ce point que son rôle doit être considéré comme subordonné à celui de Takeda, qui aurait été à l'origine des activités de l'entente et qui les aurait orchestrées: «Faute de réseau de vente bien organisé dans l'EEE [...] et face à l'arrivée de nouveaux concurrents coréens, c'est Takeda qui a voulu protéger sa position de tête vis-à-vis de [...] et de [...] en répartissant les clients entre les producteurs et en fixant les prix. C'est [un représentant de Takeda]* qui a instauré les réunions entre concurrents [...]. [Un représentant de Takeda]* les présidait et prononçait les discours d'ouverture et de clôture. Au cours de ces réunions, il menait les discussions et dessinait des graphiques sur un tableau blanc. Takeda protestait énergiquement chaque fois qu'elle apprenait que d'autres entreprises avaient appliqué des prix inférieurs à [...] et [...]» ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁰⁾ Voir p. 990 à 992 et p. 1962 du dossier de la Commission.

⁽⁴¹⁾ Déclaration complémentaire de Daesang p. 3; voir également les annexes K et L à cette déclaration.

⁽⁴²⁾ Voir p. 1961 et 1962 du dossier de la Commission.

⁽⁴³⁾ Voir p. 4 de la déclaration de Kyowa, p. 869 du dossier de la Commission.

⁽⁴⁴⁾ Voir p. 2, paragraphe 2, de la déclaration de Cheil, p. 301 du dossier de la Commission.

⁽⁴⁵⁾ Voir p. 2557 et 2558 du dossier de la Commission.

⁽⁴⁶⁾ Cela est démenti par les éléments de fait contenus dans le dossier de la Commission. Dans une note interne d'Ajinomoto (voir l'annexe 11 à la note d'Ajinomoto du 30 juin 2000 ou p. 2496 à 2499 du dossier de la Commission, il est indiqué que «en tant que producteur de premier plan, nous [Ajinomoto] devons, avec Takeda, prendre l'initiative en matière de hausses de prix. Nous devons donc très vraisemblablement faire face à un vent contraire. Il est toutefois inévitable que nous devions prendre des risques»; voir également les annexes 7 et 8 de la note d'Ajinomoto p. 2483 à 2488 du dossier de la Commission).

⁽³²⁾ Voir p. 2170 du dossier de la Commission.

⁽³³⁾ Voir p. 869 du dossier de la Commission.

⁽³⁴⁾ Voir p. 869 du dossier de la Commission.

⁽³⁵⁾ Voir p. 2030 du dossier de la Commission.

⁽³⁶⁾ Voir p. 2256 à 2299 du dossier de la Commission.

⁽³⁷⁾ Voir p. 2264 à 2269 du dossier de la Commission.

⁽³⁸⁾ Observations complémentaires, voir le point 1, p. 2.

⁽³⁹⁾ Voir p. 1962 du dossier de la Commission; voir également p. 986 à 989 du dossier.

(86) Daesang prétend qu'un autre contrat d'achats compensatoires aurait été conclu entre Takeda et Miwon au début du mois de mars 1989. Ce contrat aurait été négocié par Ajinomoto pour le compte de Miwon. La Commission relève qu'Ajinomoto nie, dans sa réponse à la communication des griefs, avoir négocié un contrat avec Takeda pour le compte de Miwon. Les conditions du contrat conclu avec Takeda étaient que Miwon (devenue Daesang) ne devait pas accroître ses ventes au Japon, devait coopérer avec les producteurs japonais en vue d'augmenter le prix des nucléotides au niveau mondial et devait coopérer en s'abstenant de vendre des produits aux «trois grands» ([...]*, [...]* et [...]*).

4. FONCTIONNEMENT DE L'ENTENTE

(87) D'après un rapport relatif à un voyage d'affaires⁽⁴⁷⁾, une réunion de producteurs de nucléotides (à laquelle Cheil a participé) a eu lieu entre le 7 et le 23 mars 1989. Ledit rapport indique que les participants seraient convenus de se réunir de nouveau à Kyungju, en Corée, le 7 juin 1989 (selon Daesang, il s'agit de la réunion où les prix cibles auraient été fixés pour 1989).

(88) Une télécopie interne de Miwon Japan à Mitra⁽⁴⁸⁾ du 30 mai 1989⁽⁴⁹⁾ mentionne, outre la fourniture de produits à Ajinomoto, la tenue prochaine d'une réunion sur les nucléotides avec les concurrents les 6 et 7 juin 1989 à Kyongju, en Corée, à laquelle devaient assister les représentants de Takeda, d'Ajinomoto, de Miwon ainsi que de deux autres producteurs.

(89) Daesang est d'avis que les prix cibles de 1989 ont été fixés lors de cette réunion des producteurs des 6 et 7 juin 1989⁽⁵⁰⁾.

(90) Une télécopie interne d'Ajinomoto du 9 juin 1989 confirme la tenue de cette réunion: «lors d'une réunion qui a eu lieu il y a deux jours en Corée, Takeda a informé les Coréens qu'[*]* lui avait demandé de ramener son prix caf de 27,50 USD au prix du marché»⁽⁵¹⁾.

(91) Une télécopie interne d'Ajinomoto du 13 juillet 1989 indique qu'il a été demandé à son bureau européen des ventes d'effectuer des recherches et de confirmer les informations en sa possession sur le prix de vente appliqué par Takeda à [...]* et [...]* et certaines informations sur le prix de vente peu élevé et les volumes de vente de Takeda et d'autres producteurs en Allemagne de l'Ouest, en France, au Royaume-Uni, en Suisse et en Espagne, en vue d'une prochaine réunion avec des producteurs de nucléotides, quatre japonais et deux Coréens, prévue le 7 août 1989 à Taïwan. La Commission ne dispose d'aucune autre information permettant d'établir si cette réunion a effectivement eu lieu ou non.

(47) Voir l'annexe 5 de la déclaration 2001 de Cheil p. 2616 à 2619 du dossier de la Commission.

(48) Miwon Trading and Shipping Company, filiale de Miwon.

(49) Voir p. 1963 à 1965 du dossier de la Commission.

(50) Voir p. 1965 du dossier de la Commission.

(51) Voir p. 2259 et 2270 à 2272 du dossier de la Commission (p. 3 et pièce à conviction 2 de la déclaration complémentaire d'Ajinomoto du 17 décembre 2001).

(92) Le 5 octobre 1989, des représentants de Takeda, d'Ajinomoto, de Cheil et de Miwon, ainsi que de deux autres producteurs se sont réunis à l'hôtel ANA de Tokyo afin d'examiner les prix dans la perspective des négociations à venir avec les gros clients, y compris le marché européen pour 1990, et de contrôler la mise en œuvre des accords de fixation de prix de 1989⁽⁵²⁾.

(93) Daesang fait toutefois observer que cette réunion du 5 octobre 1989 a en fait consisté en plusieurs réunions. Les prix 1989 et 1990 applicables aux clients européens ont fait l'objet de discussions bilatérales, d'une part, entre Takeda et Miwon et, d'autre part, entre Takeda et Cheil. Takeda a informé Miwon que «fondamentalement, Cheil coopère, ce qui indique que Takeda avait déjà rencontré Cheil»⁽⁵³⁾. Une réunion finale s'est tenue à 17 heures le même jour, mais a essentiellement porté sur les questions relatives au marché [...]*.

(94) Il a été conclu qu'il existait un écart considérable entre le prix cible et le prix réel des nucléotides. Les prix cibles (y compris pour l'Europe) relatifs à 1990 ont été examinés sur la base des «recommandations pour la fixation des prix sur le marché européen en 1990», qui avaient été présentées par Takeda et prévoyaient trois prix cibles différents en fonction du volume commandé par le client (gros client, client moyen ou petit client). De plus, Daesang précise que dans la perspective de la venue probable en Corée d'un acheteur d'[*]*, Takeda avait chargé Miwon d'offrir à [...]* un prix conforme aux recommandations (ces recommandations sont reproduites ci-après).

A) Marché européen — Recommandations proposées pour 1990

Prix (caf)	Client cible	Remarques
30 USD/kg	Plus de 1 000 kg (gros client)	Un lot
31 USD/kg	500-1 000 kg (client moyen)	Un lot
32 USD/kg	moins de 500 kg (petit client)	Un lot

Source: Annexes J et L aux observations complémentaires de Daesang.⁽⁵⁴⁾

(95) Au cours de la réunion du 5 octobre 1989, Takeda a également déclaré que l'«Europe est le territoire de Takeda»⁽⁵⁵⁾.

(52) Voir respectivement p. 2174, 1009 à 1015, 1016 à 1024 et 1025 à 1032 du dossier de la Commission.

(53) Voir p. 1965 du dossier de la Commission.

(54) Voir les observations complémentaires d'Ajinomoto du 17 décembre 2001 à p. 4 (p. 2260 du dossier de la Commission).

(55) Voir p. 1009 du dossier de la Commission.

- (96) L'annexe M aux observations complémentaires de Daesang ⁽⁵⁶⁾ est une télécopie interne de Miwon faisant suite à la réunion du 5 octobre 1989 et indiquant que la position du siège (de Miwon) consiste à essayer de respecter le cadre de base des entreprises japonaises en matière de coopération. Il est ensuite indiqué que les «producteurs japonais ont vendu leurs produits (en 1989) à un prix nettement inférieur au prix cible sur le marché européen [...]». Par conséquent, on peut se demander si les entreprises japonaises respecteront les recommandations précitées en matière de prix pour les contrats applicables en 1990.
- (97) Les recommandations, précitées, sont confirmées par une télécopie interne d'Ajinomoto du 6 octobre 1989, qui précise qu'elles ont été communiquées aux producteurs coréens. Cependant, une autre série de recommandations concernant les prix à appliquer en 1990, mais destinée aux producteurs japonais, a également été diffusée: 28 USD/kg (52,20 DEM/kg) pour les gros utilisateurs et 30 USD/kg (55,80 DEM/kg) pour les autres clients (gros clients du marché général) ⁽⁵⁷⁾.
- (98) Une télécopie interne d'Ajinomoto du 19 décembre 1989 rend compte d'une réunion qui s'était tenue le même jour entre les producteurs japonais au sujet des prix à appliquer en Europe en 1990. D'après ce document, Takeda aurait déclaré avoir entamé les négociations avec [...] et [...] lors de deux récents voyages en Europe, mais ces deux clients n'auraient pas accepté les prix proposés. Takeda aurait fait une offre à [...] à 27,50 USD/kg, mais aurait ensuite voulu la revoir à la baisse (26 USD/kg). Ses négociations avec [...] auraient toujours été en cours ⁽⁵⁸⁾.
- (99) Comme cela a déjà été mentionné, les membres de l'entente avaient aussi, ponctuellement, des contacts bilatéraux entre eux. Les documents annexés aux observations complémentaires de Daesang (annexes N et O) en sont de bons exemples.
- (100) L'annexe N ⁽⁵⁹⁾ consiste dans une télécopie interne de Mitra à Miwon Japan du 22 novembre 1989, qui indique expressément que Takeda avait proposé un arrangement: si Miwon acceptait de limiter ses ventes auprès de [...] et d' [...], Takeda accepterait des produits de moins bonne qualité de sa part dans le cadre de leur accord d'achats compensatoires.
- (101) L'annexe O ⁽⁶⁰⁾ concerne un télex de Takeda, du 28 novembre 1989, qui n'avait été reçu que quelques jours plus tard par Miwon et qui dressait la liste des conditions d'achat de Takeda auprès d'elle en 1990. Elle lui demandait, par ailleurs, d'offrir un certain prix à [...] et à [...] et de lui confirmer ensuite qu'elle avait bien obtempéré.
- (102) Daesang prétend qu'elle n'était disposée à coopérer en 1991, c'est-à-dire à appliquer un certain prix à [...] et à [...], qu'à la condition que Takeda accepte de lui acheter au moins 20 tonnes de nucléotides, et elle n'appliquerait un certain prix à [...] que moyennant l'achat d'un volume total de 40 tonnes. Dans sa télécopie du 10 novembre 1990 ⁽⁶¹⁾, il est indiqué que cette question a été abordée avec [...] de Takeda lors de sa visite dans les locaux de Mitra du 7 novembre 1990. Il est expliqué que «Mitra accepte pleinement de coopérer afin d'augmenter le prix du marché [mondial]». «Cependant, à l'avenir, [parce qu'elle] exporte en Europe librement avec certains clients, elle n'aimerait coopérer en 1991 qu'en ce qui concerne [...] et [...]». «En outre, [...] et d'autres clients continuent actuellement de demander des offres et cherchent si possible à confirmer des contrats. Si nous [continuons] de faire ce que Takeda nous demande et proposons un prix plus élevé, il est certain que nous ne pourrions obtenir [aucun] contrat». Une télécopie interne du 19 novembre 1990 ⁽⁶²⁾ concerne la même question. Les modalités précises des accords d'achats compensatoires ont également fait l'objet d'une réunion entre Ajinomoto, le distributeur de Takeda et Miwon qui s'est tenue à Tokyo le 1^{er} mai 1991 ⁽⁶³⁾.
- (103) D'après la déclaration de Kyowa ⁽⁶⁴⁾, [...] de Takeda lui a annoncé les prix appliqués par son entreprise à [...] et [...] lors d'une réunion de janvier 1991, après avoir appelé son homologue de Kyowa pour l'informer que Takeda souhaitait porter ses prix un certain niveau à compter d'octobre 1991.
- (104) Ajinomoto a présenté une note interne sur l'état d'avancement des négociations de Takeda pour 1992. Celle-ci a vraisemblablement été rédigée le 21 novembre 1991. Selon cette note, Takeda a informé Ajinomoto, au sujet du contrat 1992, du fait qu'elle «[Takeda] essayait de relever son prix de 2 USD (pour atteindre 28,50 USD), mais que les négociations étaient très difficiles parce que cette hausse de prix serait très sensible en monnaie locale en raison du taux de change». En outre, Takeda a déploré le fait qu' [...] fasse des offres plus avantageuses qu'elle à Nestlé (17,20 USD contre 17,70 USD pour Takeda) et lui a demandé de faire une offre à 18 USD pour 1992, ce qui serait supérieur à son prix ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶¹⁾ Voir p. 1041 à 1044 du dossier de la Commission.

⁽⁶²⁾ Voir p. 1045 à 1050 du dossier de la Commission.

⁽⁶³⁾ Voir p. 1051 à 1054 du dossier de la Commission.

⁽⁶⁴⁾ Voir p. 871 du dossier de la Commission.

⁽⁶⁵⁾ Voir la pièce à conviction n° 7 annexée à la note complémentaire d'Ajinomoto du 17 décembre 2001 ou p. 2285 à 2287 du dossier de la Commission; voir également la pièce à conviction n° 8 ou p. 2288 à 2290. La première proposition de prix (28,50 USD) concerne le produit I & G (mélange d'IMP et de GMP), tandis que la deuxième (17,20-18 USD) concerne l'IMP.

⁽⁵⁶⁾ Voir p. 1033 à 1036 du dossier de la Commission.

⁽⁵⁷⁾ Voir p. 2260 du dossier de la Commission.

⁽⁵⁸⁾ Voir les observations complémentaires d'Ajinomoto du 17 décembre 2001 p. 4 (p. 2260 du dossier de la Commission).

⁽⁵⁹⁾ Voir p. 1037 et 1038 du dossier de la Commission.

⁽⁶⁰⁾ Voir p. 1039 et 1040 du dossier de la Commission.

- (105) Parfois, pour limiter le risque d'être démasqués, les concurrents restreignaient le nombre de participants aux réunions, les entreprises intervenant pour le compte d'autres concurrents. Par exemple, Daesang avance ⁽⁶⁶⁾ qu'une réunion de haut niveau de deux jours a été organisée les 27 et 28 avril 1992 entre les présidents de Daesang, de Cheil et d'Ajinomoto, qui représentaient également d'autres producteurs japonais, car — comme Ajinomoto l'a déclaré — «si tous les producteurs japonais s'étaient rendus ensemble en Corée, cela aurait paru suspect».
- (106) Cette réunion a notamment porté sur la coopération relative aux nucléotides. Daesang estime qu'Ajinomoto a assisté à cette réunion également au nom d'autres producteurs japonais, dont, entre autres, Takeda ⁽⁶⁷⁾.
- (107) Elle précise que des représentants de Miwon ont assisté à une réunion en Corée, le 30 juin 1992, avec des représentants de Takeda. Cependant, aucune information n'est donnée concernant l'objet de cette réunion ⁽⁶⁸⁾.
- (108) Les prix cibles de 1993 ont été examinés dans le cadre d'une réunion organisée à Tokyo le 20 août 1992. D'après la déclaration de Daesang, l'ordre du jour de cette réunion concernait la coopération aux fins de la fixation du prix des nucléotides sur le marché mondial, les «achats compensatoires» et la limitation des ventes sur le marché [...]*. L'objectif final, tel qu'exprimé par Takeda, était de parvenir à un prix mondial unique, y compris le marché japonais, les producteurs japonais achetant une part importante de la production coréenne. Le prix cible mondial ([...]*) présenté à cette réunion était compris entre 30 et 32 USD. Après une suspension de la réunion, les participants se sont mis d'accord sur le prix cible mondial. Selon Daesang, «il était clair que les entreprises japonaises avaient examiné toutes les questions entre elles avant la réunion et étaient convenues d'une position commune» ⁽⁶⁹⁾. À l'appui de cette affirmation, Daesang a fourni une copie de la liste de prix cibles établie par Takeda en vue de cette réunion du 20 août 1992. Cette liste contient les prix cibles suivants pour l'Europe: 48 DEM/kg et 45 DEM/kg pour les trois gros clients ⁽⁷⁰⁾. D'après Cheil, les producteurs japonais ont demandé lors de cette réunion à pouvoir ne proposer leurs prix européens que dans la monnaie locale ⁽⁷¹⁾.
- (109) Le 28 janvier 1993, les participants se sont de nouveau réunis à Tokyo afin d'examiner les efforts accomplis pour atteindre le prix cible fixé le 20 août 1992. Au cours de cette réunion, les parties se sont demandées si le prix cible

fixé en 1992 devait être ajusté et ont envisagé différentes possibilités. Daesang explique qu'il était trop difficile pour les deux producteurs coréens d'augmenter leurs prix et qu'ils ont demandé aux producteurs japonais l'autorisation d'appliquer un prix moins élevé. Ces derniers ont refusé au motif, notamment, que les Coréens pouvaient déjà vendre leurs produits à un prix plus bas en Europe, car ils étaient exemptés de droits de douane au titre du régime communautaire de préférences tarifaires (SPG ou système de préférences généralisé). Même si les parties n'étaient apparemment pas parvenues à un consensus sur la manière d'atteindre ce prix cible, celui-ci a été réaffirmé par chacune d'elles ⁽⁷²⁾.

(110) En outre, les prix régionaux ont été examinés afin de vérifier que les entreprises se conformaient bien au prix cible mondial convenu lors de la réunion du 20 août 1992. En particulier, l'attention s'est portée sur les prix pratiqués [...]*, [...]* et en Europe. La coopération à l'égard des trois gros clients européens en général a également fait l'objet d'une discussion ⁽⁷³⁾.

(111) Ajinomoto, Takeda, Miwon et Cheil se sont de nouveau réunies à Fukuoka (Japon) le 2 mars 1993. Lors de cette réunion, les prix cibles à appliquer aux différentes régions en 1993 ont été ajustés. De plus, des discussions ont eu pour objet de clarifier les modalités des accords d'achats compensatoires, car la coopération n'avait pas toujours fonctionné aussi bien que les producteurs japonais l'auraient souhaité. Cheil fait observer que la tentative de fixation du prix de la zone communautaire, opérée lors de cette réunion, a échoué parce que les producteurs coréens voulaient proposer un autre prix, étant donné qu'ils bénéficiaient du SPG. Cette entreprise conclut qu'«en fait, c'est le comportement des entreprises coréennes qui a empêché un fonctionnement plus efficace des accords» ⁽⁷⁴⁾.

(112) Le compte rendu que Daesang a fait de cette réunion ⁽⁷⁵⁾ donne cependant plus de détails sur ces événements. Selon elle, cette réunion avait initialement été menée par le vice-directeur général d'Ajinomoto. Ce dernier avait menacé de mettre un terme aux accords d'achats compensatoires si les entreprises coréennes continuaient de prendre du retard dans la coopération à l'égard des trois gros clients, le maintien du prix mondial convenu et la limitation de leurs ventes au Japon. Cheil et Daesang ont estimé que les achats compensatoires devaient être maintenus et ont donc accepté de faire plus d'efforts en matière de coopération. Daesang déclare qu'elle a accepté de coopérer à l'égard des «trois grands», mais qu'elle souhaitait qu'Ajinomoto et Takeda augmentent la quantité de nucléotides qu'elles lui achetaient. Enfin, une discussion a porté sur la manière dont la coopération pourrait être mise en œuvre, régie et contrôlée.

⁽⁶⁶⁾ Voir p. 1970 et 1971 du dossier de la Commission.

⁽⁶⁷⁾ Voir p. 1061 à 1066 du dossier de la Commission.

⁽⁶⁸⁾ Voir p. 1067 et 1068 du dossier de la Commission.

⁽⁶⁹⁾ Voir p. 1069, 1070 et 1071 du dossier de la Commission; voir également p. 392 et 393 du dossier.

⁽⁷⁰⁾ Daesang explique que ces chiffres concernent l'I + G. Un taux de conversion pour les prix respectivement de l'IMP et du GMP figure au bas de ce même tableau.

⁽⁷¹⁾ Voir la déclaration de Cheil p. 4, n° 2.

⁽⁷²⁾ Voir p. 1072 et 1073 du dossier de la Commission.

⁽⁷³⁾ Voir p. 1072 et 1073 du dossier de la Commission.

⁽⁷⁴⁾ Voir la déclaration de Cheil p. 5, n° 5.

⁽⁷⁵⁾ Voir p. 395 et 396 du dossier de la Commission.

- (113) Jusqu'à la fin de l'année 1993, Miwon a reçu plusieurs autres visites de représentants de Takeda et d'Ajinomoto. Au cours de ces visites, les mêmes questions ont été abordées, c'est-à-dire la coopération concernant les «trois grands» et les prix du marché mondial ⁽⁷⁶⁾.
- (114) D'autres réunions ont été organisées à Séoul et à Tokyo et les parties ont eu des contacts téléphoniques réguliers (c'est-à-dire des réunions entre Takeda et Cheil les 7 et 26 mai, ainsi que le 30 août 1993; une réunion entre Ajinomoto, Takeda, Cheil et Miwon le 7 juillet 1993). La plupart de ces contacts concernaient soit l'exécution des accords d'achats compensatoires (c'est-à-dire les prix et les quantités), soit des plaintes liées au non-respect des prix cibles par l'un des participants (coréens).
- (115) Les prix à appliquer à certains clients faisaient également l'objet de ces contacts: le 13 septembre 1993, par exemple, Takeda a appelé Cheil pour l'informer des prix à proposer aux trois gros clients européens ([...]*, [...]* et [...]*). Il a en outre été question du rapport entre les prix de l'IMP, du GMP et de l'I + G (voir la déclaration de Cheil).
- (116) Le 25 janvier 1994, Cheil et Takeda se sont réunies pour prolonger leur contrat d'achats compensatoires. Elles sont convenues de conserver la même quantité et le même prix qu'en 1993. Cheil prétend que Takeda lui aurait reproché de ne pas s'être conformée aux accords existants pour l'Europe, [...]* et [...]*. Par exemple, Takeda lui aurait reproché d'avoir proposé à [...]* un prix de 16,5 USD/kg pour l'IMP, à la suite de quoi [...]* aurait demandé à Takeda de ramener son prix à ce niveau.
- (117) Cheil fait valoir qu'il ressort clairement de son compte rendu de cette réunion que les producteurs japonais en place y ont joué le premier rôle. À la suite des discussions entre Cheil et Takeda au sujet des «achats compensatoires» des producteurs japonais, Takeda aurait déclaré qu'une décision définitive serait prise à cet égard lors d'une réunion entre Ajinomoto et elle-même ⁽⁷⁷⁾.
- (118) Le 25 août 1994 ⁽⁷⁸⁾, une réunion a eu lieu à Tokyo. Les comptes rendus de cette réunion de Cheil et de Miwon montrent qu'elle a porté sur les prix mondiaux et les prix de vente des nucléotides. Les parties ont échangé leurs points de vue sur les nouveaux prix cibles à proposer aux clients. Les Japonais souhaitaient augmenter les prix mondiaux. D'après le compte rendu de cette réunion de Cheil ⁽⁷⁹⁾, Takeda a proposé que les parties portent le prix d'un seul coup à 30 USD/kg, tandis que les autres ont proposé de l'augmenter progressivement par tranche de 1-2 USD/kg. Cheil indique que les Japonais ont déploré le manque de discipline des entreprises coréennes.
- (119) Enfin, les parties se sont entretenues de leur coopération en ce qui concerne les trois gros clients européens. En particulier, Ajinomoto a demandé à Cheil et à Daesang de ne pas vendre leurs produits à [...]*. En conclusion de cette réunion, les participants sont convenus de convoquer une autre réunion à Séoul, à la mi-septembre 1994, dont l'ordre du jour serait le suivant: «a) hausse de prix: fixation du prix cible à 30 USD/kg; b) Cheil et Miwon définiraient leur attitude vis-à-vis des «trois grands» (en particulier [...]*) ⁽⁸⁰⁾».
- (120) Auparavant, les 7 et 8 juillet 1994, les producteurs japonais et coréens s'étaient réunis pour examiner les prix à proposer en Europe en 1995. Il ressort du compte rendu de cette réunion rédigé par Cheil que les producteurs japonais avaient fortement insisté pour augmenter les prix en 1995. Les producteurs coréens devaient offrir un prix inférieur de 2 USD/kg à celui des produits japonais. Le compte rendu se poursuit avec une note interne contenant un message on ne peut plus clair: «Veuillez essayer d'augmenter le prix en profitant de la production insuffisante des fabricants coréens et de l'appréciation du yen» ⁽⁸¹⁾.
- (121) Cheil indique qu'une autre réunion s'est tenue le 6 octobre 1994 entre Ajinomoto, Takeda et elle-même à l'hôtel Lotte, à Séoul, et qu'elle a porté sur la coopération des Coréens en Europe à l'égard des «trois grands». La coopération coréenne sur le marché [...]* et un aperçu du marché [...]* (y compris les ventes de Cheil à un client [...]*, qui avaient déjà été à l'origine de différends entre Cheil et les producteurs japonais) figuraient également à l'ordre du jour de cette réunion. Cheil précise qu'elle n'a fait aucune observation lors de cette réunion, prétextant l'absence de Miwon ⁽⁸²⁾.
- (122) Une télécopie interne d'Ajinomoto du 17 octobre 1994 fait état d'une conversation téléphonique qu'elle a eue avec Miwon et Cheil et lors de laquelle elle a demandé à cette dernière de faire une offre à [...]* Europe une semaine avant qu'elle fasse la sienne. Cheil a répondu qu'elle accepterait si Miwon acceptait. En ce qui concerne l'offre de prix, Cheil a déclaré qu'elle demanderait à son personnel de proposer de vendre à 49,50 DEM/kg, mais a refusé de faire une offre à 50 DEM/kg. Miwon a déclaré, quant à elle, qu'elle accepterait de proposer un prix élevé à [...]* comme l'exigeait Ajinomoto, à condition que cette dernière lui achète une plus grande quantité de nucléotides.
- (123) Takeda et Miwon se sont réunies à Séoul le 6 février 1995 ⁽⁸³⁾ pour examiner les prix mondiaux des nucléotides ainsi que les conditions dont les achats compensatoires étaient assortis.

⁽⁷⁶⁾ Voir p. 1935 du dossier de la Commission.

⁽⁷⁷⁾ Voir p. 306 du dossier de la Commission.

⁽⁷⁸⁾ Daesang avance que les producteurs japonais auraient organisé une «pré-réunion» le 24 août 1994 pour préparer la réunion du 25 août 1994 avec les deux producteurs coréens (voir p. 5 de sa déclaration, p. 1935 du dossier de la Commission).

⁽⁷⁹⁾ Voir p. 392 et 393 du dossier de la Commission.

⁽⁸⁰⁾ Voir p. 397 à 404 du dossier de la Commission.

⁽⁸¹⁾ Voir la déclaration de Cheil p. 6 et l'annexe 5.

⁽⁸²⁾ Voir p. 307 du dossier de la Commission.

⁽⁸³⁾ Voir p. 1937 et 405 à 410 du dossier de la Commission.

- (124) Les 16 et 17 octobre 1995, une réunion s'est tenue au siège de Takeda à Tokyo. Ajinomoto, Takeda, Cheil et Daesang y ont assisté. Cette dernière indique que les marchés mondiaux des nucléotides et la situation relative aux «trois grands» ont fait l'objet de cette réunion. Les participants ont examiné les prix appliqués dans différents pays et différentes régions (y compris l'Europe) afin d'établir si les prix cibles étaient atteints ou devaient être ajustés. Ajinomoto a indiqué les prix que les autres producteurs devaient offrir à [...] et ceux-ci les ont acceptés. De même, Takeda aurait indiqué les prix à appliquer à [...] et à [...] et les autres producteurs, y compris Ajinomoto, les auraient acceptés⁽⁸⁴⁾.
- (125) Avant cette réunion, plusieurs autres réunions avaient eu lieu entre les parties, soit bilatéralement, soit entre les quatre producteurs. Daesang déclare avoir assisté, entre avril et le 16 octobre 1995, à environ trois ou quatre réunions avec Ajinomoto au siège de MITRA à Séoul et à environ une ou deux réunions avec Takeda dans les mêmes bureaux. Environ deux ou trois réunions ont eu lieu dans une salle de conférences de l'hôtel Lotte en présence des quatre producteurs. À chacune de ces réunions, les parties ont examiné les prix appliqués dans différentes régions afin de déterminer si les prix cibles convenus antérieurement étaient atteints ou devaient être maintenus ou revus à la baisse ou à la hausse. Certains prix cibles ont été revus à la hausse [c'est-à-dire que le prix cible [...] (initialement exprimé en USD/kg) a été maintenu bien qu'il ait été converti en USD/lb]. Les parties ont également examiné la possibilité de relever les prix du marché dans différentes régions en vue d'augmenter le prix appliqué aux trois gros clients européens et ont décidé de procéder ainsi⁽⁸⁵⁾.
- (126) Les membres de l'entente se sont réunis à Séoul au mois de décembre pour faire le point sur la coopération mise en œuvre en 1995. D'après le compte rendu de cette réunion⁽⁸⁶⁾, Ajinomoto a mené les discussions et remercié tous les participants pour leur coopération en 1995, qui avait abouti à la mise en œuvre effective des hausses de prix. Elle leur a demandé de poursuivre leur coopération en 1996 de manière à relever encore le prix des nucléotides. M. C. H. Kim, de Daesang, aurait déclaré qu'il continuerait de coopérer, et les autres participants «ont exprimé leur accord par un signe de tête ou quelques mots».
- (127) Selon la déclaration de Daesang⁽⁸⁷⁾, les quatre producteurs (Takeda, Ajinomoto, Daesang et Cheil) se sont réunis le 7 mars 1996 à Séoul afin de fixer le prix cible à appliquer aux «trois grands» en 1996. Ajinomoto a proposé un prix cible mondial de 35 USD/kg. Pour ce qui est du marché européen en général, Takeda a suggéré l'application d'un nouveau prix pour la fin du mois d'août 1996. Ajinomoto a proposé de fixer ce prix à 51 DEM/kg. Takeda a fourni à la Commission une copie du compte rendu qu'elle avait fait de cette réunion⁽⁸⁸⁾.
- (128) D'après ce compte rendu, les participants étaient tous favorables à une hausse des prix en 1996. Toutes les entreprises ont confirmé qu'elles continueraient de fournir la même quantité de nucléotides et se sont ralliées au point de vue qu'une hausse des prix serait la priorité. Il ressort du compte rendu que les participants ont examiné la politique d'augmentation des prix à mener en 1996, en ayant à l'esprit les prix à appliquer en 1997 aux trois gros clients (européens). Ils sont convenus que le prix cible applicable aux «trois grands» serait de 35 USD/kg (soit une augmentation d'environ 10 %). Les producteurs de nucléotides programmeraient des hausses de prix sur le marché général de manière à atteindre ce prix en septembre/octobre [1996].
- (129) Le 21 mai 1996, Miwon et Ajinomoto se sont réunies à la demande de cette dernière. Cette réunion a porté sur les ventes à bas prix de Miwon en Europe. Ajinomoto l'a informée qu'elle était en train de négocier avec les clients européens le prix qui leur serait appliqué au second semestre de 1996, mais qu'une hausse de prix en Allemagne et en Espagne serait très difficile. Elle a constaté que le niveau de prix en Espagne était de 44-45 DEM/kg, mais qu'il devrait être de 49 DEM/kg sur la base du prix de 1995. Il a été convenu d'appliquer un prix cible européen de 50 DEM/kg à partir de juin 1996, à l'exception des ventes aux «trois grands»⁽⁸⁹⁾.
- (130) Le même jour, Ajinomoto a également rencontré Cheil afin d'examiner la mise en œuvre des hausses de prix convenues. Cheil aurait déclaré que ces hausses de prix ne seraient pas possibles en Europe avant juillet 1996. Ajinomoto a insisté pour qu'elles soient mises en œuvre pour la fin août 1996⁽⁹⁰⁾.
- (131) D'après les observations complémentaires de Daesang⁽⁹¹⁾, les discussions concernant les prix à appliquer aux «trois grands» en 1997 ont débuté lors d'une réunion qui s'est tenue le 3 juillet 1996. Au cours de cette réunion, Takeda a proposé un nouveau prix cible pour l'Europe et les autres parties ont présenté leurs observations sur cette proposition.

⁽⁸⁴⁾ Voir p. 1075 du dossier de la Commission.

⁽⁸⁵⁾ Voir p. 405 à 423 et 1937 à 1939 du dossier de la Commission.

⁽⁸⁶⁾ Voir p. 1076 du dossier de la Commission.

⁽⁸⁷⁾ Voir p. 10 de sa déclaration ou p. 1940 du dossier de la Commission; voir également l'annexe 12 de sa déclaration p. 426 et 427 du dossier de la Commission.

⁽⁸⁸⁾ Dans sa réponse à la communication des griefs, Takeda a fait observer à juste titre que bien que le compte rendu se réfère au 17 mars 1996 plutôt qu'au 7 mars, il concerne en fait la réunion du 7 mars. (Il mentionne également les conclusions de cette réunion, bien qu'il ait été rédigé le 12 mars 1996).

⁽⁸⁹⁾ Voir p. 1941 du dossier de la Commission.

⁽⁹⁰⁾ Voir l'annexe 5 de la déclaration de Cheil p. 2610 à 2612 du dossier de la Commission.

⁽⁹¹⁾ Voir p. 12 et 13 de la déclaration de Daesang p. 1942 et 1943 du dossier de la Commission.

- (132) Miwon et Takeda se sont de nouveau réunies le 9 juillet 1996 dans l'État du New Jersey, aux États-Unis, et se sont entretenues du prix des nucléotides au niveau mondial. Takeda a demandé à Daesang de coopérer en matière de fixation des prix ⁽⁹²⁾.
- (133) Au cours de l'été 1996, Ajinomoto, Takeda, Miwon et Cheil se sont réunies une nouvelle fois afin de faire le point sur la situation des marchés des nucléotides, y compris l'Europe, et d'échanger des informations relatives aux prix de vente ⁽⁹³⁾.
- (134) Lors d'une réunion convoquée à Séoul le 29 août 1996, Takeda a informé les autres participants ⁽⁹⁴⁾ du prix qu'elle prévoyait d'offrir à [...] Europe en 1997 et leur a demandé de lui faire une offre supérieure (54 DEM/kg). Elle leur a également demandé de la prévenir dans le cas où [...] leur demanderait une offre de prix. Elle leur a aussi indiqué différents motifs pouvant être invoqués auprès de la clientèle pour justifier une hausse de prix ⁽⁹⁵⁾.
- (135) Il convient en outre de souligner que les réunions bilatérales servaient également à influencer l'issue des réunions «générales» entre concurrents. Par exemple, Ajinomoto et Miwon se sont réunies le 28 août 1996, soit un jour avant la réunion effective des concurrents au cours de laquelle Ajinomoto a préconisé une hausse du prix à appliquer à [...] en 1997. Daesang considère qu'Ajinomoto voulait s'assurer au préalable du soutien de Miwon ⁽⁹⁶⁾.
- (136) Takeda fait observer sur ce point que, en raison de l'enquête ouverte aux États-Unis à l'égard de la participation présumée d'Ajinomoto à un cartel mondial de la lysine, cette dernière a évité d'assister aux réunions quadripartites avec les autres producteurs de nucléotides (à partir d'août 1996), bien qu'elle ait dans les faits continué de prendre part aux accords relatifs à ce produit. En revanche, elle a maintenu ses contacts bilatéraux directs avec Takeda, généralement avant ou après ces réunions. Takeda explique qu'Ajinomoto entendait s'appuyer sur les informations transmises pour négocier avec les producteurs coréens ⁽⁹⁷⁾. Dans sa réponse à la communication des griefs, Ajinomoto souligne que ces allégations sont inexactes et ne sont corroborées par aucun élément de preuve. La durée de la participation d'Ajinomoto aux accords collusoires est examinée de manière plus précise à la section «durée».
- (137) Daesang prétend avoir été informée par Takeda que toutes les parties étaient parvenues à un accord sur les prix à appliquer aux «trois grands» lors d'un cours de golf organisé entre les représentants de Miwon et de Takeda, dans l'État du New Jersey, le 10 septembre 1996.
- (138) D'après un compte rendu de réunion fourni par Takeda, cette dernière a rencontré Cheil et Daesang en mars 1997. Elles sont alors convenues d'un prix cible de 30 USD ⁽⁹⁸⁾.
- (139) Les prix cibles fixés pour 1997 ont semblé difficiles à maintenir. Une réunion a été organisée à Séoul entre le 26 et le 28 mai 1997. Selon le compte rendu de cette réunion rédigé par Takeda ⁽⁹⁹⁾, les participants ont décidé de fixer le prix à appliquer en dehors de l'Asie en 1997 à 25 USD/kg, soit «un peu moins du prix de 30 USD convenu à la réunion de mars 1997». Ce compte rendu indique que «partant de l'idée qu'il convient d'augmenter les prix avant que les contrats de l'année prochaine ne soient négociés avec les principaux clients européens à l'automne, nous avons échangé nos points de vue avec les deux entreprises (Cheil et Daesang) sur l'importance de la hausse de prix à appliquer et sur sa programmation (calendrier)».
- (140) Enfin, ils sont convenus de porter les prix à 29-31 USD/kg l'année suivante. Ils sont également parvenus à un accord sur le prix à appliquer à [...], l'un des clients européens. D'après le compte rendu de cette réunion établi par Takeda ⁽¹⁰⁰⁾, le prix contractuel convenu pour [...] pour 1997 était de 48 DEM/kg ou 32 USD/kg. Une hausse d'environ 6 % (51 DEM/kg) avait été envisagée, mais Takeda avait reconnu qu'une telle hausse serait difficile à appliquer.
- (141) Takeda et Miwon se sont réunies à Amsterdam le 3 juin 1997. Cette réunion a porté sur le marché des nucléotides en Europe, les ventes de Miwon à [...], [...] et [...] et l'échange d'informations sur les prix pratiqués en Europe et sur les hausses de prix possibles. Une réunion similaire s'est tenue entre Takeda et Cheil à Francfort le 9 juin 1997. Elles ont également échangé des informations sur les prix pratiqués en Europe et sur la possibilité d'améliorer ces prix ⁽¹⁰¹⁾.
- (142) Takeda a de nouveau rencontré Miwon dans l'État du New Jersey, aux États-Unis, les 10 juillet et 16 septembre 1997, afin d'examiner le marché des nucléotides en général ⁽¹⁰²⁾.
- (143) D'après la déclaration de Takeda, son [...] a rencontré pour la première fois son nouvel homologue d'Ajinomoto le 25 juillet 1997. Lors de cette réunion qui a eu lieu dans un restaurant de Tokyo, ils ont examiné la manière dont le marché des nucléotides avait été organisé entre les producteurs au cours des années précédentes et ont échangé les points de vue de leurs entreprises respectives sur la stratégie à appliquer en matière de prix. Par ailleurs, Ajinomoto affirme qu'à sa connaissance «ni les prix cibles ni les clients européens» n'ont fait l'objet de cette réunion et des réunions suivantes.

⁽⁹²⁾ Voir la déclaration de Daesang p. 1943 du dossier de la Commission.

⁽⁹³⁾ Voir la déclaration de Daesang p. 1944 du dossier de la Commission.

⁽⁹⁴⁾ Cheil, Daesang et Ajinomoto.

⁽⁹⁵⁾ Voir p. 1945 du dossier de la Commission.

⁽⁹⁶⁾ Voir p. 1944 du dossier de la Commission.

⁽⁹⁷⁾ Voir p. 2171 et 2172 du dossier de la Commission.

⁽⁹⁸⁾ Voir p. 2146 du dossier de la Commission.

⁽⁹⁹⁾ Voir p. 2146 du dossier de la Commission.

⁽¹⁰⁰⁾ Voir p. 1946 du dossier de la Commission.

⁽¹⁰¹⁾ Voir p. 2217 à 2220 du dossier de la Commission.

⁽¹⁰²⁾ Voir la déclaration de Daesang p. 1947 du dossier de la Commission.

(144) Les informations fournies par Takeda au sujet de cette réunion et de celle de septembre 1997 démentent cette affirmation. En effet, le compte rendu de cette réunion établi par Takeda ⁽¹⁰³⁾ indique clairement, entre autres, qu'Ajinomoto l'a informée «qu'elle avait déjà proposé à ses distributeurs une hausse de 10 % du prix exprimé en DEM (environ 51 DEM?) pour l'année prochaine [...]». Takeda a précisé à Ajinomoto qu'«elle avait compris son augmentation du prix en DEM comme une augmentation du prix en USD, mais cela est lié à la manière dont cette hausse a été communiquée aux autres entreprises, Takeda, Cheil et Miwon». Elle l'a également informée qu'elle fixerait le prix à appliquer à [...] et à [...] sur la base de l'étude du marché européen prévue pour début octobre ⁽¹⁰⁴⁾.

(145) Environ un mois plus tard, Takeda a rencontré des représentants de Cheil et de Miwon séparément, dans le cadre de réunions bilatérales qui ont eu lieu du 27 au 29 août 1997. Selon les déclarations de Takeda, ces réunions ont essentiellement porté sur les accords d'achats compensatoires, mais il est possible que les entreprises aient également mentionné la négociation des contrats annuels à venir avec les trois gros clients. Daesang affirme avoir également rencontré Takeda aux États-Unis les 10 juillet et 16 septembre 1997 et avoir examiné avec elle le marché des nucléotides en général ⁽¹⁰⁵⁾.

(146) En septembre 1997, Takeda et Ajinomoto se sont de nouveau réunies. Takeda déclare qu'Ajinomoto l'a alors informée de son intention d'appliquer en 1998 une hausse de prix de 15 % ou, au minimum, de 10 % ⁽¹⁰⁶⁾. Un document de l'époque fourni par Takeda et concernant cette réunion ⁽¹⁰⁷⁾ indique que «le siège de chaque entreprise semble avoir décidé [du] prix qu'il proposera à [...] (cela vaut pour A[jinomoto], C[heil] et MW (Miwon/Daesang) ou à [...] et [...] (cela vaut pour T[akeda]) lors de la négociation des contrats de l'année prochaine. Nous supposons que les produits de C[heil] et de MW (Miwon) bénéficieront du SPG en Europe» ⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰³⁾ Voir p. 2223 du dossier de la Commission.

⁽¹⁰⁴⁾ Dans sa réponse à la communication des griefs de la Commission, Ajinomoto conteste la description donnée par Takeda de ces événements, comme exposé en détail sous «Durée».

⁽¹⁰⁵⁾ Voir p. 1947 et 1974 du dossier de la Commission.

⁽¹⁰⁶⁾ Voir p. 2176 du dossier de la Commission; Ajinomoto conteste cette description des événements, comme expliqué en ce qui concerne la durée de la participation d'Ajinomoto à l'infraction.

⁽¹⁰⁷⁾ Voir p. 2224 du dossier de la Commission.

⁽¹⁰⁸⁾ Selon la traduction fournie par Ajinomoto dans sa déclaration du 29 novembre 2002: «Il semble que le siège social de chaque société ait étudié la possibilité de décider du prix à proposer par A, C, MW à [...] et par T aux groupes [...] et [...] lors de la négociation des contrats de l'année prochaine prévue pour octobre et novembre». En partant du principe que le produit de C et de MW continue à bénéficier du SPG en Europe l'année prochaine.

(147) Daesang avance que Miwon et Takeda se sont réunies en octobre 1997 à Séoul, où elles ont eu une discussion générale sur la baisse du prix des nucléotides sur le marché mondial ⁽¹⁰⁹⁾.

(148) Cheil déclare avoir rencontré Takeda les 24 et 26 mars 1998 à Séoul. Lors de ces rencontres ⁽¹¹⁰⁾, elles se sont entretenues du marché mondial et de la production mondiale de nucléotides. Il a été établi que ces deux entreprises se sont également réunies le 2 juin 1998. Cheil indique que cette réunion a porté sur la baisse du prix des nucléotides et sur ses ventes à bas prix sur le marché japonais.

(149) L'organisation d'aucune autre réunion collusoire n'a été établie.

PARTIE II — APPRÉCIATION JURIDIQUE

A. COMPÉTENCE (APPLICATION DU TRAITÉ ET DE L'ACCORD EEE)

1. RELATION ENTRE LE TRAITÉ ET L'ACCORD EEE

(150) Les accords décrits ci-dessus s'appliquaient dans la plupart des États membres et des pays de l'EEE (la Norvège et, avant son adhésion à la Communauté, l'Autriche).

(151) L'accord EEE, qui comprend des dispositions en matière de concurrence analogues au traité, est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. La présente décision tient donc compte de l'applicabilité de ces règles (principalement l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE) à partir de cette date aux accords à l'égard desquels les griefs sont formulés.

(152) Dans la mesure où ces arrangements ont affecté la concurrence ainsi que le commerce entre États membres, l'article 81 du traité est applicable. Dans la mesure où les opérations de l'entente ont eu un effet sur le commerce entre les pays de la Communauté et ceux de l'AELE ou entre les pays de l'AELE qui étaient membres de l'EEE, l'article 53 de l'accord EEE est applicable.

(153) Si un accord ou une pratique n'affecte que le commerce entre États membres, la Commission reste compétente et applique l'article 81, paragraphe 1, du traité. Si un accord n'affecte que le commerce entre les États de l'AELE/EEE, l'autorité de surveillance AELE est seule compétente et applique les règles de concurrence de l'EEE, notamment l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE ⁽¹¹¹⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ Voir la déclaration de Daesang p. 1947 et 1948 du dossier de la Commission.

⁽¹¹⁰⁾ Voir p. 309 du dossier de la Commission.

⁽¹¹¹⁾ En application de l'article 56, paragraphe 1, point b), de l'accord EEE, et sans préjudice de la compétence de la Commission lorsque le commerce entre États membres est affecté, l'Autorité de surveillance AELE est également compétente dans les cas où le chiffre d'affaires des entreprises concernées sur le territoire des États de l'AELE est égal ou supérieur à 33 % de leur chiffre d'affaires sur le territoire de l'EEE.

(154) Dans la présente affaire, l'autorité qui doit appliquer tant l'article 81, paragraphe 1, du traité que l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE sur la base de l'article 56 dudit accord est la Commission, étant donné que l'entente a affecté sensiblement le commerce entre les États membres ⁽¹¹²⁾.

B. APPLICATION DE L'ARTICLE 81 DU TRAITÉ ET DE L'ARTICLE 53 DE L'ACCORD EEE

1. ARTICLE 81, PARAGRAPHE 1, DU TRAITÉ ET ARTICLE 53, PARAGRAPHE 1, DE L'ACCORD EEE

(155) En vertu de l'article 81, paragraphe 1, du traité, sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à fixer, de façon directe ou indirecte, les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction, à limiter ou contrôler la production, les débouchés, ou à répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.

(156) L'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE (qui est libellé sur le modèle de l'article 81, paragraphe 1, du traité) contient une interdiction similaire des accords, des décisions d'associations et des pratiques concertées, mais les références au commerce «entre États membres» et à la concurrence «à l'intérieur du marché commun» y sont remplacées respectivement par des références au commerce «entre les parties contractantes» (dans ce contexte, on entend par «parties contractantes» les États membres de la Communauté européenne et les différents États qui faisaient à l'époque partie de l'AELE) et à la concurrence «à l'intérieur du territoire couvert par le présent accord» (autrement dit, l'accord EEE).

2. ACCORDS ET PRATIQUES CONCERTÉES

(157) L'article 81, paragraphe 1, du traité et l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE interdisent les accords, les décisions d'associations et les pratiques concertées.

(158) On peut considérer qu'il y a accord lorsque les parties s'entendent sur un plan commun qui limite ou est susceptible de limiter leur comportement commercial respectif en déterminant les lignes de leur action ou abstention réciproque sur le marché. L'accord ne doit pas nécessairement être établi de façon formelle ou par écrit, et aucune sanction contractuelle ou mesure de contrainte n'est requise. L'accord peut être exprès ou ressortir implicitement du comportement des parties.

(159) Dans son arrêt rendu dans les affaires jointes T-305/94 etc., *Limburgse Vinyl Maatschappij NV e.a. contre Commission (PVC II)* ⁽¹¹³⁾, le Tribunal de première instance a précisé (au point 715) que «selon une jurisprudence constante, pour qu'il y ait accord, au sens de l'article

[81, paragraphe 1] du traité, il suffit que les entreprises en cause aient exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée».

(160) Aux fins de l'article 81, paragraphe 1, du traité, un «accord» peut aussi ne pas présenter le degré de sécurité requis pour l'exécution d'un contrat commercial en droit civil. De surcroît, dans le cas d'une entente complexe de longue durée, la notion d'«accord» convient non seulement pour désigner un plan global ou les conditions expresses convenues, mais aussi la mise en œuvre de ce qui a été convenu, reposant sur les mêmes mécanismes et poursuivant le même objectif commun.

(161) Comme la Cour (confirmant l'arrêt du Tribunal de première instance) l'a précisé dans l'affaire C-49/92 P, *Commission contre Anic Partecipazioni SpA* ⁽¹¹⁴⁾, au point 81, il découle des termes mêmes de l'article 81, paragraphe 1, du traité que cet accord peut consister non seulement en un acte isolé, mais également en une série d'actes ou bien encore en un comportement continu.

(162) Une entente complexe peut donc être à juste titre considérée comme une seule infraction se poursuivant pendant toute la durée de son existence. L'accord peut, dans certaines circonstances, être modifié, ou ses mécanismes peuvent être adaptés ou renforcés pour tenir compte de faits nouveaux. La validité de la présente appréciation n'est en rien affectée par la possibilité qu'un ou plusieurs éléments d'une série d'actes ou d'un comportement continu puissent, individuellement et intrinsèquement, constituer une infraction à l'article 81, paragraphe 1, du traité.

(163) Même si l'entente est une entreprise menée en commun, chaque participant peut y jouer un rôle qui lui est propre. Un ou plusieurs d'entre eux peuvent exercer le rôle dominant de «meneur» ou de «chef de file». Il peut y avoir des conflits et des rivalités internes. Certains membres peuvent même aller jusqu'à tricher. Cependant, aucun de ces éléments n'empêche cet arrangement de constituer un accord/une pratique concertée aux fins de l'article 81, paragraphe 1, du traité, lorsque les parties s'entendent en vue d'un objectif unique, commun et permanent.

(164) Le simple fait que chaque participant à l'entente ait pu jouer un rôle qui lui est propre n'exclut pas sa responsabilité pour l'infraction dans son ensemble, y compris les actes commis par les autres participants mais qui partagent le même objectif illicite et le même effet anticoncurrentiel. Une entreprise participant à une telle infraction par des comportements qui contribuent à la réalisation de cet objectif commun est également responsable, pour toute la période de sa participation à ce système commun, des comportements mis en œuvre par d'autres entreprises dans le cadre de la même infraction. Tel est, en effet, le cas lorsqu'il est établi que l'entreprise en question connaissait les comportements infractionnels des autres participants, ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à en accepter le risque (arrêt de la Cour dans l'affaire *Commission contre Anic*, point 83).

⁽¹¹²⁾ Voir le chapitre 5 «Effets sur le commerce entre les États membres et entre les parties contractantes à l'accord EEE».

⁽¹¹³⁾ Rec. 1999, p. II-931.

⁽¹¹⁴⁾ Rec. 1999, p. I-4125.

(165) Si l'article 81 ⁽¹¹⁵⁾ du traité distingue la notion de «pratiques concertées» de celle d'accords entre entreprises ou de «décisions d'associations d'entreprises», c'est dans le dessein d'appréhender sous les interdictions de cet article une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence. Même lorsque les parties ne se sont pas entendues explicitement sur un plan commun définissant leur action sur le marché, mais avaient adopté ou s'étaient ralliées sciemment à des mécanismes collusoires qui facilitaient la coordination de leurs politiques commerciales, le comportement peut malgré tout tomber sous le coup de l'article 81, paragraphe 1, du traité en tant que «pratique concertée» ⁽¹¹⁶⁾.

(166) Il n'est pas toutefois pas nécessaire, en particulier dans le cas d'une infraction complexe de longue durée, que la Commission la qualifie exclusivement de l'une ou de l'autre forme de comportement illicite ⁽¹¹⁷⁾. Les notions d'accord et de pratique concertée ne sont pas figées et peuvent se chevaucher. De fait, une telle distinction pourrait même s'avérer impossible et irréaliste, étant donné qu'une infraction peut présenter simultanément les caractéristiques de chacune des formes de comportement interdit, alors que si elles sont examinées de manière isolée, certaines de ses manifestations pourraient parfaitement correspondre à un comportement plutôt qu'à un autre. Du point de vue de l'analyse, il serait toutefois artificiel de subdiviser ce qui constitue de toute évidence une entreprise commune continue ayant un seul et même objectif global qui se matérialise par plusieurs formes d'infractions distinctes. Une entente peut donc être en même temps un accord et une pratique concertée. L'article 81 ne prévoit pas de qualification spécifique pour ce type d'infraction complexe ⁽¹¹⁸⁾.

⁽¹¹⁵⁾ La jurisprudence de la Cour et du Tribunal de première instance analysée à ce propos en lien avec l'interprétation des termes «accords» et «pratiques concertées» figurant dans l'article 81 du traité énonce des principes bien connus avant la signature de l'accord EEE. Elle s'applique donc également à ces termes dans la mesure où ceux-ci sont utilisés dans l'article 53 de l'accord EEE. Les références à l'article 81 du traité s'appliquent donc également à l'article 53 de l'accord EEE.

⁽¹¹⁶⁾ Voir l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-7/89, Hercules contre Commission, Rec. 1991, p. II-1711, point 256. Voir aussi l'affaire 48/69, Imperial Chemical Industries contre Commission, Rec. 1972, p. 619, point 64, et les affaires jointes 40/73-48/73, etc., Suiker Unie e.a. contre Commission, Rec. 1975, p. 1663.

⁽¹¹⁷⁾ Voir également l'arrêt PVC II, où il est précisé que «[D]ans le cadre d'une infraction complexe, qui a impliqué plusieurs producteurs pendant plusieurs années poursuivant un objectif de régulation en commun du marché, on ne saurait exiger de la Commission qu'elle qualifie précisément l'infraction, pour chaque entreprise et à chaque instant donné, d'accord ou de pratique concertée, dès lors que, en toute hypothèse, l'une et l'autre de ces formes d'infraction sont visées à l'article [81] du traité».

⁽¹¹⁸⁾ Arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-7/89, Hercules contre Commission, Rec. 1991, p. II-1711, point 264.

3. INFRACTION UNIQUE ET CONTINUE

(167) En l'espèce, les producteurs de nucléotides ont participé, pendant une longue période, à un système commun qui a défini les lignes de leur action sur le marché et fixé des limites à leur comportement commercial individuel. À ce titre, les arrangements présentent les caractéristiques d'un accord au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité, bien que certains éléments factuels du comportement illicite puissent, selon les circonstances, être raisonnablement qualifiés de pratique concertée.

(168) De la fin de 1988 à la fin de juin 1998 au moins, de nombreux éléments de preuve attestent l'existence, sur le marché EEE des nucléotides, de cette collusion unique et continue entre Takeda ⁽¹¹⁹⁾, Ajinomoto ⁽¹²⁰⁾, Daesang ⁽¹²¹⁾ et Cheil ⁽¹²²⁾ qui, ensemble, représentaient la quasi-totalité du marché. En effet, les parties ont exprimé mutuellement leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée et se sont entendues sur un plan commun destiné à limiter leur propre comportement commercial. On peut donc considérer que la décision de participer à ce plan en vue de restreindre la concurrence remonte au moins à 1988. Cette collusion poursuivait un seul objectif anticoncurrentiel: empêcher la concurrence sur les prix en se mettant d'accord sur des prix cibles et des hausses de prix.

(169) Étant donné le dessein et l'objectif communs que les producteurs ont constamment poursuivis d'éliminer la concurrence sur le marché des nucléotides, la Commission considère que le comportement en question a constitué une seule et même infraction continue à l'article 81, paragraphe 1, du traité, pour laquelle chaque participant doit assumer sa responsabilité pour la durée de son adhésion au système commun. Ces arrangements sont exposés en détail dans la partie de la présente décision consacrée aux faits. Cette présentation est étayée par de nombreux éléments de preuves explicites dont il est fait systématiquement mention dans tout le texte.

4. RESTRICTION DE CONCURRENCE

(170) En l'espèce, l'ensemble des accords a eu pour objet et pour effet de restreindre la concurrence dans la Communauté et l'EEE.

⁽¹¹⁹⁾ En ce qui concerne Takeda, du 8 novembre 1988 au 2 juin 1998.

⁽¹²⁰⁾ En ce qui concerne Ajinomoto, du 8 novembre 1988 à septembre 1997.

⁽¹²¹⁾ En ce qui concerne Daesang, du 19 décembre 1988 au 31 décembre 1997.

⁽¹²²⁾ Dans le cas de Cheil, à partir de (fin) mars 1989 jusqu'au 2 juin 1998.

(171) L'article 81, paragraphe 1, du traité et l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE qualifient expressément d'accords restrictifs de concurrence ceux qui consistent à :

«fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction; b) limiter ou contrôler la production, les débouchés ou le développement technique, ou c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement».

Cette liste n'est pas exhaustive.

(172) Dans l'ensemble des accords et des arrangements examinés en l'espèce, les éléments suivants peuvent être considérés comme utiles pour prouver l'existence d'une infraction à l'article 81, paragraphe 1, du traité et à l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE:

- répartition des clients,
- répartition des marchés,
- accord sur des prix cibles et des prix minimaux,
- accord sur des augmentations de prix concertées,
- échanges d'informations sur les chiffres de vente en vue de contrôler la mise en application des prix cibles,
- participation à des réunions régulières et autres contacts destinés à convenir des restrictions ci-dessus, à les mettre en œuvre et/ou, le cas échéant, à les modifier.

(173) Ce type d'arrangements a pour objet de restreindre le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE. Le prix étant le principal instrument de concurrence, en recourant à divers arrangements et mécanismes collusoires, les producteurs avaient tous pour objectif ultime de gonfler les prix à leur avantage et de les porter à un niveau supérieur à celui qui résulterait du jeu de la libre concurrence.

(174) Afin de déterminer si l'article 81, paragraphe 1, du traité et l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE sont d'application, il n'est pas nécessaire d'examiner les effets réels d'un accord sur la concurrence, dès lors qu'il est établi que cet accord avait pour objet de restreindre la concurrence⁽¹²³⁾.

⁽¹²³⁾ Voir l'arrêt du Tribunal de première instance dans les affaires jointes T-25/95 etc, Cimenteries CBR e.a. contre Commission, Rec. 2000, p. II-491, point 3927. Voir également l'arrêt du Tribunal de première instance du 15 septembre 1998, dans les affaires T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, European Night Services e.a. contre Commission, Rec. 1998, p. II-3141, point 136, où le tribunal a confirmé cette hypothèse dans le cadre, précisément, d'accords de fixation de prix.

(175) Quoiqu'il en soit, l'entente a également eu un effet restrictif sur la concurrence. De fait, les accords de l'entente ont concerné les principaux producteurs mondiaux de nucléotides et étaient conçus, dirigés et encouragés dans les sphères les plus élevées des entreprises concernées⁽¹²⁴⁾. Les prix cibles, les hausses de prix et la répartition de la clientèle, qui constituaient les principaux objectifs de l'entente, étaient convenus, annoncés aux acheteurs et mis en application dans l'ensemble de l'EEE.

(176) Dans leurs réponses à la communication des griefs, Cheil et Ajinomoto font valoir que les restrictions de concurrence imputables à l'entente étaient très limitées. Ajinomoto ajoute par ailleurs que la conclusion de la Commission se fonde sur des preuves non concluantes, qui ne suffisent pas pour attester l'incidence des accords sur le marché. L'effet restrictif des accords en question est démontré plus en détail aux considérants 224 à 238 ci-dessous.

5. EFFETS SUR LE COMMERCE ENTRE ÉTATS MEMBRES ET ENTRE PARTIES CONTRACTANTES À L'ACCORD EEE

(177) L'accord continu entre producteurs a eu un effet sensible sur le commerce entre les États membres et entre les parties contractantes à l'accord EEE.

(178) L'article 81, paragraphe 1, du traité vise les accords susceptibles de compromettre l'achèvement du marché unique entre les États membres, soit en cloisonnant les marchés nationaux, soit en affectant la structure de la concurrence à l'intérieur du marché commun. De la même manière, l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE interdit les accords qui compromettent la réalisation d'un espace économique européen homogène.

(179) D'après la jurisprudence de la Cour, «un accord, pour être susceptible d'affecter le commerce entre États membres, doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres»⁽¹²⁵⁾. En tout état de cause, l'article 81, paragraphe 1, du traité «n'exige pas que les accords visés à cette disposition aient affecté sensiblement les échanges intracommunautaires, il demande qu'il soit établi que ces accords sont de nature à avoir un tel effet»⁽¹²⁶⁾.

⁽¹²⁴⁾ Voir ci-dessus, sous «Participants».

⁽¹²⁵⁾ Arrêt dans les affaires jointes C-215/96 et C-216/96, Bagnasco contre Banca popolare di Novale e.a., Rec. 1999, p. I-135, points 47 et 48.

⁽¹²⁶⁾ Arrêt dans l'affaire C-306/96, Javico contre Yves Saint Laurent, Rec. 1998, p. I-1983, points 16 et 17; voir également les affaires jointes T-374/94, European Night Services e.a. contre Commission, Rec. 1998, p. II-3141, point 136.

(180) Ainsi que l'atteste la section «Commerce entre États membres», le marché des nucléotides se caractérise par l'importance du volume d'échanges entre les États membres. Bien qu'aucun des producteurs de nucléotides n'ait eu de capacité de production dans l'EEE pendant la période en question, les nucléotides ont été commercialisés dans la quasi-totalité des États du territoire de l'EEE, soit par l'intermédiaire de filiales de vente à 100 % soit par le canal de distributeurs établis dans quelques États membres seulement. Les échanges ont également été considérables entre les pays de la Communauté et ceux de l'AELE membres de l'EEE. La Norvège importe 100 % de sa consommation, essentiellement de la Communauté; avant leur adhésion, l'Autriche, la Finlande et la Suède importaient la totalité de leurs besoins de nucléotides.

(181) L'application de l'article 81, paragraphe 1, du traité et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE à une entente ne se limite cependant pas à la partie des ventes des membres de l'entente qui implique effectivement un transfert physique de marchandises d'un pays à l'autre. Il n'est pas non plus nécessaire, pour que ces dispositions soient applicables, de démontrer que les contacts pris individuellement, par chaque participant, par opposition au cartel dans son ensemble, ont affecté le commerce entre États membres ⁽¹²⁷⁾.

(182) En l'espèce, l'entente couvrait la quasi-totalité des échanges dans le monde, y compris dans la Communauté et l'Espace économique européen. L'existence de mécanismes de fixation des prix et de répartition des clients doit avoir eu pour effet, ou était susceptible d'avoir pour effet, de détourner systématiquement les courants commerciaux de l'orientation qu'ils auraient autrement connue ⁽¹²⁸⁾.

6. RÈGLES DE CONCURRENCE APPLICABLES À L'AUTRICHE, À LA FINLANDE, À L'ISLANDE, AU LIECHTENSTEIN, À LA NORVÈGE ET À LA SUÈDE

(183) L'accord EEE est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. Pour la période de fonctionnement de l'entente antérieure à cette date, la seule disposition pertinente aux fins de la présente procédure est l'article 81 du traité; dans la mesure où ils couvraient l'Autriche, la Finlande, l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège et la Suède (qui étaient alors membres de l'AELE), les accords constitutifs de l'entente ne relevaient pas de cette disposition.

(184) Au cours de la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 1994, les dispositions de l'accord EEE étaient applicables à l'Autriche, à la Finlande, à l'Islande, au Liechtenstein, à la Norvège et à la Suède; l'entente constituait par conséquent une infraction à l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE, ainsi qu'à l'article 81, paragraphe 1, du traité, et la

Commission est compétente pour appliquer ces deux dispositions. La restriction de concurrence dans ces six États de l'AELE pendant cette période d'un an tombe sous le coup de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE.

(185) Après l'adhésion, le 1^{er} janvier 1995, de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède à la Communauté, l'article 81, paragraphe 1, du traité est devenu applicable à l'entente dans la mesure où elle affectait la concurrence sur ces marchés. Le fonctionnement de l'entente en Norvège, en Islande et au Liechtenstein a continué à enfreindre l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE.

(186) Concrètement, il résulte de ce qui précède que, dans la mesure où l'entente fonctionnait en Autriche, en Finlande, en Islande, au Liechtenstein, en Norvège et en Suède, elle constitue une infraction aux règles de concurrence communautaires et/ou de l'EEE à compter du 1^{er} janvier 1994.

C. DESTINATAIRES

1. PRINCIPES APPLICABLES

(187) Afin de déterminer l'identité des destinataires de la présente décision, il est nécessaire de définir à quelles entités juridiques il conviendrait d'imputer la responsabilité de l'infraction.

(188) L'objet des règles de concurrence applicables dans la Communauté et l'EEE est l'«entreprise», notion qui ne se confond pas avec celle de personne morale en droit des sociétés ou en droit fiscal national. Le terme «entreprise» n'est pas défini dans le traité, mais peut, toutefois, renvoyer à toute entité exerçant une activité commerciale.

(189) Lorsque l'existence, pendant une période donnée, d'une infraction à l'article 81, paragraphe 1, du traité et/ou à l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE est établie, il convient de déterminer la personne physique ou morale qui était responsable de l'exploitation de l'entreprise au moment où l'infraction a été commise, afin qu'elle réponde de celle-ci.

(190) Une modification de la forme juridique ou de l'identité sociale ne dégage toutefois pas une entreprise de sa responsabilité à encourir des sanctions pour comportement anticoncurrentiel. Lorsque la personne morale qui a commis l'infraction a cessé d'exister juridiquement, son successeur devient passible, à sa place, de l'amende.

2. DESTINATAIRES DE LA DÉCISION

(191) Dans la présente procédure, la question de l'identité du destinataire de la décision ne se pose pas et celle-ci sera directement adressée aux entités juridiques ayant participé à l'infraction.

⁽¹²⁷⁾ Voir l'arrêt rendu dans l'affaire T-13/89, ICI contre Commission, Rec. 1992, p. II-1021, point 304.

⁽¹²⁸⁾ Arrêt rendu dans les affaires jointes 209/78 à 215/78 et 218/78, Van Landewyck e.a. contre Commission, Rec. 1980, p. 3125, point 170.

(192) En ce qui concerne Miwon Corporation ⁽¹²⁹⁾, qui a changé de statut juridique en novembre 1997, la présente appréciation est conforme à la pratique habituelle de la Commission et à la jurisprudence actuelle ⁽¹³⁰⁾. La fusion intégrale de Miwon Corporation Limited avec Sewon Co. Ltd, qui a donné naissance à une nouvelle société, Daesang Corporation ⁽¹³¹⁾, implique un transfert de la responsabilité à la nouvelle entité. Il existe de toute évidence une continuité entre Miwon et la nouvelle entité dans laquelle elle a été englobée. Miwon a cessé d'exister juridiquement et sa personnalité morale, ainsi que ses actifs et son personnel, ont été transmis à Daesang Corporation.

D. DURÉE DE L'INFRACTION

(193) Bien que certains éléments de preuve présentés à la Commission (voir ci-dessus le considérant 77) donnent à penser que les premiers contacts entre les producteurs japonais remontent à 1986, la Commission limitera, aux fins de la présente procédure, son appréciation au regard des règles de concurrence et l'infliction d'amendes à la période postérieure au 8 novembre 1988, date à laquelle a eu lieu la première réunion connue entre les producteurs japonais où un accord est intervenu, après discussion, sur les prix à proposer à leurs trois grands clients lors des prochaines négociations (voir ci-dessus le considérant 79). En ce qui concerne Takeda et Ajinomoto, la date prise en compte pour le début de l'infraction sera par conséquent le 8 novembre 1988.

(194) S'agissant de Daesang, celle-ci reconnaît avoir conclu un contrat d'achat compensatoire avec Ajinomoto le 19 décembre 1988, dans le cadre duquel il avait été convenu verbalement que la condition de ce contrat était que Miwon devait s'abstenir d'accroître ses ventes au [...] et ne pas faire échec à la coopération des producteurs [...] en matière de prix au niveau mondial ⁽¹³²⁾. La Commission considérera par conséquent que Daesang a commencé à participer à l'infraction le 19 décembre 1988.

(195) D'après un rapport relatif à un voyage d'affaires ⁽¹³³⁾, une première réunion de producteurs de nucléotides (à laquelle Cheil a participé) a eu lieu entre le 7 et le 23 mars 1989. Ledit rapport indique que les participants seraient convenus de se réunir de nouveau à Kyungju, en Corée, le 7 juin 1989 (selon Daesang, il s'agit de la réunion où les prix cibles auraient été fixés pour 1989).

⁽¹²⁹⁾ Miwon Corporation Limited a participé à l'infraction par l'intermédiaire de ses filiales Miwon Japan Inc. et Mitra (Miwon Trading & Shipping Company), ainsi que directement (voir, par exemple, les annexes T et U des observations complémentaires de Daesang).

⁽¹³⁰⁾ Affaire C-49/92 P, Commission contre Anic Partecipazioni SpA, point 145.

⁽¹³¹⁾ Voir ci-dessus sous «Les producteurs».

⁽¹³²⁾ Voir p. 1962 et p. 986 à 989 du dossier de la Commission.

⁽¹³³⁾ Voir l'annexe 5 de la déclaration 2001 de Cheil p. 2617 du dossier de la Commission.

(196) En ce qui concerne lesdites «réunions P», un troisième rapport relatif à un voyage d'affaires daté des 3-10 octobre 1989 ⁽¹³⁴⁾, explique que l'objet de la réunion était d'examiner la manière d'empêcher la baisse des prix sur le marché mondial et d'avoir «une réunion préliminaire avec Takeda pour aborder la question de la fourniture de nucléotides à Takeda en 1990».

(197) Le compte rendu d'une réunion organisée le 5 octobre 1989 entre Ajinomoto, Takeda, Daesang et Cheil confirme également que cette dernière a participé à l'infraction avant 1991; cette rencontre avait donné lieu à un échange de vues sur les prix cibles à obtenir en 1990 et à un examen de la mise en œuvre de ces mêmes prix en 1989 ⁽¹³⁵⁾.

(198) Cheil confirme la tenue de cette réunion, bien qu'elle ait dans un premier temps affirmé avoir trouvé peu d'éléments concernant son contenu ⁽¹³⁶⁾.

(199) Dans sa réponse à la communication des griefs, Cheil assure toutefois que certaines réunions entre concurrents se sont déroulées à compter de juillet 1988 et reconnaît sa participation à l'infraction à partir de mars 1989, tout en ajoutant qu'avant 1992 l'accent était mis principalement sur les marchés autres que l'EEE et qu'entre 1989 et la fin de 1991 Cheil n'exerçait de toute façon que des activités peu importantes sur le marché européen ⁽¹³⁷⁾.

(200) La Commission considère, à partir des éléments de preuve susmentionnés, que Cheil a participé à l'infraction à partir de mars 1989.

(201) Il convient bien sûr de noter que dans la mesure où l'entente a concerné l'Autriche, la Finlande, la Norvège et la Suède, celle-ci ne constitue pas une infraction à l'accord EEE avant le 1^{er} janvier 1994, date à laquelle ledit accord est entré en vigueur.

(202) Dans sa réponse à la communication des griefs, Ajinomoto affirme avoir mis fin à sa participation à l'entente après août 1996. Elle déclare, à l'appui de sa déclaration, que non seulement elle a cessé d'assister aux réunions de producteurs après cette date, mais qu'elle a aussi renoncé aux achats compensatoires auprès de Daesang. Ajinomoto soutient que les éléments de preuve contenus dans le fichier de la Commission lui-même donnent à penser que son retrait des accords sur les nucléotides a été total, véritable et permanent: rien ne prouve qu'Ajinomoto ait pris part à des réunions de producteurs après août 1996 et les contacts avec Takeda se limitaient à des tentatives infructueuses de cette dernière d'associer à nouveau Ajinomoto à ces arrangements.

⁽¹³⁴⁾ Voir l'annexe 5 de la déclaration 2001 de Cheil p. 2618 du dossier de la Commission.

⁽¹³⁵⁾ Voir les annexes I, J, K, L et M jointes aux observations complémentaires de Daesang; voir également les observations complémentaires de Daesang à la p. 6 et la déclaration de Takeda p. 7.

⁽¹³⁶⁾ Voir l'annexe 5 de la déclaration 2001 de Cheil p. 2618 du dossier de la Commission.

⁽¹³⁷⁾ Voir p. 5 et 6, dernier paragraphe, de la déclaration 2001 de Cheil, ainsi que p. 9 et 10 de sa réponse à la communication des griefs de la Commission.

- (203) Takeda fait valoir, pour sa part, que la Commission devrait considérer que l'infraction a pris fin à la date de la dernière réunion connue lors de laquelle un accord est intervenu sur la fixation des prix cibles.
- (204) Daesang et Cheil ne contestent pas la durée de l'infraction telle qu'elle est établie dans la présente décision.
- (205) En ce qui concerne Ajinomoto, la Commission convient que les preuves de sa participation à l'accord sur les prix cibles pour 1997 sont insuffisantes. Néanmoins, la Commission ne saurait accepter l'affirmation d'Ajinomoto selon laquelle elle aurait cessé de prendre part à l'infraction après la réunion d'août 1996.
- (206) En réalité, les éléments de preuve présentés à l'époque par Takeda concernant ses réunions bilatérales avec Ajinomoto, attestent clairement que les deux entreprises ont abordé à ces occasions la question du marché des nucléotides et des prix qui y sont pratiqués. Dans les notes relatives à la réunion de juillet 1997, par exemple, Takeda mentionne qu'Ajinomoto lui a déclaré qu'ils se déplaceraient en Europe en août et en septembre et proposeraient à leurs distributeurs une hausse de prix de 10 %, qui susciterait sans doute chez ces derniers de vives protestations. Dans la note suivante concernant la réunion de septembre, Takeda indique par exemple que «[l]a politique de base d'Ajinomoto est en hausse de 15 % (de 10 % au minimum). En août, lors d'une réunion avec des succursales européennes, ils se sont heurtés comme prévu à une forte résistance, mais ont décidé de commencer à 53 DEM pour obtenir au moins 51 DEM (10 % d'augmentation)»⁽¹³⁸⁾. Ces deux notes considérées conjointement montrent de toute évidence qu'Ajinomoto n'a pas seulement mentionné la hausse de prix qu'elle souhaitait en Europe, mais qu'elle a également diffusé des informations en retour sur le déroulement des discussions et la manière de procéder à partir de ces éléments. Ce comportement va manifestement au-delà de simples tentatives infructueuses faites par Takeda pour associer de nouveau Ajinomoto à ces accords⁽¹³⁹⁾.
- (207) La Commission est donc d'avis que, en poursuivant ses rencontres avec Takeda, qui donnaient lieu à des échanges sur les prix des nucléotides, Ajinomoto a continué à participer à l'infraction après la réunion d'août 1996.
- (208) Même si Ajinomoto a cessé ses achats compensatoires après août 1996 et n'a assisté à aucune réunion multilatérale après cette date, cette entreprise a maintenu sa participation au dispositif illicite, et y a contribué activement en échangeant des informations sur les prix. Bien qu'un

changement soit éventuellement intervenu dans la forme (les contacts bilatéraux avec Takeda ont remplacé les contacts multilatéraux), la conclusion s'impose qu'Ajinomoto a pris part à l'infraction jusqu'à, au moins, la dernière réunion connue lors de laquelle elle s'est entretenue des prix des nucléotides, à savoir sa rencontre avec Takeda en septembre 1997.

- (209) En ce qui concerne les autres parties, étant donné qu'elles se sont associées à l'accord sur les prix cibles pour 1997, la Commission estime que l'infraction a duré jusqu'à la fin de 1997, sauf lorsqu'il a été constaté que des contacts illégaux s'étaient poursuivis après la fin de 1997. Dans le cas de Takeda et de Cheil, la dernière réunion connue au cours de laquelle les prix des nucléotides ont été examinés est datée du 2 juin 1998⁽¹⁴⁰⁾. En conséquence, la Commission en conclut que ces deux entreprises ont participé à l'infraction jusqu'au 2 juin 1998.
- (210) La Commission considère donc que l'infraction a duré jusqu'en septembre 1997 en ce qui concerne Ajinomoto, jusqu'à fin 1997 dans le cas de Daesang et jusqu'au 2 juin 1998 pour Cheil et Takeda.

E. MESURES CORRECTIVES

1. ARTICLE 3 DU RÈGLEMENT N° 17

- (211) Si la Commission constate une infraction aux dispositions de l'article 81, paragraphe 1, du traité ou de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE, elle peut exiger des entreprises concernées qu'elles y mettent fin conformément à l'article 3 du règlement n° 17.
- (212) En l'espèce, la Commission a mentionné dans sa communication des griefs que les participants se sont donné beaucoup de mal pour dissimuler leurs agissements illicites et qu'ils ont également fourni des informations contradictoires sur la période pendant laquelle l'infraction a eu lieu. Dans leur réponse à la communication des griefs, toutes les entreprises font valoir qu'elles ont mis fin à leur participation avant que la Commission ne commence son enquête. Ajinomoto affirme qu'elle a cessé sa participation en août 1996.
- (213) Malgré ces affirmations, et afin de couper court à toute ambiguïté, il est nécessaire d'exiger des entreprises qui poursuivent leurs activités sur le marché des nucléotides qu'elles mettent fin à l'infraction (si elles ne l'ont pas déjà fait) et qu'elles s'abstiennent désormais de tout accord, de toute pratique concertée ou de toute décision d'association qui pourrait avoir un objet ou un effet similaire.
- (214) L'interdiction s'applique à toutes les réunions secrètes ainsi qu'à tous les contacts multilatéraux ou bilatéraux entre concurrents destinés à limiter la concurrence entre eux ou à leur permettre de coordonner leur comportement sur le marché, notamment en matière de prix.

⁽¹³⁸⁾ Selon la traduction fournie par Ajinomoto dans sa lettre du 29 novembre 2002: «La politique de base du siège social de A en ce qui concerne le prix en DEM est en hausse de 15 % (au minimum 10 %). Comme prévu, la proposition s'est heurtée à une vive protestation, lors de la réunion avec les succursales européennes en août, mais pour l'instant, on commencera à 53 DEM, en espérant atteindre 51 DEM au minimum (10 % d'augmentation)».

⁽¹³⁹⁾ Dans sa lettre du 29 novembre 2002, Ajinomoto confirme qu'elle conteste les faits tels qu'ils sont présentés dans les notes de Takeda et met en doute la valeur probante des deux notes de Takeda pour attester la participation continue de Takeda à l'infraction.

⁽¹⁴⁰⁾ Voir p. 309 du dossier de la Commission.

2. ARTICLE 15, PARAGRAPHE 2, DU RÈGLEMENT N° 17

Nature de l'infraction

a) CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

- (215) Conformément à l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17, la Commission peut, par voie de décision, infliger aux entreprises des amendes d'un montant de mille à un million d'euros, ou d'un montant supérieur mais n'excédant pas 10 % du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice social précédent par chacune des entreprises ayant participé à l'infraction, lorsque, de propos délibéré ou par négligence, elles commettent une infraction aux dispositions de l'article 81, paragraphe 1, du traité et/ou à l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE.
- (216) Pour déterminer le montant de l'amende, la Commission doit prendre en considération toutes les circonstances de l'espèce et, en particulier, la gravité et la durée de l'infraction, qui sont les deux critères explicitement visés à l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17.
- (217) Le rôle joué par chaque entreprise partie à l'infraction est apprécié cas par cas. La Commission tiendra notamment compte, dans le montant de l'amende infligée, des éventuelles circonstances aggravantes ou atténuantes, et appliquera, le cas échéant, la communication sur la clémence.
- (218) Pour apprécier la gravité de l'infraction, la Commission prend en considération sa nature, son impact concret sur le marché, lorsqu'elle est mesurable, et l'étendue du marché concerné. Le rôle joué par chaque entreprise partie à l'infraction est apprécié cas par cas.

b) LE MONTANT DE L'AMENDE

- (219) L'entente constitue une infraction délibérée à l'article 81, paragraphe 1, du traité et à l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE: tout en étant parfaitement conscients du caractère restrictif de leurs actes et, en outre, de leur illégalité, les principaux producteurs de nucléotides ont œuvré de concert à l'instauration d'un système secret et continu visant à restreindre le jeu de la concurrence.

1. *Le montant de base*

- (220) Le montant de base de l'amende est fixé en fonction de la gravité et de la durée de l'infraction.

Gravité

- (221) Pour apprécier la gravité de l'infraction, la Commission prend en considération sa nature propre, son impact concret sur le marché, lorsqu'elle est mesurable, et l'étendue du marché géographique concerné.

- (222) Il ressort des faits décrits ci-dessus que la présente infraction a principalement consisté en des pratiques de répartition des marchés et de fixation des prix qui, par leur nature même, constituent les violations les plus graves de l'article 81, paragraphe 1, du traité et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE.

- (223) Les accords de l'entente ont concerné les principaux opérateurs mondiaux et étaient conçus, dirigés et encouragés dans les sphères les plus élevées de chaque entreprise participante⁽¹⁴¹⁾. Par sa nature, la mise en application d'un accord du type décrit plus haut a entraîné une importante distorsion de concurrence, au seul bénéfice des producteurs membres et au détriment de leurs clients et, en dernière analyse, du grand public.

- (224) La Commission estime donc que cette infraction constitue par nature une très grave infraction à l'article 81, paragraphe 1, du traité et à l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE.

- (225) Ajinomoto affirme qu'en l'espèce un certain nombre d'éléments font apparaître que, non seulement l'infraction a eu une incidence limitée sur le marché, mais que celle-ci n'est pas aussi grave que la Commission le laisse entendre. Parmi ces éléments figurent le fait que le secteur européen des nucléotides est de taille limitée, le fait que l'infraction n'a pas été appliquée intégralement, le fait que les nucléotides ne représentent qu'une part très faible du coût des produits finals et que, partant, tout dommage occasionné aux consommateurs était circonscrit et le fait que la capacité à opposer les fournisseurs les uns aux autres a limité tout inconvénient pour les consommateurs directs.

- (226) Ces arguments ne sont pas recevables. Il va de soi que les cartels portant sur les prix et la répartition des marchés menacent par leur nature même le bon fonctionnement du marché unique. Il serait faux de conclure que, en raison de la petite taille du marché, l'infraction n'est pas très grave. Ce qui compte est le fait qu'un système collusoire concernant le prix du produit, la composante essentielle de la concurrence, s'est substitué au schéma concurrentiel normal qui aurait régi le fonctionnement du marché unique des nucléotides. Comme le montrent les considérants ci-dessous, les arrangements ont été véritablement appliqués et ont eu un impact concret sur le marché des nucléotides dans l'EEE⁽¹⁴²⁾. À ce titre, l'infraction à l'article 81, paragraphe 1, du traité et à l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE est considérée comme très grave. La Commission examine l'argument de la taille limitée du marché aux considérants 241 et 242.

⁽¹⁴¹⁾ Voir les considérants 57 et suivants.

⁽¹⁴²⁾ Les autres éléments mentionnés par Ajinomoto sont également traités à la section «Impact concret de l'infraction sur le marché des nucléotides au sein de l'EEE».

L'impact concret de l'infraction sur le marché des nucléotides au sein de l'EEE

- (227) L'infraction a été commise par des entreprises qui, pendant la période considérée, se taillaient la part du lion sur les marchés mondial et européen des nucléotides. De plus, les arrangements avaient explicitement pour objet de faire monter les prix à un niveau supérieur à celui qui aurait été sinon atteint, et de limiter les quantités vendues. Ces accords ayant été mis en application, ils ont eu un effet tangible sur le marché.
- (228) Il n'est pas nécessaire de chiffrer en détail l'ampleur de l'écart entre les prix ainsi obtenus et ceux qui auraient pu être pratiqués en l'absence de ces accords. En effet, il n'est pas toujours possible de le mesurer d'une manière fiable, étant donné qu'un certain nombre de facteurs extérieurs ont pu affecter simultanément l'évolution du prix du produit, de sorte qu'il est extrêmement difficile de tirer des conclusions sur l'importance relative de tous les liens de causalité possibles.
- (229) Quoi qu'il en soit, les accords constitutifs de l'entente ont cependant été mis en application. Pendant toute la durée de l'entente, les parties ont échangé des informations sur leurs prix et le volume de leurs ventes et, à partir de ces chiffres, sont convenues de prix cibles (voir, par exemple, les considérants 80, 89, 91, 92 à 94, 97 et 98, 104, 108 à 111, 115 et 116, 118 à 131, 133, 135 et 138 à 141). Comme le démontre la partie factuelle de la présente décision, les prix cibles et les augmentations de prix ont été décidés, annoncés aux clients et mis en œuvre dans la totalité de l'EEE (voir, par exemple, les considérants 86, 104, 118 à 120, 122, 124, 126, 128, 134, 139 à 141 et 144). Les parties ont surveillé attentivement l'application de leurs accords en organisant entre elles des réunions multilatérales et bilatérales régulières. Lors de ces rencontres, les parties s'échangeaient des informations sur leurs chiffres de vente, s'entretenaient des prix du marché (ce qui leur permettait ainsi de vérifier si les objectifs décidés en termes de prix étaient atteints) et, si nécessaire, s'entendaient sur une adaptation des prix cibles (voir, par exemple, les considérants 92, 109, 111, 124, 128 à 130).
- (230) Au vu de ce qui précède et des efforts consentis par chaque participant concernant l'organisation complexe du cartel, il ne fait aucun doute que l'accord anticoncurrentiel a été mis en œuvre pendant toute la période de l'infraction. Cette application en continu sur une période de neuf ans a dû avoir une incidence sur le marché.
- (231) Ajinomoto affirme que les éléments sur lesquels la Commission se fonde pour prouver que l'infraction a eu un effet important sur le marché sont peu probants. D'après Ajinomoto, ladite infraction n'a eu qu'une incidence limitée. De fait, l'entreprise soutient que, non seulement il s'est avéré très difficile de conclure ces accords sur des prix cibles, mais que, même lorsque les entreprises y sont parvenues, ceux-ci n'étaient jamais respectés intégralement: les écarts par rapport aux arrangements étaient fréquents et restaient impunis, et aucun système de contrôle efficace n'était en place. Cette entreprise estime donc que l'infraction n'a pas été pleinement mise en œuvre.
- (232) En outre, Ajinomoto estime que les coûts des nucléotides représentent en moyenne moins de 0,1 % du prix du produit final et que la capacité à opposer les fournisseurs les uns aux autres a limité le dommage occasionné aux consommateurs directs. Enfin, l'entreprise fait valoir qu'une analyse des conditions économiques pendant la période sous examen confirme que l'évolution des prix était compatible avec un comportement concurrentiel. À l'appui de ses affirmations, Ajinomoto a présenté un rapport préparé par RBB Economics, qui indique que rien ne permet de conclure que les prix ont été exceptionnellement stables pendant la période 1988-1997 ou que la baisse de prix à la fin de 1998 et au début de 1999 a correspondu à la fin de l'infraction. Les auteurs de ce rapport doutent de l'efficacité des accords de répartition de la clientèle entre les producteurs de nucléotides et, deuxièmement, ils estiment que la baisse des prix constatée fin 1998/début 1999 résulte non pas de la cessation des activités du cartel, mais de changements importants intervenus dans des facteurs liés au marché extérieur, qui ont modifié fondamentalement les conditions de prix en Europe: une hausse significative de la capacité occasionnée par l'ouverture d'une usine de Cheil, en Indonésie, conjuguée à une stagnation de la demande à partir de 1997, ont entraîné un excédent de capacité considérable. La dévaluation des devises coréenne et indonésienne a généré une pression supplémentaire sur les prix en Europe. Dans des observations complémentaires à sa réponse à la communication des griefs, Ajinomoto précise que les estimations moyennes des chiffres sur la capacité fournies par les entreprises à la Commission (et rendues accessibles) confirment que l'évolution des prix sur l'ensemble de la période en cause était compatible avec des conditions concurrentielles et que l'infraction a eu une incidence limitée sur le marché.
- (233) Dans sa réponse à la communication des griefs, Cheil tire les mêmes conclusions, soulignant que c'est sa décision d'accroître sa capacité qui a fait baisser sensiblement les prix fin 1998/début 1999. Cette entreprise affirme également que la taille réduite du marché diminue l'incidence économique réelle du comportement illicite, ce qui justifie la fixation du montant de l'amende à un niveau moins élevé. En outre, Cheil, soutenue par Daesang ⁽¹⁴³⁾, soutient que, lorsqu'elle se prononce sur la gravité de l'infraction, la Commission devrait prendre en compte le fait que son incidence sur les consommateurs était négligeable et que les Coréens se sont ralliés à un dispositif qui existait déjà.
- (234) Takeda, également, déclare que même l'incidence potentielle maximale sur les consommateurs finals est très limitée, pour plusieurs raisons: la petite taille du marché européen, le fait que ce sont les gros fabricants de produits alimentaires qui achètent les nucléotides et non les consommateurs finals, et la faible part que représentent les coûts des nucléotides dans le produit final. Takeda se défend aussi en indiquant que la Commission n'a pas cherché à chiffrer précisément la mesure dans laquelle l'infraction a entraîné une hausse de prix supérieure à celle qui aurait été sinon constatée.

⁽¹⁴³⁾ Voir la réponse de Daesang du 20 septembre 2002, ainsi que son résumé adressé par lettre du 27 novembre 2002.

(235) Aucun des arguments mis en avant par les parties pour réduire l'importance de la conclusion de la Commission selon laquelle l'entente a eu une incidence réelle sur le marché n'est probant. Les explications relatives à la stabilité des prix entre 1988 et 1997 et la chute des prix à la fin de 1998/début de 1999 pourraient avoir une certaine validité (en particulier en ce qui concerne l'augmentation de capacité occasionnée par l'ouverture de la nouvelle usine de Cheil en Indonésie vers la fin du fonctionnement de l'entente), mais elles ne démontrent pas d'une façon convaincante que la mise en œuvre de l'entente n'a pu jouer un rôle dans la fixation et la fluctuation des prix sur le marché des nucléotides. En effet, étant donné que les parties avaient remplacé l'incertitude d'une situation de libre concurrence par un comportement collusoire continu, les prix ont été nécessairement fixés à un niveau différent de celui qui aurait prévalu sur un marché concurrentiel.

(236) Le fait que vers la fin de l'entente, ainsi que l'ont mis en évidence Ajinomoto et Cheil, la capacité de production ait sensiblement augmenté à un moment où la demande était orientée à la baisse, ce qui s'est soldé par une chute des prix (et une réduction des taux d'utilisation de la capacité des producteurs), illustre sans aucun doute les difficultés rencontrées par les parties vers la fin de l'entente pour influencer les prix dans une situation de marché difficile, et peut-être même les raisons de l'effondrement de l'entente elle-même. Toutefois, ceci ne prouve ni que la pratique illicite n'a eu aucun effet sur le marché pendant les neuf années d'existence du cartel ni que les prix n'ont pas été maintenus à un niveau supérieur au niveau concurrentiel.

(237) Au contraire, à en juger par les efforts conjugués des membres de l'entente (voir les considérants 75-149, on peut raisonnablement en conclure que ceux-ci ont réussi, pendant toute la durée de l'entente, à maintenir les prix à un niveau supérieur à celui qu'ils auraient atteint en l'absence des accords illicites.

(238) Même si les participants à cette entente n'ont pas obtenu la totalité des résultats escomptés, ceci ne prouve pas que l'entente n'a pas affecté le marché. De plus, il est inconcevable, étant donné, entre autres, les risques en jeu, que les parties aient à maintes reprises convenu de se rencontrer dans différents endroits du monde pendant la durée de l'infraction, s'ils avaient estimé que l'entente avait peu ou pas d'incidence sur le marché des nucléotides. À cet égard, citons par exemple les félicitations particulières adressées par Ajinomoto à tous les membres de l'entente lors d'une de ses réunions pour avoir appliqué avec succès les prix cibles pour 1995 [voir ci-dessus le considérant 126 ou l'annexe Z jointe aux observations complémentaires de Daesang ⁽¹⁴⁴⁾].

(239) Dans leur réponse à la communication des griefs, Ajinomoto, Cheil et Daesang ont également affirmé que les propres données de la Commission faisaient apparaître qu'elles avaient souvent ignoré les arrangements et agi de manière autonome sur le marché. Cet argument n'est toutefois pas recevable. Non seulement, la Commission dispose de nombreuses preuves attestant qu'Ajinomoto, Daesang et Cheil ont réellement continué à prendre part à l'infraction pendant toute sa durée (ce que les parties ne contestent d'ailleurs pas, sauf Ajinomoto, en ce qui concerne sa participation après août 1996), mais le fait que les parties aient éventuellement eu des «stratégies cachées» qui les ont amenées à faire abstraction, dans une certaine mesure, des engagements pris envers les autres participants à l'entente ne signifie pas qu'elles n'ont pas appliqué l'accord relatif à l'entente. Ainsi que le Tribunal de première instance l'a constaté dans l'arrêt Cascades contre Commission, «une entreprise qui poursuit, malgré la concertation avec ses concurrents, une politique plus ou moins indépendante sur le marché peut simplement tenter d'utiliser l'entente à son profit» ⁽¹⁴⁵⁾.

Taille du marché géographique en cause

(240) L'entente couvrait l'ensemble du marché commun et, après sa création, l'ensemble de l'EEE. Chaque partie du marché commun et de l'EEE était sous l'influence de la collusion. Aux fins d'en déterminer la gravité, la Commission considère par conséquent que l'entente a affecté la totalité de la Communauté et, après sa création, de l'EEE.

Conclusion de la Commission sur la gravité de l'infraction

(241) Vu la nature du comportement examiné, son impact concret sur le marché des nucléotides et le fait qu'il couvrait l'ensemble du marché commun et, après sa création, l'ensemble de l'EEE, la Commission est d'avis que les entreprises concernées par la présente décision ont commis une infraction très grave à l'article 81, paragraphe 1, du traité et à l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE.

(242) Il convient de distinguer clairement la question de la taille du marché de produits de celle de l'impact concret de l'infraction sur ce même marché de produits. Il n'est pas dans la pratique de la Commission de considérer la taille du marché de produits comme un critère pertinent pour apprécier la gravité de l'infraction.

(243) Néanmoins, sans préjudice du caractère très grave d'une infraction, la Commission prendra en compte, en l'espèce, la taille limitée du marché de produits.

⁽¹⁴⁴⁾ Voir p. 1076 du dossier de la Commission.

⁽¹⁴⁵⁾ Affaire T-308/94, Cascades contre Commission, Rec. 1998, p. II-925, point 230.

Classification des participants à l'entente

- (244) Au sein de la catégorie des très graves infractions, l'échelle des amendes qui est prévue permet d'appliquer aux entreprises un traitement différencié afin de tenir compte de la capacité économique effective de chacune de créer un dommage important à la concurrence et de fixer le montant de l'amende à un niveau qui lui assure un caractère suffisamment dissuasif. Un tel exercice s'impose tout particulièrement lorsque, comme en l'espèce, la part de marché des entreprises auteurs de l'infraction varie considérablement.
- (245) Du fait des circonstances de l'espèce, qui voit la participation de plusieurs entreprises, il est nécessaire, pour déterminer le montant de base des amendes, de prendre en considération le poids spécifique de chacune d'entre elles et, partant, l'incidence réelle de son comportement illicite sur la concurrence.
- (246) À cette fin, il est possible de répartir les entreprises concernées en différentes catégories selon l'importance relative de chacune sur le marché en question, sous réserve, le cas échéant, d'un ajustement pour tenir compte d'autres éléments, en particulier de la nécessité d'assurer un effet dissuasif.
- (247) Pour comparer l'importance relative des entreprises sur le marché concerné, la Commission considère qu'il convient, en l'espèce, de se fonder sur leurs parts respectives du marché mondial du produit. Ces chiffres donnent en effet l'indication la plus fiable de la capacité des entreprises participantes de créer un dommage important pour les autres opérateurs sur le marché commun et/ou l'EEE. De surcroît, la part du marché mondial d'un membre donné de l'entente permet aussi de se faire une idée de sa contribution à l'efficacité de l'entente dans son ensemble ou, à l'inverse, de l'instabilité qu'aurait connue l'entente s'il n'y avait pas participé. Cette comparaison repose sur les données relatives au marché mondial du produit pour la dernière année civile complète de l'infraction (1997).
- (248) Ajinomoto était en tout temps le plus gros producteur de nucléotides sur le marché géographique en cause. En 1997, sa part du marché mondial était estimée entre 40 et 50 %.
- (249) Takeda, Cheil et Daesang étaient des acteurs moins importants sur le marché mondial des nucléotides. En 1997, ils détenaient respectivement une part de marché estimée entre 10 et 20 %, un chiffre plus de 2 fois inférieur à celui d'Ajinomoto, le plus gros producteur.
- (250) Ajinomoto constituera donc une première catégorie, Takeda, Cheil et Daesang une seconde catégorie.
- (251) Sur la base de ce qui précède, les montants de base des amendes déterminés en fonction de la gravité de l'infraction devraient être les suivants:
- Ajinomoto: 6 millions d'euros,
 - Takeda, Daesang et Cheil: 2,4 millions d'euros.

Dissuasion suffisante

- (252) Afin de garantir que l'amende a un effet dissuasif suffisant et tient compte du fait que de grandes entreprises ont des connaissances juridiques et économiques, ainsi que des infrastructures, qui leur permettent, plus facilement, de se rendre compte que leur comportement constitue une infraction et d'être conscientes des conséquences qui en découlent en application de la législation communautaire, la Commission déterminera s'il est nécessaire de procéder à un ajustement supplémentaire du montant de base pour l'une ou l'autre entreprise.
- (253) Avec des chiffres d'affaires mondiaux de 8,7 milliards d'euros et de 9,2 milliards d'euros respectivement en 2001, Ajinomoto et Takeda sont des acteurs beaucoup plus importants que Daesang [chiffre d'affaires mondial de 1,4 milliard d'euros (2001)] et Cheil (chiffre d'affaires mondial de 1,9 milliard en 2001). De ce fait, la Commission considère que la base retenue à juste titre, au départ, pour fixer le montant des amendes en fonction du poids relatif au sein du marché concerné, doit être revue à la hausse afin de prendre en compte la taille et les ressources globales d'Ajinomoto et de Takeda respectivement.
- (254) Sur la base de ce qui précède, la Commission estime que la nécessité d'assurer un effet dissuasif impose une augmentation de 100 % du montant initial des amendes fixé au considérant 251, à 12 millions d'euros pour Ajinomoto, et de 100 %, à 4,8 millions d'euros, pour Takeda.

Durée de l'infraction

- (255) La Commission considère que Daesang a enfreint l'article 81, paragraphe 1, du traité du 19 décembre 1988 à la fin de 1997 et l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE du 1^{er} janvier 1994 à la fin de 1997.
- (256) La Commission estime que Cheil a enfreint l'article 81, paragraphe 1, du traité de mars 1989 au 2 juin 1998, et l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE du 1^{er} janvier 1994 au 2 juin 1998.
- (257) Takeda estime que la Commission devrait considérer que l'infraction a pris fin à la date de la dernière réunion connue de l'entente. Comme cela a été démontré ci-dessus à la section «Durée de l'infraction», les éléments de preuve du dossier montrent que le dernier contact illicite avéré entre Takeda et un membre de l'entente a eu lieu, en fait, le 2 juin 1998. Par conséquent, la Commission estime que Takeda a enfreint l'article 81, paragraphe 1, du traité du 8 novembre 1988 au 2 juin 1998 et l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE du 1^{er} janvier 1994 au 2 juin 1998.

- (258) Enfin, Ajinomoto conteste la durée de l'infraction et ne reconnaît y avoir pris part que jusqu'à août 1996. Cette question de la durée de sa participation à l'entente est examinée aux considérants 202 à 210). La Commission considère qu'Ajinomoto a enfreint l'article 81, paragraphe 1, du traité du 8 novembre 1988 à septembre 1997 au moins et l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE du 1^{er} janvier 1994 à septembre 1997 au moins.
- (259) La Commission en conclut donc que Takeda, Ajinomoto, Daesang et Cheil ont pris part à l'infraction pendant respectivement neuf ans et six mois (Takeda), huit ans et neuf mois (Ajinomoto), neuf ans (Daesang) et neuf ans et deux mois (Cheil), ce qui constitue une longue durée (supérieure à cinq ans). Les montants initiaux des amendes fixés en fonction de la gravité (voir les considérants 251 à 254) sont donc majorés de 10 % par an et de 5 % par six mois, c'est-à-dire de 95 % en ce qui concerne Takeda, de 90 % en ce qui concerne Cheil et Daesang et de 85 % en ce qui concerne Ajinomoto.
- (260) Dans sa réponse à la communication des griefs, Cheil fait néanmoins valoir que bien que les lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17 et de l'article 65, paragraphe 5, du traité CECA ⁽¹⁴⁶⁾ prévoient qu'une infraction de «longue durée» puisse justifier une augmentation de 10 % par an, ceci ne veut pas dire que cette hausse devrait s'appliquer à chaque infraction. Cheil estime en particulier que sa participation peu active à l'infraction entre mars 1989 et le début de 1992 (et la faible incidence qui en a résulté sur le marché) devrait amener la Commission à envisager pour cette période une augmentation inférieure à la norme de 10 % par an applicable du fait de la durée. De la même manière, Cheil considère qu'une telle approche se justifierait également pour les événements postérieurs à 1996, en raison de leur intensité sensiblement moins importante et de la décision prise par Cheil, en 1996, d'accroître sa capacité (effective vers la fin des années 90).
- (261) Cet argument n'est pas recevable. La participation de Cheil à l'infraction pendant toute la durée de l'infraction a été démontrée dans la partie de la présente décision consacrée aux faits. Il est également établi que l'infraction a eu une incidence sur le marché de l'EEE. Le simple fait qu'un membre d'une entente puisse jouer un rôle adapté à ses propres conditions n'exclut pas sa responsabilité pour l'infraction dans son ensemble. Une entreprise participant à une telle infraction par des comportements qui contribuent à la réalisation de cet objectif commun est également responsable, pour toute la période de sa participation à ce système commun, des comportements mis en œuvre par d'autres entreprises dans le cadre de ce même objectif ⁽¹⁴⁷⁾. La Commission estime par conséquent que Cheil a participé de la même manière à l'infraction pendant toute la durée de l'infraction.

Conclusion sur les montants de base

- (262) Les montants de base des amendes doivent donc être fixés comme suit:
- Takeda: 9 360 000 euros,
 - Ajinomoto: 22 200 000 euros,
 - Daesang: 4 560 000 euros,
 - Cheil: 4 560 000 euros.

2. Circonstances aggravantes

- (263) La Commission n'a constaté aucune circonstance aggravante à prendre en compte dans la présente décision.

3. Circonstances atténuantes

Rôle exclusivement passif dans les infractions

- (264) Cheil et Daesang indiquent dans leur réponse ⁽¹⁴⁸⁾ qu'elles ont toujours joué un rôle passif ou de «suiveuses» dans l'infraction. Elles auraient été entraînées dans une entente préexistante dirigée par Takeda et, dans une mesure secondaire, par Ajinomoto, qui souhaitent protéger leurs propres marchés et limiter la concurrence par des achats compensatoires. Ajinomoto déclare à cet égard qu'elle a joué un rôle de subordonnée par rapport à Takeda, qui devrait être considéré comme le véritable meneur de l'entente. En outre, les producteurs coréens affirment qu'ils sont beaucoup plus petits que leurs homologues japonais, ce qui atteste également l'incidence limitée de leur comportement sur le marché.
- (265) Pour calculer le montant de base de l'amende, il a été tenu compte de la capacité économique réelle des entreprises à influencer le marché de l'EEE, évaluée à partir de leur poids économique (voir les considérants 244 à 251).
- (266) Même si, sur la base de ces déclarations, certains éléments pourraient donner à penser que les entreprises japonaises ont amorcé l'entente et ont pris l'initiative d'organiser certaines réunions, la Commission n'a aucune raison d'en conclure que l'un quelconque des producteurs coréens a joué un rôle purement passif ou de «suiveur» dans l'infraction. Les deux entreprises ont assisté à la grande majorité des réunions connues de l'entente et ont pris part directement et activement à l'infraction. En effet, pendant toute la durée de leur participation, Cheil et Daesang étaient présentes aux réunions et ont échangé des informations sur les ventes. Elles ne peuvent donc pas prétendre avoir joué un «rôle» exclusivement «passif» ⁽¹⁴⁹⁾.

⁽¹⁴⁶⁾ JO C 9 du 14.1.1998, p. 3.

⁽¹⁴⁷⁾ Arrêt de la Cour dans l'affaire Commission contre Anic, point 83.

⁽¹⁴⁸⁾ Voir également la déclaration récapitulative de Daesang du 27 novembre 2002.

⁽¹⁴⁹⁾ Voir, par exemple, le considérant 365 de la décision 2001/418/CE de la Commission dans l'affaire COMP/36.545/F3 Amino Acids (JO L 152 du 7.6.2001, p. 24).

(267) Par exemple, le compte rendu de Daesang sur la réunion de décembre 1995 consacrée à l'examen de la coopération en 1995 ⁽¹⁵⁰⁾ atteste sans ambiguïté que la totalité des parties avaient collaboré à la mise en œuvre des hausses de prix de 1995 et qu'elles s'étaient toutes entendues pour poursuivre leur coopération en 1996. Ainsi que l'attestent les faits, Cheil et Daesang ont également tour à tour présenté des propositions en matière de prix cibles et se sont réunies pour préparer leur position commune en vue des réunions des producteurs.

(268) La totalité des éléments de preuve, tels qu'ils sont exposés dans la partie factuelle de la présente décision, fait ressortir l'image d'une entente illicite à laquelle toutes les parties ont participé activement et directement par des échanges sur leurs chiffres de vente, des examens et des discussions autour des prix cibles. Ces accords intéressaient la totalité des participants. Il est apparu que l'ensemble des membres de l'entente ont participé à la plupart des réunions et les ont organisées à tour de rôle. À ce titre, aucune entreprise ne peut être considérée comme un meneur au sens des lignes directrices.

Absence de mise en pratique des accords infractionnels

(269) Comme exposé au considérant 229, la Commission estime que les accords anticoncurrentiels ont été mis en application. Cette circonstance atténuante n'est par conséquent applicable à aucun des destinataires de la présente décision. La Commission fait observer qu'en principe, un accord limitant la concurrence est appliqué lorsque les membres de l'entente déterminent leur comportement sur le marché en fonction de la volonté commune qu'ils ont exprimée. Dans le cas d'accords répétés, conclus pour une longue durée, on peut supposer que chacun des participants les a mis en œuvre, car ceux-ci n'auraient sinon pas convenu de se rencontrer à maintes reprises pendant une période aussi longue dans différents endroits du monde pour fixer leurs prix et se répartir les clients. Aucun des arguments mis en avant par les parties ne peut valablement réfuter les preuves fournies par la Commission.

(270) Comme déjà indiqué au considérant 239, une entreprise qui poursuit, malgré la concertation avec ses concurrents, une politique plus ou moins indépendante sur le marché peut simplement tenter d'utiliser l'entente à son profit ⁽¹⁵¹⁾. Le fait, comme l'affirment les parties, qu'elles se soient régulièrement abstenues de respecter les accords conclus, ne peut donc être considéré comme constituant une preuve suffisante de l'absence de mise en œuvre des accords.

Autres circonstances atténuantes

(271) Dans sa réponse à la communication des griefs, Ajinomoto affirme que la Commission devrait envisager de lui accorder des circonstances atténuantes pour avoir cessé unilatéralement et volontairement de participer à l'infraction, en particulier avant toute intervention de la Commission, et avoir contribué, par ce retrait unilatéral, à faire la lumière sur l'infraction.

(272) Ajinomoto mentionne, à l'appui de ces affirmations, les notes internes de Takeda du 28 mai 1997 et du 9 juin 1997 ⁽¹⁵²⁾ et la déclaration de Takeda ⁽¹⁵³⁾ où il est fait allusion aux inquiétudes suscitées chez les membres de l'entente par la décision d'Ajinomoto de ne plus participer aux réunions multilatérales après août 1996 et aux conséquences de cette décision sur les réunions en question.

(273) Cet argument n'est pas recevable. Il a été démontré à la section «Durée de l'infraction» que la décision d'Ajinomoto de ne plus assister aux réunions multilatérales après août 1996 ne saurait être considérée comme la preuve qu'elle a mis fin unilatéralement à sa participation à l'infraction à compter de cette date. Au contraire, la Commission estime qu'elle a continué à prendre part à l'infraction en maintenant des contacts bilatéraux avec Takeda, qui donnaient lieu à des échanges de vues sur le marché et les prix des nucléotides. Dans ces conditions, la Commission est d'avis que la non-participation d'Ajinomoto aux réunions multilatérales n'a pu jouer qu'un rôle secondaire dans l'«élucidation» de l'entente, si tant est qu'elle en ait joué un.

(274) Cheil estime que la Commission devrait tenir compte du fait qu'une amende lui a déjà été infligée pour cette même infraction aux États-Unis, soutenant que les entreprises ne devraient pas être soumises à une «double sanction» et que l'exécutif européen devrait fixer le montant de l'amende en fonction des seules conséquences de l'infraction sur un marché communautaire de taille relativement restreinte.

(275) Cet argument n'est pas recevable. Les amendes infligées sur d'autres territoires, y compris aux États-Unis, ne sont pas prises en compte pour calculer le montant des amendes à infliger pour une infraction aux règles communautaires de la concurrence. L'exercice, par les États-Unis (ou tout autre pays tiers) de sa compétence à l'encontre d'un comportement collusif ne saurait en aucune façon limiter ou exclure la compétence de la Commission au titre du droit communautaire de la concurrence. En vertu du principe de territorialité, l'article 81 du traité se limite aux restrictions de concurrence à l'intérieur du marché commun et l'article 53 de l'accord EEE se limite aux restrictions de concurrence sur le marché de l'EEE. De la même façon, les autorités *antitrust* américaines ne sont compétentes que pour autant que le comportement en cause ait un effet direct et intentionnel aux États-Unis.

⁽¹⁵⁰⁾ Voir l'annexe Z jointe aux observations complémentaires de Daesang, p. 1076 du dossier de la Commission.

⁽¹⁵¹⁾ Affaire T-308/94, Cascades SA contre Commission, point 230.

⁽¹⁵²⁾ P. 2147 et 2151 respectivement du dossier de la Commission.

⁽¹⁵³⁾ Déclaration de Takeda, p. 2173 du dossier de la Commission.

(276) Takeda affirme que la Commission devrait tenir compte du fait qu'elle a déjà acquitté une amende importante dans l'affaire des vitamines ⁽¹⁵⁴⁾. Ajinomoto met en avant un argument comparable en ce qui concerne l'amende qu'elle a payée dans l'affaire Lysine ⁽¹⁵⁵⁾. La Commission réfute cet argument, car l'affaire des vitamines et celle de Lysine ne concernaient pas l'infraction commise par Takeda et Ajinomoto sur le marché des nucléotides et ne peut donc à ce titre être prise en considération aux fins de la présente décision.

(277) Cheil et Daesang font en outre valoir qu'elles n'ont pas toujours respecté les arrangements et qu'elles ont même adopté un comportement incompatible avec ces derniers, qui consistait, par exemple, à augmenter leur capacité de production ou à pratiquer des prix inférieurs aux prix cibles.

(278) La Commission souligne une fois de plus que le fait qu'une entreprise, dont la participation à une concertation avec ses concurrents en matière de prix est établie, ne se soit pas en tout temps comportée sur le marché d'une manière conforme à celle convenue avec ses concurrents ne constitue pas nécessairement un élément devant être pris en compte, en tant que circonstance atténuante, lors de la détermination du montant de l'amende à infliger. Comme indiqué précédemment, une entreprise qui poursuit, malgré la concertation avec ses concurrents, une politique plus ou moins indépendante sur le marché peut simplement tenter d'utiliser l'entente à son profit ⁽¹⁵⁶⁾.

(279) Ajinomoto, Cheil et Takeda signalent également qu'elles ont pris des mesures pour empêcher toute infraction aux règles *antitrust*. Dans ce contexte, elles ont adopté ou renforcé des programmes de mise en conformité. La Commission se félicite du fait que ces entreprises aient mis en œuvre une politique de mise en conformité avec la législation *antitrust*. Elle estime cependant que cette initiative est arrivée trop tard et ne saurait, en tant qu'outil de prévention, la dispenser de son obligation de sanctionner une infraction aux règles de concurrence commise dans le passé par ces entreprises. Au vu de ce qui précède, l'adoption d'un programme de mise en conformité ne devrait pas constituer une circonstance atténuante justifiant une réduction du montant de l'amende.

(280) Aucune circonstance atténuante n'est donc applicable aux entreprises auteurs de cette infraction qui affecte le marché des nucléotides.

4. Application de la communication sur la clémence

(281) Les destinataires de la présente décision ont coopéré avec la Commission, à différents stades de l'enquête, dans le but de bénéficier du traitement favorable prévu dans la

communication sur la clémence. Afin de répondre aux attentes légitimes des entreprises concernées concernant la non-imposition des amendes ou la réduction de leur montant au titre de leur coopération, la Commission examine dans la section suivante si les parties en question remplissent les conditions exposées dans la communication sur la clémence.

Non-imposition d'amende ou réduction très importante de son montant («Titre B»)

(282) Takeda a demandé de bénéficier de la clémence maximale. Elle affirme à cet égard qu'elle devrait bénéficier des modifications apportées à la politique de clémence par la communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes ⁽¹⁵⁷⁾, publiée en 2002 (la communication de 2002 sur la clémence), et fait valoir qu'elle n'a pas pris de mesures pour contraindre d'autres entreprises à participer à l'infraction. Takeda en conclut donc qu'elle remplit les conditions pour pouvoir bénéficier de la clémence maximale en application des nouvelles règles. L'entreprise soutient que le droit communautaire admet le principe selon lequel, dans certains cas, un effet rétroactif peut être accordé aux changements intervenus dans le traitement des sanctions ayant un effet dissuasif, et que ce principe peut plus généralement s'appliquer en matière de décisions administratives, comme c'est le cas dans un certain nombre d'États membres.

(283) La communication de 2002 sur la clémence stipule clairement qu'elle n'est pas applicable aux affaires pour lesquelles les entreprises se sont déjà prévaluées auprès de la Commission du traitement favorable exposé dans la précédente communication. En conséquence, la totalité des demandes de clémence doivent être traitées en fonction des dispositions de la communication de 1996 sur la clémence, qui reste applicable aux fins de la présente décision.

(284) La Commission reconnaît que Takeda a été la première à fournir des éléments déterminants pour prouver l'existence de l'entente et a maintenu une coopération permanente et totale tout au long de l'enquête. Takeda a été la première à informer la Commission de l'existence de l'entente, le 9 septembre 1999, et à transmettre, le 14 septembre 1999, un dossier contenant des éléments de preuve de l'époque. À ce moment-là, aucune information en provenance d'autres sources n'était parvenue à la Commission concernant l'entente.

(285) En appréciant la coopération de Takeda, la Commission note que les preuves documentaires qu'elle a produites dans un premier temps ne concernaient pas les activités de l'entente antérieures à 1992. Toutefois, dans sa déclaration, Takeda a indiqué que l'entente remontait en réalité à 1989. Rien n'indique que Takeda possède toute autre information ou documents existants concernant l'entente. On doit donc en conclure que la coopération de Takeda avec la Commission a été totale.

⁽¹⁵⁴⁾ Affaire 37.512, non encore publiée.

⁽¹⁵⁵⁾ Affaire 36.545 (JO L 152 du 7.6.2001, p. 24 à 72).

⁽¹⁵⁶⁾ Affaire T-308/94, Cascades SA contre Commission, point 230.

⁽¹⁵⁷⁾ JO C 45 du 19.2.2002, p. 3.

(286) Bien que certains éléments du dossier donnent à penser qu'elle a peut-être joué, à certaines occasions, un rôle de coordination de l'entente, Takeda n'a obligé aucune autre entreprise à participer à l'entente, n'a ni agi comme un meneur au sein de l'entente ni joué un rôle déterminant dans l'activité illégale au sens de la communication sur la clémence. Il a également été établi que Takeda avait mis fin à sa participation à l'infraction avant de prendre contact avec la Commission.

(287) Eu égard à sa coopération totale lors de l'enquête, Takeda remplit les conditions prévues au titre B de la communication sur la clémence et devrait bénéficier d'une réduction de 100 % du montant de l'amende qui lui aurait été sinon infligée si elle n'avait pas coopéré avec la Commission.

Réduction importante du montant de l'amende («Titre C»)

(288) Daesang, Cheil et Ajinomoto demandent à bénéficier d'une réduction du montant de l'amende conformément au titre C de la communication sur la clémence. Au moment où Daesang, Cheil et Ajinomoto ont commencé à coopérer avec la Commission, Takeda avait déjà fourni des informations suffisantes pour prouver l'existence de l'entente. La conclusion s'impose donc que Daesang, Cheil et Ajinomoto n'ont pas été les premières à fournir à la Commission des éléments déterminants pour prouver l'existence du cartel des nucléotides, comme requis au titre B, point b), de la communication sur la clémence. En conséquence, aucune de ces entreprises ne remplit les conditions prévues au titre C.

Réduction significative du montant de l'amende («Titre D»)

(289) Daesang estime qu'elle n'a pas seulement proposé de coopérer dans le cadre de l'enquête de la Commission avant que cette dernière ne formule sa première demande de renseignements, mais a maintenu également avec l'exécutif européen une coopération permanente et totale tout au long de l'enquête. L'entreprise fait aussi valoir qu'elle a permis à la Commission de prouver l'existence de l'infraction pour toute la période pendant laquelle elle a été commise, c'est-à-dire à partir d'octobre 1988, et qu'elle est donc la première à avoir fourni des éléments déterminants pour prouver l'existence de l'infraction dans son intégralité, telle qu'elle est exposée dans la communication des griefs.

(290) Bien qu'elle n'ait pris contact avec la Commission qu'après que Takeda se soit déjà manifestée, Daesang a cependant pris elle-même l'initiative d'approcher la Commission avant de recevoir toute demande de renseignements. En outre, Daesang a pleinement coopéré avec la Commission tout au long de l'enquête. Daesang a fourni également des renseignements qui ont contribué matériellement à confirmer les faits relatifs à l'existence des accords constitutifs de l'entente avant 1992.

(291) Les renseignements que Daesang a communiqués à la Commission avant que celle-ci ne lui adresse une demande de renseignements étaient détaillés et la Commission s'en est abondamment servie pour poursuivre son enquête. Daesang a ainsi transmis notamment, mais

pas exclusivement, de précieuses informations sur le fonctionnement de l'entente avant 1992. Après avoir reçu la communication des griefs, Daesang n'a pas contesté la matérialité des faits sur lesquels la Commission fonde ses conclusions. Daesang remplit donc les conditions prévues au titre D, paragraphe 2, premier et second alinéas, de la communication sur la clémence et devrait de ce fait bénéficier d'une réduction de 50 % du montant de l'amende.

(292) Cheil a fourni de nombreux comptes rendus des réunions et des contacts qui ont eu lieu à l'époque, contribuant ainsi matériellement à confirmer l'existence de l'entente. La Commission a largement utilisé les renseignements communiqués par cette entreprise. Par ailleurs, Cheil ne conteste pas la matérialité des faits constitutifs de l'infraction tels qu'ils sont présentés dans la communication des griefs. On doit donc en conclure que Cheil remplit les conditions prévues au titre D, paragraphe 2, premier et second alinéas, de la communication sur la clémence, comme l'affirme Cheil. En conséquence, eu égard à la coopération totale fournie par Cheil à la Commission au cours de l'enquête, celle-ci devrait bénéficier d'une réduction de 40 % du montant de l'amende qui lui aurait été sinon infligée si elle n'avait pas coopéré avec la Commission.

(293) Ajinomoto a coopéré totalement avec la Commission pendant toute la durée de l'enquête, l'aidant à confirmer concrètement l'existence de l'infraction commise et lui fournissant des documents de l'époque, que celle-ci a abondamment utilisés, ainsi que des clarifications relatives au fonctionnement des accords. En conséquence, Ajinomoto remplit les conditions prévues au titre D, paragraphe 2, premier alinéa, de la communication sur la clémence.

(294) Toutefois, Ajinomoto conteste la matérialité des faits décrits dans la communication des griefs en ce qui concerne la durée de l'entente. Ajinomoto ne remplit donc pas les conditions pour bénéficier d'une réduction du montant de l'amende en vertu du titre D, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la communication sur la clémence. Sur la base de ce qui précède, la conclusion s'impose qu'Ajinomoto remplit les conditions prévues au titre D, paragraphe 2, premier alinéa, de la communication sur la clémence et devrait de ce fait bénéficier d'une réduction de 30 % du montant de l'amende.

Conclusion sur l'application de la communication sur la clémence

(295) En conclusion, eu égard à la nature de leur coopération et à la lumière des conditions prévues par la communication sur la clémence, les destinataires de la présente décision devraient bénéficier des réductions suivantes du montant des amendes qui leur sont infligées:

- Takeda: une réduction de 100 %,
- Ajinomoto: une réduction de 30 %,
- Daesang: une réduction de 50 %,
- Cheil: une réduction de 40 %.

5. Montants finals des amendes infligées dans le cadre de la présente procédure

(296) En conclusion, les amendes à infliger en application de l'article 15, paragraphe 2, point a), du règlement n° 17 s'établissent comme suit:

- Takeda: 0 euro,
- Ajinomoto: 15 540 000 euros,
- Daesang: 2 280 000 euros,
- Cheil: 2 736 000 euros,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

Ajinomoto Company Incorporated, Takeda Chemical Industries Limited, Daesang Corporation et Cheil Jedang Corporation ont enfreint l'article 81, paragraphe 1, du traité et l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE en participant, de la manière et dans la mesure décrites dans les considérants, à un ensemble d'accords et de pratiques concertées dans le secteur des nucléotides.

L'infraction a été commise pendant les périodes suivantes:

- a) Ajinomoto Company Incorporated: du 8 novembre 1988 à septembre 1997;
- b) Takeda Chemical Industries Limited: du 8 novembre 1988 à juin 1998;
- c) Daesang Corporation: du 19 décembre 1988 à fin 1997;
- d) Cheil Jedang Corporation: de mars 1989 à juin 1998.

Article 2

Si elles ne l'ont pas déjà fait, les entreprises mentionnées à l'article 1^{er} mettent immédiatement fin à l'infraction qui y est mentionnée.

Elles s'abstiennent, dans le cadre de leurs activités relatives aux nucléotides, de tout accord ou de toute pratique concertée susceptible d'avoir un objet ou un effet identique ou similaire à celui de l'infraction en question.

Article 3

Les amendes suivantes sont infligées aux entreprises énumérées à l'article 1^{er} pour leur participation à l'infraction mentionnée dans ledit article:

- Ajinomoto Company Incorporated, une amende d'un montant de 15 540 000 euros,

- Daesang Corporation, une amende d'un montant de 2 280 000 euros,
- Cheil Jedang Corporation, une amende d'un montant de 2 736 000 euros.

Les amendes infligées sont versées dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision sur le compte bancaire de la Commission européenne suivant:

Numéro de compte: 642-0029000-95
Code IBAN: BE76 6420 0290 0095
Code SWIFT: BBVABEBB
Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) SA
Avenue des Arts 43
B-1040 Bruxelles.

À l'expiration du délai précité, des intérêts seront automatiquement dus au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses principales opérations de refinancement au premier jour ouvrable qui suit le mois au cours duquel la présente décision est arrêtée, majoré de 3,5 points de pourcentage, à savoir 6,75 %.

Article 4

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

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

Cheil Jedang Corporation
6F, Cheiljedang Bldg
Nandaemoon-Ro
Chung-Ku, 100-095 Séoul
Corée

Daesang Corporation
Daesang Building
96-48 Shinsul-Dong
Dongdaemoon-Ku, Séoul
Corée

sont destinataires de la présente décision.

La présente décision forme titre exécutoire conformément à l'article 256 du traité.

Fait à Bruxelles, le 17 décembre 2002.

Par la Commission

Mario MONTI

Membre de la Commission

DÉCISION DE LA COMMISSION**du 16 juillet 2003****relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE****(Affaire COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland et O2 Germany: accord-cadre sur le partage de réseaux)***[notifiée sous le numéro (2003) 2432]***(Le texte en langue allemande est le seul faisant foi.)****(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)**

(2004/207/CE)

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté européenne,

vu l'accord sur l'Espace économique européen,

vu le règlement n° 17 du Conseil du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité ⁽¹⁾, modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1/2003 ⁽²⁾, et notamment ses articles 2, 6 et 8,

vu la demande d'attestation négative et la notification aux fins de l'exemption, présentées le 6 février 2002 en application des articles 2 et 4 du règlement n° 17,

vu le résumé de la demande et de la notification, publié conformément à l'article 19, paragraphe 3, du règlement n° 17 et à l'article 3 du protocole 21 de l'accord EEE ⁽³⁾,

après consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes,

vu le rapport final du conseiller-auditeur dans la présente affaire ⁽⁴⁾,

considérant ce qui suit:

anciennement VIAG Interkom GmbH), ont notifié à la Commission un accord-cadre du 20 septembre 2001 concernant le partage d'infrastructures et l'itinérance nationale pour la troisième génération des télécommunications mobiles GSM («3G») sur le marché allemand («l'accord»). Dans leur notification, T-Mobile et O2 Germany («les parties») demandaient à pouvoir bénéficier d'une attestation négative en vertu de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE ou, à défaut, d'une exemption conformément à l'article 81, paragraphe 3, du traité CE ou de l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE ⁽⁵⁾.

- (2) En février 2002, la Commission a publié une première communication résumant l'accord notifié et invitant les tiers intéressés à lui transmettre leurs observations éventuelles ⁽⁶⁾. Elle a été suivie, en août 2002, d'une communication publiée conformément à l'article 19, paragraphe 3, du règlement n° 17, qui exposait la position préliminaire de la Commission et donnait aux tiers intéressés la possibilité de communiquer leurs observations sur l'approche favorable que la Commission se proposait d'adopter ⁽⁷⁾. En février 2003 a eu lieu une consultation supplémentaire des tiers qui avaient réagi à la communication publiée conformément à l'article 19, paragraphe 3, du règlement n° 17, à propos de certaines modifications à l'accord notifié. La présente décision constitue l'étape ultime de la procédure décisionnelle de la Commission.

1. INTRODUCTION

- (1) Le 6 février 2002, T-Mobile Deutschland GmbH («T-Mobile») et O2 Germany & Co OHG («O2 Germany»,

(1) JO L 13 du 21.2.1962, p. 204/62.

(2) JO L 1 du 4.1.2003, p. 1.

(3) JO C 189 du 9.8.2002, p. 22.

(4) JO C 64 du 12.3.2004.

(5) La Commission a également reçu, le 6 février 2002, une notification connexe de O2 UK Limited (anciennement BT-Cellnet Limited) et BT 3G Limited et de T-Mobile UK (anciennement One2One Personal Communications Limited) concernant le déploiement d'un réseau 3G et un accord bilatéral d'itinérance de troisième génération pour le Royaume-Uni. Cet accord est examiné séparément (affaire COMP/38.370 — UK Agreement) et a fait l'objet d'une décision adoptée le 30 avril 2003.

(6) JO C 53 du 28.2.2002, p. 18.

(7) JO C 189 du 9.8.2002, p. 22.

2. LES PARTIES

- (3) T-Mobile est un opérateur allemand de réseaux et de services de télécommunications mobiles numériques, qui utilise la famille de normes GSM. Il fournit des services GSM en Allemagne sur la base d'une licence GSM 900. En août 2000, il a obtenu une licence relative à l'exploitation du système de télécommunications mobiles universelles (UMTS) sur le territoire allemand⁽⁸⁾. Il est détenu à 100 % par T-Mobile International AG, qui est elle-même une filiale à 100 % de l'opérateur historique Deutsche Telekom AG («DTAG»).
- (4) T-Mobile International AG est une holding internationale opérant dans le secteur des télécommunications mobiles. Ses principales filiales exploitent des réseaux au Royaume-Uni (T-Mobile UK Limited, T-Motion, Virgin Mobile), en Autriche, en République tchèque et aux États-Unis d'Amérique. Elle possède également des filiales aux Pays-Bas, en Russie et en Pologne. Au cours de l'exercice 2001, DTAG a réalisé un chiffre d'affaires mondial de 48,3 milliards d'euros, tandis que celui de T-Mobile International AG s'est élevé à 14,6 milliards d'euros.
- (5) O2 Germany exploite également des réseaux et des services de télécommunications mobiles numériques en Allemagne, où il est devenu le dernier des quatre opérateurs présents sur le marché, sur la base d'une licence GSM 1800 accordée en 1997; il a obtenu une licence UMTS en août 2000. O2 Germany est une filiale à 100 % de mmO2 plc, l'ex-BT Cellnet limited, contrôlée auparavant par British Telecommunications plc. MmO2 exploite des réseaux, par l'intermédiaire de ses filiales, au Royaume-Uni (O2 UK), en Allemagne (VIAG — rebaptisée O2 Germany), en Irlande (Digifone — rebaptisée O2 Ireland) et sur l'Île de Man (Manx Telecom). Au cours de l'exercice qui s'est achevé au 31 mars 2002, le groupe mmO2 a réalisé un chiffre d'affaires de 4,3 milliards de livres sterling (GBP) (environ 6,7 milliards d'euros).

3. CONTEXTE JURIDIQUE ET FACTUEL

3.1. Le développement des communications mobiles de troisième génération dans l'Union européenne

- (6) En Europe, la première génération («1G») de systèmes de communications mobiles était basée sur la technologie analogique. Elle a été suivie, au début des années 90, par les systèmes de deuxième génération («2G»), qui ont vu l'introduction de la technologie numérique, en l'occurrence les systèmes GSM 900 (système mondial de communications mobiles) et DCS 1800 (que l'on appelle réseaux de communications personnelles ou services PCN). Les services GSM 900 et DCS 1800 sont aujourd'hui communément appelés services GSM. Les communications GSM standard sont commutées par circuits, ce qui signifie que pour chaque appel, une voie d'acheminement

physique est constituée; elle sera réservée à une seule connexion entre les deux terminaux de communication du réseau, pendant toute la durée de la connexion. Les systèmes GSM ont un débit allant de 9,6 kbit/s (kilobits par seconde) à 11,4 kbit/s et 14 kbit/s lorsqu'il y a compression, ce qui permet la transmission de la téléphonie vocale de base, des systèmes de messagerie textuelle (SMS) et du courrier électronique, ainsi que des données commutées par circuits.

- (7) Les technologies mobiles améliorées «2,5G», qui utilisent des communications commutées par paquets, plus efficaces, pour envoyer les données sous forme de paquets vers leurs destinations (par des routes différentes), sans qu'il soit nécessaire de réserver un canal de transmission spécial (en n'utilisant des ressources radio que lorsque les utilisateurs sont effectivement en train d'envoyer ou de recevoir des données), sont en cours de développement. Elles devraient permettre la fourniture d'une gamme de services plus étendue, notamment des services de courrier électronique mobile, des communications visuelles, des messageries multimédia et des services basés sur la localisation. Le GPRS (service général de radiocommunication par paquets) est l'une des principales plates-formes technologiques 2,5G; elle offre une connexion permanente, une capacité plus élevée et des services de données commutées par paquets. Le débit des données GPRS se situe entre 30 kbit/s et 40 kbit/s, et avec la technologie EDGE, entre 80 kbit/s et 130 kbit/s, selon l'usage spécifique qui en est fait. Cela permet de fournir des services tels qu'un accès mobile de base à internet, de la radio mobile et des services basés sur la localisation⁽⁹⁾.
- (8) Des travaux sont actuellement en cours pour lancer sur le marché une technologie, des applications et des services mobiles de troisième génération («3G») (10). La technologie 3G s'appuie sur la technologie 2,5G en combinant la commutation par paquets et la commutation par circuits pour la transmission des données. Elle est techniquement capable d'atteindre un débit de 144 kbit/s et permettra par la suite des débits qui devraient atteindre un maximum de 384 kbit/s (11). Les services 3G sont des systèmes de communications mobiles capables de supporter notamment des services multimédias novateurs, qui vont au-delà des capacités des systèmes de deuxième génération, tels que les GSM, et qui sont capables de combiner l'utilisation d'éléments terrestres et satellitaires (12).

(9) Il existe d'autres technologies moins répandues, par exemple WAP (protocole d'application sans fil), HSCSD (données commutées par circuits à grande vitesse) et EDGE (environnement GSM amélioré pour la transmission de données).

(10) Le système UMTS (système de communications mobiles universelles) est l'un des principaux systèmes mobiles de troisième génération actuellement mis au point dans le cadre défini par l'Union internationale des télécommunications (UIT), collectivement dénommé IMT-2000.

(11) Le débit exact dépend de paramètres tels que l'heure et le lieu de l'appel, le nombre des utilisateurs à l'intérieur d'une cellule et les applications utilisées, dans la mesure où la vitesse disponible sera divisée entre les différents utilisateurs et applications.

(12) «Introduction des communications mobiles de troisième génération dans l'Union européenne: Situation actuelle et voie à suivre» (Introduction de la 3G dans l'Union européenne), COM(2001) 141 final (20 mars 2001).

(8) En août 2000, les autorités allemandes ont accordé six licences 3G à l'issue d'une procédure de vente aux enchères des fréquences, pour un montant de 50,8 milliards d'euros. Des licences ont été attribuées à T-Mobile, Vodafone-Mannesmann, E-Plus, Viag Interkom Group, Group 3G et MobilCom Multimedia. Group 3G et Mobilcom Multimedia ont depuis lors mis fin à leurs opérations 3G, et l'on ne sait pas si leurs fréquences seront réaffectées à des fins 3G.

- (9) L'annexe I de la décision n° 128/1999/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 1998 relative à l'introduction coordonnée dans la Communauté d'un système de communications mobiles et sans fil (UMTS) de troisième génération ⁽¹³⁾ («décision UMTS») définit les caractéristiques que l'UMTS doit être en mesure d'assurer, à savoir:
- capacités multimédias, fonctionnalités de mobilité totale et de mobilité réduite dans différents environnements géographiques dépassant les capacités des systèmes de deuxième génération,
 - accès efficace à internet, aux intranets et aux autres services fondés sur le protocole internet,
 - transmission vocale de grande qualité, comparable à celle des réseaux fixes,
 - portabilité des services dans des environnements de troisième génération différents,
 - fonctionnement dans un environnement intégré sans solution de continuité, y compris une itinérance totale avec les réseaux GSM et entre les éléments terrestres et satellitaires des réseaux UMTS. Étant donné que les réseaux et services 3G ne sont pas encore intégralement disponibles, il n'est pas possible de dresser un catalogue fiable de ces services. Toutefois, on peut par exemple s'attendre à la création de services de vidéoconférence mobile, de vidéo téléphone/courrier mobile, de systèmes avancés de navigation pour voitures, d'achats sur catalogue numérique et de différentes applications d'entreprise à entreprise (B2B) ⁽¹⁴⁾.
- (10) Le développement de la troisième génération dans l'Union européenne s'appuie sur une plate-forme technologique commune — le système de télécommunications mobiles universelles («UMTS»), — sur l'harmonisation du spectre radioélectrique, ainsi que sur la définition d'un cadre réglementaire harmonisé. Ces objectifs d'harmonisation ont été atteints en partie grâce à la directive 97/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications ⁽¹⁵⁾. Celle-ci a été suivie, fin 1998, par la décision relative à l'introduction coordonnée dans la Communauté d'un système de communications mobiles et sans fil (UMTS) de troisième génération ⁽¹⁶⁾, mentionnée au considérant 9, qui exigeait des États membres qu'ils permettent l'introduction de services UMTS sur leur territoire à compter du 1^{er} janvier 2002 et qui soulignait également le rôle des instances techniques, telles que la conférence européenne des administrations des postes et télécommunications («CEPT») et l'Institut européen des normes de télécommunication («ETSI»), pour ce qui est de l'harmonisation de l'utilisation des fréquences et de la promotion d'une norme commune et ouverte en vue de la fourniture de services UMTS compatibles dans toute l'Europe.
- (11) Enfin, en mars 2001, la Commission a publié une communication qui dressait un état des lieux et indiquait la voie à suivre en vue de l'introduction de communications mobiles de troisième génération dans l'Union européenne ⁽¹⁷⁾. Elle y constatait que les opérateurs de télécommunications européens se trouvaient dans une situation financière difficile, alors qu'ils devaient en même temps supporter des coûts d'investissement en infrastructures élevés, ce qui les conduisait à conclure des accords de partage d'infrastructures. La Commission en concluait qu'il convenait en principe d'encourager le partage des infrastructures de réseau, positif sur le plan économique, pour autant toutefois que les règles de concurrence et les autres réglementations communautaires pertinentes soient respectées ⁽¹⁸⁾. Dans la communication qu'elle a ensuite adoptée sur «le déploiement intégral des communications mobiles de troisième génération», le 11 juin 2002 ⁽¹⁹⁾, la Commission a précisé qu'elle continuerait à collaborer avec les administrations nationales pour élaborer une approche en matière de partage des réseaux qui soit fondée sur de bonnes pratiques. La Commission a publié une autre communication le 11 février 2003 sur les «Communications électroniques: vers une économie de la connaissance» ⁽²⁰⁾.

3.2. Partage de réseaux et itinérance nationale

- (12) Le partage d'un réseau 3G peut se faire à plusieurs niveaux différents, avec des degrés divers de coopération. Le degré d'indépendance conservé par les opérateurs concernés dépend de la nature des éléments du réseau qui seront partagés et de la possibilité qu'ils auront d'installer des éléments séparés (liberté de planification). Il y a lieu, dans le cadre de l'accord de partage de réseaux conclu par les parties, d'établir une distinction fondamentale entre le réseau d'accès radio («RAN») et le cœur de réseau.

3.2.1. RAN

- (13) Le RAN comprend les sites de pylônes/d'antennes, les boîtiers de support et la fourniture d'électricité, ainsi que les antennes, les multiplexeurs et les liaisons de transmission, les nœuds B (stations de base qui reçoivent et envoient des données sur les différentes fréquences et qui contrôlent une cellule spécifique du réseau) et les contrôleurs de réseau radio («RNC»), qui contrôlent chacun un certain nombre de nœuds B et qui sont reliés au cœur de réseau.

3.2.2. Cœur de réseau

- (14) Le cœur de réseau constitue la partie intelligente du réseau. Il comprend des centres de commutation mobile («CCM»), plusieurs nœuds de support, des plates-formes de services, des registres de localisation, ainsi que des centres d'exploitation et de maintenance. Il est relié au réseau RNIS (réseau numérique à intégration de services) fixe et aux réseaux internet.

⁽¹³⁾ JO L 17 du 22.1.1999, p. 1.

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

⁽¹⁵⁾ JO L 117 du 7.5.1997, p. 15. Cette directive présente les procédures d'octroi d'autorisations aux fins de la fourniture de services de télécommunications et les conditions attachées à ces autorisations.

⁽¹⁶⁾ Décision UMTS, voir note 13 de bas de page.

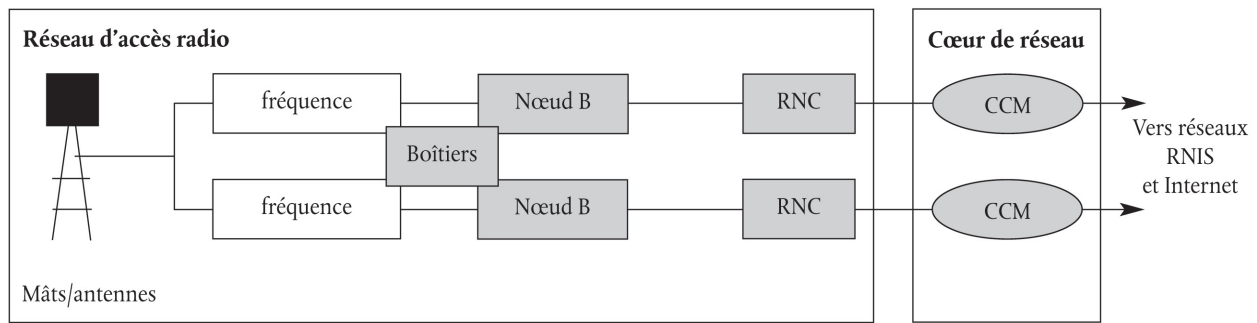
⁽¹⁷⁾ COM(2001) 141 du 20 mars 2001, voir note 12 de bas de page.

⁽¹⁸⁾ *Ibidem*, point 4.3.

⁽¹⁹⁾ COM(2002) 301 final.

⁽²⁰⁾ COM(2003) 65 final.

Figure 1: Réseau UMTS



(15) On peut distinguer les niveaux de partage du réseau suivants, classés par ordre croissant :

- partage des sites, allant du partage de sites de pylônes individuels au partage du réseau (ce qui nécessite une configuration uniforme des réseaux) et pouvant inclure une infrastructure de support, comme les boîtiers;
- partage des stations de base (nœuds B) et des antennes;
- partage des contrôleurs de réseau radio;
- partage des cœurs de réseau, y compris les centres de commutation mobiles et diverses bases de données;
- partage des fréquences.

(16) Enfin, l'itinérance nationale a trait à une situation dans laquelle les opérateurs concernés ne partagent aucun élément du réseau proprement dit, mais utilisent simplement le réseau des autres opérateurs afin de fournir des services à leurs propres clients.

(17) Dans leur notification, les parties utilisent l'expression «partage élargi du site» pour désigner l'utilisation partagée des infrastructures jusqu'au niveau des nœuds B et des RNC, lesquels sont toutefois exclus de ce partage [considérant 15, point a)]. Elles réservent l'expression «partage du RAN» à l'utilisation commune de la totalité du réseau d'accès radio, y compris les nœuds B et les RNC [considérant 15, points a), b), c)]. Les parties n'envisagent pas de partager leurs cœurs de réseau ni leurs fréquences. Leur accord (modifié) couvre l'itinérance nationale de O2 Germany sur le réseau de T-Mobile (c'est-à-dire une zone de couverture de 50 %), ainsi que l'itinérance réciproque des parties en dehors des zones de couverture de 50 % de la population.

3.3. Le cadre réglementaire national

(18) Il convient de tenir compte non seulement du droit communautaire, mais également des conditions d'octroi des licences et des exigences réglementaires nationales dans

le contexte du partage des infrastructures de réseau ⁽²¹⁾. Tant la réglementation nationale allemande que les termes des licences des parties définissent des paramètres pour le partage des réseaux. Ces facteurs sont les suivants :

- critères de déploiement du réseau en termes de couverture effective selon un calendrier précis, notamment la condition selon laquelle le réseau doit couvrir 25 % de la population d'ici à la fin de 2003 et 50 % d'ici à la fin de 2005, condition qui ne peut être satisfaite au moyen de l'itinérance nationale, mais qui peut l'être grâce au partage des infrastructures ⁽²²⁾;
- obligations générales ayant trait, par exemple, au partage des sites et des antennes, compte tenu des restrictions en matière de planification et des préoccupations environnementales;
- limitations relatives à l'étendue du partage du réseau autorisée, qui peuvent par exemple concerner le partage de l'intelligence du réseau et des données sensibles relatives aux clients.

⁽²¹⁾ Plusieurs autorités nationales de régulation (ANR) européennes ont publié des orientations concernant les conditions à respecter pour que le partage des infrastructures soit conforme aux conditions d'octroi de licences et aux exigences réglementaires nationales. En Allemagne, la RegTP (Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post) a publié, le 6 juin 2001, son interprétation des conditions d'octroi de licences UMTS à la lumière des progrès technologiques récents (voir site internet: www.regtp.de). En mai 2001, l'Ofcom (autorité britannique de régulation) a publié une note d'information sur le partage des infrastructures de téléphonie mobile de troisième génération au Royaume-Uni, disponible à l'adresse suivante: <http://www.ofcom.gov.uk/publications/mobile/infrashare0501.htm>. Les autorités de régulation néerlandaises et françaises ont publié des documents d'orientation similaires sur leurs sites internet respectifs, aux adresses suivantes: http://www.opta.nl/download/concept_notitie_nma_vw_opta_umts_netwerken_190701.pdf et <http://www.art-telecom.fr/dossiers/umts/partage-infras.htm>.

⁽²²⁾ Le débit minimal nécessaire pour remplir l'obligation de couverture sera spécifié par la RegTP, après organisation d'une autre consultation publique. Conformément aux spécifications techniques pour les services 3G, il devrait être d'environ 144 kbit/s, voire plus.

- (19) L'autorité de régulation allemande des postes et télécommunications (Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post — «RegTP») est l'autorité nationale de régulation compétente en matière de télécommunications (ANR) pour l'accord notifié. La RegTP a publié des orientations générales en juin 2001, dans lesquelles elle se déclare favorable au partage d'infrastructures sous réserve de certaines conditions ⁽²³⁾.
- (20) La RegTP exclut en particulier le partage du cœur de réseau et la mise en commun des fréquences, mais autorise le partage de sites, de pylônes, d'antennes, de câbles et de multiplexeurs, de boîtiers de support, ainsi que de nœuds B et de RNC distincts sur le plan logique ⁽²⁴⁾, pour autant:
- que chaque détenteur de licence puisse exercer un contrôle indépendant sur son propre nœud B ou RNC logique;
 - qu'il n'y ait pas d'échanges de données (telles que celles qui ont trait aux clients) au-delà de ce qui est nécessaire aux fins de la réalisation des opérations techniques;
 - que les centres d'exploitation et les centres de maintenance soient séparés;
 - que chaque opérateur puisse exploiter ses propres nœuds B ou RNC supplémentaires, de façon à garantir une planification indépendante, et que les nœuds B exploités uniquement par l'opérateur auquel ils appartiennent soient reliés aux RNC logiques de celui-ci;
 - qu'il n'y ait pas de répartition régionale des zones de couverture excluant tout chevauchement entre le réseau et ces zones, c'est-à-dire que les parties ne puissent pas convenir de ne couvrir chacune qu'une seule zone géographique distincte et de pratiquer l'itinérance sur le réseau de l'autre partie dans les zones que leur propre réseau ne couvre pas.
- (21) Le 7 décembre 2001, la RegTP a jugé l'accord-cadre des parties conforme à ces contraintes réglementaires, pour autant que les critères relatifs au contrôle indépendant, sur le plan logique, des nœuds B et des RNC soient respectés. L'autorisation de la RegTP était également subordonnée à l'obligation de présenter des rapports concernant la répartition géographique des infrastructures partagées, ainsi qu'au respect, par les parties, de l'obligation qui leur incombe de couvrir 50 % de la population ⁽²⁵⁾.
- (22) Sous réserve du principe de primauté du droit communautaire, le cadre réglementaire national et les règles de concurrence de l'Union européenne s'appliquent de façon parallèle et cumulative. Les règles nationales ne peuvent pas aller à l'encontre des règles communautaires en matière de concurrence, et la compatibilité avec les règles et réglementations nationales ne peut compromettre l'is-

sue d'une appréciation au regard des règles de concurrence de l'Union européenne. Il convient par conséquent de procéder à l'appréciation de l'accord notifié en se fondant sur les règles communautaires en matière de concurrence.

4. L'ACCORD

- (23) Le 20 septembre 2001, les parties ont conclu l'accord notifié, en l'occurrence un accord-cadre déterminant les grandes lignes de leur collaboration pour ce qui est des infrastructures 3G en Allemagne. Les parties ont apporté des modifications à l'accord, notamment en ce qui concerne l'itinérance. Cet accord affecte directement la position des parties sur les marchés allemands: i) des sites et infrastructures de sites pour les services de communications mobiles numériques, et ii) de la fourniture en gros d'accès à l'itinérance pour les services de communications 3G. L'accord risque d'avoir des répercussions sur des marchés voisins.
- (24) Cet accord modifié a pour objectif de mieux rentabiliser les investissements, de réduire les coûts d'exploitation, ce qui améliorera la situation financière des parties en leur permettant de mieux se positionner sur le marché, d'étendre la couverture géographique tout en limitant l'impact environnemental, de procéder plus rapidement au déploiement des infrastructures de réseau de troisième génération et de lancer sans délai les services 3G. Il prévoit une collaboration entre les parties sur les points suivants:
- partage élargi de sites, c'est-à-dire partage réciproque d'éléments des infrastructures de sites, tels que les sites de pylônes, les boîtiers de support et la fourniture d'électricité, ainsi que, éventuellement, les antennes, les multiplexeurs et les liaisons de transmission, dans une zone géographique suffisante pour permettre aux parties de respecter l'obligation d'une couverture de 50 % de la population d'ici à la fin de 2005;
 - partage du réseau d'accès radio («RAN»), c'est-à-dire partage réciproque des nœuds B (stations de base qui reçoivent et envoient des données sur les différentes fréquences et qui contrôlent une cellule particulière du réseau) et des contrôleurs de réseau radio (RNC), qui contrôlent chacun un certain nombre de nœuds B et qui sont reliés au cœur de réseau;
 - itinérance nationale: O2 bénéficiera de l'itinérance nationale sur le réseau T-Mobile (l'inverse n'étant toutefois pas vrai) dans la zone soumise à une obligation de couverture de 50 % de la population, du 1^{er} janvier 2003 au 31 décembre 2008, sous réserve des limites fixées à la section 4.3.1. Pour le reste de la population, les parties ont convenu de recourir à l'itinérance nationale mutuelle pendant toute la durée de validité de l'accord.
- (25) Les parties conserveront des cœurs de réseau distincts, continueront de fournir des services séparément et ne mettront pas leurs fréquences en commun. L'accord n'est pas exclusif, dans la mesure où les deux parties peuvent convenir avec des tiers de procéder à un partage élargi de sites ou de RAN et de recourir à l'itinérance nationale (clause 1.3). Les dispositions clés de l'accord sont exposées en détail ci-après.

⁽²³⁾ RegTP (6 juin 2001), disponible sur le site internet www.regtp.de.

⁽²⁴⁾ «Distincts sur le plan logique» signifie qu'un seul élément du réseau physique peut, de par sa programmation, exécuter des opérations distinctes d'un point de vue logique pour les deux réseaux, comme s'il s'agissait de deux nœuds B ou RCS distincts.

⁽²⁵⁾ Lettre de la RegTP à la Commission européenne du 7 décembre 2001.

4.1. Partage élargi de sites

- (26) Les parties construiront chacune leur propre infrastructure de réseau, mais collaboreront sur la base du «partage élargi de sites» dans une zone correspondant à leur obligation, imposée par la licence, de couverture de 50 % de la population d'ici à la fin de 2005. En vertu de l'accord, le «partage élargi de sites» implique le partage de boîtiers de support et de la fourniture d'électricité, ainsi que, éventuellement, d'antennes, de multiplexeurs et de liaisons de transmission.
- (27) L'accord comporte des dispositions concernant la détermination des sites pouvant faire l'objet d'accords de partage. En vertu de la clause 2.1, tout d'abord, chaque partie doit élaborer séparément ses propres plans de déploiement; ceux-ci doivent ensuite être divisés en périodes de planification de [...]*(²⁶) et préciser les zones respectives que T-Mobile et O2 Germany envisagent de développer. Les zones géographiques que les parties considèrent comme pertinentes pour le déploiement de leur propre réseau seront comparées à intervalles réguliers et pourront, en cas de chevauchements, être considérées comme des zones de partage d'infrastructures. Les succursales techniques locales des parties détermineront les sites pour lesquels il convient de procéder à un partage élargi, de façon à maximiser les économies de coûts.
- (28) La clause 3.2 stipule spécifiquement que les parties ne peuvent détenir ou contrôler conjointement des éléments appartenant aux sites partagés. Toutefois, la partie qui possède ou contrôle ces éléments doit permettre à l'autre partie de les utiliser. En vertu de la clause 3.3., un accord-cadre bilatéral, qui doit encore être conclu, définira des conditions communes et avantageuses d'utilisation des sites partagés, ainsi que l'encadrement des coûts. Depuis lors, T-Mobile a transféré la propriété de ses sites à une entité distincte nouvellement créée, Deutsche Funkturm GmbH, qui n'a pas encore négocié les conditions de l'accord-cadre en cause avec O2 Germany. Comme cet accord n'a pas encore été conclu et comme la Commission n'a pas encore reçu d'informations sur sa teneur, elle réserve sa position à son sujet. De toute façon, il n'est pas couvert par la présente décision.
- (29) L'accord contient également des clauses de sauvegarde relatives à l'échange d'informations confidentielles. La clause 2.6. stipule que seules les informations nécessaires en vue de la réalisation technique du partage élargi des sites peuvent être échangées. En vertu de l'accord, il n'est pas possible d'échanger d'autres informations, notamment les informations relatives aux clients qui revêtent un caractère sensible d'un point de vue commercial.

(²⁶) Des parties de ce texte ont été omises afin de garantir qu'aucune information confidentielle ne soit communiquée. Ces parties sont indiquées par des points de suspension entre crochets, suivis d'un astérisque.

4.2. Partage du RAN

- (30) La partie 4 de l'accord porte sur la collaboration relative au partage du RAN. En vertu de l'accord, le partage du RAN peut inclure le partage supplémentaire des nœuds B et des RNC physiques communs. (Pour rester dans le cadre défini par la RegTP, les nœuds B et les RNC devraient être distincts sur le plan logique). En vertu de la clause 4.1, les parties devaient effectuer une étude de faisabilité concernant le partage du RAN pour le 30 juin 2002. Après avoir examiné les résultats de cette étude, les parties sont parvenues à la conclusion qu'elles ne pratiqueront pas le partage du RAN pour l'instant, mais elles pourraient reconsidérer cette possibilité à l'avenir. La clause 4.2 stipule que si ce partage s'avère réalisable, elles concluront un accord régissant sa mise en œuvre dans les plus brefs délais. Comme cet accord n'a pas encore été conclu, la Commission réserve sa position à son sujet. De toute façon, il n'est pas couvert par la présente décision.

4.3. Itinérance nationale

- (31) L'itinérance nationale est couverte par le chapitre 3 de l'accord (sections 5 à 11), tel que modifié par les accords complémentaires du 20 septembre 2002, du 22 janvier et 21 mai 2003.

4.3.1. Itinérance de O2 Germany sur le réseau T-Mobile dans la zone soumise à l'obligation de couverture de 50 %

- (32) Par une modification apportée le 22 janvier 2003 à l'accord du 20 septembre 2002, les parties ont convenu que T-Mobile fournira à O2 Germany (l'inverse n'étant pas vrai) un accès à l'itinérance nationale dans une zone correspondant à l'obligation de couverture de 50 % de la population, du 1^{er} janvier 2003 au 31 décembre 2008. En rémunération, O2 Germany versera [...]*(voir section 4.3.2).
- (33) Après en avoir discuté avec la Commission, les parties ont convenu de limiter au strict minimum l'itinérance dans la zone soumise à l'obligation de couverture de 50 % de la population. À cet effet, elles ont défini, au sein de cette zone, trois zones distinctes (zones 1, 2 et 3), où l'itinérance sera progressivement supprimée selon un calendrier convenu, à mesure que O2 Germany atteindra une qualité et une densité de réseau lui permettant de concurrencer efficacement les autres opérateurs titulaires d'une licence. Les parties ont modifié l'accord pour tenir compte de ces modifications, le 21 mai 2003.

(34) Les zones dans lesquelles l'itinérance sera progressivement supprimée selon un calendrier convenu sont les suivantes:

- a) la zone 1 comprend [principalement des régions urbaines]* couvrant environ [...] de la population allemande, dans lesquelles O2 Germany s'engage à ne pas pratiquer l'itinérance et T-Mobile s'engage à supprimer l'itinérance à partir du 31 décembre 2005 ⁽²⁷⁾;
- b) la zone 2 comprend [de petites régions d'importance commerciale secondaire]* couvrant environ [...] de la population allemande, dans lesquelles O2 Germany s'engage à ne pas pratiquer l'itinérance et T-Mobile à supprimer l'itinérance à compter du 31 décembre 2007 ⁽²⁸⁾;
- c) la zone 3 comprend [de petites régions de moindre importance commerciale]* couvrant environ [...] de la population allemande, dans lesquelles O2 Germany s'engage à ne pas pratiquer l'itinérance et T-Mobile à supprimer l'itinérance à partir du 31 décembre 2008 ⁽²⁹⁾.

En dérogation à cette règle, dans la zone 1 et dans la zone 2, O2 Germany continuera à pratiquer l'itinérance dans ce que l'on appelle les «zones souterraines» jusqu'au 31 décembre 2008. Conformément au calendrier, O2 Germany est également autorisée à pratiquer l'itinérance dans les zones souterraines de la zone 3 jusqu'au 31 décembre 2008 ⁽³⁰⁾.

4.3.2. Itinérance réciproque en dehors de la zone de couverture de 50 %

(35) En dehors de la zone soumise à l'obligation de couverture de 50 %, les parties ont conclu un accord portant sur des achats en gros d'itinérance nationale commutée par circuits et par paquets. O2 Germany s'engage à acheter un volume minimal de ces services d'itinérance à T-Mobile. Cette dernière a le droit d'acheter des services d'itinérance à O2 Germany aux mêmes conditions, sans toutefois y être obligée.

⁽²⁷⁾ La zone 1 comprend: [...]*

⁽²⁸⁾ La zone 2 comprend: [...]*

⁽²⁹⁾ La zone 3 comprend: [...]*

⁽³⁰⁾ On entend par «zones souterraines» toutes les zones comprises dans les villes et les régions des zones 1, 2 et 3 faisant partie du réseau de transport public souterrain (y compris le chemin de fer et le métro), les centres commerciaux souterrains, les parkings souterrains, les tunnels pour véhicules et piétons et de toutes les autres zones comparables ainsi que les zones situées directement au-dessus (au niveau du sol), mais seulement lorsque les zones souterraines et le niveau sol ne peuvent pas être séparés techniquement à des fins d'itinérance.

(36) La section 5 de l'accord expose les principes fondamentaux relatifs à l'itinérance nationale. La clause 5.3 stipule que les parties acceptent de ne pas exercer de discriminations à l'égard d'autres entreprises dans le cadre d'accords d'itinérance nationale ou internationale. De plus, aucune des parties ne réservera aux clients de l'autre partie un traitement moins favorable que celui qu'elle réserve à ses propres clients. En vertu de la clause 5.6, les parties s'engagent à veiller à ce que leur collaboration dans le domaine de l'itinérance ne limite pas leur concurrence mutuelle pour ce qui est des services.

(37) La section 6 de l'accord a trait à l'itinérance nationale des clients de O2 Germany sur le réseau 3G de T-Mobile. En vertu de la clause 6.1., T-Mobile fournira à O2 Germany des services d'itinérance nationale en gros, et ce pendant toute la durée de l'accord. Dans le cadre de cet accord, O2 Germany a accepté d'acheter à T-Mobile une quantité minimale de services d'itinérance, d'une valeur de [...]*, pendant trois ans à compter du lancement des services d'itinérance de troisième génération (clause 6.5). Selon les parties, l'expérience acquise pour ce qui est de l'itinérance pratiquée par O2 Germany sur le réseau GSM 2G de T-Mobile montre que cela devrait représenter une part très faible des besoins de O2 Germany. Inversement, la section 7 traite de l'itinérance nationale des clients de T-Mobile sur le réseau 3G de O2 Germany. En vertu de la clause 7.1, T-Mobile a la possibilité, mais non l'obligation, d'acheter des services d'itinérance 3G à O2 Germany. Cependant, si T-Mobile achète à O2 Germany des services d'itinérance nationale, elle sera soumise aux mêmes conditions d'achats minimaux que cette dernière (clause 7.4).

(38) La section 8 de l'accord fixe des règles spécifiques concernant l'exclusion des clients. La clause 8.3. dispose que la partie qui fournit l'itinérance nationale a le droit d'exclure de son réseau les abonnés de l'autre partie. De même, la partie qui recourt à l'itinérance nationale peut interdire à ses propres clients d'utiliser les services de l'autre partie. Cette clause s'applique en cas de chevauchement de zones. L'accord comporte également des indications sur les zones visées et sur les cas dans lesquels les parties s'abstiendront d'une telle exclusion.

(39) La section 10 de l'accord définit un double système de tarification pour l'itinérance 3G. Elle prévoit que les prix de l'itinérance commutée par circuits (services de téléphonie vocale mobile) sont basés sur les prix respectifs appliqués par T-Mobile et O2 Germany pour la terminaison de l'interconnexion, tandis que les prix de gros de l'itinérance 3G commutée par paquets (destinée aux services de transmission de données mobiles) sont [basés sur un système de tarification à minoration]* ⁽³¹⁾ qui tient compte de l'évolution possible des prix et de la demande des services d'itinérance commutée par paquets.

⁽³¹⁾ [...]*

(40) La section 11 de l'accord fixe des règles spécifiques pour la revente de capacité d'itinérance nationale à des tiers. La clause 11.1.a énonce la règle générale selon laquelle chaque partie a le droit de revendre de la capacité d'itinérance provenant de l'autre partie à des prestataires de services. Cela est conforme aux obligations faites aux parties, par la législation nationale et par les termes de leur licence 3G, de fournir un accès aux prestataires de services ⁽³²⁾. Toutefois, la revente de capacité d'itinérance à des opérateurs de réseaux mobiles virtuels («MVNO») qui fournissent des services vocaux à des utilisateurs finals ⁽³³⁾, ainsi qu'à d'autres opérateurs de réseaux détenteurs d'une licence, est soumise à l'accord préalable de l'opérateur hôte, c'est-à-dire de l'autre partie.

(41) La clause 11.1.b stipule que chaque partie a le droit de mettre les capacités d'itinérance nationale de l'autre partie à la disposition d'opérateurs de réseaux mobiles virtuels (MVNO) en vue de la transmission de données (MVNO «données»), pour autant que ces derniers n'utilisent pas cette capacité afin de fournir aux clients finals des services qui, du point de vue desdits clients, sont, pour l'essentiel, identiques à des services de téléphonie vocale mobile de bout en bout (MVNO «voix»). Les parties sont toutefois libres de revendre aux MVNO «données» de la capacité d'itinérance pour le trafic vocal, lorsque ceux-ci interviennent en tant que prestataires de services.

(42) En outre, la clause 11.1.c stipule que la revente de capacité d'itinérance à d'autres opérateurs de réseau détenteurs d'une licence ou aux MVNO «voix» visés par la clause 11.1.b, est subordonnée à l'accord de l'autre partie. Toutefois, conformément à la clause 11.2, la condition relative à l'obtention d'un accord préalable énoncée par la clause 11.1.c ne s'applique pas si les MVNO sont des entreprises appartenant au groupe de l'autre partie, pour autant que les différents systèmes de tarification applicables aux services de téléphonie vocale et de transmission de données soient respectés. En outre, conformément à la clause 11.3, lorsqu'une partie offre des services d'itinérance à un tiers (n'appartenant pas au groupe) qui est un MVNO «voix» et qui propose des services pour l'essentiel

identiques, du point de vue des clients, à des services de téléphonie vocale mobile de bout en bout au sens de la clause 11.1.b., elle est tenue d'autoriser l'autre partie à mettre les capacités d'itinérance nationale qu'elle a reçues également à la disposition de ce MVNO.

4.4. Durée

(43) L'accord restera en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011 et sera ensuite reconduit automatiquement pour une durée de deux ans, à moins que l'une des parties n'y mette fin moyennant un préavis de deux ans.

5. MARCHÉS EN CAUSE

5.1. Introduction

(44) L'accord étant essentiellement de nature technique et n'ayant pas pour objet de restreindre la concurrence, ses effets doivent être analysés. Le fait qu'il soit ou non susceptible d'avoir des effets négatifs sur la concurrence dépend non seulement de sa nature même, mais également du contexte économique dans lequel il s'inscrit, par exemple de la puissance de marché des parties et d'autres facteurs liés à la structure du marché. Cette analyse nécessite une définition des deux marchés de gros en cause qui sont directement affectés par l'accord, ainsi que l'identification d'autres marchés de gros et de détail susceptibles d'être affectés.

(45) D'une manière générale, les marchés des télécommunications peuvent être subdivisés en marchés de gros et marchés de détail. Les marchés de gros englobent généralement la fourniture d'un accès aux réseaux (ou à des éléments d'un réseau) et de services de réseaux à des opérateurs de réseaux et des prestataires de services, tandis que les marchés de détail comprennent la fourniture de services de communications aux utilisateurs finals ⁽³⁴⁾. À l'intérieur de ces grandes catégories, il est possible de définir des marchés plus restreints, non seulement sur la base des caractéristiques du service concerné et de la mesure dans laquelle il peut être remplacé par d'autres services en fonction du prix, de l'usage et de la préférence des consommateurs, mais aussi en procédant à une analyse des conditions de concurrence et de la structure de la demande et de l'offre ⁽³⁵⁾. Compte tenu des avantages de

⁽³²⁾ Les prestataires de services (également appelés «revendeurs») sont des entités habilitées à proposer des services directement aux utilisateurs finals sous leur propre marque (marketing, facturation, etc.), sur la base de temps de connexion en gros acheté sur le réseau mobile d'un tiers. La base juridique de l'obligation de fournir aux prestataires de services un accès aux réseaux 3G est l'article 4 du règlement sur la protection des clients dans le domaine des télécommunications (Journal officiel fédéral I, p. 2910), modifié en dernier lieu par le deuxième règlement sur la protection des clients dans le domaine des télécommunications (Journal officiel fédéral 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], et par la section 15 des licences 3G allemandes.

⁽³³⁾ Les MVNO sont des entreprises qui possèdent leur propre code de réseau mobile et leur propre série de numéros IMSI (identité nationale de l'abonné mobile) ou une série équivalente pour la troisième génération, mais qui ne détiennent pas de licence pour l'exploitation de fréquences sans fil.

⁽³⁴⁾ Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications — cadre général, marchés en cause et principes, (communication sur l'accès) (JO C 265 du 22.8.1998, p. 2, point 45); lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques (lignes directrices sur la puissance de marché) (JO C 165 du 11.7.2002, p. 6, point 64).

⁽³⁵⁾ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO C 372 du 9.12.1997, p. 5); lignes directrices concernant l'application des règles de concurrence de la Communauté au secteur des télécommunications (JO C 233 du 6.9.1991, p. 2).

la mobilité et du prix plus élevé qu'elle implique, les services mobiles ne peuvent en général pas être remplacés par des services fixes. Les services mobiles et les services vocaux fixes appartiennent donc à des marchés de services différents, ainsi que la Commission l'a établi dans nombre de ses décisions ⁽³⁶⁾.

- (46) Les principaux marchés d'accès aux réseaux et marchés de services touchés par la présente décision sont les suivants:
- a) le marché des sites et des infrastructures de sites pour les équipements de radiocommunications mobiles numériques;
 - b) le marché de l'accès en gros à l'itinérance nationale pour les services de communications 3G.

En outre, les marchés de l'accès en gros aux services 3G ainsi que les marchés de détail pour les services 3G situés en aval sont affectés indirectement.

5.2. Marchés de gros de l'accès aux réseaux mobiles

- (47) L'accès aux installations physiques, c'est-à-dire les sites et les infrastructures de sites telles que les pylônes et les antennes, les conduits, les lignes louées et les droits de passage, qui constituent des éléments des infrastructures de réseaux de télécommunications mobiles, peut permettre d'accéder à certains marchés de réseaux mobiles. En outre, il existe des marchés de gros de l'accès aux réseaux et de services de réseaux pour la fourniture de services de communications mobiles numériques à d'autres opérateurs. Ils comprennent essentiellement:
- a) premièrement, des services de réseaux en gros liés à l'interconnexion, qui permettent l'établissement de communications entre les utilisateurs de réseaux différents, et
 - b) deuxièmement, les services d'accès en gros, qui permettent aux clients d'autres opérateurs d'utiliser un réseau hôte ou un réseau visité.
- (48) Les services de réseaux en gros liés à l'interconnexion comprennent la terminaison d'appel (le service de gros consistant à mettre fin à un appel d'un utilisateur final), le départ d'appel (le service de gros consistant à permettre à un utilisateur final de commencer une communication), ainsi que les services d'interconnexion directe (fourniture d'un lien physique direct entre les réseaux de terminaison d'appel et les réseaux de départ d'appel) et des services de transit (fourniture d'un lien indirect entre les réseaux de terminaison et les réseaux de départ, par transit sur un ou plusieurs réseaux tiers). Les services d'accès liés à l'utilisa-

tion d'un réseau «hôte» ou «visité» par les clients d'autres opérateurs comprennent la fourniture en gros d'itinérance nationale et internationale ainsi que la fourniture en gros de temps de connexion.

5.3. Marchés directement affectés par l'accord

5.3.1. *Le marché des sites et des infrastructures de sites pour les équipements de radiocommunications mobiles numériques*

Marché de produits/infrastructures

- (49) Les réseaux de télécommunications, tant de la deuxième que de la troisième génération, reposent sur une architecture de réseau cellulaire, basée sur des antennes réparties sur la zone de couverture, qui permettent à des signaux radio d'être reçus par les utilisateurs finals et transmis à ceux-ci dans un rayon donné ⁽³⁷⁾. Les opérateurs de réseaux de télécommunications mobiles 2G et 3G ont besoin de sites pour implanter les antennes ainsi que les autres infrastructures de site, tels que les pylônes, les boîtiers de support, l'alimentation en électricité, les multiplexeurs et les liaisons de transmission.
- (50) Pour acquérir de tels sites (soit en les achetant, soit, plus couramment, en les louant), il faut conclure un accord avec les propriétaires du site et obtenir une autorisation de planification des autorités locales et, dans certains cas, l'agrément des autorités de régulation, afin de limiter les risques d'interférence des fréquences radio. Bien que le nombre des propriétés qui puissent être transformées en sites pour l'implantation d'équipements de communications mobiles numériques soit en théorie illimité, il ne l'est pas dans la pratique, en raison des réglementations sur l'aménagement du territoire, de considérations liées à la santé ou à l'environnement ou d'une limitation de l'espace disponible dans les «points chauds» (c'est-à-dire les centres-villes, les aéroports et les gares et les zones souterraines). Pour qu'un bien immobilier puisse devenir un site, il doit donc être utilisable en tant que tel d'un point de vue technique, répondre aux contraintes imposées par la législation et s'intégrer à l'architecture de réseau répartie sur le territoire à couvrir, conformément aux besoins en matière de capacité.

⁽³⁶⁾ Lignes directrices sur la puissance de marché, point 66. La décision de la Commission 98/2001/CE dans l'affaire COMP/M.1439, Telia/Telenor (JO L 40 du 9.2.2001, p. 1); décision de la Commission du 12 avril 2000 dans l'affaire COMP/M.1795, Vodafone Airtouch/Mannesmann (JO L 40 du 9.2.2001, p. 1); décision de la Commission du 20 septembre 2001 dans l'affaire COMP/M.2574, Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia (JO C 325 du 21.11.2001, p. 12); décision de la Commission du 10 juillet 2002 dans l'affaire COMP/M.2803, Telia/Sonera (JO C 201 du 24.8.2002, p. 19).

⁽³⁷⁾ Les réseaux 2,5G se superposent aux réseaux 2G existants et étant fourni en Allemagne par les quatre opérateurs 2G en place (et leurs prestataires de services), ils ne seront pas analysés séparément.

- (51) Du point de vue de la demande, ce sont actuellement principalement les quatre opérateurs qui détiennent des licences 3G en Allemagne et prévoient de déployer des réseaux 3G, et qui exploitent d'ailleurs tous également des réseaux 2G, qui sont demandeurs de sites ⁽³⁸⁾. En principe, les sites 2G et 3G sont interchangeable, bien qu'en raison de la nature des différentes fréquences utilisées et de la capacité supplémentaire nécessaire pour les services 3G, la densité d'un réseau 3G soit plus importante et puisse nécessiter jusqu'à deux fois plus de sites qu'un réseau 2G. C'est pourquoi, une partie seulement de la demande de sites 3G peut être satisfaite à partir des sites 2G existants. Enfin, contrairement aux réseaux 2G, qui sont déjà pleinement déployés, le déploiement des réseaux 3G en Allemagne en est toujours au stade de la planification. Compte tenu des exigences imposées par la réglementation, c'est-à-dire une couverture de 25 % de la population d'ici à la fin de 2003 et de 50 % d'ici à fin 2005, c'est dans les zones urbaines et les autres zones à forte densité de population que la demande initiale de sites a été la plus élevée. Bien qu'il existe un certain degré de substituabilité entre différents types de sites (par exemple entre les toits et les pylônes, ou entre les sites multiples desservant des cellules plus petites, telles que des micro — ou pico — cellules, et des sites uniques desservant des macrocellules), il n'existe aucun autre produit qui puisse se substituer aux sites et aux infrastructures de site 2G et 3G.
- (52) Du point de vue de l'offre, l'accès aux sites et infrastructures de sites 2G et 3G peut être fourni en premier lieu par des opérateurs de réseaux 2G et 3G qui ont repéré, acquis et aménagé des sites pour exploiter leurs propres réseaux. En principe, les sites peuvent être partagés entre plusieurs opérateurs, bien qu'il existe des limites techniques au nombre d'opérateurs susceptibles de partager un site donné (en général pas plus de trois) ⁽³⁹⁾, en fonction de l'agencement des sites. Il semble que des économies de gamme soient possibles sur le plan de l'offre, dans la mesure où les opérateurs de réseaux préféreront sans doute traiter avec des parties susceptibles de leur apporter le plus grand nombre possible de sites répartis sur le plus grand nombre possible d'endroits, afin de minimiser les coûts de recherche et de transaction. Les opérateurs préféreront sans doute un partage «élargi» de sites avec d'autres opérateurs, qui couvre plusieurs éléments des infrastructures de site, ce qui leur permettra de réduire encore plus leurs coûts. Enfin, il est probable que dans les points chauds, tels que les centres-villes, la plupart des sites les plus favorables aient déjà été aménagés et ne soient donc pas toujours accessibles aux nouveaux arrivants.
- (53) L'offre des opérateurs de réseaux de radiodiffusion est limitée. Néanmoins, les opérateurs mobiles ont tendance à utiliser les structures de radiodiffusion lorsqu'elles sont adaptées aux exigences locales du service. En général, les équipements de radiodiffusion sont situés sur des sites qui permettent une couverture géographique beaucoup plus importante par rapport aux obligations de couverture de systèmes cellulaires. C'est pourquoi les sites de radiodiffusion sont généralement des structures de grande taille situées dans des lieux élevés et qui transmettent à des puissances importantes (des dizaines de kilowatts), afin de couvrir une partie aussi importante que possible de la population avec un nombre limité de sites. Pour des raisons de capacité, les réseaux de radio mobiles sont de nature cellulaire; chaque site permet une couverture suffisante, mais limitée, ce qui réduit les interférences entre les cellules et permet de réutiliser les fréquences attribuées dans d'autres zones. La taille de chaque cellule peut varier de quelques centaines de mètres à plusieurs kilomètres, la taille réelle étant déterminée par le niveau de capacité de réseau nécessaire. La hauteur du site et la puissance transmise constituent les principaux facteurs déterminant la taille des cellules, la puissance atteignant couramment des dizaines de watts et les pylônes des hauteurs situées entre 10 et 20 mètres.
- (54) Des sociétés indépendantes spécialisées dans le repérage, l'acquisition et la fourniture de sites à l'intention de tiers ont pénétré sur le marché allemand. D'autres parties qui contrôlent des sites, telles que les pouvoirs publics ou les services publics, peuvent également pénétrer sur ce marché, et l'ont déjà fait en Allemagne. En outre, les opérateurs historiques ont également acheté et loué des sites individuels, sur une base commerciale, directement aux propriétaires des sites, et ils continuent à le faire. Mis à part les contraintes liées à l'obtention d'une autorisation générale de planification, aux règles sanitaires et à l'obligation de réduire au minimum les interférences électromagnétiques mentionnées ci-dessus, il n'existe aucune obligation juridique, légale ou réglementaire sérieuse qui pourrait empêcher une entrée rapide sur le marché, et donc décourager une substitution sur le plan de l'offre. Pour pénétrer sur ce marché, il n'est pas nécessaire de consentir des investissements importants et une expertise technique limitée suffit. Une entrée sur le marché reste donc possible.
- (55) Compte tenu de l'analyse de l'offre et de la demande exposée ci-dessus, il est possible de conclure qu'il existe un marché des sites et des infrastructures de sites pour les équipements de radiocommunications mobiles numériques.

Marché géographique

⁽³⁸⁾ Les radiodiffuseurs numériques, ainsi que les fournisseurs de TETRA (réseaux radioélectriques à ressources partagées), si ces services décollent en Allemagne, seront également demandeurs de sites. À l'heure actuelle, les parties partagent uniquement des sites avec d'autres opérateurs 2G/2, 5G.

⁽³⁹⁾ Une analyse de l'utilisation partagée des sites figure sur le site internet: <http://www.regtp.de>.

- (56) Compte tenu de la structure de la demande, qui émane d'opérateurs possédant des licences nationales, et du fait que les règles de planification sont nationales ou locales, le marché est national, et il s'étend donc à l'Allemagne.

5.3.2. *Marché de gros de l'accès à l'itinérance nationale pour les services de communications 3G*

Marché de produits/services

- (57) On parle d'itinérance mobile lorsque les abonnés utilisent leur téléphone mobile ou, plus particulièrement, la carte SIM, c'est-à-dire la carte d'identification des abonnés, sur un réseau mobile différent (le réseau hôte ou réseau visité) de celui auquel ils sont abonnés et qui leur a attribué leur carte SIM (le réseau d'origine). L'itinérance peut être nationale ou internationale. Dans les deux cas, elle repose sur des accords conclus entre l'opérateur du réseau d'origine et l'opérateur du réseau visité pour la fourniture en gros d'un accès au réseau visité, qui est alors répercuté sur ses abonnés par le réseau d'origine, en tant que service de détail. Toutefois, le marché de l'itinérance nationale est différent de celui de l'itinérance internationale, notamment parce que la première n'implique pas d'accord entre des opérateurs étrangers, parce qu'elle n'est pas basée sur les accords types mis au point par l'association GSM⁽⁴⁰⁾, et parce que les prix sont sensiblement différents.
- (58) Malgré un chevauchement initial possible entre les services de détail 2G, 2,5G et 3G, l'accès en gros à l'itinérance nationale pour les services de communications 3G sera différent de l'accès 2G ou 2,5G du point de vue de la demande, car la gamme des services vocaux et des services de données qui peuvent être fournis sur la base de l'itinérance 3G est plus vaste et différente, du fait que des débits beaucoup plus élevés seront possibles (en pratique de 144 à 384 kbit/s pour l'itinérance 3G contre de 20 à 60 Kbit/s pour l'itinérance 2,5G et de 9 à 14 kbit/s pour l'itinérance 2G). Un examen plus complet des services vocaux et des services de données concernés figure ci-dessous, dans une section distincte.
- (59) Du point de vue de l'offre, seuls les opérateurs de réseaux 3G, ou d'autres parties capables de fournir le type d'accès en cause aux réseaux 3G de ces opérateurs, seront en mesure de fournir un accès de gros à l'itinérance nationale pour les services 3G. Compte tenu des obligations imposées par les licences, les barrières à l'entrée, exception faite d'une entrée secondaire basée sur les droits d'accès à un réseau 3G existant, sont totales. C'est pourquoi l'accès en gros à l'itinérance nationale pour les services de communications 3G constitue un marché de produits/services distinct.

⁽⁴⁰⁾ L'association GSM comprend 690 opérateurs, constructeurs et fournisseurs différents de réseaux mobiles 2 et 3G, qui développent collectivement des plates-formes techniques pour que les services sans fil fonctionnent de façon intégrée, en s'attachant tout particulièrement à l'itinérance et à l'interopérabilité. Voir site internet: <http://www.gsmworld.com>.

Marché géographique

- (60) Compte tenu du fait que les licences pour les réseaux 3G sont attribuées à l'échelon national et qu'il existe des différences de prix entre l'itinérance nationale et internationale, le marché en cause est de dimension nationale et s'étend donc à l'Allemagne.

5.4. **Autres marchés de gros et de détail potentiellement affectés**

5.4.1. *Marchés de gros potentiellement affectés*

Marchés de produits/services

- (61) Il est possible que plusieurs autres marchés de gros des services 3G et de l'accès au réseau 3G soient affectés par l'accord, par exemple le marché de la fourniture en gros de temps de connexion aux prestataires de services, qui existe en Allemagne parce qu'il est imposé par la réglementation. La fourniture en gros de temps de connexion est similaire à l'itinérance nationale, parce qu'elle porte également sur la fourniture en gros d'un accès aux réseaux et de minutes de connexion par un réseau hôte. Ce service est fourni à des prestataires de services par les opérateurs allemands détenant une licence; il constitue une condition de ces licences⁽⁴¹⁾. La différence entre ces deux formes d'accès est qu'un opérateur de réseau mobile qui a recours à l'itinérance nationale peut déterminer lui-même la gamme des services qu'il offrira à ses abonnés et peut proposer des services dont les clients du réseau hôte ne bénéficient pas. En revanche, un prestataire de services ne peut que revendre les services offerts par l'opérateur de réseau qui lui fournit du temps de connexion en gros.
- (62) Un autre marché de gros qui pourrait être affecté est celui des services de départ d'appel, où des fournisseurs de services de sélection de l'opérateur achètent le droit d'avoir accès à des réseaux mobiles afin d'émettre des appels qu'ils termineront sous leur propre responsabilité. Ce type de marché ne semble pas exister en Allemagne à l'heure actuelle, mais il existe dans d'autres États membres, par exemple au Royaume-Uni. Il est possible que de nouvelles formes d'accès en gros aux réseaux et services 3G apparaissent à l'avenir et constituent des marchés en cause distincts.

⁽⁴¹⁾ Article 4 du KTV (règlement sur la protection des clients dans le domaine des télécommunications) du 11 décembre 1997 (Journal officiel allemand I, p. 2910), modifié en dernier lieu par le deuxième règlement sur la protection des clients dans le domaine des télécommunications (Journal officiel allemand 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], et par l'article 15 des licences allemandes 3G.

- (63) La fourniture en gros de services réseaux et de services d'accès aux réseaux 3G est sans doute différente de la fourniture de ces mêmes services en 2G ou 2,5G, dans la mesure où la gamme des services susceptibles d'être fournis sur des réseaux 3G est plus vaste et différente, en raison des débits beaucoup plus élevés qui sont possibles sur ces réseaux. Toutefois, compte tenu du fait que les marchés de gros 3G sont encore des marchés naissants, il est trop tôt pour apprécier en détail la demande de services de réseaux et la demande d'accès à ces marchés à des conditions commerciales, à l'exception de la demande d'accès à du temps de connexion en gros qui émane de prestataires de services, parce qu'elle répond à des obligations réglementaires imposées aux opérateurs de réseaux 3G. Du point de vue de l'offre, ces marchés sont logiquement limités aux opérateurs de réseaux 3G et à toute autre partie susceptible d'obtenir le droit de fournir le degré d'accès nécessaire à des réseaux 3G.

Marché géographique

- (64) Compte tenu du fait que l'attribution des licences et la détermination des prix se font à l'échelon national, ces marchés de gros devraient être de dimension nationale⁽⁴²⁾.
- (65) Comme il n'est pas nécessaire de définir ces marchés de façon plus précise aux fins de la présente décision, leur définition sera laissée en suspens.

5.4.2. Marchés de détail potentiellement affectés

- (66) Si la coopération prévue par l'accord est limitée à un partage de sites et à la fourniture d'itinérance nationale en gros, les effets de cette coopération pourraient se faire sentir sur des marchés de services de détail situés en aval, où les parties opèrent indépendamment l'une de l'autre. Dans le domaine des services mobiles de détail, les services vocaux et textuels ont jusqu'à présent été offerts de façon groupée, ce qui laisse à penser qu'ils pourraient faire partie du même marché. Les parties estiment que tous les opérateurs de réseau sont susceptibles de proposer des services vocaux et textuels 2G et 3G «intégrés», sur une seule carte SIM. Toutefois, on s'attend à une modification fondamentale de l'équilibre entre les services vocaux et textuels: alors que les services textuels 2G sont essentiellement limités aux télécopies et aux SMS et que les services vocaux représentent en général plus de 90 % des recettes des opérateurs mobiles 2G, on s'attend à ce que pour les réseaux 3G, avec des services tels que le téléachat, la téléphonie vidéo et la vidéoconférence, les services tex-

tuels représentent en fin de compte de 50 % à deux tiers des recettes générées. C'est pourquoi il est utile d'analyser séparément les services de téléphonie vocale mobile numérique et les services de données mobiles numériques. Dans un premier temps tout au moins, cette distinction correspond en grande partie à celle établie entre les services commutés par circuits et les services commutés par paquets.

Services vocaux mobiles numériques

- (67) En ce qui concerne les marchés de la téléphonie vocale mobile, la Commission n'a en général pas opéré de distinction, jusqu'à présent, entre les différentes technologies. Dans la plupart de ses décisions, elle a considéré que les services GSM 900 et 1800, tant analogiques que numériques, appartenaient au même marché de la téléphonie vocale mobile, tout en examinant également des marchés définis de façon plus étroite, afin de s'assurer qu'il n'y aurait aucune position dominante, quelle que soit la définition du marché retenue⁽⁴³⁾. Toutefois, comme la téléphonie mobile analogique a été supprimée en Allemagne au 1^{er} janvier 2000, les services concernés par l'accord sont les services de téléphonie vocale mobile numérique. Jusqu'à présent, la Commission n'a pas estimé qu'il existait des marchés différents pour les services de détail 2G, 2,5G et 3G⁽⁴⁴⁾.
- (68) Par la suite, toutefois, selon des sources sectorielles, des services de transmission «voix et données» sur des réseaux 3G devraient se développer. Il s'agit de services vocaux intégrés à des services de données, tels que les vidéophones grand public et les systèmes de conférences multimédias, pour lesquels les capacités des réseaux 2G et 2,5G ne sont pas suffisantes. Il est donc possible qu'un marché de détail distinct pour les services vocaux 3G émerge à l'avenir, ou même que les services vocaux et les services de transmission de données 3G fusionnent pour

⁽⁴²⁾ Voir toutefois l'affaire COMP/M.2898, TDC/CMG/Migway JV (JO C 16 du 19.1.2002, p. 16) (décision de la Commission du 4 octobre 2001), qui a identifié des marchés s'étendant à l'Union européenne pour la connectivité aux réseaux de signalisation internationale et pour l'accès de gros (SMS) aux infrastructures de téléphonie mobile.

⁽⁴³⁾ Voir décision de la Commission du 21 mai 1999 dans l'affaire IV/M.1430 — Vodafone/Airtouch (JO C 295 du 15.10.99, p. 2); décision de la Commission du 21 mai 1999 dans l'affaire COMP/JV.17 — Mannesmann/Bell Atlantic/Omnitel (JO C 11 du 14.1.2000, p. 4); décision de la Commission 98/2001/CE du 13 novembre 1999 dans l'affaire COMP/M.1439 — Telia/Telenor (JO L 40 du 9.2.2001, p. 1); décision de la Commission du 20 décembre 1999 dans l'affaire COMP/M.1760 — Mannesmann/Orange (JO C 139 du 18.5.2000, p. 15); décision de la Commission du 12 avril 2000 dans l'affaire COMP/M.1795 — Vodafone Airtouch/Mannesmann (JO C 141 du 19.5.2000, p. 19); décision de la Commission 4 août 2000 dans l'affaire COMP/M.2053 — Telenor/BellSouth/Sonofon (JO C 295 du 18.10.2000, p. 11); décision de la Commission du 11 août 2000 dans l'affaire COMP/M.2016 — France Telecom/Orange (JO C 261 du 12.9.2000, p. 6); décision de la Commission du 25 septembre 2000 dans l'affaire COMP/M.2130 — Belgacom/Tele Danmark/T-Mobile International/Ben Nederland Holding (JO C 362 du 18.12.2001, p. 6).

⁽⁴⁴⁾ Voir décision de la Commission du 12 avril 2000 dans l'affaire COMP/M.1795 — Vodafone Airtouch/Mannesmann (JO C 141 du 19.5.2000, p. 19); décision de la Commission du 29 juin 2000 dans l'affaire COMP/M.1954 — ACS/Sonera Vivendi/Xfera (JO C 234 du 18.8.2000, p. 6); décision de la Commission du 25 septembre 2000 dans l'affaire COMP/M.2130 — Belgacom/Tele Danmark/T-Mobile International/Ben Nederland Holding (JO C 362 du 18.12.2001, p. 6).

constituer un seul marché. L'amélioration des services vocaux, tant sur le plan de la qualité que sur le plan de la gamme, apportée par la technologie 3G, devrait permettre de justifier un supplément de prix pour ces services. En outre, elle devrait entraîner une substitution à sens unique entre les services 2G, d'une part, et les services 3G, d'autre part (les utilisateurs remplaçant les services 2G par les services 3G, mais pas l'inverse), ce qui constituerait une preuve de l'existence de marchés distincts. Aux fins de la présente décision, toutefois, il n'est pas nécessaire de déterminer si les services vocaux 2G et 3G devraient être considérés comme des marchés de produits distincts. La définition des marchés de produits en cause est donc laissée en suspens.

Services mobiles numériques de transmission de données

(69) En ce qui concerne la transmission des données, il existe une différence fondamentale entre les services 2G, d'une part, et les services 2,5G et 3G, d'autre part, les premiers étant commutés par circuits, tandis que les seconds sont commutés par paquets, c'est-à-dire basés sur une technologie différente qui possède des capacités techniques différentes et améliorées. Dans la mesure où les services et les contenus disponibles sur les réseaux 3G devraient être bien meilleurs que les services 2G, tant en ce qui concerne le débit que la gamme des services disponibles, toute substituabilité entre les services 2G et 3G sera sans doute à sens unique. On doit donc en conclure que les services 2G et 3G appartiennent sans doute à des marchés distincts. Bien qu'il semble qu'il y aura un certain chevauchement entre les services 2,5G et 3G, dans la mesure où les premiers permettent, par exemple, le courrier électronique mobile, la messagerie multimédia et un accès continu à Internet, ils ne permettent toutefois pas les débits nécessaires pour produire les services de transmission de données haut de gamme qui devraient émerger sur les réseaux 3G. Il semble donc qu'il puisse y avoir un marché émergent de la fourniture de services mobiles de détail 3G pour la transmission de données.

(70) Compte tenu du facteur distinctif que constitue la mobilité, la Commission a jusqu'à présent estimé que les services de transmission de données mobiles et fixes constituaient des marchés distincts⁽⁴⁵⁾. Toutefois, les services de transmission de données 3G dans les largeurs de bandes les plus élevées ne pourront sans doute être fournis que dans des conditions de couverture optimale et avec une mobilité très faible, voire nulle. Dans le même temps, des réseaux locaux sans fil sont en train de se développer. Ils permettent la communication de (WLAN) données, y compris l'accès large bande à internet, avec une mobilité limitée dans une zone précise (par exemple à l'intérieur d'immeubles ou dans des lieux publics). Il n'est pas exclu

⁽⁴⁵⁾ En ce qui concerne l'accès par ligne commutée à internet au moyen de combinés mobiles et d'appareils fixes, la décision de la Commission du 20 juillet 2000 dans l'affaire COMP/JV 48, Vodafone/Vivendi/Canal+. Site internet: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases>.

qu'une telle mobilité limitée devienne la norme pour l'ensemble, ou la plupart, des services de transmission de données à grandes largeurs de bande. Par conséquent, on ne sait pas encore si des services tels que les WLAN viendront compléter les services 3G ou les remplacer, et si la distinction entre services fixes et mobiles de transmission de données disparaîtra et s'il est possible qu'un marché de la communication de données sans fil à large bande émerge.

(71) Les services 2,5G étant toujours en voie d'émergence et les services 3G n'en étant actuellement qu'au stade de la planification, il n'est pas possible de déterminer avec précision s'ils appartiennent à un même marché ou à des marchés différents, si les services vocaux et les services de données mobiles numériques appartiennent au même marché et si certains services 3G appartiennent au même marché que les services de transmission de données à large bande comme les WLAN. Toutefois, aux fins de la présente décision, il n'est pas nécessaire de déterminer si les services de transmission de données 2G, 2,5G et 3G et/ou les services vocaux, ainsi que les services de transmission de données sans fil à large bande, doivent être considérés comme des marchés de produits distincts. La définition des marchés de produits en cause est donc laissée en suspens.

Marchés géographiques

(72) Compte tenu du fait que les prix de détail et les offres de services dans le secteur de la téléphonie mobile numérique sont jusqu'à présent nationaux, les marchés demeurent eux aussi nationaux, à l'exception du marché émergent de la fourniture de services de télécommunications mobiles intégrés paneuropéens à des clients qui se déplacent à l'échelle internationale, que la Commission a identifié pour la première fois dans l'affaire Vodafone/Mannesmann⁽⁴⁶⁾. Les services d'itinérance internationale ne constituent pas un substitut, en raison du prix élevé et de la fonctionnalité limitée de l'itinérance internationale⁽⁴⁷⁾. En outre, les opérateurs de réseaux ont généralement refusé d'autoriser l'itinérance permanente sur la base d'un accès à l'itinérance internationale, qui consiste à permettre aux clients d'un réseau étranger d'utiliser en permanence sur leur propre réseau. Par conséquent, le ou les marchés identifiés ci-dessus sont des marchés nationaux.

⁽⁴⁶⁾ Voir décision de la Commission du 12 avril 2000 dans l'affaire COMP/M.1795 — Vodafone Airtouch/Mannesmann (JO C 141 du 19.5.2000, p. 19); décision de la Commission du 11 août 2000 dans l'affaire COMP/M.2016 — France Telecom/Orange (JO C 261 du 12.9.2000, p. 6).

⁽⁴⁷⁾ Voir décision de la Commission du 22 juin 1998 dans l'affaire IV/JV.2 — ENEL/FT/DT (JO C 178 du 23.6.1999, p. 15); décision de la Commission du 21 mai 1999 dans l'affaire IV/M.1430 — Vodafone/Airtouch (JO C 295 du 15.10.1999, p. 2); décision de la Commission 98/2001/CE du 13 novembre 1999 dans l'affaire COMP/M.1439 — Telia/Telenor (JO L 40 du 9.2.2001, p. 1).

5.5. Structure du marché

5.5.1. Le marché des sites et des infrastructures de site pour les équipements de radiocommunications mobiles numériques

- (73) Bien que les opérateurs préfèrent généralement traiter avec des parties susceptibles de fournir un grand nombre de sites en même temps, il n'existe pas d'importantes entraves à l'entrée, les investissements ou l'expertise technique exigés sont limités, et les propriétaires de sites individuels peuvent négocier directement avec les opérateurs de réseaux mobiles. Les concurrents réels ou potentiels sur ce marché comprennent d'autres opérateurs allemands de réseaux et services 2G et/ou 3G qui détiennent une licence, les sociétés de chemins de fer et les radiodiffuseurs, les compagnies d'électricité ainsi que des sociétés spécialisées dans la gestion d'infrastructures de télécommunications qui achètent et proposent de l'accès à des sites («tower companies»), tels que New Radio Tower, Plan+Design Netcare AG et Tessag SAG Abel Kommunikationstechnik GmbH & Co. Kg. T-Mobile a récemment transféré ses activités dans le domaine du repérage, de l'acquisition et de la location des sites, y compris le partage des sites, à une personne morale distincte, Deutsche Funkturm GmbH. Sur les [40 000 à 70 000]* sites qui existent, on estime qu'environ [10 000 à 20 000]* sont détenus par T-Mobile, [10 000 à 20 000]* par D2 Vodafone, [5 000 à 15 000]* par E-Plus et [5 000 à 15 000]* par O2 Germany. Toujours selon les estimations, [2 000 à 6 000]* sites seraient détenus par les chemins de fer allemands, [2 000 à 6 000]* par le radiodiffuseur ARD et environ [2 000 à 6 000]* par d'autres sociétés, y compris Mobilcom, des compagnies d'électricité et des gestionnaires d'infrastructures de télécommunications.

5.5.2. Accès en gros à l'itinérance nationale pour les services de communications 3G

- (74) En Allemagne, il n'y a actuellement d'itinérance nationale 2G que pour les clients de O2 Germany sur le réseau T-Mobile⁽⁴⁸⁾. T-Mobile détient par conséquent 100 % du marché de gros de l'itinérance nationale 2G en Allemagne. Dans la mesure où, en pratique, l'itinérance 3G concernera essentiellement des clients de O2 Germany utilisant le réseau T-Mobile, celle-ci devrait détenir une part similaire sur le marché de gros de l'itinérance nationale 3G. Toutefois, T-Mobile est soumis à la concurrence potentielle d'autres opérateurs de réseaux 3G, qui pourraient proposer des services d'itinérance nationale pour un coût supplémentaire faible, voire nul, mais avec peut être des limites de capacité.
- (75) Il existe des barrières à l'entrée élevées, à cause de la nécessité d'obtenir des licences, du nombre limité de licences disponibles et du coût élevé tant de l'acquisition d'une licence 3G en Allemagne que des investissements nécessaires dans les infrastructures de réseau 3G. Les

possibilités d'entrée sur le marché au niveau des opérateurs de réseaux sont limitées, dans la mesure où l'on ne pense pas que de nouvelles licences seront délivrées ou que les licences de Group 3G et de Mobilcom, qui ne déploieront pas leurs réseaux 3G, seront réattribuées. Bien qu'il ne soit pas exclu que les licences de Group 3G et de Mobilcom soient transférées à une autre entreprise, soit avec l'approbation de l'autorité de réglementation nationale ou par le biais d'une reprise de ces entreprises, ce scénario est peu probable, le contexte n'étant actuellement pas favorable aux investissements. C'est pourquoi les principaux concurrents réels ou potentiels sur les marchés de l'accès et des services en gros sont les deux autres détenteurs de licences qui prévoient de déployer des réseaux et des services 3G en Allemagne, les tiers revendant de l'accès et des services d'itinérance en gros sur le réseau de ces autres opérateurs ou sur les réseaux des parties pouvant constituer des concurrents potentiels.

5.5.3. Services de détail 3G

- (76) En Allemagne, il y a six opérateurs qui ont obtenu des licences leur permettant d'utiliser des droits de fréquence 3G et de fournir des réseaux et services 3G. Outre T-Mobile et O2, il s'agit de D2 Vodafone, E-Plus, Mobilcom et Group 3G. Toutefois, tant Group 3G/Quam que Mobilcom ont passé par pertes et profits leurs actifs 3G et ont abandonné leurs projets d'entrer sur le marché 3G en tant qu'opérateurs de réseaux, bien que Mobilcom puisse y demeurer en tant que prestataire de services⁽⁴⁹⁾. Les principaux concurrents sur les marchés de détail 3G sont donc D2 Vodafone et E-Plus, ainsi que des prestataires de services potentiels tels que Mobilcom et Debitel, qui achètent du temps de connexion en gros aux opérateurs de réseau pour le revendre, et aussi les opérateurs de réseaux mobiles virtuels (MVNO) qui pourraient apparaître sur ce marché.
- (77) Les réseaux et les services 3G n'ayant pas encore été déployés, il n'est pas possible d'estimer avec précision les parts de marché ni d'évaluer la substituabilité entre les services 2G et 3G à l'heure actuelle. Toutefois, si l'on se base sur les parts de marché estimées pour 2002 dans le secteur des services de détail 2G pour évaluer la part détenue sur les marchés 3G, en tenant compte des chiffres relatifs aux clients des prestataires de services opérant sur leurs réseaux, T-Mobile possédait une part de marché de 41,7 % et O2 Germany une part de 7,8 %, contre 38,3 % pour D2 Vodafone et 12,2 % pour E-Plus. Si l'on ne comptabilise que les abonnés propres des opérateurs, T-Mobile détenait une part de marché de 29 %, contre 7,5 % pour O2 Germany, 28 % pour D2 Vodafone et 7 % pour E-Plus. Au total, 29 % des abonnés sont répartis entre plus de 10 prestataires de services différents, à la tête desquels se trouvent Debitel, avec une part de marché de 12,7 %, et Mobilcom, avec 8,8 %. Group 3G n'est pas présent sur les marchés 2G en Allemagne.

⁽⁴⁸⁾ L'accord concerné a fait l'objet d'une notification dans l'affaire COMP/C1/37.500 — VIAG Interkom + T-Mobil, qui a été clôturée par une lettre administrative de classement, le 13 juillet 1999.

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

6. ARGUMENTS SOULEVÉS PAR LES PARTIES

(78) Les parties expliquent essentiellement par des raisons financières la nécessité de l'accord de partage du réseau 3G qu'elles ont conclu. Elles affirment en particulier que ce partage est nécessaire:

- a) premièrement, parce que les infrastructures de réseau 3G sont plus onéreuses que leurs prédécesseurs, étant donné la densité d'antennes beaucoup plus élevée (deux fois plus que pour les réseaux GSM 2G) qui est requise;
- b) deuxièmement, en raison du fait que, depuis l'attribution des licences 3G, les prévisions de recettes générées par les services 3G ont été revues à la baisse, et
- c) troisièmement, à cause de l'augmentation du coût de financement imputable au ralentissement généralisé du secteur des télécommunications mobiles.

Par cet accord, les parties espèrent réduire de près de [15-35 %]* leurs investissements en infrastructures de réseau et réaliser des économies supplémentaires en termes de coûts d'exploitation. Par la suite, elles ont revu à la baisse les économies de coûts qu'elles estimaient réalisables.

6.1. Article 81, paragraphe 1, du traité CE/article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE

(79) Selon les parties, l'accord n'aura pas pour objet ou pour effet de restreindre sensiblement la concurrence à l'intérieur du marché commun, ce qui serait contraire à l'article 81, paragraphe 1, du traité CE et à l'article 51, paragraphe 1, de l'accord EEE: en effet, le partage de sites et, éventuellement, du RAN auquel elles envisagent de procéder ne débouchera pas sur le partage des cœurs de réseau ou des fréquences, et l'accord les oblige à maintenir une pleine concurrence au niveau des services et du détail. En outre, la planification, la conception et l'exploitation du réseau continueront de se faire de façon indépendante, et les informations techniques ne seront divulguées qu'en cas de nécessité absolue.

6.2. Article 81, paragraphe 3, du traité CE/article 51, paragraphe 3, de l'accord EEE

(80) La principale restriction de concurrence potentielle concerne la limitation de la revente de capacité d'itinérance pour la fourniture de services vocaux aux MVNO. Si l'accord devait être considéré comme restreignant la concurrence, il pourrait néanmoins, selon les parties, bénéficier d'une exemption conformément à l'article 81, paragraphe 3, du traité CE et à l'article 51, paragraphe 3, de l'accord EEE. Compte tenu des droits de licence élevés qu'elles ont dû acquitter et de la nette diminution de la valeur commerciale du spectre 3G, les parties estiment que le partage des infrastructures leur permettra de réduire leurs dépenses d'investissement et leurs frais de fonctionnement, grâce à des investissements en infrastructures et des coûts d'exploitation moindres. O2 Germany, le principal bénéficiaire de l'itinérance nationale aux termes de l'accord, estime que celui-ci lui permettra de réduire de [15-35 %(*)] les coûts de déploiement de son réseau 3G, essentiellement grâce à l'itinérance. Elles estiment que cet accord est nécessaire, étant donné que le partage des

infrastructures leur permettra de réduire une partie de la charge résultant de l'ouverture simultanée de l'accès au marché 3G à l'intérieur de l'Union européenne. Elles indiquent de plus que l'approche qu'elles ont suivie est conforme à la politique menée par la RegTP et par d'autres autorités nationales de régulation, telles que l'Oftel (Royaume-Uni). En outre, le partage des infrastructures est nécessaire du fait des restrictions imposées en matière de planification, ainsi que pour répondre aux préoccupations dans le domaine de l'environnement.

(81) Les parties font valoir que cet accord profitera en dernier ressort aux consommateurs, puisque des services de troisième génération plus rapides et plus novateurs leurs seront fournis à des prix moins élevés. Dans le cadre de leur coopération, les parties ne fourniront pas des produits standardisés, mais continueront à être en concurrence directe dans les domaines suivants: applications de contenus, prix de détail, prix de gros, conditions de service après-vente, débouchés, service à la clientèle et marketing. Elles en concluent donc que la concurrence sera non seulement préservée, mais également accrue sur les marchés allemands des réseaux et des services 3G. Enfin, elles font valoir que comme il est indispensable qu'elles aient un droit de regard sur les personnes qui auront accès à leur réseau, afin de pouvoir protéger leurs investissements, l'accord n'aurait pas pu être conclu sans la restriction relative à la revente aux MVNO «voix».

7. OBSERVATIONS DE TIERS

(82) La première communication publiée⁽⁵⁰⁾ par la Commission après réception de la notification, en février 2002, et la communication qu'elle a ensuite publiée conformément à l'article 19, paragraphe 3, du règlement n° 17⁽⁵¹⁾, ont suscité des observations de l'autorité allemande de la concurrence, le Bundeskartellamt, ainsi que de cinq autres acteurs du marché, à savoir des opérateurs de réseaux mobiles ainsi que des prestataires de services et des sociétés opérant sur des marchés voisins en Allemagne. Bien que certains d'entre eux aient déclaré approuver le partage des réseaux, tous ont critiqué l'accord tel qu'il se présente actuellement. Les parties ayant notifié une modification à l'accord qui concernait l'itinérance nationale, le Bundeskartellamt et les acteurs du marché ayant présenté des observations à propos de la communication «article 19, paragraphe 3» se sont vu donner l'occasion de réagir également à cette modification.

7.1. Observations du Bundeskartellamt (BKA)

(83) Le BKA estime qu'en ce qui concerne l'UMTS, la concurrence basée sur la qualité des réseaux et la capacité de transmission sera particulièrement importante et dépendra du degré de concurrence au niveau des infrastructures. C'est pourquoi il aurait tendance à voir, dans toute forme de partage d'un réseau, une restriction de concurrence, sauf si la concurrence au niveau des infrastructures n'est pas possible pour des raisons pratiques ou juridiques. À cet égard, le BKA tiendrait également compte, entre autres, des préoccupations en matière d'environnement des entreprises concernées, ainsi que de leur situation financière. Il précise qu'en Allemagne, il est de plus en plus

⁽⁵⁰⁾ JO C 53 du 28.2.2002, p. 18.

⁽⁵¹⁾ JO C 189 du 9.8.2002, p. 22.

difficile d'obtenir des autorisations de planification de sites et que cela contraint les opérateurs à avoir recours au partage de sites. Il note également que la situation financière des opérateurs mobiles peut nécessiter un partage des réseaux, afin de permettre à un opérateur de pénétrer sur le marché.

- (84) Par conséquent, le BKA estime qu'il n'y aura pas de restriction de la concurrence pour autant que le partage des sites soit nécessaire afin de permettre aux parties de respecter les obligations qui leur sont imposées dans le cadre de leurs licences (notamment l'obligation de couverture de 50 % de la population d'ici à 2005) et qu'il leur soit donc indispensable pour pénétrer sur le marché. Le BKA estime que le partage du RAN, qu'il ne juge pas nécessaire pour remplir les obligations imposées par les licences, constitue une restriction de la concurrence qui ne pourrait être acceptable que si elle était nécessaire pour rendre possible une entrée sur le marché. En ce qui concerne le partage des sites, tant après 2005 qu'au-delà de l'obligation de couverture de 50 % de la population, et le partage du RAN, le BKA pense qu'ils comportent des restrictions de la concurrence, mais qu'ils pourraient bénéficier d'une exemption.
- (85) Toutefois, le BKA estime que la limitation de la revente de capacité d'itinérance aux opérateurs de réseaux mobiles virtuels, prévue à la clause 11 de l'accord, ne peut pas bénéficier d'une exemption, parce qu'elle aurait les mêmes effets qu'une coordination des prix entre concurrents. Dans ses observations, le BKA n'aborde pas l'itinérance nationale en tant que telle et il n'a pas commenté les modifications apportées par les parties à l'accord pour ce qui est de l'itinérance sur le territoire soumis à l'obligation de couverture de 50 % de la population.

7.2. Observations transmises par des acteurs du marché

- (86) L'un de ces acteurs est opposé par principe à l'itinérance nationale, qu'il estime constituer une restriction de la concurrence au niveau des réseaux. Il est également opposé au partage élargi des sites et au partage du RAN, car selon lui, ils auront pour conséquence un degré d'harmonisation des réseaux tel qu'il ne sera plus possible de les distinguer. Il affirme que cela aboutira à l'élimination, dans une large mesure, non seulement de la concurrence au niveau de la qualité des réseaux, mais également de la concurrence au niveau des services. Il a ajouté qu'il n'avait pas constaté qu'à la suite de l'accord, les parties étaient en train de procéder à un déploiement plus rapide des réseaux 3G.
- (87) Un deuxième acteur du marché s'est déclaré favorable, en principe, au partage des réseaux, qui constitue un moyen de limiter les coûts et de faciliter l'entrée sur le marché, mais il demande que la non-exclusivité de l'accord soit renforcée par un engagement pris par les parties de libérer des capacités suffisantes sur le réseau en faveur de tiers.
- (88) Le troisième acteur du marché a affirmé que l'accord de partage du réseau pourrait permettre aux parties d'utiliser les économies qu'elles réaliseraient ainsi pour entrer sur le marché de la radiomessagerie et des services de messagerie d'urgence, ainsi que sur des marchés voisins de services 3G, et chasser les concurrents moins importants de ces marchés.

- (89) Deux acteurs du marché ont soulevé des objections à l'encontre de la clause 11 de l'accord, affirmant que l'obligation d'agrément préalable par l'opérateur du réseau hôte pour la revente de capacité d'itinérance afin de permettre la fourniture de services vocaux par des opérateurs de réseaux mobiles virtuels, prévue par cette clause, a entraîné une restriction de concurrence sur le ou les marchés de détail des services 3G.
- (90) La Commission a soigneusement examiné toutes les observations reçues et pour ce qui est des observations des tiers qui traduisaient de réelles préoccupations sur le plan de la concurrence, le raisonnement de la Commission à propos de ces préoccupations sera exposé ci-après, dans l'appréciation juridique.

8. RESTRICTIONS DE CONCURRENCE

- (91) L'article 81, paragraphe 1, du traité CE et l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE interdisent les accords entre entreprises susceptibles d'affecter les échanges entre États membres et ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun. La Commission est habilitée à exempter des accords restreignant la concurrence qui sont contraires à l'article 81, paragraphe 1, du traité CE, et à l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE, pour autant que les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, du traité et à l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE soient remplies.
- (92) L'accord notifié est un accord de coopération horizontale entre deux concurrents, qui comprend également certains aspects verticaux. Il n'a pas pour objet de restreindre la concurrence par la fixation de prix, la limitation de la production ou la répartition de marchés ou de clients, mais il peut avoir pour effet de restreindre la concurrence, dans la mesure où T-Mobile et O2 Germany sont concurrents sur deux marchés, ceux des réseaux et services mobiles numériques 2G et 3G.
- (93) L'accord entre T-Mobile et O2 Germany implique une coopération dans le déploiement des réseaux 3G des parties, essentiellement par i) un partage des sites et ii) un accès à l'itinérance nationale. Les parties ont notamment l'intention de coopérer au niveau de la planification, de l'acquisition, de la construction, du déploiement et du partage de sites 3G, ainsi qu'en se fournissant des services d'itinérance. Elles coopéreront donc de façon intensive pour ce qui est du déploiement de leurs réseaux mobiles 3G. Une coopération aussi poussée entre deux opérateurs, qui affecte des marchés où il n'y a qu'un nombre limité de concurrents et des marchés où les barrières à l'entrée sont élevées, sinon totales, pose des problèmes de concurrence. L'accord pourrait notamment i) réduire la concurrence au niveau des réseaux en Allemagne et ii) avoir des retombées sur les marchés de services. En outre, toutes les dispositions restrictives, telles que les restrictions imposées à la revente, devront être examinées.

8.1. Applicabilité de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE

(94) Dans la mesure où le partage des sites, le partage du RAN et l'itinérance nationale devraient être considérés comme des formes distinctes de coopération, ayant des effets sur des marchés différents, ils seront analysés séparément.

8.1.1. Partage élargi des sites

(95) Le partage des sites est en principe encouragé par les pouvoirs publics, tant dans l'Union européenne qu'au niveau national. En outre, les autorités nationales peuvent imposer le partage d'infrastructures, notamment lorsqu'il n'y a pas de solution de remplacement viable pour les concurrents. L'article 11 de la directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (directive sur «l'interconnexion») déclare que les autorités réglementaires nationales sont habilitées à encourager et à imposer la co-implantation et le partage des installations⁽⁵²⁾. En Allemagne, il a été transposé par l'article 33 de la loi allemande sur les télécommunications (TKG), qui dispose que des tiers peuvent réclamer l'accès à des installations essentielles d'opérateurs dominants⁽⁵³⁾. Dans le nouveau cadre réglementaire, le considérant 23 de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive-«cadre») ⁽⁵⁴⁾ dispose que «le partage de ressources peut avoir des effets bénéfiques en matière d'urbanisme, de santé publique ou d'environnement, et il devrait être encouragé par les autorités réglementaires nationales, sur la base d'accords volontaires». L'article 12 de la directive-cadre stipule que les autorités réglementaires nationales peuvent imposer un partage des installations lorsque les entreprises n'ont pas accès à des solutions de remplacement viables pour des raisons liées à la protection de l'environnement, de la santé publique et de la sécurité ou pour répondre à des objectifs d'urbanisme et d'aménagement du territoire. Une réglementation sectorielle peut donc constituer une bonne solution si d'autres sites ne sont pas disponibles et si les concurrents ne parviennent pas à négocier un accès aux sites et/ou aux infrastructures de site nécessaires aux conditions du marché.

(96) L'ensemble des opérateurs allemands pratiquent aujourd'hui le partage de site, sur la base d'accords bilatéraux,

pour la deuxième génération, et cela sera sans doute toujours le cas pour la troisième génération. Il existe actuellement des accords-cadres sur l'utilisation de sites communs entre T-Mobile, D2 Vodafone et E-Plus. En outre, les pouvoirs publics allemands favorisent le partage des sites, afin de réduire au minimum le nombre total de sites nécessaires, pour des raisons environnementales et de santé publique. C'est pourquoi, le 9 juillet 2001, un accord général a été conclu entre, d'une part, l'ensemble des opérateurs de réseaux mobiles et, d'autre part, les associations de communes, dans le but de maximiser le partage des sites⁽⁵⁵⁾. Du fait de cet accord, les opérateurs de réseaux mobiles allemands échangent des informations, à l'échelon régional, sur les sites nécessaires, en particulier sur les municipalités concernées, afin de parvenir à une proportion aussi forte que possible de sites partagés.

(97) Le marché des sites et des infrastructures de site pour les équipements de radiocommunications mobiles numériques a été défini ci-dessus. Les parties estiment qu'à ce jour, environ [40 000 à 70 000]* sites ont été acquis pour les réseaux 2G en Allemagne, dont une partie importante peut être utilisée pour les réseaux 3G. A l'heure actuelle, sur le marché allemand, 64 % des sites sont utilisés par un seul opérateur, 20 % par deux opérateurs et 16 % par trois opérateurs ou plus⁽⁵⁶⁾. Dans la mesure où les réseaux 3G seront, dans un premier temps, concentrés dans les zones urbaines, afin de couvrir la proportion de population requise, il est vraisemblable que le pourcentage de sites partagés sera plus important pour la troisième génération que pour la deuxième. La répartition des sites déjà déployés entre les opérateurs de réseaux est évaluée comme suit: [10 000 à 20 000]* seraient détenus par T-Mobile, [10 000 à 20 000]* par D2 Vodafone, [5 000 à 15 000]* par E-Plus et [5 000 à 15 000]* par O2 Germany. Selon les estimations, au moins 20 000 nouveaux sites seront acquis pour les réseaux 3G. Outre son parc de [10 000 à 20 000]* sites, T-Mobile prévoit d'ajouter [...] pour son réseau 3G. Une partie des nouveaux sites sera partagée: dans leur notification, les parties affirment qu'elles pensent partager jusqu'à [20-35%]* de leurs sites 3G dans le cadre de l'accord. Selon des informations plus récentes fournies par les parties, O2 Germany pense désormais partager jusqu'à [40-55 %]* de ses sites 2G et 3G avec l'ensemble des autres opérateurs, y compris T-Mobile, et [15-30 %]* avec T-Mobile uniquement. T-Mobile prévoit aujourd'hui partager [...] des sites de pylônes et [...] des sites situés sur les toits avec les trois autres opérateurs.

⁽⁵²⁾ JO L 199 du 26.7.1997, p. 32.

⁽⁵³⁾ Loi sur les communications (TKG) du 25 juillet 1996 (Journal officiel fédéral I, p. 1120) modifié en dernier lieu par la première loi sur la révision de la loi sur les télécommunications du 21 octobre 2002 (JO I, p. 4186). [Telekommunikationsgesetz vom 25. Juli 1996, BGBl. I, S. 1120; Änderungsgesetz zum TKG — Kleine Novelle vom 25.10.2002, BGBl. I, S. 4186].

⁽⁵⁴⁾ JO L 108 du 24.4.2002, p. 33.

⁽⁵⁵⁾ Vereinbarung über den Informationsaustausch und die Beteiligung der Kommunen beim Ausbau der Mobilfunknetze zwischen Deutscher Städtetag, Deutscher Landeskreisrat, 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⁾ Sur la base de données de la RegTP pour mai 2001, sur un échantillon total de 39 690 sites.

- (98) Le marché est très concentré et à l'heure actuelle, les parties détiennent ensemble une part de marché d'environ 45 %. Outre les parties, deux autres sociétés ont obtenu des licences qui leur permettent de développer leurs propres réseaux, dont au moins une, D2 Vodafone, détient déjà une position très forte sur les marchés 2G. Ces sociétés sont également présentes sur le marché des sites et des infrastructures de site pour les équipements de radiocommunications mobiles numériques. Toutefois, bien que la grande majorité des sites allemands soit actuellement détenue par des opérateurs de réseaux mobiles, plusieurs gestionnaires de réseaux de télécommunications sont également en train de pénétrer sur le marché allemand; en outre, des sites individuels peuvent également être obtenus directement de leurs propriétaires. Qui plus est, le partage de sites ne réduit pas, en principe, le nombre des sites dont peuvent disposer les autres opérateurs de réseaux: dans la mesure où il réduit le nombre de sites dont les opérateurs impliqués dans le partage ont besoin individuellement, il augmente la proportion des sites qui, sur la totalité du parc, sont accessibles à d'autres opérateurs.
- (99) Du côté de la demande, le marché est encore plus concentré, puisqu'il se limite aux quatre opérateurs 2G/3G détenant une licence qui opèrent encore sur le marché allemand. Les parties présentes du côté de la demande sont également présentes du côté de l'offre, et elles ont en principe la possibilité d'acquiescer des sites pour leurs propres besoins de façon complètement indépendante des parties et de tout autre opérateur, si elles le souhaitent. Dans la mesure où les parties sont susceptibles de demander à accéder à des sites contrôlés par les autres opérateurs 2G et 3G, ceux-ci pourront faire contrepois.
- (100) En outre, la politique des pouvoirs publics ainsi que, comme expliqué ci-dessus, la capacité de l'ANR à imposer un partage des sites lorsqu'il n'y a pas de solution de remplacement viable, favorisent l'accès des tiers aux sites contrôlés par les parties. Enfin, l'accord ne limite pas la liberté commerciale qu'ont les parties de pratiquer le partage des sites avec des tiers, et les deux parties prévoient d'ailleurs de continuer à pratiquer activement le partage de sites avec des tiers. Par conséquent, l'accord ne semble pas devoir éliminer la concurrence sur le marché des sites et des infrastructures de site pour les équipements de radiocommunications mobiles numériques. Il faut encore examiner si, à la suite du partage des sites, les parties, en raison de la similitude plus grande de leurs structures de coûts, risquent ou non de voir se réduire les éléments qui permettent de distinguer leurs offres de services au détail ou si, à la suite du partage des sites, elles risquent de coordonner leurs activités sur d'autres marchés.
- (101) La part des coûts totaux représentée par les sites partagés étant relativement faible, les économies que les parties comptent réaliser grâce au partage des sites sont limitées.
- O2 Germany estime que les économies de coûts dues au seul partage des sites s'élèveraient à [7-17 %]* du montant total des économies qu'elle réalisera, grâce à l'accord, au niveau des coûts de déploiement des réseaux, c'est-à-dire [15-35 %]*; en d'autres termes, les économies dues au partage des sites s'élèveront à [moins de 5 %]* des économies totales réalisées. En ce qui concerne les sites 2G, T-Mobile n'escompte aucune réduction supplémentaire des coûts par rapport à celles déjà réalisées dans le cadre des accords actuels de partage des sites 2G. En revanche, les parties estiment qu'elles pourront tirer profit du partage de sites du fait que la planification et la mise en oeuvre seront plus rapides, les plans radio pouvant être réalisés à l'avance parce que les informations sur les sites seront disponibles plus rapidement que s'il n'y avait pas eu partage des sites. De toute façon, les parties ne posséderont et ne contrôleront pas de sites conjointement, mais elles seront en concurrence l'une avec l'autre, ainsi qu'avec les autres opérateurs de réseaux, pour l'acquisition de leurs propres sites, et s'accorderont mutuellement un droit d'utilisation de leurs sites. C'est pourquoi elles n'auront pas, à la suite de l'accord, une forte proportion de coûts communs. Par conséquent, le partage des sites n'aboutira pas à une similitude des structures de coûts des parties de nature à affecter leur capacité à concourir efficacement l'une avec l'autre sur les marchés en aval des réseaux ou des services.
- (102) Il ne semble pas non plus qu'il y ait des effets sensibles sur la concurrence sur aucun des autres marchés de réseaux ou de services. L'étendue de la coopération dans le domaine du partage des sites est conforme à l'appréciation de l'ANR, la RegTP, sur le degré minimal d'indépendance requis pour permettre un contrôle indépendant des réseaux et des services par les différentes parties. Les parties conservent notamment un contrôle indépendant sur leurs coeurs de réseau, y compris toutes les parties intelligentes des plate-formes de réseaux et de services, qui déterminent la nature et la portée des services fournis. Elles conservent également un contrôle indépendant sur leur planification radio ainsi que la liberté d'ajouter des sites, y compris des sites non partagés, afin d'augmenter la couverture et la capacité de leurs réseaux, qui semblent être les principaux paramètres de concurrence au niveau des réseaux et qui auront sans doute une incidence importante sur le niveau de concurrence dans le domaine des services. Dans la mesure où le partage des sites entraînera une réduction des coûts de recherche de sites et permettra en fin de compte une densité plus grande des réseaux, il peut améliorer la concurrence au niveau des réseaux, et donc aussi au niveau des services, à la fois entre les parties et avec des tiers. C'est pourquoi le partage des sites entre les parties, tel qu'il est défini dans l'accord notifié, n'entraînera pas de restrictions de concurrence.
- (103) Aux fins du partage des sites, les parties ont déclaré qu'elles échangeraient les informations nécessaires au déploiement commun des sites, c'est-à-dire les informations techniques et les données relatives à la localisation pour les

différents sites, ce qui implique évidemment que chaque partie devra dévoiler où elle a l'intention de déployer son réseau. Elles affirment qu'il n'y aura pas d'autres échanges d'informations sur le déploiement prévu des réseaux 3G. La clause 2.6 de l'accord stipule qu'il n'y aura pas d'échange d'informations sensibles sur le plan de la concurrence entre les parties au-delà du minimum d'informations nécessaires pour permettre la planification des réseaux. Les échanges d'informations techniques seront limités à ce qui est nécessaire pour permettre une forme de coopération entre les parties qui ne restreigne pas la concurrence. C'est pourquoi, cet échange ne constitue pas non plus, en soi, une restriction de concurrence.

8.1.2. Partage du RAN

- (104) Bien que l'accord prévoit la possibilité d'examiner la perspective d'un partage du RAN entre les parties, ce partage n'est actuellement pas prévu. En outre, les modalités d'un partage du RAN entre les parties ne sont pas exposées de façon suffisamment détaillée dans la notification pour permettre à la Commission de procéder à une analyse en vertu de l'article 81 CE/53 EEE. Cet aspect n'est donc pas couvert par la présente décision.

8.1.3. Itinérance nationale

Itinérance O2 Germany sur le réseau T-Mobile dans la zone de couverture de 50 % de la population

- (105) Par des modifications apportées à l'accord notifié le 20 septembre 2002 et le 22 janvier 2003, les parties ont convenu que O2 Germany pourra acheter en gros des droits d'itinérance nationale sur les réseaux 3G de T-Mobile entre le 1^{er} janvier 2003 et le 31 décembre 2008. Cela signifie qu'au cours de cette période, O2 Germany achètera en gros à T-Mobile des services d'itinérance nationale dans la zone où O2 Germany est tenue, par la réglementation en vigueur, de couvrir 50 % de la population allemande avec son réseau. T-Mobile ne disposera pas d'un droit équivalent d'acheter en gros de l'itinérance nationale sur le réseau de O2 dans cette zone. Après en avoir discuté avec la Commission, les parties ont convenu de limiter la durée de l'itinérance dans la zone soumise à l'obligation de couverture de 50 % de la population. Pour cela elles ont défini trois zones distinctes (zones 1, 2 et 3), dans lesquelles l'itinérance sera progressivement supprimée sur la base du calendrier établi à la section 4.3.1 ci-dessus, et qui ont été intégrées à l'accord par la modification du 21 mai 2003.

Itinérance réciproque en dehors de la zone de couverture de 50 % de la population

- (106) L'accord, tel qu'il avait été notifié initialement, prévoit, pour T-Mobile et O2 Germany, un droit réciproque d'achat en gros d'itinérance nationale en dehors de la zone soumise à l'obligation de couverture de 50 % de

la population. Concrètement, T-Mobile a l'intention de couvrir [...] de la population allemande avec ses réseaux 3G d'ici à fin 2006 et de fournir une couverture supplémentaire en fonction de la demande, tandis que O2 Germany a l'intention [...]*. Étant donné que le réseau de T-Mobile sera plus étendu et qu'un opérateur de réseau a tout avantage à utiliser son propre réseau s'il veut garder un contrôle sur les coûts et sur des paramètres tels que la qualité du réseau et le débit, il est probable que T-Mobile n'aura que peu recours à l'itinérance sur le réseau de O2 Germany et que l'itinérance nationale consécutive à l'accord sera essentiellement une itinérance de O2 Germany sur le réseau T-Mobile, et non l'inverse.

Effets sur la concurrence

Effets sur les marchés de gros

- (107) Le marché de l'accès en gros à l'itinérance nationale pour les services de communications 3G a été défini au considérant 57. L'itinérance nationale entre les opérateurs de réseaux qui détiennent une licence leur permettant de déployer et d'exploiter leurs propres réseaux mobiles numériques concurrents restreint par définition la concurrence entre ces opérateurs sur tous les marchés de réseaux voisins, pour ce qui est de paramètres essentiels tels que la couverture, la qualité et le débit. Elle restreint la concurrence sur l'étendue et les délais de mise en place de la couverture, parce qu'au lieu de déployer son propre réseau pour obtenir un degré de couverture maximal du territoire et de la population dans les délais les plus brefs possibles, un opérateur pratiquant l'itinérance n'utilisera que le degré de couverture réalisé par le réseau de l'opérateur visité. L'itinérance nationale restreint également la concurrence sur la qualité des réseaux et sur les débits, parce que l'opérateur pratiquant l'itinérance sera limité par la qualité du réseau et les débits dont il pourra disposer sur le réseau visité, qui sont fonction des choix techniques et commerciaux effectués par l'opérateur du réseau visité. Enfin, selon l'accord, l'itinérance nationale sera facturée à des prix de gros, sur la base des tarifs de terminaison d'appel pour ce qui est des communications vocales et sur [un système de tarification à minoration]* pour ce qui est des services de transmission de données. Dans le cas de O2 Germany, l'itinérance nationale représentera une [...]*. Par conséquent, les tarifs de gros qu'il sera en mesure de facturer aux acquéreurs de ses services de réseau et de ses services d'accès en gros seront limités par les prix de gros qu'il devra payer à T-Mobile.
- (108) Les effets de ces restrictions seront plus défavorables dans les zones où le déploiement de réseaux parallèles concurrentiels est manifestement viable sur le plan économique, notamment dans les zones urbaines centrales, et où la concurrence est donc plus restreinte par l'itinérance. Inversement, les effets seront moins défavorables lorsque la viabilité d'un déploiement est moins manifeste, comme cela peut être le cas dans des zones d'importance commerciale secondaire, notamment en zones rurales et dans les régions éloignées.

- (109) Compte tenu du fait qu'elle limitera la capacité de O2 Germany et T-Mobile à entrer en concurrence dans le domaine de la couverture, de la qualité, des débits et des prix de gros, l'itinérance nationale 3G entre O2 Germany et T-Mobile aura une incidence sur la concurrence sur tous les marchés de réseaux 3G en Allemagne, y compris le marché de l'accès en gros à l'itinérance nationale pour les services de communications 3G et le marché de l'accès en gros à du temps de connexion pour les services 3G.
- (110) Les marchés 3G étant des marchés émergents, il n'existe pas d'informations sur les parts de marché. Toutefois, sur le marché de l'accès en gros à l'itinérance nationale pour les services de communications 3G, il n'existe en Allemagne que quatre opérateurs détenant une licence qui aient la possibilité de déployer des réseaux. Les barrières à l'entrée dues aux obligations liées aux licences et aux investissements sont très élevées, sinon totales⁽⁵⁷⁾. Il est donc clair qu'une coopération entre deux des quatre seuls acteurs du marché, même si l'un de ces deux opérateurs (O2 Germany) n'a pas pour l'instant l'intention de déployer un réseau [*], est de nature à restreindre la concurrence de façon sensible. L'accord sur l'itinérance nationale (tel que modifié) constitue donc une restriction de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE.

Effets sur les marchés de détail

- (111) En outre, il convient d'examiner si l'accord sur l'accès en gros à l'itinérance 3G restreint la concurrence pour les services de détail 3G. L'itinérance nationale au niveau du marché de gros entraînera une plus grande uniformité des conditions au niveau du marché de détail, dans la mesure où la couverture, la qualité et les débits seront sans doute similaires. Les débits détermineront dans une large mesure les types de services qu'un opérateur donné sera en mesure de fournir. En outre, la date d'introduction d'un service donné sera déterminée par le moment auquel certains débits seront possibles, avec un niveau de fiabilité donné, sur les réseaux, et les débits devront être coordonnés pour que les opérateurs puissent fournir une itinérance nationale. Enfin, comme les opérateurs qui auront recours à l'itinérance nationale 3G en gros devront payer des frais pour l'accès en gros qui, pour les services de transmission de données, seront basés [sur un système de tarification à minoration]*, les possibilités de concurrence par les prix seront limitées. Le système du prix [...] * risque lui-même d'entraîner une coordination des prix de détail.
- (112) Il est donc probable que la coopération entre les parties sur le marché de gros de l'itinérance nationale 3G aura une incidence sur la concurrence entre les parties sur les marchés de détail situés en aval. Bien que le nombre des

acteurs présents sur ces marchés de détail soit appelé à être plus important que le nombre de ceux opérant au niveau des réseaux et que l'on ne puisse disposer d'aucune donnée précise sur les parts de marchés, si l'on se base sur la part de marché cumulée des parties pour la deuxième génération, cette part de marché sera de 36,5 % [T-Mobile: 29 %; O2 Germany: 7,5 %] si l'on tient compte que des clients propres des parties, et de 49,5 % [T-Mobile: 41,7 %; O2 Germany: 7,8 %] si l'on tient compte également des clients finals des prestataires de services opérant sur les réseaux des parties. Par conséquent, la part de marché cumulée des parties sur les marchés des services de détail 3G dépassera probablement 10 %, en prenant comme base toutes les possibilités plausibles d'évolution du marché; la restriction est donc sensible.

Obligation d'achats minimaux

- (113) L'accord sur l'itinérance nationale 3G n'est pas exclusif, mais il prévoit une obligation d'achats minimaux de O2 Germany à T-Mobile de [...] * d'euros sur une période de trois ans à compter de la date de lancement des services d'itinérance 3G concernés. Les modifications de l'accord permettant à O2 Germany d'avoir recours à l'itinérance sur le réseau de T-Mobile dans la zone de couverture de 50 % de la population prévoient que O2 Germany versera à T-Mobile un montant [...] *. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une obligation d'achats minimaux, cette obligation pourrait elle aussi avoir pour effet de concentrer les achats d'accès à l'itinérance nationale 3G de O2 Germany sur le réseau T-Mobile.
- (114) Toutefois, il n'est pas nécessaire d'analyser plus avant ni l'obligation d'achat minimal ni le montant fixe à verser pour voir s'ils pourraient éventuellement entraîner un verrouillage du marché. La vente d'itinérance 3G en gros entre opérateurs de réseau 3G titulaires d'une licence est considérée comme une restriction de la concurrence. C'est pourquoi, les obstacles potentiels auxquels seraient confrontés d'autres opérateurs de réseaux 3G titulaires d'une licence fournissant cette forme de coopération ne peuvent être interprétés comme constituant en soi une restriction supplémentaire de la concurrence. En revanche, si l'une des parties concluait un accord en vue d'acheter d'importants volumes d'accès à l'itinérance nationale à un ou à deux autres opérateurs de réseau 3G titulaires d'une licence, il conviendrait d'analyser cet accord en vertu des règles de concurrence.

Revente aux MVNO

- (115) La clause 11 (c) de l'accord limite la possibilité, pour les parties, de revendre des droits d'accès à l'itinérance à des tiers; elle impose notamment l'agrément préalable de l'autre partie en cas de revente de capacités d'itinérance à des MVNO proposant des services de téléphonie vocale à des utilisateurs finals. Parce qu'elles concernent la revente de droits d'accès, les restrictions concernées sont de nature verticale. Toutefois, conformément à l'article 2, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'ar-

⁽⁵⁷⁾ Voir section 5.5.2.

ticle 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux, l'exemption par catégorie relative aux accords verticaux ne s'applique pas aux accords verticaux réciproques entre entreprises concurrentes ⁽⁵⁸⁾.

- (116) C'est pourquoi cette restriction doit être évaluée à la fois au regard des lignes directrices sur la coopération horizontale, pour ce qui est des effets collusoires possibles, et au regard des lignes directrices sur les restrictions verticales, pour ce qui est de sa dimension verticale. Une analyse basée sur les lignes directrices relatives à la coopération horizontale montre qu'une limitation des catégories de clients auxquels l'acquéreur peut vendre les services faisant l'objet du contrat limite la production et constitue donc une restriction de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE, qui nécessite une analyse individuelle en vertu de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE et de l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE ⁽⁵⁹⁾. Ces dispositions doivent donc être appliquées aux restrictions imposées à la revente aux MVNO «voix», afin de déterminer s'il existe des gains d'efficacité susceptibles de compenser les restrictions de concurrence concernées.

Limitation de la revente à d'autres opérateurs de réseaux

- (117) En imposant un agrément préalable de l'opérateur du réseau visité, la clause 11 c) de l'accord limite également la revente de droits d'itinérance à d'autres opérateurs de réseaux titulaires d'une licence. Les parties ont fait valoir que cette restriction était nécessaire pour permettre une planification de la capacité du réseau et garantir la qualité du service. Toutefois, il n'est pas nécessaire d'analyser ces arguments. La vente d'accès en gros à l'itinérance 3G entre opérateurs de réseaux 3G titulaires d'une licence est considérée en tant que telle comme une restriction de la concurrence. C'est pourquoi les restrictions imposées à la participation d'autres opérateurs de réseaux 3G titulaires d'une licence à cette forme de coopération ne peuvent être interprétées comme constituant une restriction de la concurrence. Au contraire, si l'une des parties devait conclure un accord de revente de volumes importants d'accès à l'itinérance nationale à l'un ou aux deux autres opérateurs de réseaux 3G titulaires d'une licence, il faudrait alors engager une appréciation au regard des règles de concurrence.

Échange d'informations à des fins d'itinérance nationale

- (118) La clause 2.6 de l'accord interdit aux parties d'échanger des «informations présentant de l'importance sur le plan

de la concurrence». À cet égard, les parties ont déclaré qu'elles n'échangeraient pas d'informations sur leurs prévisions en matière de besoins de capacité, c'est-à-dire qu'il n'y aura pas d'échange d'informations sur le nombre de leurs clients ni sur leurs besoins spécifiques.

- (119) Toutefois, les parties échangeront certaines données techniques fondamentales qui sont absolument nécessaires pour fournir un service d'itinérance intégré, notamment les numéros de canaux, les numéros d'identification des clients (CID) ainsi que des informations sur l'identification des interconnexions. Une itinérance intégrée nécessite un passage sans heurts entre les deux réseaux concernés, c'est-à-dire sans que le client n'ait besoin de se connecter manuellement à l'autre réseau au moment du changement de réseau. Pour permettre un passage sans interruption entre les cellules, il faut que les paramètres radio concernés soient communiqués au réseau visité; il s'agit de l'identité de la cellule, des coordonnées de sa situation géographique, de la hauteur d'antenne, du type d'antenne, de la direction du principal rayon radio, de l'affaiblissement des câbles et des performances du noeud B. Comme il s'agit d'informations indispensables pour l'itinérance nationale, cet échange d'informations ne constitue pas une restriction de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE, nécessitant une analyse individuelle.

8.2. Effet sur les échanges entre États EEE

- (120) Les conditions d'accès aux infrastructures 3G et aux services en gros proposés par les opérateurs de réseaux mobiles affectent les échanges entre États EEE, du fait que les services fournis par l'intermédiaire de réseaux de télécommunications sont commercialisés dans l'ensemble de la Communauté — c'est le cas, par exemple, de la terminaison d'appels internationaux en gros et de l'accès en gros à l'itinérance internationale 3G — et parce que les conditions d'accès aux infrastructures de télécommunications et aux services en gros sont déterminantes pour que les autres opérateurs et prestataires de services et MVNO qui ont besoin de cet accès, puissent fournir leurs propres services ⁽⁶⁰⁾. Les conditions de partage de réseaux affecteront également les achats d'équipements de réseaux aux producteurs de ces équipements implantés dans différents États EEE. En outre, il y a de plus en plus d'échanges entre les États de l'EEE en matière d'investissement et d'entrée sur le marché des réseaux 3G. Pour cette raison, les conditions d'accès aux infrastructures 3G et aux services en gros affectent sensiblement le climat de l'investissement, y compris l'investissement entre États membres, dans les infrastructures et les services 3G, mais affectent également les conditions d'entrée sur le marché, notamment pour les opérateurs, les fournisseurs de services, les MVNOs et les fournisseurs de contenus des autres États de l'EEE.

⁽⁵⁸⁾ JO L 336 du 29.12.1999, p. 21. Voir la communication de la Commission relative aux lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C 291 du 13.10.2000, p. 1, considérant 52.

⁽⁵⁹⁾ Communication de la Commission — Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale, JO C 3 du 6.1.2001, p. 2, considérant 25.

⁽⁶⁰⁾ Voir communication sur l'accès, points 144 à 148.

8.3. Application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE et de l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE

(121) Comme l'a montré l'analyse ci-dessus, les clauses (modifiées) de l'accord relatif à l'itinérance nationale entrent dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE, dans la mesure où les dispositions relatives à l'itinérance nationale convenues par les parties ont un effet sensible sur la concurrence et affectent les échanges entre États EEE. Un accord contraire aux dispositions de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE peut être exempté pour autant qu'il réponde aux conditions suivantes, définies à l'article 81, paragraphe 3, du traité et à l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE:

- a) il doit contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits, ou à promouvoir le progrès technique ou économique;
- b) il doit réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte;
- c) il ne doit pas imposer aux entreprises concernées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs, ni
- d) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

8.3.1. Contribution de l'accord à l'amélioration de la production ou de la distribution et à la promotion du progrès technique ou économique

(122) Un accès à l'itinérance nationale 3G permettra à la partie pratiquant l'itinérance de fournir plus rapidement une meilleure couverture, une meilleure qualité et des débits plus élevés pour les services 3G de gros et de détail. La vente d'accès à l'itinérance procurera à l'opérateur du réseau hôte des ressources supplémentaires qu'il pourra investir dans son réseau et lui donnera également la possibilité d'utiliser sa capacité de réseau plus pleinement et plus rapidement que cela n'aurait été le cas autrement, ce qui le rendra plus efficace. Même si, dans la pratique, l'une seulement des parties devait exercer ses droits d'itinérance dans le cadre de l'accord, son utilisation des réseaux communs aux parties lui donnerait accès à une plus grande densité de réseaux et à une empreinte plus étendue qu'elle n'aurait pu le faire individuellement, ce qui rendra ses services de gros plus attrayants pour les consommateurs. Compte tenu du fait qu'elles seront exposées à la concurrence d'au moins deux autres opérateurs au niveau du réseau, les parties seront incitées à mettre en place une densité plus grande et une empreinte plus étendue, comme il se doit lors du lancement commercial de services 3G, et qu'elles ne se contenteront pas de réaliser des économies sur leurs coûts de réseau. Du fait de la concurrence de ces autres opérateurs ainsi que d'un certain nombre de prestataires de services et, probablement, de MVNO sur les marchés de détail, les parties continueront également à être incitées à fournir une gamme de services plus étendue et de meilleure qualité.

Itinérance de O2 Germany sur le réseau 3G de T-Mobile dans la zone de couverture de 50 %

(123) L'itinérance mobile de O2 Germany sur le réseau 3G de T-Mobile, dans la zone soumise par la réglementation en vigueur à une obligation de couverture de 50 % de la population d'ici au 31 décembre 2005, devrait entraîner une amélioration du choix et de la compétitivité, tant au niveau des marchés de gros que de détail. O2 Germany pourra ainsi, dès le départ, offrir pour ses services une meilleure couverture, une meilleure qualité et des débits plus élevés au cours de la phase de déploiement, en concurrence avec les autres prestataires de services 3G de gros et de détail, qu'il n'aurait pu le faire en opérant individuellement.

(124) Le réseau de O2 Germany sera conforme à la réglementation au 31 décembre 2005. Toutefois, comme il est le plus petit opérateur sur le marché mobile allemand, avec une faible part de marché 2G (environ 8 %), il est peu probable qu'il soit en mesure de déployer rapidement un réseau de haute qualité couvrant une zone suffisante pour lui permettre de concurrencer efficacement, dès le départ, d'autres opérateurs de réseaux et de services 3G allemands, titulaires d'une licence et bien implantés. Étant donné que les premiers à pénétrer sur le marché bénéficieront d'avantages importants, sa position limitera sans doute sa capacité à devenir un concurrent effectif et pourrait affecter la compétitivité globale du marché allemand. Il y a donc des avantages économiques en l'espèce à permettre à O2 Germany d'accéder à l'itinérance même dans les grands centres urbains, pendant une brève période, jusqu'à ce qu'il ait mis en place un réseau efficace. Cet accès permettra également à O2 Germany de lancer plus rapidement des services 3G, ce qui générera des revenus supplémentaires qui l'aideront à financer le déploiement de son réseau 3G, le rendant ainsi moins dépendant de l'itinérance sur le réseau de T-Mobile.

(125) En outre, si O2 Germany peut concentrer ses investissements réseau dans des zones où la demande est plus importante, c'est-à-dire les grands centres urbains, tout en ayant recours à l'itinérance dans les conurbations de moindre importance économique pendant une période plus longue, mais néanmoins limitée, il pourra fournir de meilleurs services de gros et de détail, y compris sur son propre réseau, qu'il n'aurait pu le faire autrement. Dans les zones souterraines, l'accès à l'itinérance est nécessaire pour permettre une couverture ininterrompue dans des zones stratégiques pour le consommateur, mais les règles de sécurité et les autorisations nécessaires limitent la capacité de O2 Germany de construire rapidement des réseaux séparés dans de tels endroits. Une exemption plus longue est donc justifiée pour ces zones particulières.

Itinérance réciproque en dehors de la zone de couverture de 50 %

(126) L'itinérance mobile de O2 Germany sur le réseau T-Mobile en dehors de la zone soumise par la réglementation en vigueur à une obligation de couverture de 50 % de la population d'ici au 31 décembre 2005, permettra notamment à O2 Germany de devenir un concurrent proposant une couverture nationale sur les marchés de détail 3G. Les parties ont apporté des preuves indiquant que sans l'accord, il est peu probable que O2 aurait été en mesure de fournir, dans les délais actuellement prévus, une couverture supérieure [...]*. Il convient également de noter que sur les marchés mobiles 2G, sur lesquels O2 Germany a probablement également pénétré en ayant largement recours, dans un premier temps, à l'itinérance nationale sur le réseau de T-Mobile, il a aujourd'hui réussi à mettre en place un réseau couvrant la quasi-totalité du territoire, allant ainsi bien au-delà de ce qui lui était imposé par sa licence, en étendant son réseau en fonction de la demande de ses services sur le marché.

(127) À la suite de l'accord, O2 Germany pourra également revendre, en dehors des zones couvertes par les obligations résultant de sa licence, un accès à l'itinérance nationale à des MVNO «données» et du temps de connexion 3G en gros à l'échelon national à des prestataires de services. L'accord favorise donc la concurrence sur les marchés de l'itinérance nationale 3G, du temps de connexion en gros ainsi que sur les marchés de détail, et il contribue donc à la production et à la distribution de ces services. Comme l'on s'attend à ce que les services 3G concernés constituent une vaste gamme de nouveaux produits de pointe sur le plan technologique, et dont la qualité et la fonctionnalité seront améliorées par rapport à celles des services 2G, l'accord est aussi de nature à promouvoir le progrès technique et économique.

(128) Enfin, l'accord sur l'itinérance nationale permet aux parties, notamment à T-Mobile, d'utiliser leurs réseaux de façon plus intensive, et donc plus efficace, notamment dans les zones moins peuplées. En leur permettant de retirer des avantages économiques plus grands de leur investissements dans les infrastructures, l'accord les incite à assurer une couverture plus importante, avec une meilleure qualité et des débits plus élevés. Cela contribuera également à la production et à la distribution des services concernés, ainsi qu'au progrès technique et économique.

8.3.2. Attribution d'une partie équitable du profit résultant de l'accord aux utilisateurs

(129) En permettant à O2 Germany, tout d'abord de concourir de façon plus efficace au cours de sa phase de déploiement, et ensuite de devenir un prestataire national de services 3G de gros et de détail (en tout cas le prestataire proposant la couverture géographique la plus large susceptible d'exister à ce moment-là), l'accord sur l'itinérance nationale 3G améliorera la concurrence sur les marchés tant des réseaux mobiles numériques que des services. La concurrence se développera plus rapidement et les concurrents seront incités à introduire de nouveaux services sur le marché. Ils

seront également soumis à de plus fortes pressions pour baisser leurs prix, grâce à de meilleures possibilités d'entrée sur le marché, avec une couverture plus vaste en raison de l'accès à l'itinérance nationale 3G entre les parties. Cela devrait permettre au consommateur de bénéficier plus rapidement d'une gamme plus vaste de services 3G nouveaux et techniquement plus évolués, qui devraient être d'une variété et d'une qualité plus grandes que les services 2G, ce qui rendra une concurrence par les prix plus probable.

(130) Les parties ont bien montré à quel point l'arrivée de nouveaux opérateurs sur le marché pouvait être bénéfique pour les consommateurs, en termes d'évolution des prix. Elles ont fourni des données montrant que l'arrivée d'un troisième et d'un quatrième opérateur sur le marché mobile 2G en Allemagne avait entraîné une réduction annuelle de l'indice des prix de détail d'environ 20 %. Or, à cette époque, O2 Germany a fortement dépendu, pour pouvoir devenir le quatrième opérateur national sur le marché mobile 2G, de la possibilité d'avoir accès à l'itinérance nationale sur le réseau T-Mobile. En outre, en raison de la concurrence accrue sur le marché de détail, toutes les économies de coûts qui pourront être réalisées, en raison de cette concurrence accrue, dans le domaine de l'accès à l'itinérance nationale accessible aux MVNO spécialisés dans la transmission de données, et dans le domaine de la revente de temps de connexion en gros pour des services fournis à l'échelle du pays aux prestataires de services (ou à des MVNO agissant en tant que prestataires de services), seront probablement répercutées sur les utilisateurs.

8.3.3. Caractère indispensable des restrictions concernées

Itinérance nationale

(131) Les clauses de l'accord modifié relatives à l'itinérance nationale sont indispensables pour garantir les avantages qui viennent d'être évoqués.

(132) En ce qui concerne l'itinérance dans la zone de couverture de 50 %, il convient de noter qu'en raison des caractéristiques géographiques de l'Allemagne et de la répartition de sa population, il existe un plus grand nombre de centres urbains, avec un nombre relativement plus faible d'habitants à couvrir, que dans le cas d'autres États membres, comme par exemple le Royaume-Uni. En outre, la population globale de l'Allemagne est beaucoup plus importante que celle du Royaume-Uni ou des autres États membres. Étant donné que la situation commerciale des réseaux 3G ne justifie pas encore actuellement une couverture nationale uniforme, mais que, conformément aux prévisions d'évolution de la demande, la couverture progressera petit à petit à partir des centres urbains et peut-être le long des principaux axes de transport, la couverture d'un pourcentage important de la population urbaine allemande nécessite des investissements comparativement importants. Même les investissements qui se concentrent sur les zones les plus densément peuplées nécessitent malgré tout la couverture et la connexion d'un nombre relativement important de zones géographiquement séparées.

(133) Enfin, O2 Germany étant le quatrième opérateur de réseau qui ait pénétré sur les marchés des GSM en Allemagne, il possède une clientèle relativement faible et dispose donc de ressources financières moins importantes que les opérateurs mieux implantés. Du fait que O2 Germany a moins de clients sur son réseau 2G, il dispose d'une capacité de réserve considérable pour les services vocaux, ce qui lui permet de limiter ses investissements dans son réseau 3G à ceux nécessaires pour permettre des services avec une plus grande largeur de bande, qui nécessitent une densité de réseau plus élevée. C'est pourquoi l'itinérance de O2 Germany sur le réseau 3G de T-Mobile pendant une période limitée, même dans les principales zones urbaines, est considérée comme proportionnée et indispensable, ce qui ne serait pas nécessairement le cas pour les opérateurs disposant d'une position plus forte sur le marché.

Restriction de la revente aux MVNO fournissant des services vocaux

(134) Les parties souhaitent exercer un contrôle sur les personnes qui auront un accès en gros à leurs réseaux 3G, exception faite des catégories qui y ont droit en vertu de la législation nationale, notamment en ce qui concerne la fourniture de temps de connexion en gros aux prestataires de services, et en écartant les MVNO qui fournissent des services de transmission de données ou agissent en tant que prestataires de services pour des services vocaux. C'est pourquoi elles exigent une autorisation préalable de l'opérateur hôte avant de permettre la revente d'accès à l'itinérance aux MVNO («voix»), c'est-à-dire les MVNO fournissant de la téléphonie vocale ou des services équivalents. En limitant la revente d'accès à l'itinérance pour la fourniture de services vocaux par des MVNO qui n'ont pas investi dans des licences ou des infrastructures 3G, les parties entendent protéger leur propre capacité à déployer des réseaux 3G et à protéger leurs investissements, afin de pouvoir offrir des services 3G techniquement avancés aux utilisateurs.

(135) Sans la possibilité de contrôler l'accès à leurs réseaux afin, notamment, de protéger leurs investissements d'une érosion des prix de détail des services vocaux offerts par les MVNO «voix» sur la base de la revente de capacité d'itinérance, les parties ne se seraient jamais engagées dans une telle offre mutuelle de capacité d'itinérance. Cela est crédible, car les parties ont fourni des calculs prouvant que toute perte subie sur les marchés de gros parce qu'elles ne s'accordent pas mutuellement un accès à l'itinérance, serait compensée du fait qu'elles ne subiraient pas les pertes de revenus qui se produiraient alors sur les marchés de détail. S'il n'avait pas accès à l'itinérance nationale pour les services 3G sur le réseau de T-Mobile, O2 Germany serait un concurrent moins efficace au cours de sa phase de déploiement et il n'aurait probablement pas la possibilité de pénétrer sur les marchés 3G de gros et de détail au niveau national (ou en tout cas en tant que prestataire proposant la couverture géographique la plus large susceptible d'exister à ce moment-là). En outre, les gains d'efficacité que T-Mobile réalisera grâce à la vente des capacités excédentaires de son réseau à O2 Germany, seraient perdus. De même, les autres avantages dus aux plus grandes possibilités de concurrence consécutives à la meilleure position de O2 Germany sur le marché ainsi qu'à l'accroissement de la couverture, de la qualité et des

débits, seraient perdus. La restriction est donc nécessaire pour que l'accord puisse être bénéfique.

(136) Cette restriction n'affecte en rien la liberté des parties de proposer l'accès en gros à leurs propres réseaux à n'importe quelle autre partie. En outre, son étendue sera limitée, dans la mesure où l'accord ne permet pas la revente d'accès en gros pour les services vocaux 3G aux prestataires de services et aux MVNO agissant en tant que prestataires de services, et permet la revente d'accès en gros à l'itinérance nationale pour les services de transmission de données 3G aux MVNO, sans aucune restriction; or, les services de transmission de données devraient occuper une place prépondérante sur les marchés de détail 3G. La concurrence n'est donc affectée que sur les marchés vocaux 3G. En ce sens, la restriction est proportionnelle à son objectif. C'est pourquoi, à l'heure actuelle, il n'existe pas de moyens moins restrictifs qu'une limitation de la revente aux MVNO de capacité d'itinérance pour les services vocaux, qui permettraient d'atteindre les mêmes résultats sur le fond.

Pas d'élimination de la concurrence pour une partie substantielle des produits et services en cause

(137) Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, le présent accord renforce la concurrence entre les quatre opérateurs de réseaux et de services 3G titulaires des licences qui prévoient de déployer des réseaux 3G en Allemagne et entre les prestataires de services et les MVNO, autres que ceux pratiquant la revente de capacité d'itinérance pour les services vocaux.

(138) L'accord permettra également une concurrence effective entre les parties. Bien qu'il s'appuie sur l'itinérance pour une partie de sa couverture, l'opérateur du réseau d'origine contrôlera son propre cœur de réseau, ce qui lui permettra d'offrir des services différenciés. En outre, la clause 5.6 de l'accord prévoit qu'afin de garantir une concurrence entre les parties sur les marchés de services, chacune d'entre elles devra garantir que les clients ayant recours à l'itinérance ne pourront avoir accès qu'au portefeuille de services et aux capacités de réseau accessibles aux tiers qui sont disponibles sur le réseau d'origine, et qu'ils ne pourront pas accéder aux services proposés sur le réseau visité, ni profiter de l'accès réseau destiné aux tiers *via* le réseau visité.

(139) La possibilité, pour l'opérateur du réseau d'origine, de contrôler le trafic généré par ses clients en dehors de son réseau et de fournir un accès à des services qui ne sont pas disponibles sur le réseau hôte, se trouve améliorée par l'utilisation de la technologie CAMEL (logique améliorée d'applications personnalisées pour réseau mobile), et aussi par les possibilités de rappel, ainsi qu'en témoigne le fait que les clients de O2 Germany ayant recours à l'itinérance sur le réseau T-Mobile peuvent accéder actuellement à des services 2G basés sur la localisation différents de ceux dont peuvent disposer les utilisateurs T-Mobile sur ce même réseau. Pour les services de détail 3G, le contrôle sur les services accessibles aux consommateurs pendant qu'ils seront en train d'utiliser l'itinérance augmentera, car pour tous les transferts de données, les utilisateurs seront connectés au réseau de transmission de données par paquets par l'intermédiaire de leur réseau d'origine.

(140) En outre, l'opérateur du réseau d'origine gardera la responsabilité de la détermination des prix et de la facturation. Bien que l'opérateur hôte fournisse une facturation détaillée à l'opérateur du réseau d'origine, il n'existe pas de relation directe entre les conditions commerciales de l'offre d'itinérance en gros et les différents services de détail basés sur cette offre. À titre d'exemple, O2 Germany propose une facturation «click-based», c'est-à-dire qui est fonction du comportement du client sur le réseau, pour ses services 2,5G, ce qui n'est pas le cas de T-Mobile.

(141) Les coûts de gros de l'itinérance 3G se limitent à des coûts de transport, même si ceux-ci sont importants, auxquels viennent s'ajouter des coûts de contenu qui, pour les services de transmission de données 3G riches en contenu, devraient augmenter, à l'avenir, par rapport aux coûts de transport. Pour le coeur de réseau, les coûts supportés par les opérateurs différeront en fonction des équipementiers choisis, du mode de transmission à l'intérieur du coeur de réseau (par lignes louées fixes ou sur un réseau à micro-ondes sans fil), du rapport entre le nombre d'utilisateurs et la capacité disponible, des coûts d'exploitation ainsi que de la maintenance et des opérations. Enfin, compte tenu du fait qu'il y a une marge entre les prix de gros applicables et les prix de détail escomptés et que plus la grande partie du trafic sera exclue de l'itinérance, il est probable qu'il y aura toujours des écarts de prix sensibles.

(142) C'est pourquoi, l'élimination de la concurrence émanant de MVNO en ce qui concerne la revente de capacité d'itinérance pour les services vocaux par les parties est compensée, en grande partie, par les effets globalement favorables à la concurrence de l'accord notifié, et une concurrence effective entre les parties demeure possible. La concurrence ne sera donc pas éliminée dans une partie sensible des marchés que la Commission estime affectés par l'accord, quels qu'ils soient.

8.3.4. Conclusion

La Commission est parvenue à la conclusion que toutes les conditions permettant l'octroi d'une exemption individuelle, conformément à l'article 81, paragraphe 3, du traité CE et à l'article 53, paragraphe 3, de l'accord, sont respectées pour ce qui est des restrictions de concurrence liées à l'accord sur l'itinérance nationale 3G en gros entre les parties et à la limitation de la revente de capacité d'itinérance aux MVNO.

8.4. Durée de l'exemption

(143) Conformément à l'article 8 du règlement n° 17 et au protocole 21 de l'accord EEE, respectivement, la Commission arrêtera une décision d'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité et de l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE pour une durée déterminée, qu'elle pourra assortir de conditions et/ou de charges.

(144) Compte tenu du fait que les marchés affectés par les restrictions prévues dans l'accord sont des marchés émergents, les effets probables des restrictions ne peuvent être appréciés pour une période supérieure à cinq ans, et en tout cas pas au-delà du 31 décembre 2008. Conformément à l'article 6 du règlement n° 17, une décision d'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE ne peut pas prendre effet à une date antérieure au jour de la notification. Par conséquent, la présente décision entrera en vigueur le 6 février 2002. La durée de chacun des éléments de l'exemption est justifiée ci-dessous.

Itinérance de O2 Germany sur le réseau de T-Mobile dans la zone de couverture de 50 %

(145) L'obligation de couverture de 50 % de la population concerne les zones urbaines ayant le plus grand potentiel de concurrence au niveau des infrastructures. C'est pourquoi l'octroi d'une exemption pour l'accès à l'itinérance dans cette zone ne peut se justifier que pour la durée pendant laquelle la coopération contribuera à favoriser la concurrence au cours de la phase de déploiement du réseau et à favoriser le lancement commercial et le démarrage rapide des services 3G de détail.

(146) Afin de garantir que O2 Germany sera toujours incitée à mettre en place un réseau de grande qualité qui lui soit propre, la durée de l'exemption a été calculée sur la base de la suppression progressive de l'itinérance dans la zone de couverture de 50 %, en fonction d'un calendrier convenu. Ce calendrier s'applique aux zones 1, 2 et 3 définies à la section 4.3.1 ci-dessus. Cette suppression progressive démarrera le 31 décembre 2005 dans la zone 1, qui couvre de grandes zones urbaines représentant environ [...] * de la population allemande. L'itinérance sera ensuite supprimée le 31 décembre 2007 dans la zone 2, qui représente environ [...] * de la population allemande, et le 31 décembre 2008 dans la zone 3, qui représente environ [...] * de la population allemande. Les villes et les régions des zones 2 et 3 sont de petites conurbations d'importance commerciale secondaire. En ce qui concerne les zones souterraines, O2 Germany est autorisée à poursuivre l'itinérance jusqu'au 31 décembre 2008. Sous réserve de modifications importantes et imprévues de l'environnement commercial ou de la réglementation, les critères économiques justifiant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE et de l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE à l'itinérance dans la zone de couverture de 50 % de la population, n'existeront donc plus après le 31 décembre 2008.

(147) Après expiration de chacune des dates mentionnées à la section 4.3.1. et après notification préalable aux parties, la Commission dévoilera, sous une forme appropriée, la liste des villes et des régions figurant dans les zones 1, 2 et 3 respectivement.

Itinérance réciproque en dehors de la zone de couverture de 50 % de la population

Article 2

- (148) Comme la partie de l'Allemagne autre que celle soumise à l'obligation de couverture de 50 % de la population correspond à des régions moins densément peuplées et commercialement moins attractives, il est justifié d'accorder une exemption pour l'itinérance dans cette zone pour une période plus longue, notamment parce que les parties vont au-delà de leurs obligations légales pour couvrir certaines zones moins attractives sur le plan commercial et certaines parties plus éloignées de l'Allemagne.
- (149) Toutefois, compte tenu du fait que les marchés affectés par les restrictions prévues dans l'accord sont des marchés émergents, les effets probables des restrictions peuvent être appréciés pour une période de cinq ans, mais guère au-delà. C'est pourquoi la Commission considère qu'il convient d'accorder une exemption jusqu'au 31 décembre 2008. Cela n'exclut pas qu'en raison de la situation commerciale et réglementaire qui prévaudra à la fin de cette période, l'article 81, paragraphe 3, du traité CE et l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE puissent continuer à s'appliquer à l'itinérance dans des régions autres que la zone soumise à l'obligation de couverture de 50 % de la population.

Restriction de la revente aux MVNO «voix»

- (150) La restriction de la revente aux MVNO «voix» est étroitement liée à la fourniture de l'itinérance, car sans celle-ci, la restriction de la revente serait sans objet, et sans la restriction de la revente, les parties n'auraient pas conclu d'accord de vente de droits d'itinérance. Afin de préserver la logique de la restriction de la revente et l'équilibre commercial entre les parties, tel qu'il a été défini dans leur accord, ce lien doit être maintenu en ce qui concerne la durée de l'exemption. C'est pourquoi la Commission estime qu'il convient d'accorder une exemption pour la restriction de la revente aux MVNO «voix» jusqu'au 31 décembre 2008.
- (151) La présente décision est sans préjudice de l'application de l'article 82 du traité et de l'article 54 de l'accord EEE,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION

Article premier

Compte tenu des éléments en sa possession, la Commission estime n'avoir aucun motif d'engager une procédure au titre de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE ou de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE, à l'encontre des dispositions de l'accord du 20 septembre modifié par les accords complémentaires du 20 septembre 2002, du 22 janvier 2003 et 21 mai 2003 relatives à un partage (élargi) de sites entre T-Mobile et O2 Germany pour ce qui est des échanges d'informations nécessaires au partage des sites d'une part, et de la limitation de la revente d'itinérance nationale à d'autres opérateurs de réseaux titulaires d'une licence, d'autre part.

Conformément à l'article 81, paragraphe 3, du traité CE et à l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE, et sous réserve des articles 3 et 4 de la présente décision, les dispositions de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE sont déclarées inapplicables à la fourniture d'itinérance nationale 3G par T-Mobile à O2 Germany dans la zone soumise par la réglementation en vigueur à l'obligation de couverture de 50 % de la population d'ici au 31 décembre 2005, pendant les périodes suivantes:

- a) du 6 février 2002 au 31 décembre 2005 pour les villes faisant partie de la zone 1 ⁽⁶¹⁾, sauf dans les zones souterraines;
- b) du 6 février 2002 au 31 décembre 2007 pour les régions de la zone 2 ⁽⁶²⁾, sauf dans les zones souterraines;
- c) du 6 février 2002 au 31 décembre 2008 pour les régions de la zone 3 ⁽⁶³⁾ ainsi que dans toutes les zones souterraines des villes et des régions des zones 1, 2 et 3.

On entend par «zones souterraines» toutes les zones comprises dans les villes et les régions des zones 1, 2 et 3 faisant partie du réseau de transport public souterrain (y compris le chemin de fer et le métro), les centres commerciaux souterrains, les parkings souterrains, les tunnels pour véhicules et piétons et toutes les autres zones comparables ainsi que les zones situées directement au-dessus (au niveau du sol), mais seulement lorsque les zones souterraines et le niveau sol ne peuvent pas être séparés techniquement à des fins d'itinérance.

Article 3

Conformément à l'article 81, paragraphe 3, du traité CE et à l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE, les dispositions de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE sont déclarées inapplicables, du 6 février au 31 décembre 2008, à:

- a) la fourniture d'itinérance nationale 3G par T-Mobile et O2 Germany en dehors de la zone soumise par la réglementation en vigueur à l'obligation de couverture de 50 % de la population d'ici au 31 décembre 2005, telle qu'elle est définie au chapitre 3 de l'accord (sections 5 à 11);

⁽⁶¹⁾ La zone 1 comprend [principalement des régions urbaines] couvrant environ [...] de la population allemande, dans lesquelles O2 Germany s'engage à ne pas pratiquer l'itinérance et T-Mobile s'engage à supprimer l'itinérance à partir du 31 décembre 2005. La zone 1 comprend: [...].*

⁽⁶²⁾ La zone 2 comprend [de petites régions urbaines]* couvrant [une importance commerciale secondaire]* environ [...] de la population allemande, dans lesquelles O2 Germany s'engage à ne pas pratiquer l'itinérance et T-Mobile à supprimer l'itinérance à compter du 31 décembre 2007. La zone 2 comprend: [...].*

⁽⁶³⁾ La zone 3 comprend de petites régions [urbaines]* couvrant [une importance commerciale moindre]* environ [...] de la population allemande, dans lesquelles O2 Germany s'engage à ne pas pratiquer l'itinérance et T-Mobile à supprimer l'itinérance du 21 décembre 2008. La zone 3 comprend: [...].*

b) la limitation de la revente de droits d'itinérance nationale 3G à certains MVNO, prévue par les clauses 11.1 b) et 11.1 c) de l'accord.

Article 4

Les sociétés

T-Mobile Deutschland
Landgrabenweg 151
D-53227 Bonn

et

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

sont destinataires de la présente décision.

Fait à Bruxelles, le 16 juillet 2003.

Par la Commission

Mario MONTI

Membre de la Commission

DÉCISION DE LA COMMISSION

du 16 octobre 2003

relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE
(Affaires COMP D3/35470 — ARA et COMP D3/35473 — ARGEV, ARO)

[notifiée sous le numéro (2003) 3703]

(Le texte en langue allemande est le seul faisant foi.)

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

(2004/208/CE)

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté européenne,

vu l'accord sur l'Espace économique européen,

vu l'acte d'adhésion de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède,

vu le règlement n° 17 du Conseil du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité⁽¹⁾, modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1/2003⁽²⁾, et notamment ses articles 2, 6 et 8,

vu la demande d'attestation négative ou d'exemption en faveur des accords conclus par Altstoff Recycling Austria AG et ARGEV Verpackungsverwertungs-Ges mbH le 30 juin 1994 et des accords conclus par ARA, ARGEV et Altpapier-Recycling-Organisations GmbH le 31 août 2001, à l'origine du système ARA,

vu la plainte déposée par FRS Folien-Rücknahme-Service GmbH & Co KG et Raiffeisen Umweltgesellschaft mbH le 8 mai 1996, dans laquelle les plaignantes allèguent que des infractions aux articles 81 et 82 du traité CE ont été commises et sollicitent de la Commission qu'elle y mette fin, et qui a été reprise et complétée par Erfassen und Verwerten von Altstoffen GmbH le 27 avril 2000,

vu la décision prise par la Commission, le 24 juillet 2002, d'engager la procédure dans cette affaire,

après avoir donné à tous les tiers intéressés l'occasion de faire connaître leur point de vue, conformément à l'article 19, paragraphe 3, du règlement n° 17⁽³⁾,

après consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes,

vu le rapport final du conseiller-auditeur dans la présente affaire⁽⁴⁾,

considérant ce qui suit:

LES FAITS

I. INTRODUCTION

- (1) Le 30 juin 1994, les sociétés Altstoff Recycling Austria AG (ci-après «ARA») et ARGEV Verpackungsverwertungs-Ges mbH (ci-après «ARGEV»), ayant toutes deux leur siège à Vienne (Autriche), ont notifié certains accords à l'Autorité de surveillance AELE en vue d'obtenir une attestation négative ou, le cas échéant, une décision d'exemption par catégorie.
- (2) Par lettre du 21 mars 1995, l'AELE a transféré à la Commission la compétence pour l'examen des accords notifiés.
- (3) ARA organise en Autriche, à l'échelle nationale, un système de collecte et de valorisation d'emballages respectant les dispositions du décret du ministre pour l'environnement, la jeunesse et la famille autrichien relatif à la prévention et à la valorisation des déchets d'emballages et de certains résidus de produits et à la mise en place de systèmes de collecte et de valorisation⁽⁵⁾ (ci-après «le décret»). À cet effet, ARA conclut avec des entreprises dites de recyclage sectoriel (ERS) des contrats de gestion qui transfèrent à celles-ci l'organisation de la collecte, du tri, du transport et de la valorisation des emballages. Chacune des ERS, dont ARGEV fait partie, est compétente pour des matériaux d'emballage donnés ou des catégories données de matériaux d'emballage. De leur côté, les ERS concluent des contrats avec des entreprises ou des collectivités territoriales qui assurent concrètement la collecte, le tri, le transport et la valorisation. Ensemble, ARA et les ERS constituent le système ARA.

(1) JO L 13 du 21.2.1962, p. 204/62.

(2) JO L 1 du 4.1.2003, p. 1.

(3) JO C 252 du 19.10.2002, p. 2.

(4) JO C 64 du 12.3.2004.

(5) BGBl. n° 648/1996.

- (4) Par lettre du 28 août 2001, ARA a notifié de nouveaux accords à la Commission, en vue d'obtenir une attestation négative ou, le cas échéant, une décision d'exemption par catégorie. ARA et ARGEV ont en outre sollicité la jonction de leurs procédures de notification. Simultanément, la société Altpapier-Recycling-Organisations GmbH (ci-après «ARO») a indiqué qu'elle se joignait à la notification en qualité de partie notifiante.
- (5) La notification concerne tous les accords sur lesquels repose le mode opératoire du système ARA.
- (6) Le 8 mai 1996, la société FRS Folien-Rücknahme-Service GmbH & Co KG ainsi que la société Raiffeisen Umweltgesellschaft mbH ont saisi la Commission d'une plainte (COMP/A.36011/D3) à propos du projet de constitution d'une entreprise commune en vue de la mise en place d'un système de collecte et de valorisation d'emballages. Mais par la suite, les plaignantes initiales n'ont pas maintenu cette plainte, ayant renoncé à leur intention de participation conjointe à la mise en place du système. Par lettre du 27 avril 2000, la société EVA Erfassen und Verwerten von Altstoffen GmbH (ci-après «EVA»), dont le siège est à Vienne et qui est l'entreprise commune constituée entre-temps, a repris et complété la plainte contre les sociétés du système ARA, en qualité de nouvelle plaignante et en invoquant les aspects déjà mentionnés par les plaignantes antérieures. EVA est désormais filiale à 100 % de la société Interseroh Aktiengesellschaft zur Verwertung von Sekundärrohstoffen, dont le siège est à Cologne.
- (7) En outre, par plainte du 24 mars 1994 formée auprès de l'Autorité de surveillance AELE, puis — après transfert de la procédure à la Commission — par lettre du 19 février 1996 à la Commission, direction générale de la concurrence, se référant à la plainte précitée, la Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte (Chambre fédérale des ouvriers et employés) a présenté des observations relatives au système ARA, observations qu'elle a détaillées par la suite, notamment par lettre du 22 mars 2002.

II. LES PARTIES

- (8) Le système ARA est un système, couvrant la totalité du territoire autrichien, de collecte et de valorisation de tous les matériaux d'emballage et emballages (exception faite des matériaux d'emballage biogènes) provenant des ménages et de l'industrie, dans la mesure où ils sont visés par le décret. Il a été créé en 1993 à l'initiative des entreprises autrichiennes en vue de l'application du décret. Organisme sans but lucratif, le système ARA se compose de la société ARA et de huit ERS, économiquement indépendantes.

- (9) ARA organise et coordonne, de concert avec les ERS, la collecte, le tri et la valorisation d'emballages de transport et de vente en Autriche. Elle propose ses services à toutes les entreprises autrichiennes et étrangères qui sont directement concernées par le décret.

1. La société ARA

- (10) ARA est une société anonyme à capitaux privés qui a été constituée en 1993. Son propriétaire et actionnaire unique est le groupement Altstoff Recycling Austria Verein (ci-après «groupement ARA»). Peuvent adhérer au groupement les entreprises qui sont directement concernées par le décret, ainsi que leurs organisations représentatives. On y trouve des entreprises du secteur de l'emballage, du conditionnement et de l'embouteillage ainsi que du commerce. Pour éviter les conflits d'intérêts, les entreprises du secteur de l'élimination et du recyclage des déchets ne peuvent adhérer au groupement. Le groupement ARA comprend trois divisions qui correspondent aux activités sectorielles des entreprises concernées par le décret, à savoir les sociétés d'embouteillage, conditionneurs et importateurs, le commerce et le secteur de l'emballage. Ces divisions sont représentées à parts égales au conseil d'administration du groupement, lequel fait également office de conseil de surveillance de la société ARA. À l'heure actuelle, le groupement ARA compte environ 240 membres.

2. Les ERS

- (11) ARA ne reprend pas elle-même les emballages usagés et ne se charge pas non plus de leur valorisation, mais fait appel pour cela aux ERS avec lesquelles elle a conclu des contrats de gestion des déchets. Aux termes de ces contrats, les ERS ont l'obligation de prendre en charge la collecte, le tri et/ou la valorisation des emballages usagés conformément au décret.
- (12) Les adhérents suivants du système ARA agissent, vis-à-vis du ministère fédéral autrichien compétent, en qualité de gestionnaires de système en application de l'article 45, paragraphe 11, de la loi autrichienne sur la gestion des déchets⁽⁶⁾ (ci-après «loi sur la gestion des déchets») ou de l'article 7a de cette loi: ARGEV, pour les emballages métalliques (métaux ferreux, aluminium) et les emballages légers (bois, céramique, plastiques, composites, textiles), Österreichischer Kunststoff Kreislauf AG (ÖKK) pour les emballages plastiques et textiles, Altpapier-Recycling-Organisationsgesellschaft mbH (ARO) pour les emballages en papier, carton et carton ondulé, et Austria Glas Recycling GmbH (AGR) pour les emballages en verre.
- (13) Par décision prise en application de l'article 7e de la loi sur la gestion des déchets, le ministère fédéral autrichien compétent a constaté pour ARO, ÖKK, ARGEV et AGR, ainsi que pour la société Öko-Box Sammel GmbH qui collabore avec le système ARA, l'existence d'un monopole ou d'une situation de type monopolistique.

⁽⁶⁾ BGBl. n° 102/2002.

- (14) L'exploitation du système de collecte et de valorisation permet aux licenciés d'ARA d'obtenir pour les emballages contractuels la «décharge» prévue à l'article 3, paragraphe 5, du décret. ARA exerce, en qualité de mandataire, les droits des licenciés vis-à-vis des ERS.
- (15) Les ERS n'assument pas non plus directement la collecte et la valorisation, mais concluent à cet effet, pour toutes les régions autrichiennes (circonscriptions administratives), des contrats avec des entreprises privées (les «partenaires régionaux») qui se chargent concrètement de l'élimination des déchets. Pour l'exécution de leurs tâches, les partenaires régionaux ont la faculté de faire appel à des sous-traitants. Il arrive aussi, surtout dans les grandes villes, que les municipalités soient les partenaires régionaux. Les sociétés suivantes sont des ERS:
- 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-Organisationsgesellschaft mbH,
- Austria Glas Recycling GmbH (AGR).
- ARGEV Arbeitsgemeinschaft Verpackungsverwertungs-GesmbH
- (16) ARGEV est responsable de la collecte, du tri et du recyclage d'emballages plastiques, métalliques, en bois, en matières textiles, en céramique et en matières composites. Les associés d'ARGEV sont ARA (participation de 11 %) et le groupement ARGEV. Ce dernier compte quelque 110 adhérents appartenant à quatre catégories (fabricants et importateurs; commerce; secteur de l'emballage et ERS; entreprises de collecte et entreprises de valorisation des déchets). La catégorie des entreprises de collecte ne dispose d'aucun droit de vote dans les instances du groupement (conseil d'administration, assemblée générale).
- (17) ARGEV a trois systèmes de collecte: un pour les emballages légers des ménages, un autre pour les emballages métalliques des ménages et le troisième pour les emballages légers et métalliques de l'industrie.
- (18) En 2000, le fonctionnement des systèmes de collecte a été assuré par 57 partenaires régionaux — entreprises de collecte, établissements municipaux et coopératives — pour le compte d'ARGEV. Sur le plan régional, ces prestations de services ont été assurées par 144 entreprises privées et municipales chargées de la collecte et par 47 entreprises chargées du tri et du déchetage. Depuis 2002, les partenaires régionaux sont au nombre de 64.
- (19) ARGEV a conclu des contrats de coopération avec les ERS suivantes, responsables de la valorisation.
- ÖKK Österreichischer Kunststoff Kreislauf AG (ÖKK)
- (20) ÖKK est chargée de la valorisation d'emballages plastiques et textiles. Le capital d'ÖKK est détenu à 11 % par ARA et à 89 % par le groupement «Österreichischer Kunststoffkreislauf». Au 31 décembre 2000, le groupement comptait 51 adhérents au total, se répartissant en différentes catégories: fabricants et distributeurs de matières plastiques, fabricants et distributeurs de produits en plastique, utilisateurs d'emballages plastiques, partenaires du système (concrètement ARGEV), organisations et entreprises du secteur de la valorisation des matières plastiques, et organisations et entreprises du secteur de l'élimination des déchets. Pour éviter les conflits d'intérêts, les organisations et entreprises du secteur de la valorisation des matières plastiques et du secteur de l'élimination des déchets (qui ont parfois des relations commerciales avec ÖKK) n'ont pas de droit de vote au comité directeur du groupement et sont totalement exclues de la participation aux réunions durant lesquelles il est question d'actes juridiques entre des membres du groupement et ÖKK.
- (21) Pour la valorisation, ÖKK a conclu des contrats avec des entreprises de valorisation et des entreprises de transport. En 2001, il existait en Autriche seize entreprises de valorisation de plastiques triés et huit entreprises de valorisation de plastiques en vrac.
- Aluminium-Recycling GmbH (Alurec)
- (22) Aluminium-Recycling GmbH (Alurec) est responsable de la valorisation des emballages en aluminium collectés par ARGEV. Son capital est détenu par les producteurs d'aluminium Austria Metall AG (AMAG) et Salzburger Aluminium AG (SAG), ainsi que par des fabricants d'emballages.
- (23) La valorisation des emballages en aluminium est assurée dans les deux seuls établissements de valorisation existant en Autriche, c'est-à-dire ceux d'AMAG et de SAG. Les contrats à terme sur l'aluminium sont renégociés chaque année et ont pour support un indice de cotation au marché à terme et d'options sur l'aluminium du London Metal Exchange.
- Arbeitsgemeinschaft Verbundmaterialien GmbH (AVM)
- (24) Arbeitsgemeinschaft Verbundmaterialien GmbH (AVM) est responsable de la valorisation d'emballages en matières composites, à l'exception des cartons composites pour boissons. Son capital est détenu à 50/50 par ARO et ÖKK. AVM assure l'organisation de la valorisation des matériaux en étroite collaboration avec ÖKK.

Verein für Holzpackmittel (VHP)

- (25) Verein für Holzpackmittel (VHP) est responsable de la valorisation d'emballages en bois, et en partie aussi de leur collecte. Les seize adhérents que le groupement compte actuellement sont des fabricants et des distributeurs autrichiens d'emballages en bois.

Ferropack Recycling GmbH (Ferropack)

- (26) Ferropack Recycling GmbH (Ferropack) est responsable de la valorisation des emballages en métaux ferreux (fer-blanc et acier) collectés par ARGEV. L'associé unique de Ferropack est le groupement «Verein für Metallrecycling FerroPack». Les six adhérents que compte actuellement ce groupement sont les fabricants autrichiens de matériaux d'emballage en fer-blanc et en acier.

Altpapier-Recycling-Organisationsgesellschaft mbH

- (27) ARO est responsable de la collecte et de la valorisation d'emballages en papier, carton et carton ondulé. Son capital est détenu à 11 % par ARA, à 28 % environ par des fabricants de papier, à 27 % par des entreprises de désencrage et à 34 % environ par l'industrie transformatrice du papier. Chacun des dix-sept associés d'ARO détient une participation inférieure à 17 %.
- (28) Sur l'ensemble du territoire autrichien, ARO a conclu des accords avec 538 collectivités territoriales pour la collecte à proximité des habitations et avec 79 entreprises de collecte pour tous les services concernant la collecte auprès des industries, des commerces et des ateliers.

Austria Glas Recycling GmbH

- (29) Austria Glas Recycling GmbH (AGR) est responsable de la collecte et de la valorisation d'emballages en verre. Son capital est détenu à 11 % par ARA, les 89 % restants étant détenus pour moitié par les deux verriers autrichiens Vetropack Austria GmbH et Stölzle Oberglas GmbH.
- (30) Le système de collecte d'AGR, qui couvre l'ensemble du territoire autrichien, est essentiellement organisé comme un système de dépôt dans de grands conteneurs situés sur des emplacements centraux. AGR collabore étroitement avec les municipalités et avec plus de trente entreprises privées.

III. LE CONTEXTE RÉGLEMENTAIRE

- (31) Le décret est entré en vigueur le 1^{er} décembre 1996. Fondé sur la loi sur la gestion des déchets, il porte transposition de la directive 94/62/CE du Parlement

européen et du Conseil du 20 décembre 1994 relative aux emballages et aux déchets d'emballages (7). En fait, il s'agit d'une version remaniée du premier décret entré en vigueur en octobre 1993 (8).

- (32) Le décret a pour objet de prévenir ou de réduire les répercussions des déchets et des emballages sur l'environnement. En vertu de son article 1^{er}, paragraphe 1, il s'applique aux fabricants, importateurs, conditionneurs, distributeurs et utilisateurs finals. En vertu de son article 3, les fabricants, importateurs, conditionneurs et distributeurs d'emballages de transport et de vente sont tenus de reprendre gratuitement, après usage, les emballages qu'ils ont mis sur le marché et de les retourner au besoin à l'entité en amont tenue à la reprise, de les réutiliser ou de les valoriser par les techniques les plus modernes.
- (33) L'article 12 du décret prévoit que les fabricants, importateurs, conditionneurs et distributeurs de suremballages sont également tenus de reprendre gratuitement, après usage, les emballages qu'ils ont mis sur le marché et dont ils ne sont pas les utilisateurs finals, et de les retourner au besoin à l'entité en amont tenue à la reprise, de les réutiliser ou de les valoriser par les techniques les plus modernes. Pour remplir ses obligations, l'entité tenue à la reprise peut avoir recours à un tiers. Toutes ces obligations s'appliquent du distributeur final au fabricant ou importateur autrichien, en passant par tous les niveaux du circuit de distribution. En ce qui concerne les suremballages, le consommateur peut les laisser au point de vente ou à proximité immédiate, lors de l'achat de la marchandise emballée. Dans le cas contraire, les dispositions relatives aux emballages de vente s'appliquent en conséquence.
- (34) Conformément à l'article 3, paragraphe 3, du décret, les fabricants, importateurs, conditionneurs et distributeurs sont tenus de reprendre gratuitement dans la zone du point de vente les emballages de vente utilisés par le consommateur, cette obligation étant limitée aux emballages de produits et marchandises de même nature, forme et taille mis sur le marché.
- (35) Les propriétaires d'établissements ayant des quantités minimales déterminées d'emballages peuvent demander leur inscription sur un registre où sont répertoriés les gros producteurs de déchets, ce qui leur impose de garantir la collecte et la réutilisation ou la valorisation des emballages en interne (article 8 du décret).

(7) JO L 365 du 31.12.1994, p. 10.

(8) BGBl. n° 645/1992.

- (36) L'article 3, paragraphe 5, du décret prévoit que si les fabricants, importateurs et conditionneurs participent à un système de collecte et de valorisation, les obligations de reprise et valorisation des emballages de transport et de vente sont également transférées à l'exploitant de ce système pour les niveaux du circuit de distribution situés en amont et en aval. En vertu de l'article 4 du décret, ces dispositions s'appliquent en outre aux distributeurs qui fournissent aussi des emballages de transport et de vente au consommateur (distributeurs finals). Dans ce cas, on dit généralement que les fabricants, importateurs et conditionneurs sont «déchargés» de leurs obligations par l'exploitant du système.
- (37) En vertu de l'article 11 du décret, ce genre de système de collecte et de valorisation d'emballages de transport et de vente doit assurer la collecte et la valorisation des matériaux d'emballage pour lesquels des contrats ont été conclus avec les entités tenues à la reprise.
- (38) En principe, la participation à un système ainsi constitué n'est pas obligatoire (on se reportera toutefois au considérant 43). Les entreprises qui ne participent pas à ce genre de système restent théoriquement soumises à l'obligation de reprise individuelle. Toutefois, les systèmes de collecte et de valorisation sont obligés, dans le cadre de leur domaine de compétence, de conclure un contrat avec chaque entité tenue à la reprise, dès lors que l'entité le souhaite et que le contrat est objectivement justifié. Le domaine de compétence des systèmes de collecte et de valorisation englobe les emballages des ménages et ceux du secteur industriel. Il n'existe aucune obligation de marquage séparé des emballages concernés par le système de collecte et de valorisation.
- (39) En vertu de l'article 29, paragraphe 1, de la loi sur la gestion des déchets, la mise en place ou une modification importante de systèmes de collecte et de valorisation doit recevoir l'agrément du ministre fédéral compétent, qui exerce ensuite un contrôle sur les systèmes agréés (article 31 de la loi sur la gestion des déchets). Le ministre est assisté, dans cette tâche, par un comité d'experts (article 34 de ladite loi) et par un comité consultatif (article 35). Les systèmes de collecte des emballages ménagers et ceux des emballages industriels sont soumis à des exigences légales qui diffèrent quelque peu.
- (40) L'article 32 de la loi sur la gestion des déchets impose des obligations particulières en ce qui concerne les systèmes de collecte et de valorisation des emballages ménagers. Ces derniers doivent en effet s'efforcer d'atteindre un taux de participation au système aussi élevé que possible (article 32, paragraphe 1, de la loi), conclure un contrat avec chacune des entreprises soumises au décret, dès lors que celle-ci le souhaite et que le contrat est objectivement justifié (article 32, paragraphe 2, de la loi), et remettre des rapports (article 32, paragraphe 4, de la loi). En vertu de l'article 35 de la loi, les pouvoirs publics ont également la possibilité d'exercer une surveillance et un contrôle sensiblement plus étroits sur ces systèmes que sur ceux qui proposent la collecte et la valorisation des seuls emballages industriels.
- (41) L'article 32, paragraphe 3, de la loi traite des systèmes de collecte et de valorisation des emballages ménagers dont le champ d'activité couvre, outre les déchets ménagers, les déchets industriels. Ces systèmes doivent alors s'abstenir de procéder à des subventions croisées en faveur du secteur industriel et doivent assurer, grâce à une séparation structurelle ou comptable appropriée entre les différents secteurs d'activité, la transparence des flux financiers et des flux de services entre ces divers secteurs.
- (42) Les entités tenues à la reprise qui ne participent pas à un système, de même que les systèmes de collecte et de valorisation, doivent atteindre des taux déterminés de collecte et de valorisation. En vertu de l'article 11, paragraphe 7, du décret, la décision d'agrément de systèmes de collecte et de valorisation doit fixer des taux de collecte et des taux de valorisation, dans la mesure où cela est conforme aux impératifs de protection de l'environnement et d'utilité économique. En ce qui concerne la reprise et la valorisation, l'article 3, paragraphe 6, du décret dispose que les fabricants, importateurs et conditionneurs au sens de l'article 3, paragraphe 4, du décret ainsi que les distributeurs finals au sens de l'article 4 du décret et tous les niveaux du circuit de distribution des emballages en aval qui ne participent pas à un système de collecte et de valorisation ou qui ne bénéficient pas d'une dérogation en application de l'article 7 du décret, ont une obligation de preuve et sont soumis à des taux de reprise et de valorisation spécifiques pour les différents types d'emballages.
- (43) L'article 3, paragraphe 9, du décret prévoit que la participation à un système de collecte et de valorisation devient obligatoire si les preuves relatives aux obligations de reprise prévues à l'article 3, paragraphe 6, du décret ne sont pas fournies.
- (44) Dans les observations qu'elle a transmises, le 15 janvier 2003, en réponse à une demande de renseignements de la Commission, l'Autriche précise que, en vertu de la loi sur la gestion des déchets, du décret et des communications publiées à cet égard, il est possible d'autoriser, en plus du système existant, d'autres systèmes de collecte et de valorisation des déchets d'emballages ménagers.
- (45) Les dispositions précitées autorisent également l'utilisation partagée, par des concurrents du système ARA, des conteneurs mis à disposition pour la collecte des déchets d'emballages des ménages. En effet, faute de place suffisante et pour des raisons liées à la protection des sites et des paysages, les concurrents du système ARA ne peuvent pas, en pratique, installer des conteneurs supplémentaires chez les utilisateurs finals.

- (46) L'Autriche estime néanmoins que chaque système de collecte et de valorisation doit prouver qu'il collecte et valorise les déchets d'emballages pour lesquels il participe au système. Il faut prévoir dès lors, après la collecte des déchets dans les conteneurs communs, un tri des emballages en fonction de leur appartenance à l'un ou l'autre système de collecte.

IV. ACCORDS NOTIFIÉS

- (47) Les accords suivants ont été notifiés par ARA, ARGEV et ARO:

- les accords de décharge et de licence conclus entre ARA et les entreprises soumises au décret (sans tarif),
- le contrat de gestion conclu entre ARA et ARGEV, à titre de modèle du contrat de gestion conclu entre ARA et les ERS suivantes dont la liste est annexée à la notification: ARGEV, AVM, ARO, AGR, Alurec, Verein für Holzpackmittel, Ferropack et ÖKK,
- les contrats de gestion ou de coopération conclus entre ARGEV et ÖKK et entre ARGEV et Alurec, à titre de modèles des contrats conclus entre ARGEV et ÖKK, Alurec, Ferropack et VHP,
- les contrats conclus par ARGEV et ARO avec leurs partenaires régionaux respectifs.

1. Les accords de décharge et de licence

- (48) La participation au système ARA passe par la conclusion de l'accord de décharge et de licence, aux termes duquel le cocontractant transfère au système ARA, à titre onéreux, l'obligation qui lui incombe en vertu du décret et se trouve ainsi «déchargé» de cette obligation. Ce contrat type existe dans les variantes suivantes:

- accord de décharge et de licence pour emballages de transport, emballages de vente et suremballages (contrat type),
- accord de décharge et de licence pour emballages de service (contrat type «S»).

- (49) Les concessionnaires dont la redevance annuelle est faible peuvent conclure un «accord complémentaire pour faibles volumes d'emballages». Les entreprises qui ont leur siège social dans un État membre de l'Union européenne peuvent adhérer au système ARA en concluant un «accord complémentaire pour licenciés étrangers établis dans les États membres de l'Union européenne».

- 1.1. *Accord de décharge et de licence pour emballages de transport, emballages de vente et suremballages (contrat type)*

- (50) L'article I, paragraphe 1, du contrat type définit le rôle d'ARA en sa qualité de mandataire des licenciés qui défend les intérêts de ceux-ci vis-à-vis des ERS. Les licenciés confèrent à ARA la mission et le pouvoir de conclure, au mieux de leurs intérêts, des contrats de gestion avec les ERS. Ces contrats doivent imposer aux ERS l'obligation de procéder à une collecte et/ou une valorisation (selon l'ERS) appropriées, professionnelles et conformes au décret de tous les emballages pour lesquels il existe des garanties de collecte et/ou de valorisation. En sa qualité de mandataire, ARA est seule habilitée à exercer en son nom, mais pour le compte et dans l'intérêt des licenciés, les droits que ceux-ci détiennent vis-à-vis des ERS. En sa qualité de cocontractant des ERS, ARA obtient les prestations de celles-ci en son nom, mais pour le compte et dans l'intérêt des licenciés.

- (51) En vertu de l'article I, paragraphe 2, le licencié est tenu, pendant la durée du contrat, de participer aux systèmes de collecte et de valorisation du système ARA avec tous les emballages auxquels s'applique le décret et pour lesquels il existe des garanties de collecte et de valorisation. La seule exception à cette règle concerne les emballages qui ont déjà fait l'objet, preuves à l'appui, d'une décharge à un autre niveau du circuit économique ou dont la collecte et la valorisation conformes à la loi sont effectuées, preuves à l'appui, par le licencié lui-même ou des personnes qu'il a habilitées à cet effet, sans recours direct ou indirect au système ARA.

- (52) ARA indique que l'attestation de décharge délivrée aux licenciés par l'exploitant de systèmes de collecte et de valorisation agréés, en application de l'article 3, paragraphe 5, du décret, suffit comme preuve du recours à un système parallèle de prise en charge de l'obligation de reprise. En ce qui concerne les emballages repris dans le cadre d'un système individuel, la présentation du justificatif de reprise qui est visé à l'article 3, paragraphe 6, point 2, du décret et que le gestionnaire du service individuel doit établir lui-même pour présentation au ministère de l'environnement, suffit à ARA.

- (53) Aux termes de l'article I, paragraphe 4, ARA réserve au licencié, pendant la durée du contrat, le droit d'utiliser comme signe de sa participation aux systèmes de collecte et de valorisation du système ARA le logo «Der Grüne Punkt» (Point vert), une marque déposée de la société Duales System Deutschland AG («DSD»). Limité géographiquement au territoire de l'Autriche, le droit d'utilisation de ce logo est révocable à tout moment par ARA et ne peut être cédé. Le marquage des emballages ne doit pas prêter à confusion. L'utilisation doit toujours se faire d'une manière qui tiendra compte des intérêts de la marque. Le licencié doit savoir que l'utilisation de la marque à l'étranger peut être subordonnée au consentement d'un ayant droit local. Le paiement d'une redevance à ARA ne vaut pas consentement de DSD ou d'un ayant droit étranger pour l'utilisation de la marque. Il n'existe aucune obligation d'apposer le logo «Point vert» sur les emballages participant au système ARA.

- (54) L'article II fixe les bases de calcul et de versement de la redevance. D'après le paragraphe 1, la redevance que le licencié est tenu de verser est calculée en fonction des emballages que celui-ci a mis sur le marché autrichien (article I, paragraphe 2, voir considérant 51). Le licencié s'engage à déterminer la valeur représentée par chacun des matériaux constitutifs des emballages contractuels et d'utiliser ces valeurs pour le calcul de la redevance qu'il doit acquitter. Ce calcul est effectué par l'application des différents taux publiés par ARA; le paragraphe 5 prévoit qu'ARA ne peut modifier ces taux qu'une fois par an avec un préavis de trois mois. En cas de changement déterminant dans la situation des coûts ou des bases des hypothèses prévues pour le calcul du montant de la redevance, des ajustements exceptionnels de celle-ci sont possibles. Le paragraphe 10 stipule que le licencié reçoit d'ARA, au plus tard le 1^{er} mars de chaque année, l'arrêté annuel des comptes présentant tous les emballages qu'il a déclarés durant l'année civile écoulée, avec une ventilation par types de matériaux. Le licencié a le droit de procéder à une rectification rétroactive de ses déclarations concernant l'année civile écoulée et de demander un avoir correspondant sur sa redevance. Sur ce point, ARA déclare que l'arrêté annuel des comptes permet au licencié d'ajuster *a posteriori* ses déclarations en fonction de la situation réelle de son système individuel. De son côté, ARA se réserve le droit de n'établir un avoir que sur présentation des justificatifs concernant les corrections apportées à l'arrêté annuel des comptes.
- (55) D'après les indications fournies par ARA, la redevance exigée des licenciés à l'article II n'a jamais été conçue comme la rémunération de l'utilisation du logo (c'est-à-dire comme contrepartie du droit d'utiliser le logo «Point vert» sur les emballages), mais toujours comme la rémunération de la prise en charge de l'obligation par le système. En conséquence, l'article II, paragraphe 1, s'entend et s'applique en ce sens que la redevance ne doit être acquittée que pour les emballages pour lesquels les licenciés demandent à être déchargés de leurs obligations par le système. Toujours selon ARA, ce principe est appliqué par le fait que les licenciés déclarent tous les mois ou trimestres à ARA uniquement les emballages visés à l'article II, paragraphe 4, qu'ils n'ont pas éliminés par un système individuel et pour lesquels ils ne participent pas à un système collectif parallèle, à telle enseigne qu'ARA reçoit même des «déclarations nulles» de la part d'entreprises qui, tout en maintenant leur accord de décharge et de licence, ne veulent pas participer au système ARA pendant une période donnée et portent la mention «Néant» sur leurs déclarations relatives aux emballages contractuels mis sur le marché.
- (56) Par ailleurs, ARA indique que, de son point de vue, rien ne s'oppose à ce que le logo «Der Grüne Punkt» soit apposé sur des emballages qui ne relèvent pas du système ARA, dès lors que ces emballages sont collectés et valorisés conformément au décret, preuves à l'appui, et qu'ARA est en mesure de s'en assurer. À cet égard, ARA a pris l'engagement n° 2 exposé au point V. Le contrat est conclu, en vertu de l'article III, pour une durée indéterminée. Le licencié possède un droit de résiliation normale à la fin d'une année civile, avec préavis de six mois, tandis qu'ARA renonce à ce droit de résiliation normale. En cas de motif grave, les deux parties peuvent résilier le contrat avec effet immédiat.
- (57) L'article IV prévoit pour ARA des droits et des obligations d'information et de contrôle. ARA assure le suivi de la décharge du licencié par les ERS et leurs partenaires de collecte. Elle a la faculté de vérifier l'exactitude des déclarations des licenciés, par exemple en examinant les documents commerciaux y afférents.
- 1.2. *Accord de décharge et de licence pour les emballages de service*
- (58) L'accord de décharge et de licence pour les emballages de service se distingue du contrat type pour les emballages de transport et de vente en ce sens que son article 1, paragraphe 2, prévoit que le licencié est tenu de participer au système ARA pour tous les emballages relevant du décret pour lesquels, d'une part, les ERS ont donné des garanties de collecte et/ou de valorisation et, d'autre part, ses clients lui demandent de les décharger de leur obligation de reprise. Par conséquent, selon ce que ses clients désirent, le licencié a aussi la faculté de ne conclure un accord de décharge et de licence que pour certaines parties de ses emballages de service, sans être tenu de présenter, pour les emballages ayant déjà fait l'objet d'une décharge à un autre niveau du circuit économique ou faisant l'objet d'une collecte et d'une valorisation conforme à la loi sans recours au système ARA, le justificatif prévu à l'article I, paragraphe 2, deuxième phrase du contrat type. L'accord de décharge et de licence pour emballages de service contient donc des dispositions plus souples.
- 1.3. *Accord complémentaire pour faibles volumes d'emballages*
- (59) Si ARA et le licencié estiment que la redevance annuelle visée à l'article II du contrat type sera inférieure à 1 817 euros (hors taxes), ils peuvent conclure un «accord complémentaire pour faibles volumes d'emballages», lequel prévoit une simplification des formalités administratives relatives aux modalités de déclaration des volumes d'emballages et de paiement des redevances.

1.4. *Accord complémentaire pour licenciés étrangers d'États membres de l'Union européenne*

(60) L'article 5 de l'accord complémentaire pour licenciés étrangers d'États membres de l'Union européenne confère également à ARA le droit de résiliation normale prévu dans le contrat type (article III, paragraphe 1). D'après ARA, cela s'explique par le fait que les possibilités de contrôle des déclarations des licenciés sont plus difficiles à l'étranger, de même que l'application du droit. La résiliation normale a son utilité lorsque ARA a une bonne raison de supposer que le cocontractant ne remplit pas convenablement ses obligations contractuelles, mais que, en raison des difficultés de preuve à l'étranger, la preuve ne peut pas en être fournie d'une manière aussi rigoureuse que celle qu'exige la résiliation du contrat avec effet immédiat prévue par le contrat type.

2. Les contrats de gestion

2.1. *Rapports entre ARA et les ERS*

(61) Entre le 25 août et le 30 septembre 1993, ARA a conclu avec chacune des ERS un contrat de gestion couvrant l'ensemble du territoire autrichien. C'est le contrat avec ARGEV qui a été notifié à titre de modèle.

(62) En vertu de l'article 1^{er}, paragraphe 1, ce contrat a pour objet la gestion des emballages énumérés pour chaque ERS dans les déclarations de garantie (annexe 2 du contrat de gestion). Le service de gestion comprend la collecte et le transport ainsi que le tri et le traitement conformément au décret et compte tenu de l'accord-cadre conclu entre ARA et les collectivités territoriales (annexe 3 du contrat); doivent notamment être atteints proportionnellement — au minimum — les objectifs et les taux indiqués dans le décret. ARA obtient les services de gestion des ERS en vertu de l'article 1^{er}, paragraphe 3, en son nom, mais dans l'intérêt et pour le compte des licenciés, agissant ainsi en qualité de mandataire de ces derniers. En vertu de l'article 1^{er}, paragraphe 5, les ERS sont tenues d'effectuer gratuitement la reprise ou la prise en charge de tous les emballages pour lesquels il existe un contrat entre ARA et des licenciés. L'acquiescement de la redevance est attesté par le logo «Point vert» conféré par ARA et qui est une marque déposée. À cet égard, ARA précise que l'article 1^{er}, paragraphe 5, n'a aucune portée concrète et que les sociétés du système ARA utilisent des méthodes très différentes du logo «Point vert» pour décider si un emballage peut être introduit dans le système ARA ou non. Toujours selon ARA, cette disposition n'a aucune conséquence juridique.

(63) L'article 4 prévoit que si l'ERS confie ses services de gestion à des sous-traitants, elle doit obliger ceux-ci à remplir ses obligations contractuelles. L'ERS doit passer les nouvelles commandes aux sous-traitants en appliquant les principes de la libre concurrence et en respec-

tant des critères économiquement vérifiables. Elle doit cependant tenir compte des dispositions des accords-cadres qu'ARA a conclus avec les collectivités territoriales pour le choix de l'entreprise de collecte et de tri. En outre, l'ERS est tenue de lancer un appel d'offres avant de passer de nouvelles commandes aux sous-traitants. ARA a un droit de regard sur les documents d'appel d'offres et les offres.

(64) En vertu de l'article 5, l'ERS jouit de l'exclusivité sur le territoire contractuel, c'est-à-dire l'ensemble du territoire autrichien, pour la durée du contrat. Elle s'engage à ne pas mettre en place ou exploiter, en dehors du système ARA, un autre système de collecte ou de valorisation au sens du décret, à ne pas participer à un tel système, et à ne pas fournir des services de gestion incombant à d'autres ERS. L'ERS reconnaît le rôle d'ARA comme intermédiaire exclusif entre les ERS et les licenciés, ce qui ne lui interdit pas de mener des pourparlers directement avec ces derniers et de conclure des contrats dans la mesure nécessaire à l'exécution de ses obligations contractuelles; l'ERS n'a pas le droit de conclure avec un licencié un contrat qui aurait pour effet de décharger ce dernier de son obligation de reprise. L'ERS s'engage à ne pas fournir de services actifs de gestion qui relèvent de la compétence d'autres ERS.

(65) En vertu de l'article 6, la rémunération des services de l'ERS se compose de la part des redevances qu'ARA perçoit pour ses prestations en fonction de leur coût, déduction faite d'une prime qui lui revient. Concrètement, la rémunération est évaluée en fonction des frais obligatoirement engagés pour l'élimination des matériaux d'emballage usagés. D'après l'article 6, paragraphe 4, elle ne doit pas donner lieu à des subventions croisées entre l'ERS et ARA lors du calcul effectué pour chacun des matériaux d'emballage. La subvention croisée est définie comme une fixation de la rémunération qui ne correspond pas aux frais réels et qui fait qu'un matériau d'emballage est favorisé ou défavorisé par rapport à un autre (article 6, paragraphe 4). En principe, ARA fixe la rémunération d'avance, sur proposition de l'ERS, pour chaque année civile. L'article 6, paragraphe 13, comporte une clause dite de traitement préférentiel, aux termes de laquelle l'ERS réserve à ARA un traitement préférentiel en ce sens qu'elle s'abstient de proposer à des tiers ou d'exécuter pour des tiers des services analogues aux services de gestion contractuels, ou des parties de ces services analogues, à des conditions plus favorables que celles qu'elle consent à ARA ou à ses licenciés.

(66) Le contrat entre ARA et l'ERS est conclu pour une durée indéterminée. L'ERS est tenue de fournir sa prestation contractuelle à partir du 1^{er} décembre 1993. En vertu de l'article 7B, chacune des parties a la faculté de résilier le contrat à la fin d'une année civile, avec un préavis de douze mois. Le droit de résiliation normale des parties ne s'applique qu'à partir du 31 décembre 2000. Si une autre entreprise propose à ARA des services à un prix plus avantageux, ARA a le droit de résilier le contrat sous certaines conditions; du reste, elle disposait déjà de ce droit avant le 31 décembre 2000.

- (67) Par accord du 23 janvier 2001, ARA a convenu avec ARGEV, ainsi qu'avec ARO, que les contrats de gestion conclus avec ces deux ERS entre le 24 août et le 30 septembre 1993 ne pourraient pas faire l'objet d'une résiliation normale avant le 31 décembre 2003. L'article 7C prévoit le droit de résiliation avec effet immédiat pour motif grave, par exemple si le contrat ou le système ARA n'obtient pas l'agrément nécessaire au titre de la législation sur les ententes.
- (68) L'article 11 réserve à ARA un droit de regard sur les points de collecte et d'élimination ou d'autres établissements de l'ERS qui font l'objet du contrat, durant les heures d'ouverture normale et avec notification préalable. Ce droit de regard concerne aussi les sous-traitants de l'ERS. En outre, ARA dispose d'un droit de regard sur les documents commerciaux de l'ERS, avec notification préalable, si elle juge nécessaire de vérifier la bonne exécution du contrat par l'ERS. En vertu de l'article 12, l'ERS dispose elle aussi d'un droit à l'information et d'un droit de regard.
- (69) L'article 13 prévoit pour les parties une obligation d'information réciproque: les ERS doivent remettre à ARA des rapports trimestriels et annuels sur leurs services de gestion et ARA est tenue de remettre aux ERS des rapports permanents sur le nombre et la nature des contrats conclus avec les licenciés ainsi que sur les volumes d'emballages mis sur le marché par ces derniers.
- (70) L'article 14 prévoit que les différends entre les parties seront réglés par un arbitre ou un tribunal arbitral.
- (71) D'après l'article 15, la valorisation des emballages est effectuée par l'ERS chargée de la valorisation du matériau concerné. À cet effet, ARA est tenue de conclure avec chaque ERS un contrat de gestion ayant une teneur essentiellement identique et définissant le service de gestion comme étant la valorisation des emballages visés dans le contrat. Il est en outre prévu de conclure entre ARGEV et l'ERS chargée de la valorisation un contrat régissant les rapports entre les deux sociétés pour les services d'élimination qu'ARGEV, d'une part, et l'ERS compétente, d'autre part, doivent fournir à ARA. Ce contrat doit notamment assurer qu'ARGEV et l'ensemble des ERS garantissent la gestion complète — de la collecte à la valorisation en passant par le transport et le tri — et que celle-ci ne présente aucune lacune entre ARGEV et l'ERS.
- 2.2. *Rapports entre les ERS*
- (72) Étant donné qu'ARGEV n'est compétente que pour l'organisation de la collecte et du tri, elle a conclu des contrats de coopération avec d'autres ERS (ÖKK, Alurec, Ferropack, AVM et VHP) qui sont chargées de l'organisation de la valorisation. Les contrats qu'ARGEV a conclus avec ÖKK et Alurec ont été notifiés à titre de modèles.
- a) *Contrat de coopération entre ARGEV et ÖKK*
- (73) Le contrat conclu le 9 mars 1994 régit les rapports entre ARGEV et ÖKK en ce qui concerne la définition et la parfaite exécution des services d'élimination à fournir par ARGEV, d'une part, et ÖKK, de l'autre.
- (74) En vertu de l'article 1^{er}, paragraphe 1.2, ARGEV organise la mise en place et l'exploitation en continu d'un système de collecte, tri et traitement d'emballages qui couvre l'ensemble du territoire; elle s'engage vis-à-vis d'ÖKK à une mise à disposition constante de tous les emballages triés qui ont été collectés dans le cadre du système de collecte d'ARGEV. ÖKK organise des capacités de valorisation suffisantes et adaptées, ou des possibilités de stockage intermédiaire, ainsi que le transport entre le partenaire d'ARGEV concerné et l'entreprise de valorisation ou l'entrepôt intermédiaire.
- (75) En vertu de l'article 2, ÖKK garantit à ARGEV de prendre livraison des emballages mis à disposition, conformément aux accords, par ARGEV ou ses cocontractants. Le contrat définit également des obligations concernant la préparation et la prise en charge de matériaux usagés, la qualité des emballages, la preuve de l'adhésion au système ARA, les bases de calcul des redevances d'ARA, l'obligation d'information et de confidentialité ainsi qu'un accord sur l'attribution de la juridiction d'arbitrage.
- (76) L'article 4 stipule qu'ARGEV acquiert la propriété des emballages collectés au moyen de son système. La propriété des emballages est transférée à ÖKK avec la prise en charge des emballages conformes au cahier des charges par l'entrepôt intermédiaire ou l'entreprise de valorisation.
- (77) En vertu de l'article 15, les parties s'engagent à ne pas mettre en place ni exploiter, pendant la durée du contrat, un système de collecte et de valorisation au sens du décret autre que le système ARA, sauf avec l'autorisation formelle de l'autre partie, et à ne pas participer à un tel système. ARGEV s'engage en outre, pendant la durée du contrat, à ne pas remettre les emballages à un tiers sans le consentement d'ÖKK. Corrélativement, ÖKK s'engage à ne pas accepter d'emballages d'un tiers sans le consentement d'ARGEV. Sont expressément écartés de cette exclusivité les accords réciproques avec des entreprises ayant un système individuel, dans la mesure où cela correspond aux contrats de gestion conclus avec ARA. En outre, chacune des parties s'engage à ne pas fournir de services actifs d'élimination qui relèvent du domaine de compétence de l'autre partie.

(78) En vertu de l'article 16, le contrat prend effet au 1^{er} octobre 1993 pour une durée indéterminée. Il peut être résilié par chacune des parties à la fin d'une année civile, avec un préavis de douze mois. Aucune résiliation normale n'est possible avant le 31 décembre 2000. L'article 17 prévoit que le contrat peut être résilié avec effet immédiat pour un motif grave.

b) **Contrat de coopération entre ARGEV et Alurec**

(79) Le contrat conclu le 20 janvier 1994 régit l'exécution des obligations contractuelles d'ARGEV et d'Alurec vis-à-vis d'ARA. En ce qui concerne son objet et sa durée, il est identique, pour l'essentiel, au contrat conclu entre ARGEV et ÖKK.

(80) Aux termes de l'article II, ARGEV s'engage à mettre à disposition l'ensemble des emballages collectés par elle-même ou par ses sous-traitants. Alurec s'engage, en vertu de l'article III, à faire valoriser conformément au décret les emballages pris en charge par ARGEV ou les entreprises de tri.

(81) Aux termes de l'article V, ARGEV s'engage, pendant la durée du contrat, à remettre exclusivement à Alurec l'ensemble des emballages effectivement collectés par elle-même ou ses sous-traitants. De son côté, Alurec s'engage à prendre exclusivement les emballages concrètement collectés par ARGEV ou ses sous-traitants et à les faire valoriser.

(82) En ce qui concerne le titre de propriété, les dispositions applicables sont les mêmes que celles du contrat de coopération conclu entre ARGEV et ARO, même si le contrat conclu entre ARGEV et Alurec ne les prévoit pas expressément. Dans un premier temps, ARGEV acquiert la propriété des emballages collectés, puis celle-ci est transférée à Alurec en même temps que les emballages.

(83) En vertu de l'article VI, le contrat prend effet le 1^{er} octobre 1993 pour une durée indéterminée. Il peut être résilié par chacune des parties à la fin d'une année civile, avec un préavis de douze mois. Aucune résiliation normale n'est possible avant le 31 décembre 2000. L'article VII prévoit la possibilité de résiliation du contrat avec effet immédiat pour un motif grave.

2.3. *Rapports entre les ERS et les partenaires régionaux*

(84) Il s'agit en l'occurrence des contrats conclus par ARGEV et ARO avec les entreprises régionales de collecte ou les collectivités territoriales. Ces contrats régissent la réalisation concrète de l'élimination des emballages usagés.

Accord d'ARGEV

(85) Dans la version initiale de l'accord qu'ARGEV a conclu en 1994 avec le partenaire régional (accord de partenariat), ce dernier s'engage, au paragraphe 2.2, à mettre en place un système de collecte, tri et traitement conformément à l'accord. Il n'y a qu'un seul partenaire régional désigné par zone de collecte.

(86) La collecte de déchets d'emballages provenant des ménages et d'utilisateurs ayant un volume d'emballages similaire est mise en place par le partenaire régional en accord avec la collectivité territoriale. Le paragraphe 2.3 prévoit la possibilité du recours à des sous-traitants avec le consentement d'ARGEV. D'après le paragraphe 2.7, la collecte se fait dans des conteneurs qui doivent être mis à disposition par le partenaire régional ou par la collectivité territoriale. Aux termes de l'article 3, les frais afférents aux conteneurs de collecte et à la mise en place d'une infrastructure de collecte sont compensés par une rétribution versée par ARGEV.

(87) Le paragraphe 2.10 stipule que le partenaire régional collecte les matériaux usagés pour ARGEV et acquiert par cette collecte la propriété de ces matériaux exclusivement pour ARGEV. De ce fait, le partenaire régional ne peut disposer des matériaux usagés d'une manière différente de celle qui est prévue par l'accord, sinon ARGEV dispose d'un motif grave pour résilier l'accord avec effet immédiat.

(88) Aux termes du paragraphe 2.16, ARGEV garantit au partenaire régional, au moyen des contrats bilatéraux conclus avec les entreprises garantissant la valorisation, la prise en charge des matériaux usagés préparés par ses soins conformément à l'accord. Le partenaire régional doit tenir les matériaux usagés à disposition dans son entrepôt et signaler immédiatement à ARGEV et/ou à l'entreprise de valorisation désignée dans chaque cas par ARGEV ou par l'entreprise garante qu'ils sont prêts à être enlevés.

(89) Le paragraphe 2.18 prévoit que l'accord avec la collectivité territoriale compétente doit être respecté et le paragraphe 2.21 prévoit le recours à un arbitre en cas de différends.

(90) Conclu initialement en 1994 pour une durée indéterminée, l'accord peut être résilié par chacune des parties à la fin d'une année civile, avec un préavis de douze mois. La résiliation normale n'était pas possible avant le 31 décembre 2000, mais si une autre entreprise avait proposé à ARGEV la même prestation à un prix plus avantageux, ARGEV aurait pu résilier l'accord avant cette date sous certaines conditions. Le paragraphe 4.2 prévoit que l'accord peut être résilié avec effet immédiat pour un motif grave.

- (91) Toutes les obligations légales et contractuelles d'ARGEV énoncées au point C du préambule de cet accord valent aussi pour le partenaire régional.
- (92) Dans le cadre d'avenants aux contrats de gestion existants, ARGEV avait arrêté des clauses de traitement préférentiel avec la quasi-totalité des entreprises de collecte avec lesquelles elle entretient des rapports contractuels. Ces clauses signifient que l'entreprise de collecte ne doit pas proposer à des tiers ou exécuter pour des tiers des prestations à des conditions plus favorables que celles qu'elle consent à ARGEV. Par l'engagement n° 1 visé au considérant 139, ARGEV a renoncé à l'application de ces clauses de traitement préférentiel à partir du 29 novembre 2000.
- (93) Dans la nouvelle version des accords régissant les rapports avec les entreprises de collecte des emballages, une distinction est désormais établie entre les partenaires de tri et les partenaires de collecte et il existe un contrat type distinct dans chaque cas. Bien que très largement identiques à l'accord initial, ces deux accords sont plus détaillés.
- (94) Les deux contrats types ont pris effet au 1^{er} janvier 2002, exception faite des contrats conclus avec trois municipalités (Vienne, Linz et Salzbourg) qui sont entrés en vigueur avant cette date et correspondent sur les points essentiels aux contrats types. Les contrats conclus en 1993 et 1994 ne sont plus en vigueur.
- Partenaires de collecte d'ARGEV
- (95) L'accord conclu avec les partenaires de collecte régit l'échange concret de prestations entre ARGEV et le partenaire de collecte dans le cadre de l'application du décret, pour ce qui est des volets «collecte», «transbordement» et «système individuel». Il n'y a qu'un seul partenaire de collecte désigné par zone de collecte.
- (96) En vertu du paragraphe 1.2, l'accord a pour objet la mise en place et le bon fonctionnement d'un système de collecte pour emballages usagés dans une zone de collecte donnée. Aux termes du paragraphe 1.6, ARGEV se réserve le droit de collecter également, dans le cadre de ce système, des déchets autres que les déchets d'emballages; les dispositions contractuelles s'y appliquent en conséquence.
- (97) En vertu du paragraphe 2.2, les déchets ménagers sont collectés en même temps que les déchets provenant d'utilisateurs ayant un volume d'emballages comparable. Ces utilisateurs, qui peuvent être des points de production industriels ou institutionnels, sont tenus de s'inscrire chaque année pour la collecte en fournissant la preuve de la licence à 100 % accordée par ARA pour les emballages à apporter; en cas de concession inférieure à 100 %, la collecte doit se faire à titre de déchets industriels.
- (98) Aux termes du paragraphe 2.2.3, ARGEV convient, par un accord séparé avec la collectivité territoriale, de la mise à disposition des emplacements nécessaires. Les conteneurs et sacs de collecte sont préparés par l'entreprise de collecte ou la collectivité territoriale en concertation avec ARGEV. Le paragraphe 2.2.4 prévoit que les frais y afférents ne sont supportés par cette dernière que pour les conteneurs destinés aux déchets ménagers, mais pas pour ceux qui sont destinés aux utilisateurs ayant un volume d'emballages similaire.
- (99) D'après le paragraphe 2.2.5, le service de collecte comprend le vidage systématique des conteneurs et le ramassage des sacs de collecte, ainsi que le transport des déchets collectés jusqu'à l'installation de tri prévue ou à un poste de transbordement situé dans la zone de collecte du territoire contractuel. La préparation du volume collecté par le partenaire de collecte se fait en fonction des besoins, c'est-à-dire en fonction du comportement de la population en matière de collecte ou du lieu de production des déchets, en tenant compte d'une utilisation moyenne de la capacité des conteneurs et sacs de collecte de 80 % et d'un taux maximal d'erreurs de dépôt de 20 % en volume. Lorsque les déchets d'emballages industriels sont collectés en même temps que les déchets d'emballages ménagers, ils doivent être séparés conformément aux indications d'ARGEV (annexe 2 de l'accord).
- (100) En ce qui concerne les déchets industriels, la collecte se fait individuellement. En vertu du paragraphe 2.4.1, le partenaire de collecte gère un centre régional de prise en charge pour la reprise gratuite d'emballages ARGEV provenant des entreprises concernées, la prise en charge contrôlée des produits du recyclage et la collecte des matériaux problématiques. En vertu du paragraphe 2.4.2, le partenaire de collecte propose, au-delà de l'infrastructure de base des centres régionaux de prise en charge et surtout dans les zones à forte présence d'entreprises artisanales, des systèmes de ramassage d'emballages sous licence depuis le lieu de production de ces déchets.
- (101) Aux termes du paragraphe 2.5.1, des prestations partielles couvertes par ces dispositions ne peuvent être sous-traitées à des tiers qu'avec l'autorisation préalable d'ARGEV.
- (102) Le paragraphe 2.5.2 précise que le partenaire de collecte assure la prise en charge des emballages pour ARGEV et n'en acquiert donc jamais la propriété. De ce fait, le partenaire de collecte ne peut disposer des déchets collectés pour ARGEV ou des emballages ARGEV d'une manière différente de celle qui est prévue par l'accord, sinon ARGEV disposera d'un motif grave pour résilier l'accord avec effet immédiat.

- (103) En réponse à une demande de renseignements de la Commission, ARGEV a indiqué que, pour ce qui est des déchets d'emballages ménagers, il n'est pas interdit à l'entreprise de collecte de prévoir dans un même conteneur un certain volume à la disposition d'un autre système, pour autant que l'exécution de ses obligations envers ARGEV ne s'en trouve pas compromise. En particulier, le volume de collecte minimal convenu contractuellement et correspondant au cahier des charges préalablement fixé par ARGEV doit être mis à disposition pour la collecte d'emballages sous licence ARA, sans limitation à un taux déterminé. Toute autorisation, par l'entreprise de collecte, d'une utilisation partagée qui compromettrait la décharge des licenciés d'ARA serait contraire à l'accord.
- (104) Dans le système de collecte des emballages industriels, ARGEV ne prévoit aucune disposition concernant les bacs de collecte. L'entreprise de collecte et/ou l'entreprise qui produit les déchets sont libres de regrouper dans les bacs des emballages relevant également d'autres systèmes. Il faut toutefois s'assurer, au moyen d'indications précises pour chaque lieu de production de déchets que seuls sont remis au centre de prise en charge d'ARGEV les emballages qui, tant en termes quantitatifs que qualitatifs, correspondent à des emballages couverts par la licence ARA et effectivement produits dans ce lieu.
- (105) Aux termes du paragraphe 3.1, le partenaire de collecte perçoit pour les conteneurs et sacs de collecte fournis et documentés par ses soins une rétribution trimestrielle calculée en fonction de la taille des conteneurs et des sacs. Pour le vidage des conteneurs et le ramassage des sacs provenant des ménages et d'utilisateurs assimilés, ainsi que pour le transport et le vidage des déchets collectés dans une installation de tri ou un poste de transbordement et pour l'établissement des rapports, le partenaire de collecte perçoit une rétribution à base quantitative. Il perçoit également une rétribution à base quantitative pour le transbordement des déchets collectés auprès des ménages et d'utilisateurs assimilés du territoire contractuel et pour l'établissement des rapports. Les services de collecte et de transbordement sont rémunérés chaque année par ARGEV dans la limite d'un plafond par zone de collecte et par type de matériaux collectés. Le barème quantitatif pour 2002 à 2004 inclus a été calculé sur la base du volume brut prévisionnel de 2001 collecté auprès des ménages et des utilisateurs assimilés. Pour la prise en charge et la collecte des emballages du secteur industriel, y compris le contrôle à l'entrée, le tri ultérieur, le conditionnement, le stockage intermédiaire, la préparation, le chargement, etc., des types de matériaux pris en charge par l'entreprise de valorisation et qui proviennent de points de production industriels et institutionnels, ainsi que de prises en charge contrôlées et de collectes de matériaux problématiques, le partenaire de collecte perçoit une rétribution à base quantitative.
- (106) Aux termes du paragraphe 3.5, ARGEV garantit au partenaire régional, au moyen des contrats bilatéraux conclus avec les entreprises garantissant la valorisation, la prise en charge des matériaux usagés préparés par ses soins conformément à l'accord.
- (107) Aux termes du paragraphe 5.1, l'accord prend effet au 1^{er} janvier 2002 pour une durée indéterminée. Chacune des parties peut le résilier avec un préavis de six mois, mais pas avant le 31 décembre 2004. Les parties peuvent en outre résilier l'accord avec effet immédiat en cas de motif grave; à titre d'exemple, le non-respect caractérisé de l'obligation de séparation des emballages industriels par rapport aux emballages ménagers collectés constitue un motif grave.
- (108) En ce qui concerne la durée de l'accord, ARGEV a pris l'engagement n° 4 reproduit au considérant 139.
- (109) Par ailleurs, ARGEV indique que les accords avec les partenaires de collecte ne contiennent pas d'engagements d'exclusivité de la part de ceux-ci, qu'il s'agisse des emballages ménagers ou des emballages industriels. En effet, les entreprises de collecte sont libres de fournir des prestations analogues à d'autres systèmes collectifs ou dans le cadre de systèmes individuels. En ce qui concerne l'utilisation partagée des conteneurs, ARGEV a pris l'engagement n° 3 indiqué au considérant 139.

Partenaires de tri d'ARGEV

- (110) L'accord type conclu avec le partenaire de tri correspond dans une très large mesure à l'accord conclu avec le partenaire de collecte.
- (111) Le paragraphe 1.5 stipule qu'ARGEV charge le partenaire de collecte compétent, à l'échelle nationale et dans des zones de collecte définies (en général, circonscription administrative ou grande agglomération), de l'exploitation de systèmes de collecte d'emballages légers et emballages métalliques des ménages et utilisateurs assimilés. Les volumes collectés par les partenaires de collecte sont remis au partenaire de tri directement ou par l'intermédiaire d'un transporteur. Il n'y a qu'un seul partenaire de tri désigné par zone de collecte.
- (112) Pour l'optimisation du système de collecte, tri et transport, le paragraphe 1.6 prévoit que les volumes collectés par des partenaires de collecte déterminés ou dans des zones de collecte déterminées seront affectés à des partenaires de tri déterminés ou à des installations de tri déterminées. Par des dispositions correspondantes figurant dans les différents accords conclus avec les partenaires de collecte, ARGEV s'assure que les emballages collectés par les partenaires de collecte auprès des ménages et des utilisateurs assimilés dans des zones de collecte déterminées (d'après l'annexe 5 de l'accord) seront triés exclusivement dans les installations du partenaire de tri.

- (113) Le paragraphe 2.1.1 stipule que le partenaire de tri doit prendre en charge et trier la totalité du volume d'emballages provenant des ménages (module 1) et des utilisateurs assimilés (module 2) qui a été mis à disposition ou enlevé par le ou les partenaires de collecte dans les zones de collecte. En ce qui concerne les déchets collectés non triés du module 1/2 — Collecte d'ARGEV, le partenaire de tri prend en charge uniquement les déchets des partenaires de collecte ou des zones de collecte indiqués à l'annexe 5 de l'accord. Aux termes du paragraphe 2.2, le partenaire de tri exploite dans la localité où sont situées les installations de tri un centre régional de prise en charge où il accepte gratuitement des emballages provenant d'entreprises (module 3), de la prise en charge sur des sites de recyclage (module 4) et de la collecte de matériaux problématiques (module 5).
- (114) Aux termes du paragraphe 2.4.2, le partenaire de tri prend en charge les emballages destinés à ARGEV et n'acquiert donc à aucun moment la propriété de ces emballages. De ce fait, il ne peut disposer de ceux-ci d'une manière différente de celle qui est prévue par cet accord, sinon ARGEV dispose d'un motif grave pour résilier le contrat avec effet immédiat, comme prévu au paragraphe 5.2.2, point a).
- (115) En réponse à une demande de renseignements de la Commission, ARGEV a précisé que la clause de propriété n'a pas pour effet d'interdire à des tiers d'utiliser des installations de tri. Néanmoins, toute autorisation, par l'entreprise de collecte, d'une utilisation partagée qui compromettrait la décharge des licenciés d'ARA serait contraire à l'accord.
- (116) Les dispositions relatives à la sous-traitance (paragraphe 2.4.1) ainsi qu'à la durée et à la résiliation du contrat (article 5) correspondent à celles qui figurent dans l'accord conclu avec le partenaire de collecte.
- (117) En vertu du paragraphe 3.1, le partenaire de tri perçoit, dans les différentes fourchettes de volume indiquées, les rétributions d'entrée précisées à l'annexe 6 de l'accord. Les rétributions d'entrée représentent la rétribution de la prise en charge des déchets collectés du système ménager et assimilé d'ARGEV, le contrôle à l'entrée, les frais fixes proportionnels des installations par rapport aux volumes d'entrée annuels convenus, l'extraction des substances indésirables contenues dans les déchets collectés et leur élimination dans les règles, ainsi que le conditionnement, le stockage intermédiaire, la préparation et le chargement de tous les types de matériaux de sortie exempts de substances indésirables ou triés positivement. Le volume d'entrée au tri faisant l'objet de la compensation annuelle avec ARGEV est défini par la somme des volumes ménagers collectés dans des zones de collecte déterminées. Pour le tri positif des types de matériaux de sortie provenant des ménages et d'utilisateurs assimilés, le partenaire de tri perçoit des rétributions qui sont fonction des matériaux. Ces rétributions de sortie s'appliquent aussi à la prise en charge des déchets déposés, au contrôle d'entrée, au tri ultérieur, au conditionnement, au stockage intermédiaire, à la préparation, au chargement, etc. de types de matériaux spécifiés provenant de points de production industriels, de sites de recyclage et de la collecte de matériaux problématiques.
- (118) ARGEV indique que les accords conclus avec les partenaires de tri ne contiennent pas d'engagements d'exclusivité de la part de ceux-ci. En effet, les entreprises de tri sont libres de fournir des prestations analogues à d'autres systèmes collectifs ou dans le cadre de systèmes individuels. Par ailleurs, ARGEV a pris l'engagement 3, visé au considérant 139, ainsi que l'engagement 4 concernant la durée des accords.

Accord d'ARO

Partenaires de collecte d'ARO

- (119) L'accord a pour objet la gestion d'un système de collecte des emballages en papier, en vue de l'exécution des obligations prévues par la loi sur la gestion des déchets, le décret, le contrat de gestion ARA/ARO ainsi que les décisions d'agrément. Il n'y a qu'un seul partenaire de collecte désigné par zone de collecte.
- (120) En vertu du paragraphe 1.1, l'accord ne porte pas sur la collecte de déchets de papier et d'emballages en papier produits par les ménages et les utilisateurs assimilés, mais sur la collecte dans les rues commerçantes (paragraphe 2.4), le transport d'emballages depuis les sites de recyclage (paragraphe 2.5) et les systèmes individuels (paragraphe 2.6).
- (121) Aux termes du paragraphe 1.5, l'obligation de reprise qui incombe à ARO est limitée à la quantité d'emballages en papier, carton et carton ondulé couverts par licence ARA. ARO est cependant disposée à prendre en charge la totalité du volume d'emballages apporté au système de collecte et de valorisation. Si cela entraîne le dépassement des obligations imposées par la décision d'agrément, à savoir la mise à disposition d'une capacité suffisante de prise en charge des emballages en papier avec un taux de collecte de 90 % de déchets industriels et de 80 % de déchets ménagers et un taux de valorisation de 85 % de déchets industriels et de 75 % de déchets ménagers, et que cela ne corresponde pas aux intérêts économiques et juridiques des licenciés, ARO se réserve le droit de réajuster sa garantie de reprise et le paiement de la redevance correspondante aux exigences de la décision d'agrément; les partenaires de collecte en seront informés en temps utile.

- (122) La collecte dans les rues commerçantes est effectuée en vue de l'élimination des emballages en papier assortis provenant du petit commerce et de l'artisanat. Les installations dites de reprise surveillée (sites de recyclage, déchetteries, etc.) sont gérées par la collectivité territoriale et acceptent les emballages des particuliers et des petits commerçants et artisans. Le partenaire de collecte d'ARO prend en charge les emballages des sites de recyclage et en assure le transport. Pour les systèmes individuels, le partenaire de collecte d'ARO gère des points d'apport ARO où les commerçants peuvent introduire leurs emballages gratuitement dans le système de collecte et valorisation.
- (123) Le paragraphe 2.7 stipule que le partenaire de collecte est tenu de reprendre aux points d'apport ARO tous les emballages en papier faisant l'objet de l'accord. En vertu du paragraphe 2.7.4, les producteurs des déchets d'emballage doivent confirmer de manière appropriée la licence accordée par ARA sur les emballages. Les points d'apport supplémentaires doivent recevoir l'autorisation d'ARO.
- (124) Aux termes du paragraphe 2.8, ARO choisit l'entreprise de valorisation et les modalités de transport des emballages. Par conséquent, le partenaire doit établir un accord écrit avec ARO sur ce point. Le partenaire de collecte garantit à ARO une certaine qualité minimale des emballages en papier lors de leur livraison à l'entreprise de valorisation (paragraphe 2.9).
- (125) Le paragraphe 2.10 précise que le partenaire collecte les emballages en papier pour ARO. Par conséquent, c'est cette dernière qui a la propriété exclusive des emballages collectés et ceux-ci ne peuvent donc être utilisés que de la manière prescrite par ARO; dans le cas contraire, cette dernière disposera d'un motif grave pour résilier l'accord avec effet immédiat.
- (126) En vertu du paragraphe 2.15, ARO garantit au partenaire de collecte, au moyen des contrats bilatéraux conclus avec les entreprises de valorisation, l'enlèvement des emballages préparés et leur valorisation en conformité avec le décret. Si les garanties de valorisation ont été retirées, ARO doit veiller à indemniser les entreprises de valorisation en conséquence.
- (127) Aux termes du paragraphe 4, l'accord prend effet au 1^{er} janvier 2002 pour une durée indéterminée. Il peut être résilié pour la première fois avec effet au 31 décembre 2004, avec un préavis de six mois. En cas de motif grave, la résiliation avec effet immédiat est possible.
- (128) En ce qui concerne la durée de l'accord, ARO a pris l'engagement n° 4 indiqué au considérant 139.
- (129) Par ailleurs, ARO indique que dans les accords conclus avec les partenaires de collecte, ceux-ci n'ont pas pris d'engagement d'exclusivité. En effet, les partenaires de collecte sont libres de fournir des prestations analogues à d'autres systèmes collectifs ou dans le cadre de systèmes individuels.
- Accord ARO-collectivité territoriale
- (130) Cet accord a pour objet la coopération entre ARO et la collectivité territoriale pour la gestion des systèmes municipaux de collecte des vieux papiers en ce qui concerne les emballages en papier des ménages et des utilisateurs d'emballages similaires dans la zone couverte par l'accord. Il se réfère aux obligations imposées par la loi sur la gestion des déchets, le décret, le contrat de gestion ARA-ARO et les décisions d'agrément.
- (131) Aux termes du paragraphe 2.1, l'obligation de reprise d'ARO est limitée, conformément au décret, aux emballages en papier, carton et carton ondulé sous licence ARA. ARO est disposée à prendre en charge la totalité des volumes d'emballages introduits dans le système, sous réserve toutefois d'un réajustement ultérieur aux obligations de la décision d'agrément, ce dont les collectivités territoriales seront informées en temps utile.
- (132) En vertu du paragraphe 2.2, le système municipal de collecte des vieux papiers géré par la collectivité territoriale collecte systématiquement les emballages et les imprimés (journaux, magazines, catalogues, etc.). Les frais proportionnels de collecte des emballages en papier, carton et carton ondulé sont supportés par ARO, le reste des frais de collecte municipale des vieux papiers étant supporté par la collectivité territoriale.
- (133) Le paragraphe 2.4 stipule que les modifications importantes du système de collecte décrit dans le concept de collecte (par exemple, passage du système de dépôt au système de ramassage des déchets) doivent être décidées d'un commun accord entre la collectivité territoriale et ARO, dès lors que ces modifications entraînent une forte augmentation des frais d'ARO. La collectivité territoriale lance l'appel d'offres ou la renégociation des services de collecte après consultation d'ARO. Le choix de l'entreprise de collecte incombe à la collectivité territoriale.
- (134) La collectivité territoriale doit fournir les prestations suivantes: collecte des emballages en papier dans le cadre de la collecte municipale des vieux papiers (paragraphe 3.1); mise à disposition d'emplacements pour les conteneurs de collecte, avec les autorisations nécessaires (paragraphe 3.2); préparation et entretien des conteneurs de collecte (paragraphe 3.3); réception des emballages dans des sites de recyclage, déchetteries, etc. surveillés (paragraphe 3.4); garantie de qualité des emballages associée à la prise en charge des frais si un tri ultérieur des emballages provenant des sites de recyclage s'avère nécessaire (paragraphe 3.5). De son côté, ARO assure,

au moyen des contrats bilatéraux avec les entreprises de valorisation, la garantie de valorisation conforme aux dispositions du décret (paragraphe 3.6).

- (135) Le paragraphe 3.7 régit le transfert de la propriété des emballages: en ce qui concerne les emballages collectés auprès des ménages et utilisateurs assimilés, leur propriété est transférée de la collectivité territoriale à ARO lors de leur remise au point de prise en charge d'ARO. La propriété des matériaux collectés sur les sites de recyclage, déchetteries, etc., surveillés est transférée à ARO lors de l'enlèvement de ces matériaux par le partenaire de collecte d'ARO; si le transport est effectué par la collectivité territoriale, la propriété n'est transférée de la collectivité territoriale à ARO qu'au moment de leur remise au point de prise en charge d'ARO.
- (136) Par conséquent, la collectivité territoriale ne peut disposer des emballages en papier d'une manière différente de celle qu'a précisée ARO, sinon cette dernière dispose d'un motif grave pour résilier l'accord avec effet immédiat. Les emballages en papier peuvent être valorisés séparément des imprimés ou en étant mélangés à ceux-ci.
- (137) En vertu du paragraphe 5.1, l'accord prend effet au 1^{er} janvier 2002 pour une durée indéterminée. Il peut être résilié pour la première fois au 31 décembre 2003, avec un préavis de six mois. En cas de motif grave, la résiliation avec effet immédiat est possible.
- (138) L'accord ne contient aucune disposition excluant qu'un autre système de collecte et de valorisation utilise également les conteneurs de collecte municipale des vieux papiers. ARO déclare que, dans le domaine de la collecte de papiers à proximité des habitations, elle n'achète en principe que les volumes de la collecte municipale et elle ne voit aucune raison pour que les collectivités territoriales ne concluent pas des accords similaires avec d'autres systèmes collectifs.

V. ENGAGEMENTS PRIS

- (139) En ce qui concerne certains éléments des contrats et accords notifiés, la Commission a exprimé des doutes sous l'angle des règles de concurrence. Au cours de la procédure, les parties ont donné à la Commission les engagements suivants:
- (Engagement n° 1) À partir du 29 novembre 2000, ARGEV et ARO renoncent à l'application des clauses de traitement préférentiel qui ont été convenues dans le cadre d'accords complémentaires ou d'avenants aux contrats conclus avec les entreprises de collecte avec lesquelles chacune de ces sociétés a des rapports contractuels.
 - (Engagement n° 2) ARA s'engage à ne pas faire valoir ses droits de licence sur la marque «Point vert» à l'encontre d'entreprises qui, en Autriche ou

ailleurs, a) participent, avec des emballages portant le logo ou des emballages de même nature, à des systèmes de collecte et de valorisation au sens de la directive 94/62/CE relative aux emballages et aux déchets d'emballages qui prescrivent l'utilisation du logo «Point vert»; ou b) doivent apposer sur les emballages le logo «Point vert» pour des raisons de réglementation. Cet engagement s'applique à condition que l'entreprise concernée collecte et valorise en Autriche (que ce soit au moyen d'un système individuel au sens du décret ou par la participation à un organisme agréé de collecte et de valorisation) les emballages portant le logo «Point vert» en conformité avec le décret (décret BGBl 648/1996 dans sa version en vigueur), preuve à l'appui, et réserve contractuellement à ARA des droits de contrôle correspondants. Ces droits ne doivent pas aller au-delà des pouvoirs de contrôle prévus par le contrat type ARA. En cas d'exercice de ces droits, ARA n'imposera pas, pour la preuve de la conformité au décret de la collecte ou de la valorisation, des exigences plus rigoureuses que les obligations de preuve de l'entreprise concernée vis-à-vis des autorités chargées de l'application du décret.

- (Engagement n° 3) ARGEV n'empêche pas les collectivités territoriales ni les entreprises de collecte de travailler avec des concurrents du système ARA. En outre, ARGEV n'empêche pas les collectivités territoriales ni les entreprises de collecte de conclure et d'exécuter avec des concurrents du système ARA des contrats relatifs à l'utilisation partagée de conteneurs ou autres installations destinées à la collecte et/ou au tri des emballages usagés provenant des ménages et utilisateurs assimilés. Cet engagement ne limite pas le droit d'ARGEV d'imposer ses possibilités contractuelles d'organisation pour le système de collecte et de valorisation utilisé conjointement et de prendre toutes les mesures qui s'imposent pour être en mesure de remplir les obligations qui lui incombent en vertu de la loi et de la décision d'agrément en sa qualité de système de collecte et de valorisation, et ce malgré l'utilisation conjointe. En outre, cet engagement ne s'applique que dans le cas où
 - a) les collectivités territoriales et/ou les entreprises de collecte se déclarent disposées à diminuer — au prorata de l'utilisation des conteneurs et autres installations — les rétributions qu'ARGEV est tenue d'acquitter pour la mise à disposition et la gestion d'installations de collecte et de tri et/ou pour la collecte et le tri, et à rembourser à ARGEV au prorata les autres frais directement imputables à la collecte ou au tri (frais d'études techniques courantes et de gestion du système de collecte à utilisation partagée, frais de conseils en déchets, frais de recherche et développement, etc.); en ce qui concerne le montant et l'imputabilité des frais remboursés, ARGEV fournira une attestation d'un commissaire aux comptes indépendant;

- b) les collectivités territoriales et/ou les entreprises de collecte se déclarent disposées à rembourser à ARGEV tous les surcoûts que l'utilisation partagée entraîne pour les sociétés du système ARA et/ou leurs cocontractants (par exemple, frais d'analyse ou frais de tri supplémentaires pour garantir la qualité des emballages collectés et mis en valorisation pour le compte d'ARGEV). En ce qui concerne le montant et l'imputabilité des frais remboursés, ARGEV fournira une attestation d'un commissaire aux comptes indépendant. Les frais supplémentaires que doivent supporter les sociétés du système ARA et/ou leurs parties uniquement en raison de la baisse des volumes sous licence ne sont pas pris en considération. Le cas échéant, cet engagement fera l'objet d'un avenant au contrat de services concerné.
- (Engagement n° 4) ARGEV et ARO résilieront leurs contrats avec les partenaires de collecte à l'expiration d'une durée contractuelle de trois ans, si les parties n'ont pas décidé d'un commun accord la reconduction du contrat pour une durée maximale de deux ans. Au plus tard après l'expiration d'une durée contractuelle de cinq ans, ARGEV et ARO attribueront de nouveaux contrats de services au moyen d'une procédure de mise en concurrence, transparente et objective (appels d'offres en tout genre, demande d'offres, etc.).

VI. MARCHÉ EN CAUSE

- (140) Tant du point de vue du service concerné que sous l'angle géographique, les marchés en cause sont délimités aux fins de l'appréciation des accords qui font l'objet de la procédure.

Marché de produits

- (141) Le marché de produits en cause comprend l'ensemble des produits et/ou services que le consommateur considère comme substituables en raison de leurs caractéristiques, de leurs prix et de l'usage auquel ils sont destinés.
- (142) L'objet du système ARA est l'organisation et la gestion d'un système, étendu à la totalité du territoire autrichien, pour la reprise d'emballages usagés. Les accords sur lesquels est fondé le système ARA produisent des effets économiques à différents niveaux de la chaîne de création de valeur ajoutée. De plus, dans le cadre des accords conclus au sein du système ARA, une distinction est établie entre les différents types d'emballages et les différents lieux de production des déchets d'emballages à collecter. Les considérations qui suivent montrent que l'appréciation, au regard de l'article 81, paragraphe 1, du

traité CE, de chacun des contrats et accords ainsi que du lieu de production des déchets d'emballages, doit être effectuée sur la base de marchés en cause distincts.

1. Marchés des systèmes collectifs ou individuels de collecte et de valorisation des emballages usagés

- (143) Grâce à son système de collecte et de valorisation, ARA «décharge» ses licenciés des obligations qui découlent du décret pour ce qui est des emballages contractuels (système dit de reprise collectif) et agit, à cet égard, en tant que mandataire de ses licenciés vis-à-vis des ERS soumises à ces obligations de reprise et de valorisation. La demande émane des entreprises soumises au décret.
- (144) Puisqu'ARA agit en tant que mandataire des entreprises soumises au décret, elle est en même temps demandeur du service qui vise à organiser un système de reprise collectif. Les ERS agréées par les pouvoirs publics proposent la gestion d'un système de reprise collectif. Tant l'activité de mandataire de ARA que la gestion du système de reprise collectif par les ERS doivent être, du côté de l'offre, placées au même niveau de la chaîne de création de valeur ajoutée. Si ARA n'agissait pas en qualité de mandataire, les ERS pourraient proposer directement aux entreprises soumises au décret un service de reprise collectif. Étant donné qu'ARA et les ERS exercent leur activité sur un seul et même marché, il est question, dans les considérants qui suivent, de l'offre de ce service collectif de reprise par le système ARA.
- (145) Si des entreprises ne souhaitent pas adhérer à un système de collecte et de valorisation étendu à tout le territoire, c'est à elles qu'incombe la responsabilité de respecter les obligations prévues par le décret. Il en va de même des lieux de forte production de déchets inscrits, pour ce qui est des emballages qu'ils produisent. Les entreprises qui ne participent pas à un tel système peuvent toutefois recourir à un tiers pour l'élimination des emballages usagés qui leur incombent. Les tiers concernés proposent donc d'organiser la collecte et la valorisation individuelles des emballages usagés, conformément aux obligations prévues en la matière par le décret (les systèmes dits «individuels»).
- (146) Il n'est pas nécessaire de trancher de façon définitive la question de savoir si les systèmes collectifs et les systèmes individuels opèrent sur le même marché ou sur des marchés distincts, quoique voisins. Ainsi qu'il ressort des explications, quelle que soit celle de ces deux définitions de marché qui sera effectivement retenue, les accords à examiner en l'espèce n'entraînent aucune restriction de concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE. Dès lors, la question de la délimitation précise du marché ou des marchés pour ce qui est de l'organisation de la collecte et de la valorisation des emballages usagés peut être laissée en suspens.

- (147) Le marché sur lequel les systèmes collectifs et les systèmes individuels opèrent peut être désigné sous un seul et même terme, à savoir le «marché des systèmes». Ce marché des systèmes est limité aux déchets d'emballages puisque ces derniers, vu les obligations particulières que le décret fait peser sur les demandeurs, sont dissociables des autres déchets.
- (148) À l'intérieur de ce «marché des systèmes», il y a lieu de distinguer comme suit les marchés en cause en fonction des lieux de production des déchets d'emballages.
- (149) Le système ARA propose, d'une part, la participation à un système de collecte des emballages usagés qui sont produits chez les consommateurs privés et chez les utilisateurs assimilés et, d'autre part, la participation à un système d'élimination des déchets d'emballages qui sont produits par les grandes entreprises et par l'industrie. Le système ARA a reçu des agréments distincts pour son système d'élimination des emballages ménagers et celui des emballages industriels.
- (150) Une entreprise qui demande à être déchargée des obligations que lui impose le décret met sur le marché des emballages provenant soit des ménages, soit des grandes entreprises et de l'industrie, ou encore des deux secteurs, les deux types de déchets devant alors être dissociés. C'est pourquoi elle ne peut participer qu'à un seul système de collecte et de valorisation, aménagé en fonction du lieu de production des déchets concernés. Du point de vue de la demande, la participation à un système d'élimination des emballages ménagers, en vue de la décharge des obligations que prévoit le décret, n'est pas substituable à la participation à un système d'élimination des emballages des grandes entreprises et de l'industrie et inversement.
- (151) Du côté de l'offre, l'organisation d'un système collectif en vue de la «décharge» du licencié doit essentiellement respecter les dispositions légales qui distinguent les systèmes d'élimination des emballages ménagers des systèmes d'élimination des emballages industriels et qui fixent, dans chacun de ces cas, des exigences différentes. Les champs d'activité doivent être séparés, structurellement ou, du moins, sur le plan comptable (considérant 41) et seuls les systèmes d'élimination des emballages ménagers doivent tendre à un taux de participation aussi élevé que possible, ont l'obligation de passer des contrats, doivent, dans une plus large mesure, soumettre des rapports et sont soumis à des possibilités de contrôle plus importantes (considérant 40).
- (152) Dans ces conditions, la Commission est parvenue à la conclusion que, du point de vue du gestionnaire de système, la prise en charge qui est proposée à une entreprise dans le cadre d'un système d'élimination des emballages ménagers n'est pas fonctionnellement interchangeable avec celle qui est proposée à une entreprise dans le cadre d'un système d'élimination des emballages des grandes entreprises et de l'industrie.
- (153) Il n'est pas nécessaire de procéder à une subdivision plus fine des deux marchés en cause en fonction des différentes catégories de matériaux (papier, verre, par exemple), car l'appréciation qui en résulterait sous l'angle de la concurrence au titre de l'article 81, paragraphe 1, serait identique.
- (154) La Commission conclut par conséquent que, compte tenu de l'organisation des systèmes d'élimination des emballages usagés («marché des systèmes»), le marché des systèmes d'élimination des emballages ménagers doit être distingué de celui des systèmes d'élimination des emballages destinés aux grandes entreprises et à l'industrie.
- ## 2. *Marchés de la collecte et du tri des emballages usagés*
- (155) Dans le cadre du système ARA, certaines ERS sont chargées de l'organisation de la collecte et du tri des emballages usagés. Dans la mesure où elles ne se chargent pas elles-mêmes d'éliminer les emballages, elles sont demandeurs de ce service. Le service d'élimination est assuré par des entreprises de collecte privées et des collectivités territoriales (ci-après «entreprises de collecte»).
- (156) Dans la collecte et le tri des emballages usagés, il y a lieu d'effectuer une distinction entre les différents matériaux, d'une part, et les emballages ménagers ou industriels, d'autre part.
- (157) Les emballages ménagers en carton et en papier sont ramassés en même temps que les imprimés (journaux, revues, etc.). La collecte est assurée par les collectivités locales. Celles-ci passent donc aussi des marchés avec les entreprises de collecte. ARO n'achète que des quantités déterminées aux systèmes de collecte municipaux de vieux papiers. Ces derniers préexistaient à la création du système ARA. Le prix du marché des vieux papiers est, dans la plupart des cas, positif. En règle générale, les déchets d'emballages en carton ou en papier sont déposés, dans le cadre des systèmes de déchetterie, dans des conteneurs installés sur des terrains communaux. Le tri ultérieur des emballages auquel il faut procéder, le cas échéant, est relativement simple. Compte tenu de ces particularités, la Commission part du principe qu'il existe un marché distinct pour la collecte et le tri des vieux papiers ménagers, qui comprend les emballages en papier et en carton, les journaux, les revues et divers autres vieux papiers. Dans le secteur industriel, les emballages en papier et en carton sont acceptés soit sur des sites de recyclage, soit dans des déchetteries, ou encore enlevés directement dans des centres de prise en charge créés par les systèmes ou des lieux de forte production de déchets. L'entreprise de collecte conclut un contrat avec ARO, avec des systèmes concurrents ou avec les lieux de forte production de déchets. Les chevauchements avec la collecte de déchets ménagers sont limités.

- (158) La catégorie du verre présente des particularités, qui donnent également à penser qu'il faudrait délimiter le marché sur la base de cette catégorie de matériau. La collecte du verre usagé préexistait à la création du système ARA. En règle générale, le verre usagé est déposé, dans le cadre des systèmes de déchetterie, dans des conteneurs installés sur des terrains communaux. Lorsqu'il faut procéder à un tri ultérieur, celui-ci est relativement simple. Le prix du marché des verres usagés est positif. La collecte des verres usagés se limite, dans une large mesure, à ceux des ménages.
- (159) La collecte des emballages légers (en particulier les matières plastiques, composites, aluminium, fer-blanc et acier) n'a, en revanche, été dissociée de la collecte des déchets ménagers qu'au moment de la création du système ARA. La collecte s'effectue principalement *via* les déchetteries, les poubelles ou les sacs placés près des habitations. Les emballages légers en plastique ou en matériau composite ont un prix de marché essentiellement négatif. Il s'ensuit que les conditions de collecte et de tri des emballages ménagers réalisés dans ces catégories de matériaux se distinguent dans une large mesure, sous l'angle de la logistique, de celles qui prévalent aussi bien pour la collecte des vieux papiers et du verre usagé des ménages que pour que la collecte et le tri des emballages des grandes entreprises et de l'industrie.
- (160) Étant donné que les emballages légers ménagers doivent normalement être collectés directement chez tous les ménages, il en résulte d'importants effets de réseaux, autrement dit des économies d'échelle et de gamme considérables. Ces conditions spécifiques de l'offre ont pour conséquence que la collecte auprès des ménages ne peut généralement être réalisée dans des conditions de coût optimales que par un nombre limité d'entreprises de collecte. En outre, un seul bac de collecte par type de matériau peut normalement être installé. En revanche, le nombre des lieux de production de déchets d'emballage de l'industrie et des grandes entreprises est plus restreint et, du fait de l'importance du volume ramassé, des entreprises différentes peuvent donc assurer la collecte.
- (161) En outre, les emballages de vente utilisés par les ménages se différencient sensiblement, au niveau des matériaux, des emballages utilisés par les grandes entreprises commerciales et par l'industrie. En effet, différents types de matériaux se retrouvent, en moindre quantité, chez le consommateur privé et sont collectés chez lui, la conséquence étant qu'ils doivent ensuite être triés dans des installations à intensité capitalistique comparative plus élevée. En ce qui concerne les emballages provenant des grandes entreprises et de l'industrie, qui sont en règle générale déposés en plus grande quantité et sont déjà triés par type de matériau, les installations de tri ne doivent pas nécessairement avoir une configuration technique de ce type.
- (162) Dans ces conditions, il n'existe pas non plus de substitutabilité fonctionnelle entre les services de collecte et de tri des emballages ménagers et ceux des emballages de l'industrie et des grandes entreprises commerciales.
- (163) Le marché de la collecte et de la valorisation des emballages ménagers usagés doit être démarqué du ramassage des déchets ménagers et résiduels, qui relève toujours de la responsabilité des collectivités locales chargées de la collecte des déchets, même depuis l'adoption du décret. Le marché de la collecte et du tri des emballages usagés se distingue du ramassage précité par l'éventail de services sensiblement élargi qui est offert, puisque sur ce marché, le tri sélectif des emballages collectés selon des cahiers des charges spécifiques et la transmission des matériaux triés en vue de leur valorisation ultérieure remplissent une fonction autonome de création de valeur ajoutée qui, en règle générale, présuppose la réalisation, en fonction de la demande, d'importants investissements dans une infrastructure de tri correspondante. En outre, il existe pour chaque secteur une infrastructure de collecte autonome, dans la mesure où les déchets ménagers et résiduels sont collectés, chez les ménages, dans d'autres conteneurs que les emballages usagés.
- (164) Pour ce qui est du secteur des ménages, il est possible par conséquent de distinguer les marchés suivants: marché de la collecte de vieux papiers, marché de la collecte de verre usagé et marché de la collecte et du tri des emballages légers.
- (165) En ce qui concerne le secteur industriel, les entreprises qui demandent des services d'élimination des déchets sont celles qui sont chargées de la collecte, à savoir les ERS (ARGEV et ARO), ainsi que les systèmes concurrents. La demande de ces systèmes ne porte que sur des services d'élimination des emballages, car, compte tenu des exigences légales, ces services ne sont pas interchangeables avec d'autres services de gestion des déchets. Par ailleurs, entrent aussi en ligne de compte, du côté de la demande, les systèmes de collecte individuels et les lieux de forte production de déchets, chez lesquels on trouve des déchets d'emballages, mais aussi d'autres déchets industriels. Compte tenu, toutefois, de la manière particulière dont sont aménagés les obligations légales en matière d'élimination des emballages, cette dernière n'est pas interchangeable, du point de vue de la demande, avec l'élimination des autres déchets industriels.
- (166) Du point de vue de l'offre de services d'élimination des déchets, il existe également des différences notables entre la collecte et le tri des emballages industriels et l'élimination des autres déchets industriels. S'il est vrai que les exigences en matière de logistique de collecte (lieu de production des déchets, fréquence et caractéristiques de la collecte) sont partiellement analogues, il n'en reste pas moins que les obligations légales différentes ont des répercussions sur la collecte et le tri. Les déchets d'emballages sont soumis aux dispositions relatives à leur élimination, que les entreprises de collecte et de tri sont tenues de respecter. Elles doivent donc prouver, documents à l'appui, à leurs clients qu'elles ont collecté et préparé en vue de leur valorisation des quantités minimales déterminées. Il faut pour cela une organisation qui ne se limite pas à tenir compte des déchets produits, mais qui doit aussi garantir la fourniture constante de volumes de déchets suffisants. En outre, les exigences en matière de preuve rendent plus difficile la

collecte dans un même conteneur des emballages et des imprimés réalisés à partir des mêmes types de matériau, soit que cette possibilité soit exclue par le contractant, soit qu'une répartition proportionnelle, conforme aux exigences légales sur les preuves en matière de taux, soit prévue.

- (167) Il faut donc partir du principe que le marché de la collecte et du tri des emballages industriels doit être distingué de celui de l'élimination des autres déchets industriels. Il n'est pas nécessaire de trancher la question de savoir si, sur le marché de la collecte et du tri des emballages industriels, une distinction doit être établie en fonction du type de matériau, puisque, pour l'appréciation des accords sous l'angle de la concurrence au regard de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE, cette distinction n'est pas pertinente.
- (168) Compte tenu des considérations qui précèdent, il existe, à côté des marchés de la collecte d'emballages ménagers, un marché distinct pour la collecte et le tri d'emballages usagés émanant des grandes entreprises et de l'industrie. Il n'est pas nécessaire de procéder à une subdivision plus fine du marché sur la base des fonctions élémentaires de la chaîne de création de valeur (collecte, transport, tri, par exemple), puisque l'appréciation sous l'angle de la concurrence au regard de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE ne serait pas différente.

3. *Marchés des services de valorisation et des matières premières secondaires*

- (169) ARA intervient sur les marchés des services de valorisation et/ou des matières premières secondaires étant donné que les ERS, en dehors d'ARGEV, organisent le transport vers une installation de valorisation des matériaux collectés dans le cadre du système, conformément aux dispositions du décret sur les emballages, d'une manière durable et indépendante de la situation respective du marché. Les entreprises de valorisation, en tant que partenaires des ERS, affectent les matériaux mis à leur disposition à une valorisation matière conformément au décret sur les emballages.
- (170) Il y a donc lieu de considérer qu'il existe des marchés distincts pour chaque catégorie de matériau. En outre, au niveau de la valorisation, aucune différenciation n'est établie entre les emballages ménagers et les emballages industriels pour une même catégorie de matériaux, puisque les exigences techniques et économiques en matière de valorisation sont, dans une large mesure, identiques. Pour la même raison, certains autres produits à valoriser et entrant dans la même catégorie de matériau pourraient être inclus dans le marché de la valorisation. On pourrait ainsi inclure, dans les papiers et cartons, les journaux et les revues.
- (171) En outre, l'organisation pure et simple de la valorisation d'un type de matériau donné par les ERS, d'une part, et la mise en œuvre effective de la valorisation de ce matériau, ou l'offre de matières premières secondaires, d'autre part, constituent des niveaux différents, d'un même marché de produits.

Marché géographique

- (172) Le marché géographique en cause comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre de biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence diffèrent de manière appréciable.
- (173) Il faut partir du principe que les conditions objectives de la demande et de l'offre sur les marchés en cause dans la présente affaire sont sensiblement différentes de celles prévalant dans d'autres régions du marché commun. C'est donc le territoire de l'Autriche qui doit être pris en considération pour l'application des règles de concurrence communautaires aux marchés de produits couverts par le système ARA, les marchés concernés étant les marchés de systèmes et ceux de la collecte et du tri.
- (174) Pour ce qui est des marchés des services de valorisation et des matières premières secondaires, la Commission est d'avis que ces marchés montrent déjà clairement, dans une certaine mesure, des tendances à l'internationalisation et comprend des éléments transfrontaliers, de sorte que le territoire de l'espace économique européen doit être considéré comme le marché géographique en cause. À cet égard, toutefois, il n'est pas indispensable, en fin de compte, de déterminer l'étendue exacte du marché géographique en cause.

VII. STRUCTURE DES MARCHÉS

- (175) Le nombre de licenciés participant au système ARA était de 10 994 en 1997, 11 479 en 1998, 12 027 en 1999, 12 295 en 2000 et 12 652 en 2001. Les recettes de redevances d'ARA se sont élevées à 2 608,1 millions de schillings autrichiens (ATS) (189,6 millions d'euros) en 1997, à 2 673,0 millions de schillings autrichiens (194,2 millions d'euros) en 1998, à 2 694,2 millions de schillings autrichiens (195,8 millions d'euros) en 1999, à 2 543,3 millions de schillings autrichiens (184,8 millions d'euros) en 2000 et à 162,7 millions d'euros en 2001.
- (176) Dans le domaine des emballages ménagers, le système ARA est le seul système de collecte et de valorisation, en Autriche, qui couvre l'ensemble du territoire national et tous les types de matériaux (hormis les cartons composites pour boissons).
- (177) Pour ce qui est des déchets d'emballages ménagers, outre ARA, seule la société Öko-Box Sammel GmbH gère, à l'échelle du territoire national, un système de collecte et de valorisation d'emballages légers pour boissons et collabore avec ARGEV pour pouvoir assurer une collecte couvrant l'ensemble du territoire autrichien. En outre, la société Bonus Holsystem für Verpackungen GmbH & Co. KG gère un système d'élimination des emballages laissés, dans le domaine de la construction, chez l'utilisateur final privé et, dans le domaine agricole, chez l'exploitant.

- (178) Du côté des ménages, le nombre des systèmes individuels prévus à l'article 3, paragraphe 6, du décret est négligeable.
- (179) Dans le domaine des emballages industriels, le système ARA a certes quelques concurrents, mais leur importance économique n'est pas comparable à celle du système ARA. Il s'agit des entreprises suivantes:
- «EVA Erfassen und Verwerten von Altstoffen GmbH» (EVA), une filiale du groupe allemand Interseroh, qui est chargée de l'élimination de métaux, plastiques, papier, bois et composites,
 - «Bonus Holsystem für Verpackungen GmbH & Co. KG» (Bonus) (anciennement FRS Folien-Rücknahme-Service GmbH & Co KG) de Kufstein, qui a pour activité l'élimination d'emballages métalliques, plastiques, textiles, en papier et en bois, mais se limite aux emballages laissés chez les utilisateurs finals professionnels (et aussi, dans le domaine de la construction, chez l'utilisateur final privé et, dans le domaine agricole, chez l'exploitant),
- «RUG Raiffeisen Umweltgesellschaft mbH», Kornneuburg, qui s'occupe de l'élimination de bouteilles à vin réutilisables et de films pour l'agriculture,
 - «GUT Dr Klaus Galle Umwelttechnik & Ökoconsulting» (GUT), Klosterneuburg, responsable de l'élimination d'emballages métalliques, plastiques, en papier, en bois, en matières composites et biogènes,
 - «Pape Entsorgung GmbH & Co KG», Hanovre (Allemagne), spécialisée dans l'élimination d'emballages de pièces de rechange pour l'automobile.
- (180) Seules les entreprises EVA, Bonus et GUT ont obtenu l'agrément de leur système pour l'ensemble du secteur industriel.
- (181) Il existe à côté de cela des systèmes individuels, notamment pour les lieux de forte production de déchets.
- (182) Tableaux relatifs aux volumes sous licence et aux volumes collectés

Volumes de déchets d'emballages sous licence/collectés par les systèmes en 2001 ⁽⁹⁾

	Volumes collectés (volume total des emballages mis sur le marché en Autriche), en tonnes	Volumes sous licence d'autres systèmes, en tonnes	Volumes sous licence ARA, en tonnes	Part représentée par les emballages sous licence ARA dans le volume total des emballages mis sur le marché en Autriche), en pourcentage
Papier et carton	535 000	13 300	[...]* (*)	[... 50-60 % ...]*
Verre	230 000	0	[...]*	[... 80-90 % ...]*
Bois	70 000	1 600	[...]*	[... 65-75 % ...]*
Céramique	28	0	[...]*	[... 90-100 % ...]*
Métal	85 000	900	[...]*	[... 50-60 % ...]*
Textiles	—	34	[...]*	[... 15-25 % ...]*
Matières plastiques	210 000	7 100	[...]*	[... 50-60 % ...]*
MC ⁽¹⁰⁾	40 000	23 600	[...]*	[... 15-25 % ...]*
Autres	—	54	0	[... 0-10 % ...]*
Total	1 170 028	46 700	[...]*	[... 55-65 % ...]*

— = aucune donnée disponible.

(*) Des parties de ce texte ont été omises afin de garantir qu'aucune information confidentielle ne soit communiquée. Ces parties sont indiquées par des points de suspension entre crochets, suivi d'un astérisque.

⁽⁹⁾ Les données figurant dans ce tableau sont basées sur des informations communiquées par le ministère fédéral autrichien de l'agriculture et des forêts, de l'environnement et de la gestion de l'eau, pour l'année 2001.

⁽¹⁰⁾ Composites.

Volumen de déchets d'emballages collectés en 2001 ⁽¹¹⁾

	Volume total collecté par ARA, en tonnes	Volume collecté par d'autres systèmes	Volume collecté, annexe 3 (= secteur industriel)	Décharge et incinération	Total	Part représentée par ARA dans le volume total de déchets d'emballages collectés, en pourcent
Papier et carton	297 400	11 500	102 200	92 000	503 100	59 %
Verre	174 400	0	900	39 000	214 300	81 %
Bois	15 600	600	12 100	40 000	68 300	23 %
Céramique	9	0	0	0	9	100 %
Métal	29 500	700	4 600	27 000	61 800	48 %
Textiles	7	27	300	0	334	2 %
Matières plastiques	102 800	6 000	6 900	78 000	193 700	53 %
MC ⁽¹²⁾	5 000	17 200	100	5 000	27 300	18 %
Autres	0	45	200	0	245	0 %
Total	624 716	36 072	127 300	281 000	1 069 088	58 %

VIII. OBSERVATIONS DE TIERS

(183) Après la publication de la communication en application de l'article 19, paragraphe 3, du règlement n° 17 et de l'article 3 du protocole 21 de l'accord EEE, huit tiers au total ont communiqué à la Commission des observations axées, pour l'essentiel, sur les points suivants.

(184) Des tiers ont proposé que les engagements pris par ARA soient assortis de charges, en particulier pour l'utilisation partagée des infrastructures de collecte dans le secteur

des emballages ménagers. De plus, ils considèrent comme insuffisante la portée des engagements.

(185) Ils ajoutent que le système ARA procède à des subventions croisées entre le secteur industriel et le secteur des ménages, au détriment de ce dernier, de manière à évincer les concurrents du marché. Il n'existe, selon eux, aucune séparation nette entre les deux secteurs, que ce soit au niveau des tarifs ou du calcul des coûts. Il devrait donc être interdit à ARA de travailler dans le secteur industriel.

⁽¹¹⁾ Les données figurant dans ce tableau sont basées sur des informations communiquées par le ministère fédéral autrichien de l'agriculture et des forêts, de l'environnement et de la gestion de l'eau, pour l'année 2001. D'après des informations verbales communiquées en juin 2003 par des membres du personnel compétents, au ministère fédéral autrichien de l'agriculture et des forêts, de l'environnement et de la gestion de l'eau, les quantités de papier et de carton collectées par ARA se répartissent de la manière suivante: environ 1/3 pour le secteur des ménages et environ 2/3 pour le secteur industriel; les quantités de matières plastiques collectées par ARA se répartissent quant à elles comme suit: environ 7/10 pour le secteur des ménages et à peu près 3/10 pour le secteur industriel.

⁽¹²⁾ Composites. Les matériaux composites incluent aussi les cartons composites pour boissons. Öko-Box a collecté 16 600 tonnes de cartons composites pour boissons, tandis que le système ARA n'en a collecté aucun.

(186) Les tiers font enfin valoir qu'ARA favorise certains groupes de licenciés, en leur remboursant de façon ciblée une partie des redevances versées, alors que d'autres licenciés ne profitent que des baisses de tarifs générales.

(187) ARA n'a pas notifié ses tarifs, de sorte que le système tarifaire et les éventuelles subventions croisées ne font pas l'objet de la présente décision.

(188) La Commission a soigneusement examiné les observations des tiers et en a tenu compte dans la présente décision, dans la mesure où cela était nécessaire.

IX. ARTICLE 81, PARAGRAPHE 1, DU TRAITÉ CE ET ARTICLE 53, PARAGRAPHE 1, DE L'ACCORD EEE

(189) Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun.

Accords entre entreprises

(190) ARA et les entreprises soumises au décret relatif aux emballages exercent une activité économique. Les accords de décharge et de licence conclus entre ARA et les entreprises soumises au décret constituent donc des accords entre entreprises.

(191) Les ERS exercent une activité économique qui leur est propre. Comme ARA ne détient, dans le capital de certaines ERS, qu'une participation de 11 %, elle ne peut exercer sur elles aucun contrôle, au regard du droit des sociétés. Étant donné qu'il n'existe entre les entreprises participant au système ARA aucune relation relevant de la législation sur les groupes de sociétés ou assimilables aux rapports entre une société mère et ses filiales — à l'exception d'AVM, qui est détenue à 50 % par ÖKK et ARO — tant les contrats de gestion conclus entre ARA et les ERS que les contrats de coopération conclus entre ARGEV et ÖKK, Alurec, Ferropack et VHP constituent des accords entre entreprises au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE.

(192) Aux fins de la réalisation effective des services de collecte, de tri et de valorisation, les ERS concluent à leur tour des contrats avec des entreprises de collecte. Ces entreprises de collecte sont parfois des collectivités territoriales qui exercent également, à cet égard, une activité économique. Tous les contrats conclus entre les ERS et les entreprises de collecte, de tri et de valorisation constituent donc des accords entre entreprises au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE.

Restriction de la concurrence

1. Marché des systèmes pour emballages ménagers

1.1. Restriction de la concurrence imputable à l'accord de décharge et de licence

(193) Sur le marché des emballages ménagers, ARA intervient en concluant avec des entreprises des accords de décharge et de licence, déchargeant ainsi ces entreprises, pour les emballages contractuels qui seront collectés auprès des ménages, des obligations de reprise et de valorisation que leur impose le décret sur les emballages.

(194) Il existe plusieurs versions des accords de décharge et de licence. C'est l'accord de décharge et de licence pour les emballages de transport, les emballages de vente ou les suremballages («contrat type») qui sera examiné plus en détail ci-après.

Preuve du recours à un système de reprise parallèle ou individuel

(195) Conformément à l'article I, paragraphe 2, du contrat type, le licencié ne peut être exempté de l'obligation de participer au système de collecte et de valorisation d'ARA pour l'ensemble de ses emballages que s'il peut attester avoir recours à un système de reprise parallèle ou à un système de reprise individuel. En ce qui concerne l'obligation de preuve, ARA a fait savoir qu'il suffisait de fournir, comme preuve du recours à un système de reprise parallèle, une attestation délivrée par le gestionnaire du système, conformément à l'article 3, paragraphe 5, du décret sur les emballages, et comme preuve du recours à un système de reprise individuel, l'attestation de reprise à fournir au ministère de l'environnement, conformément à l'article 3, paragraphe 6, point 2, du décret sur les emballages (considérant 52).

(196) D'après l'article II, paragraphe 1, du contrat type, la redevance que le licencié est tenu de verser est calculée en fonction des emballages que celui-ci a mis sur le marché autrichien. Toutefois, selon ARA, l'article II, paragraphe 1, du contrat type est interprété en ce sens que la redevance n'est versée que pour des emballages pour lesquels le licencié demande une décharge par le système ARA et dont il notifie par conséquent les quantités au système ARA, conformément à l'article II, paragraphe 4, comme base de calcul de la redevance (considérant 55). En outre, le licencié peut procéder à une rectification rétroactive de ses déclarations pour l'année civile écoulée et demander un avoir correspondant sur sa redevance, lorsqu'il a éliminé des quantités déterminées par d'autres moyens. Ce système flexible de calcul des redevances pourrait inciter des entreprises participant au système ARA à retirer *a posteriori* certaines quantités d'emballages des redevances dues, sans pour autant les faire collecter par d'autres moyens. Comme ARA accepte notamment aussi la correction *a posteriori* des déclarations relatives aux matériaux d'emballages, la Commission estime justifié qu'ARA impose une obligation de preuve pour empêcher les licenciés d'abuser de ce système souple de déclaration.

(197) Compte tenu de ce qui précède, l'obligation de preuve figurant à l'article I, paragraphe 2, du contrat type n'est pas contraire à l'article 81, paragraphe 1, du traité CE.

Utilisation du logo «Der Grüne Punkt» (Point vert)

- (198) Il pourrait y avoir restriction de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE si les licenciés devaient acquitter une redevance pour l'ensemble des emballages portant le logo «Point vert». Dans ce cas, cela poserait des problèmes pour un licencié qui n'aurait recours à ARA que pour une partie de ses emballages ou qui renoncerait totalement à faire appel à un système de collecte en Autriche, mais qui commercialiserait dans d'autres États membres de l'Espace économique européen (EEE) des emballages uniformes, mais portant le logo «Point vert». Il serait alors contraint, pour les quantités qu'il ne confie pas au système ARA, soit de payer des redevances à ARA en plus des redevances qu'il paierait à un concurrent d'ARA, soit de mettre en place des lignes d'emballages et de distribution distinctes, ce qui ne serait ni pratique, ni rentable.
- (199) Le contrat type ne contient aucune disposition imposant que les emballages participant au système ARA et qui sont mis sur le marché en Autriche doivent porter le logo «Point vert». Le décret sur les emballages ne prévoit pas non plus une telle obligation de marquage pour les emballages confiés à un système de collecte ou de valorisation.
- (200) En outre, ARA a indiqué que l'article II du contrat type ne signifiait pas que l'obligation de rétribution imposée aux licenciés constituait une contre-prestation pour le droit d'utilisation du logo «Point vert»; elle constitue plutôt la rémunération des services d'élimination de déchets fournis par le système ARA. Il ne s'agit donc pas d'une redevance pour l'utilisation d'un logo, mais d'une redevance pour la prestation d'un service.
- (201) Cela signifie que des entreprises qui souhaitent avoir recours, pour une partie ou la totalité de leurs emballages portant le logo «Point vert», à un système de reprise concurrent ou à un système individuel de reprise peuvent le faire sans être contraints de verser une redevance à ARA, pour autant qu'ils puissent prouver à ARA qu'ils éliminent ces emballages de façon conforme au décret.
- (202) Afin de garantir qu'ARA ne prendra pas d'autres mesures à l'encontre des entreprises qui ne sont pas des licenciés d'ARA, mais qui sont tenues d'apposer le logo «Point vert» sur les emballages qu'elles mettent sur le marché, que ce soit aux termes d'un contrat signé avec un système de collecte et de valorisation d'un autre État membre ou parce qu'elles y sont contraintes par le droit national d'un autre État membre, ARA a pris l'engagement de ne pas s'opposer à ce que le logo «Point vert» soit apposé sur des emballages ne faisant pas l'objet d'une licence ARA, à condition que ceux-ci soient valorisés conformément au règlement et que la preuve puisse en être apportée à ARA. Cela vaut tant en cas de non-participation partielle qu'en cas de non-participation totale au système ARA. Même en cas de non-participation totale au système ARA, il n'est pas nécessaire que cela soit indiqué sur l'emballage.

- (203) Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de considérer que les dispositions du contrat type relatives à l'utilisation du logo «Point vert» sur les emballages mis sur le marché n'entraveront pas l'exploitation de systèmes de tri et de valorisation actuels ou potentiels ni de systèmes de reprise individuels dans le domaine des emballages ménagers et ne restreindront pas la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE.

Droit de résiliation normale pour licenciés étrangers d'autres États membres

- (204) L'article 7 de la directive 94/62/CE dispose que les systèmes de reprise s'appliquent également aux produits importés, de manière non discriminatoire, y compris en ce qui concerne les modalités prévues et les tarifs éventuellement imposés pour l'accès au système. C'est pourquoi l'article 32, paragraphe 2, de la loi sur la gestion des déchets impose une obligation de contracter. ARA ne peut donc en principe pas exercer de droit de résiliation. Toutefois, si cela devait malgré tout se produire dans les cas exceptionnels décrits par ARA (considérant 60), celle-ci serait alors soumise à un contrôle afin de vérifier si elle n'a pas commis d'abus de pouvoir. Compte tenu de ces éléments, l'inclusion dans les contrats d'un droit de résiliation normale pour les licenciés étrangers ne constitue pas une restriction sensible de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE.

1.2. Restriction de concurrence imputable au contrat de gestion entre ARA et les ERS

- (205) Le contrat de gestion conclu entre ARA et ARGEV, qui a été notifié en tant que contrat type pour les contrats conclus par ARA avec l'ensemble des ERS, contient, à l'article 5, des clauses d'exclusivité en faveur d'ARA ainsi qu'en faveur des ERS. En outre, l'article 6, point 13, du contrat contient une clause de traitement préférentiel en faveur d'ARA.

Exclusivité en faveur d'ARA

- (206) L'exclusivité prévue en faveur d'ARA à l'article 5, paragraphe 2, des contrats de gestion conclus entre ARA et les ERS, qui s'applique pendant toute la durée de validité du contrat, prévoit que des concurrents potentiels d'ARA ne peuvent pas signer de contrat avec les ERS ayant obtenu des agréments. Toutefois, cela ne constitue pas une condition indispensable, du point de vue du droit de la concurrence, pour pénétrer sur le marché des systèmes. Ce qui importe, c'est que les concurrents puissent conclure des contrats avec les entreprises qui effectuent réellement la collecte et le tri. Ce marché, situé en aval du marché des systèmes, sera examiné plus en détail ci-après.

(207) L'examen de la clause d'exclusivité figurant à l'article 5 du contrat de gestion montre qu'elle n'entraînera pas de restriction sensible de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE.

Exclusivité en faveur des ERS

(208) L'exclusivité prévue à l'article 5, paragraphe 1, du contrat en faveur des ERS, pour toute la durée de validité du contrat, implique qu'aucune autre entreprise ne peut devenir une ERS au sein du système ARA et ne peut donc traiter avec ARA en tant que mandataire. Or, comme les concurrents veulent précisément conclure des contrats avec les entreprises soumises à l'obligation de reprise à la place d'ARA, elles n'ont aucun intérêt à traiter avec cette dernière. Dans ce cas aussi, la Commission est donc parvenue à la conclusion qu'il n'y avait pas restriction sensible de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE.

(209) En outre, chacune des ERS se voit confier certaines catégories de matériaux ou certaines opérations de gestion des déchets. Conformément à l'article 5, paragraphe 3, du contrat de gestion, chaque ERS s'engage à ne pas assurer de prestation relevant du domaine de compétence d'autres ERS. Cela signifie que les ERS ne se font pas de concurrence entre elles, ce qui concerne en premier lieu l'organisation interne du système ARA. En dehors de ce système, cette disposition n'a pas d'effet allant au-delà de l'exclusivité en question. Certes, à l'intérieur du système ARA, la liberté d'action des ERS est restreinte. Toutefois, cela peut être justifié par la nécessité de mettre en place, à l'intérieur du système, une attribution claire des tâches et une spécialisation judicieuse. S'il n'y avait pas une délimitation claire des domaines de compétences, des tâches comme la conclusion des contrats avec les entreprises de collecte, de tri et de valorisation, ou la garantie du respect des taux imposés ne pourraient pas être réalisées avec efficacité. Il convient également de souligner que la restriction des activités des ERS à leurs domaines de compétences respectifs n'aura pas d'effet une fois que les contrats seront venus à expiration. La disposition prévue à l'article 5, paragraphe 3, du contrat de gestion n'est donc pas contraire à l'article 81, paragraphe 1, du traité CE.

Clause de traitement préférentiel

(210) Il convient également d'examiner si la clause de traitement préférentiel en faveur d'ARA et des ERS prévue à l'article 6, paragraphe 13, du contrat de gestion, en vertu de laquelle une ERS ne peut pas proposer ni fournir ses services à un tiers à des conditions plus favorables que celles qu'elle consent à ARA ou à ses licenciés, constitue une restriction sensible de la concurrence sur le marché des systèmes au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE. La clause de traitement préférentiel ne peut pas avoir d'effet propre en dehors du cadre de la clause d'exclusivité, puisque cette dernière interdit aux ERS de travailler avec des systèmes de collecte autres que le système ARA. La question des conditions préférentielles ne se pose donc pas en principe. C'est pourquoi la clause

de traitement préférentiel ne peut pas constituer, même considérée isolément, une restriction sensible de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE.

1.3. Restriction de concurrence imputable au contrat de coopération entre ARGEV et les ERS

(211) La clause d'exclusivité en faveur d'ARGEV contenue dans le contrat conclu entre ARGEV et ÖKK/Alurec pourrait entraîner une restriction de la concurrence si elle entraînait l'arrivée sur le marché de concurrents potentiels. Conformément à l'article 15 du contrat de gestion conclu entre ARGEV et ÖKK, qui est l'entreprise chargée de l'organisation et de la valorisation des emballages plastiques, les parties s'engagent, pendant la durée du contrat, à ne pas mettre en place ni exploiter un système de collecte et de valorisation, au sens du décret sur les emballages, autre que le système ARA et à ne pas participer à un tel système, si l'autre partie n'a pas donné son accord. L'article V du contrat conclu entre ARGEV et Alurec contient une clause d'exclusivité similaire.

(212) Les concurrents potentiels se voient ainsi interdire l'organisation de la valorisation et de la commercialisation de matières premières secondaires, mais pas l'accès général à ce marché. Tout concurrent peut lui-même mettre sur pied une structure organisationnelle. En outre, rien n'indique que d'éventuels concurrents du système ARA soient empêchés de conclure des contrats avec les entreprises de valorisation. La clause d'exclusivité en faveur d'ARGEV n'entraîne pas de restriction de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE.

2. Marché des systèmes de gestion des emballages des grandes entreprises et de l'industrie

2.1. Restriction de concurrence imputable aux accords de décharge et de licence (contrat type)

(213) Le contrat type est applicable tant aux emballages ménagers qu'aux emballages provenant des grandes entreprises et de l'industrie.

(214) C'est pourquoi l'analyse des dispositions du contrat type relatives aux preuves à fournir en cas de recours à un système de reprise parallèle ou à un système individuel, exposée au point 2.2 (considérants 193 et suivants), vaut également pour les emballages des grandes entreprises et de l'industrie. L'engagement relatif à l'utilisation du «Point vert» peut s'appliquer pour les emballages collectés au moins aussi à titre de déchets ménagers dans un autre État membre et qui doivent donc porter le logo «Point vert».

(215) Compte tenu de ce qui précède, la Commission est parvenue à la conclusion que les dispositions pertinentes du contrat type n'entraîneraient pas de restriction de la concurrence sur le marché des systèmes de reprise des emballages des grandes entreprises et de l'industrie et n'entraient donc pas dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE.

2.2. Restriction de concurrence imputable aux contrats de gestion entre ARA et les ERS

(216) Les contrats de gestion conclus entre ARA et les ERS, pour lesquels le contrat conclu entre ARA et ARGEV a été notifié en tant que contrat type, concernent à la fois la gestion des emballages ménagers et des emballages industriels. C'est pourquoi nous renvoyons à l'appréciation juridique des clauses d'exclusivité problématiques dans le domaine des déchets ménagers, qui figure aux considérants 206 et suivants. Comme c'était déjà le cas dans le domaine des déchets ménagers, les clauses examinées n'entraîneront pas non plus dans le domaine des déchets industriels de restriction de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE.

2.3. Restriction de concurrence imputable aux contrats de coopération entre ARGEV et les ERS

(217) Aucune distinction entre déchets ménagers et déchets industriels n'est opérée dans les contrats de coopération conclus entre ARGEV et les ERS, pour lesquels les contrats conclus entre ARGEV et ÖKK et entre ARGEV et Alurec ont été notifiés comme contrats types. L'analyse de ces contrats ne fait ressortir aucune différence par rapport à l'appréciation juridique relative au marché de la collecte et du tri d'emballages ménagers (considérants 211 et suivants). Pour les raisons mentionnées dans celle-ci, les clauses d'exclusivité bilatérales contenues dans les contrats n'entraînent pas de restriction de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE.

3. Marché de la collecte et du tri d'emballages ménagers usagés

(218) Sur le marché de la collecte et du tri des emballages ménagers légers usagés, le système ARA intervient notamment grâce aux accords de partenariat régional conclus avec des entreprises de collecte et de tri.

(219) Aux termes des accords entrés en vigueur au 1^{er} janvier 2002, ARGEV a conclu des contrats séparés pour la collecte et le tri avec les entreprises de gestion des déchets.

3.1. Restriction de la concurrence imputable à l'accord de partenariat régional entre ARGEV et les partenaires de collecte

Exclusivité accordée aux partenaires de collecte

(220) Chaque accord de partenariat régional est conclu entre ARGEV et un partenaire de collecte pour une zone de collecte donnée, pour laquelle le partenaire de collecte se voit attribuer une exclusivité.

(221) Compte tenu de l'obligation faite à ARGEV de confier à une seule entreprise de gestion des déchets, sur le territoire contractuel concerné, l'ensemble des services de collecte pendant la durée de validité du contrat, les autres prestataires de services de collecte d'emballages ménagers légers se voient refuser, compte tenu de la très forte position occupée par ARGEV sur le marché de la demande, (considérant 182), toute possibilité d'accès à des marchés importants.

(222) En ne désignant à chaque fois qu'un seul partenaire par zone de collecte, ARGEV s'autolimité dans sa demande de services de collecte pour les emballages ménagers légers. De ce fait, les prestataires concurrents de services de collecte d'emballages ménagers légers ne peuvent pas faire d'offres à la plus importante source de demande de ce type de services. Il en résulte que, du côté de l'offre, la concurrence entre partenaires de collecte est restreinte dans les différents territoires contractuels. Même si, dans les contrats qui sont entrés en vigueur au début de l'année 2002, la collecte a été contractuellement séparée du tri, le système ARA implique un regroupement de la demande. Qui plus est, les entreprises de collecte travaillent également pour le système ARA dans le domaine des déchets industriels, puisqu'il y a accord de partenariat unique pour la collecte des deux types de déchets.

(223) Les contrats conclus par ARGEV avec les partenaires de collecte ne sont en principe pas limités dans le temps et ne comportent qu'une clause de résiliation normale après trois ans. Dans le cadre de l'engagement n° 4, mentionné au considérant 139, ARGEV s'est engagée à résilier ses contrats avec les entreprises de gestion des déchets après trois ans, sous réserve que les parties n'aient pas convenu d'une prolongation de la durée de validité du contrat pour une période de deux ans au maximum. En tout état de cause, à l'issue d'une période de cinq ans, ARGEV réattribuera les marchés de services dans le cadre d'une procédure objective. Même si cet engagement permet d'éviter que les parties ne se lient pour une durée indéterminée, les contrats peuvent néanmoins avoir une durée de validité allant jusqu'à cinq ans. De ce fait, les entreprises de gestion des déchets exclues se voient interdire tout accès à la source la plus importante sur le marché de la demande, pendant une durée de trois à cinq ans, ce qui restreint sensiblement la concurrence sur le territoire contractuel.

Effet sensible sur la concurrence

- (224) Toutefois, l'exclusivité accordée aux partenaires de collecte ne constitue une infraction à l'article 81, paragraphe 1, du traité CE que si elle fausse la concurrence de façon sensible. Le fait qu'une restriction de la concurrence soit considérée ou non comme sensible dépend avant tout de la position des parties sur le marché en cause et de la durée de validité de la clause d'exclusivité.
- (225) ARGEV a conclu un accord de partenariat pour 64 zones de collecte au total, mettant ainsi en place un réseau d'accords qui couvre l'intégralité du territoire autrichien. Grâce à ce réseau, ARA est actuellement la seule société à disposer d'un système de collecte et de valorisation des emballages ménagers en Autriche couvrant à la fois l'ensemble du territoire et des catégories de matériaux, ce qui fait d'elle, tant sur l'ensemble du territoire que dans les différentes zones de collecte, le plus important demandeur de ce type de services d'élimination des déchets. Dans le domaine des emballages ménagers légers, seule Öko-Box a mis en place un système concurrent, mais il est limité aux cartons composites pour boissons, qui représentent environ 20 % de l'ensemble des emballages légers provenant des ménages (considérant 182).
- (226) ARGEV couvrant l'ensemble du marché géographique en cause avec un réseau d'accords similaire, l'addition des clauses d'exclusivité figurant dans ces accords empêche les tiers d'accéder au marché pendant toute la durée de validité des accords. L'effet cumulatif de tous ces accords a pour effet de fermer le marché aux entreprises de gestion des déchets exclues.
- (227) Du côté de l'offre, il faut en outre tenir compte du fait qu'il y a également des raisons relevant de l'aménagement du territoire et de la logistique nécessaire à la gestion des déchets qui s'opposent à la mise en place d'une autre structure de collecte de déchets ménagers, qui viendrait s'ajouter à celle gérée par les partenaires d'ARGEV (considéranants 160, 281 et suivants). Öko-Box utilise, elle aussi, en partie les infrastructures de collecte des entreprises de collecte d'ARGEV. C'est pourquoi on peut considérer, à l'heure actuelle, qu'il est plutôt improbable qu'il y ait des possibilités d'implantation sur le marché pour les entreprises de collecte exclues. Au contraire, il est réaliste de penser que tout système d'élimination des déchets susceptible d'entrer en concurrence avec ARA travaillerait avec les mêmes partenaires de collecte que ceux qui assurent actuellement la collecte des emballages pour le système ARA dans le cadre des accords de partenariat conclus avec celle-ci. Compte tenu de ce contexte, il est improbable que pendant la durée de validité des accords de partenariat régional, les entreprises de collecte exclues se voient offrir, sur le marché en cause, dans les différents territoires contractuels, de nouveaux débouchés d'une importance sensible, c'est-à-dire considérable.
- (228) Un autre élément déterminant pour l'appréciation des répercussions de la clause d'exclusivité sur la concurrence est sa durée. Conformément à l'engagement n° 4 (considérant 139) pris par ARGEV, les contrats de collecte devront désormais être réattribués au plus tard après cinq ans. Cela signifie que des débouchés vitaux seront fermés, pour une période correspondante, aux entreprises de collecte qui n'auront pas été prises en considération lors de l'attribution du marché.
- (229) C'est pourquoi la Commission est parvenue à la conclusion que la clause d'exclusivité en faveur des différents partenaires de collecte contenue dans les accords de partenariat restreignait sensiblement la concurrence.
- Accès aux installations de collecte des partenaires de collecte
- (230) Compte tenu du fait qu'il n'existe pas beaucoup d'autres possibilités d'implantation d'infrastructures de collecte à proximité des lieux d'habitation, ainsi qu'il est dit au considérant 227, il est particulièrement important, du point de vue de la concurrence, que les concurrents du système ARA puissent accéder librement et sans entraves à ces installations. Il y aurait notamment restriction de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité si l'accord de partenariat régional était conçu de façon à interdire l'accès des infrastructures de collecte aux concurrents du système ARA.
- (231) Les contrats de prestations de services ne comportent aucune clause d'exclusivité en faveur d'ARGEV, de telle sorte que les entreprises de gestion des déchets peuvent également proposer leurs services à d'autres systèmes d'élimination des déchets ou aussi dans le cadre de systèmes individuels d'élimination des déchets. ARGEV a confirmé dans l'engagement cité au considérant 139 renoncer à toute clause d'exclusivité en sa faveur.
- (232) Il convient maintenant d'examiner si l'accord avec les partenaires de collecte empêche des concurrents du système ARA d'utiliser, eux aussi, les conteneurs des partenaires de collecte.
- (233) À cet égard, la clause de propriété prévue au paragraphe 2.5.2 de l'accord de partenariat, en vertu de laquelle le partenaire de collecte assure la prise en charge des emballages pour ARGEV et ne peut donc disposer de ces emballages d'une manière différente de celle qui est prévue par l'accord, pourrait poser problème. En outre, ARGEV rémunère le coût des conteneurs et se réserve le droit d'imposer qu'ils soient implantés en accord avec elle. Ces dispositions pourraient permettre à ARGEV d'exercer un certain contrôle sur les conteneurs, mais elles n'excluent pas une utilisation partagée. En outre, ARGEV a déclaré que les entreprises de collecte avaient la possibilité de prévoir, dans un même conteneur, certains volumes pour un autre système, sous réserve que cela ne les empêche pas de remplir les engagements

qu'elles ont contractés vis-à-vis d'ARGEV (considérant 103). ARGEV a précisé que la clause de propriété ne s'appliquait qu'aux quantités d'emballages concédées auprès d'ARA et qu'elle n'empêchait donc pas les concurrents du système ARA d'utiliser sans aucune limitation les emballages collectés pour eux dans le cadre de l'utilisation partagée des installations de collecte. On peut donc en conclure que la clause de propriété ne s'oppose pas à une répartition des quantités d'emballages collectées dans un même conteneur pour plusieurs systèmes.

- (234) On ne peut donc pas affirmer que l'accord de partenariat contienne des dispositions empêchant les entreprises de gestion des déchets de conclure et d'exécuter des contrats avec des concurrents du système ARA pour l'utilisation partagée des conteneurs. Toutefois, les limites à l'utilisation partagée contenues dans l'engagement n° 3 permettent de craindre qu'ARGEV ne tente, sans se baser concrètement sur une disposition de l'accord de partenariat, de mettre des bâtons dans les roues aux partenaires de collecte souhaitant ouvrir l'accès des conteneurs à des concurrents. Ce risque devra être pris en compte au moment de déterminer si les conditions permettant d'accorder une exemption à la clause d'exclusivité en faveur des partenaires de collecte sont remplies (considé-rants 278 et suivants).

3.2. Restriction de la concurrence imputable à l'accord de partenariat régional ARGEV — partenaires de tri

- (235) Depuis la séparation des accords de collecte et de tri intervenue au 1^{er} janvier 2002, les partenaires de collecte et de tri peuvent être des entreprises différentes. Les dispositions des accords conclus par ARGEV avec les partenaires de tri sont similaires à celles des accords conclus avec les partenaires de collecte.
- (236) L'article 5 de l'accord de partenariat relatif au tri prévoit une durée de validité similaire à celle de l'accord de collecte. En outre, ARGEV ne confiera également le tri des emballages de vente usagés qu'à une seule entreprise par zone de collecte. L'engagement n° 4 mentionné au considérant 139, qui concerne la durée de validité des accords ainsi qu'une nouvelle attribution du marché à l'issue d'une période de cinq ans au plus, s'applique également aux accords de tri. Nous renvoyons donc, pour l'appréciation juridique de cette clause d'exclusivité en faveur des partenaires de tri, à ce qui a été dit à ce propos pour les accords de partenariat relatifs à la collecte. En conclusion, l'exclusivité prévue dans les accords de partenariat relatifs au tri implique également une restriction sensible de la concurrence sur le marché en cause au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE.

3.3. Restriction de la concurrence imputable aux accords entre ARO et les collectivités territoriales

- (237) ARO a conclu avec les collectivités territoriales un accord relatif à la gestion des systèmes municipaux de collecte des vieux papiers en ce qui concerne les emballages en papier des ménages et d'autres utilisateurs produisant des quantités similaires de déchets d'emballage. Conformément à cet accord, les collectivités territoriales n'effectuent cependant pas la collecte pour le compte d'ARO, mais exploitent chacune leur propre système municipal de collecte et d'élimination des vieux papiers, qui englobent également des déchets autres que les emballages (par exemple les journaux et les revues). En ce qui concerne la collecte chez les ménages d'emballages en papier et en carton, ARO se limite à acheter des quantités collectées par les collectivités. Dans les accords conclus avec les collectivités territoriales, il n'existe aucune disposition interdisant à d'autres systèmes de collecte et de valorisation d'utiliser également les conteneurs de collecte municipale. Les collectivités territoriales sont donc libres de conclure également des contrats de collecte et de valorisation des emballages en papier avec des concurrents d'ARO.
- (238) Compte tenu de ce qui précède, la Commission est parvenue à la conclusion que l'accord conclu entre ARO et les collectivités territoriales ne contenait pas de clause restreignant la concurrence et n'était donc pas contraire à l'article 81, paragraphe 1, du traité CE.
- #### 4. Marché de la collecte et du tri des emballages industriels
- (239) Sur le marché de la collecte et du tri des emballages industriels, le système ARA intervient notamment par le biais des accords de partenariat régional conclus entre les entreprises de recyclage sectoriel et les partenaires de collecte et de tri.
- (240) Les contrats conclus par ARGEV et ARO avec les partenaires de collecte et de tri afin de mettre en œuvre les dispositions du décret relatives au système de collecte et de valorisation, englobent les déchets industriels.
- #### 4.1. Restriction de la concurrence imputable à l'accord de partenariat régional conclu entre ARGEV et les partenaires de collecte
- (241) Pour la collecte des emballages industriels aussi, il convient d'examiner la conformité avec l'article 81, paragraphe 1, du traité CE de la clause d'exclusivité en faveur des partenaires de collecte.

- (242) Compte tenu de l'engagement pris par ARGEV de ne confier, également dans le domaine industriel, qu'à une seule entreprise de gestion des déchets l'ensemble des services de collecte, les autres entreprises concurrentes de prestation de services de collecte d'emballages industriels se voient retirer des débouchés, ce qui limite la concurrence entre partenaires de collecte/entreprises de gestion des déchets dans le domaine des déchets industriels.
- (243) Toutefois, contrairement à ce qui se produit dans le domaine de la collecte des emballages ménagers, ARGEV n'est pas le demandeur prépondérant de services de collecte pour ce qui est des emballages industriels et autres déchets industriels. Dans ce domaine, il existe d'autres systèmes présents sur le marché de la demande de services de gestion des déchets. Les entreprises d'élimination des déchets peuvent également offrir leurs services de collecte aux gros producteurs de déchets.
- (244) Même si ARGEV n'est pas le demandeur nettement prépondérant de services de gestion de déchets dans le domaine des emballages industriels, les systèmes concurrents de collecte et de valorisation et les gros producteurs de déchets ne sont pas comparables, sur le plan de l'importance économique, au système ARA (considérant 182). On peut donc partir du principe que la clause d'exclusivité enlève aux entreprises de gestion des déchets des débouchés non négligeables et qu'elle a donc des effets sensibles sur le marché commun des services d'élimination des emballages industriels.
- (245) L'accord de partenariat relatif à la collecte prévoyant un contrat unique pour la collecte tant des emballages ménagers que des emballages industriels, les entreprises de collecte ne peuvent devenir partenaires de collecte d'ARGEV pour les emballages industriels que si elles sont également en mesure de fournir des infrastructures pour la collecte des emballages ménagers. De ce fait, les petites entreprises de gestion des déchets, dont les capacités sont moindres, ne peuvent pas proposer leurs services à ARGEV. Une telle disposition renforce les restrictions de concurrence mentionnées ci-dessus.
- (246) Un autre critère déterminant pour l'appréciation des répercussions de la clause d'exclusivité sur la concurrence est la durée de cette exclusivité. Conformément à l'engagement pris par ARGEV, les accords passés avec ses partenaires de tri doivent être réattribués après cinq ans au maximum. Cela signifie que pendant cette période, les sociétés proposant des services de gestion des déchets se verront enlever des débouchés non négligeables.
- (247) C'est pourquoi on peut considérer que la clause d'exclusivité entraînera, pendant la période mentionnée ci-dessus, des restrictions sensibles de la concurrence, au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE, sur le marché de la collecte et du tri des emballages industriels.
- 4.2. Restriction de la concurrence imputable à l'accord de partenariat régional conclu entre ARGEV et les partenaires de tri
- (248) L'accord conclu avec les partenaires de collecte s'applique, lui aussi, tant au domaine des emballages ménagers qu'à celui des emballages industriels.
- (249) En ce qui concerne la clause d'exclusivité en faveur des partenaires de tri, nous renvoyons à ce qui a été dit aux considérants 241 et suivants. En conclusion, on peut affirmer qu'il y a infraction à l'article 81, paragraphe 1, du traité CE.
- 4.3. Restriction de la concurrence imputable à l'accord entre ARO et les partenaires de collecte
- (250) L'accord conclu par ARO avec les partenaires de collecte pour l'élimination des déchets industriels en papier et en carton contient une clause d'exclusivité en faveur des partenaires de collecte, la durée de validité du contrat étant limitée, conformément à l'engagement pris, à cinq ans au maximum. Cette clause interdit aux prestataires exclus de services de collecte des déchets industriels d'accéder à ARO, l'un des plus importants demandeurs du marché. Certes, il existe également dans le domaine de la collecte des emballages en papier et en carton d'autres systèmes présents sur le marché du côté de la demande. Mais là non plus, les systèmes concurrents ne peuvent être comparés au système ARA sur le plan de l'importance économique (considérant 182). On peut donc en conclure que la clause d'exclusivité enlève des débouchés non négligeables aux entreprises de gestion des déchets. Il y a donc restriction sensible de la concurrence sur le marché de produits en cause, au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE.
5. *Marchés de la valorisation et de la commercialisation des matières premières secondaires*
- (251) ARA intervient sur le marché de la valorisation et de la commercialisation des matières premières secondaires, dans la mesure où les différentes entreprises de recyclage sectoriel organisent la valorisation des matériaux d'emballages collectés dans le cadre du système. ARGEV est chargée des emballages légers et des emballages métalliques provenant des ménages et d'autres institutions comparables, ainsi que des emballages en matières plastiques, composites métalliques, bois, fibres textiles et céramiques des producteurs de déchets industriels. Quant à ARO, elle est responsable des déchets en papier, carton et carton ondulé, tant ménagers qu'industriels.

(252) Il convient d'examiner dans quelle mesure la régulation des flux d'emballages prévus dans les accords conclus entre ARGEV ou ARO et les partenaires de collecte se répercute sur le marché de la valorisation et de la commercialisation, et si elle est compatible avec l'article 81, paragraphe 1, du traité CE.

5.1. Accord entre ARGEV/ARGO et les partenaires de collecte

(253) Conformément aux accords conclus par ARGEV et ARO avec les partenaires de collecte, ceux-ci ne peuvent disposer des emballages que de l'une des façons prévues dans l'accord, ce qui concerne aussi le pouvoir de décider du choix des installations de tri, des postes de transbordement et des entreprises de valorisation (article 2.5.2 en relation avec l'article 2.2.5 de l'accord ARGEV et paragraphe 2.8 de l'accord ARO).

(254) Conformément à l'accord conclu par ARO avec des collectivités territoriales, qui concerne essentiellement la collecte d'emballages ménagers, la collectivité territoriale ne peut pas disposer des emballages en papier d'une façon autre que celle déterminée par ARO (paragraphe 3.7).

(255) La régulation des flux d'emballage prévue dans les accords conclus entre ARGEV et ARO, d'une part, et les partenaires de collecte, d'autre part, ne restreint pas les possibilités d'élimination ou de valorisation dont disposent les partenaires de collecte, dans la mesure où ceux-ci ne sont à aucun moment propriétaires des emballages. Ce sont ARGEV et ARO qui disposent des emballages dont elles sont propriétaires.

(256) Compte tenu de la position occupée par les différentes entreprises de recyclage sectoriel sur les marchés en cause de la valorisation et de la commercialisation des matières premières secondaires, ainsi que de la structure de ces marchés, les accords ne peuvent pas entraîner de cloisonnement des marchés.

(257) La part détenue par Ferropack Recycling GmbH sur le marché des emballages en métaux ferreux (fer blanc et acier) est inférieure à 10 %, et celle détenue par Alurec sur le marché des emballages en aluminium n'est que de 1,7 % environ. Les volumes d'emballages papier, carton et carton ondulé valorisés chaque année par ARO représentent 22 % de l'ensemble du marché autrichien. Compte tenu de ces faibles parts de marché, il est impossible de conclure qu'il y a un effet d'éviction des concurrents du marché pour ces matériaux.

(258) Ce n'est que sur le marché des matières plastiques que l'entreprise de recyclage sectoriel responsable, ÖKK, détient une part annuelle d'environ 40 %. Toutefois, il convient de souligner que ces matériaux, contrairement à d'autres, comme le verre ou le papier, étaient collectés, jusqu'à l'adoption du décret et la mise en place du système ARA, dans le cadre de la collecte traditionnelle des déchets ménagers et n'étaient pas collectés et valorisés séparément. Le décret a donc entraîné la création,

dans le domaine de la collecte et de la valorisation des emballages en matière plastique, d'un nouveau champ d'activités pour les entreprises, pour répondre à des préoccupations d'ordre environnemental. Toutefois, la plupart des catégories de matières plastiques collectées dans le cadre du système ARA n'ont aucune valeur de marché positive, de telle sorte que ÖKK doit procéder à des versements complémentaires pour que ces matériaux soient valorisés conformément au décret. Compte tenu de la structure du marché de la valorisation des matières plastiques qui vient d'être décrite, on ne constate aucune restriction de concurrence due à la part de marché détenue par ÖKK.

(259) Il convient également de tenir compte du fait que les entreprises de gestion des déchets qui font partie du groupement ARGEV ne disposent d'aucun droit de vote et sont exclues des réunions concernant des actes juridiques entre les entreprises de recyclage sectoriel et des membres du groupement. Les entreprises de gestion des déchets ne peuvent donc intervenir en leur propre faveur.

(260) Compte tenu de ce qui précède, la Commission est parvenue à la conclusion que les dispositions pertinentes des accords conclus entre ARGEV ou ARO et les partenaires de collecte n'entraînent pas de restriction sensible de la concurrence, au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE, sur le marché de produits en cause de la valorisation et de la commercialisation des matières premières secondaires.

5.2. Accords ARGEV — ERS

(261) Les contrats conclus entre ARGEV et ÖKK/Alurec contiennent aussi une clause d'exclusivité en faveur de ces dernières, en vertu de laquelle ARGEV s'engage à ne pas confier à des tiers les emballages collectés, pendant la durée de validité du contrat. De ce fait, aucune autre entreprise ne peut travailler pour ARGEV pour ce qui est de l'organisation de la valorisation. Toutefois, cela n'empêche pas que les entreprises concernées puissent réaliser les services de valorisation proprement dits pour le système ARA. En effet, les contrats conclus par les ERS avec les entreprises qui s'occupent de la valorisation proprement dite sont attribués chaque année par appel d'offres. En outre, les faibles parts de marché détenues par les ERS sur l'ensemble du marché de la valorisation et de la commercialisation de matières premières secondaires laissent à penser que les clauses d'exclusivité n'entraînent pas de cloisonnement des marchés.

(262) C'est pourquoi la clause d'exclusivité en faveur des ERS contenue dans les contrats conclus par ARGEV avec ÖKK et Alurec n'entraîne pas de restriction sensible de la concurrence, au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE, sur le marché de la valorisation et de la commercialisation de matières premières secondaires.

Incidence sur les échanges entre États membres

- (263) Comme les clauses d'exclusivité en faveur des partenaires de collecte et de tri contenues dans les accords de collecte et de tri d'ARGEV et d'ARO restreignent la concurrence, il convient d'examiner si elles sont de nature à entraver de façon significative les échanges entre États membres.
- (264) ARGEV et ARO ont signé des accords de collecte comportant une clause d'exclusivité pour 64 zones contractuelles, mettant ainsi en place un système de collecte des emballages usagés qui couvre l'intégralité du territoire autrichien. Pendant toute la durée de validité du contrat, les autres prestataires de services de collecte, notamment ceux provenant d'autres États membres de l'Espace économique européen, auront donc beaucoup de difficultés à accéder à ce marché. La clause d'exclusivité a des répercussions extrêmement négatives sur les possibilités qu'ont les entreprises de collecte étrangères de s'implanter sur le marché en cause de la collecte et du tri d'emballages ménagers et de déchets industriels. C'est pourquoi la clause d'exclusivité contenue dans les accords de collecte est de nature à influencer de façon significative sur les échanges entre États membres.
- (265) Pour les mêmes motifs, la clause d'exclusivité contenue dans les accords de tri peut, elle aussi, influencer de façon significative sur les échanges entre États membres.

Conclusion

- (266) L'examen de la clause d'exclusivité en faveur des entreprises de prestation de services de collecte et de tri contenue dans les accords de collecte et de tri, montre qu'elle rend beaucoup plus difficile l'accès au marché en cause pour les entreprises de collecte nationales et étrangères et qu'elle contribue ainsi sensiblement au cloisonnement des marchés dans une partie substantielle du marché commun. Par conséquent, l'article 81, paragraphe 1, du traité CE est applicable à la clause d'exclusivité contenue dans les accords de collecte et de tri.

X. APPLICATION DE L'ARTICLE 81, PARAGRAPHE 3, DU TRAITÉ CE ET DE L'ARTICLE 53, PARAGRAPHE 3, DE L'ACCORD EEE

- (267) La clause d'exclusivité en faveur des partenaires de collecte et de tri contenue dans les accords de collecte et de tri entrant dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE, il convient d'examiner si cette disposition remplit les conditions requises pour l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE. Les effets positifs de la clause d'exclusivité des accords de collecte tombant sous le coup de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE seront confrontés ci-après avec ses effets défavorables à la concurrence.

1. Marché de la collecte et du tri des emballages ménagers usagés

1.1. Accord de partenariat régional ARGEV — Partenaires de collecte

Amélioration de la production ou de la distribution des produits ou promotion du progrès technique ou économique

- (268) ARA est actuellement le seul système de collecte et de valorisation des emballages ménagers en Autriche qui couvre l'intégralité du territoire national. Elle a été créée pour mettre en œuvre la politique de l'environnement nationale et communautaire dans le domaine de la prévention, du recyclage et de la valorisation des déchets d'emballage. C'est pourquoi l'accord conclu avec les partenaires de collecte permet la mise en œuvre des dispositions tant du décret autrichien que de la directive 94/62/CE. Ces actes juridiques ont pour objet de prévenir et de réduire les effets des déchets d'emballage sur l'environnement et de garantir ainsi un haut niveau de protection de l'environnement.
- (269) L'accord de partenariat conclu entre ARGEV et les partenaires de collecte a pour objet la mise en œuvre de ces dispositions de politique environnementale dans le domaine de la collecte des emballages légers usagés. Il est nécessaire pour que ARA et ARGEV puissent remplir les obligations qui leur incombent dans le cadre du système. Pour cela, l'accord conclu avec les entreprises de collecte prévoit la mise sur pied d'une infrastructure de collecte qui nécessite des investissements considérables (considérants 160 et suivants). La collecte régulière des emballages de vente usagés chez les particuliers, par catégories de matériaux, permet donc la mise en œuvre directe de dispositions environnementales.
- (270) La clause d'exclusivité examinée plus haut permet aux parties de planifier et d'organiser à long terme les prestations à fournir. Comme il est possible, en raison de l'existence des effets de réseau positifs cités au considérant 160, de réaliser des économies d'échelle et de gamme considérables dans le domaine de la collecte des emballages ménagers usagés, le fait de confier l'ensemble de la collecte à une seule entreprise par zone de collecte, pendant toute la durée de validité du contrat, entraîne des gains d'efficacité. Le demandeur des prestations, ARA/ARGEV, s'assure ainsi que les besoins seront couverts de façon régulière et fiable dans ce domaine sensible, autrefois pris en charge par les pouvoirs publics.
- (271) Compte tenu de ce qui précède, la Commission est parvenue à la conclusion que la clause d'exclusivité en faveur des entreprises de collecte contenue dans les contrats de prestation de services contribuait à améliorer la production des produits et à promouvoir le progrès technique ou économique.

Avantages pour les utilisateurs

- (272) L'accord avec les partenaires de collecte a pour objectif la réalisation pratique de la collecte chez les particuliers, par catégories de matériaux et sur l'ensemble du territoire, des emballages de vente faisant partie du système ARA. D'une part, ce système correspond aux habitudes des consommateurs en matière de collecte des déchets, ce qui permet de le considérer comme particulièrement adapté aux besoins des consommateurs. D'autre part, on peut logiquement penser que, pour les fabricants et les distributeurs soumis à l'obligation de reprise et de valorisation, la participation à un système de collecte couvrant l'intégralité du territoire sera moins coûteuse que s'ils devaient remplir cette obligation par eux-mêmes, compte tenu des économies d'échelle et de gamme qui peuvent être réalisées (considérant 160). On peut partir du principe que, s'il existe une concurrence sur les marchés des produits emballés, les économies réalisées pendant la durée de validité du contrat seront répercutées de façon appropriée sur les consommateurs.
- (273) C'est pourquoi la Commission est parvenue à la conclusion que l'accord conclu avec les partenaires de collecte est favorable aux utilisateurs et que ceux-ci reçoivent donc une partie équitable du profit qui en résulte.

Caractère indispensable de la restriction

- (274) Lors de l'examen de la clause d'exclusivité contenue dans l'accord avec les entreprises de collecte, la Commission a pris comme base la nouvelle durée de validité des contrats fixée dans l'engagement n° 4, mentionné au considérant 139, y compris une nouvelle attribution des marchés après une période maximale de cinq ans, une disposition qu'elle considère en définitive comme indispensable.
- (275) L'appréciation du caractère indispensable de la clause d'exclusivité dépend des conditions économiques et juridiques dans lesquelles l'accord en cause a été conclu. Du point de vue d'ARA, ce sont des critères de gestion et d'efficacité, mais surtout la garantie d'une prestation durable et fiable des services de collecte indispensables à la réussite globale du système, qui militent en faveur de la désignation d'une seule entreprise de collecte par zone de collecte pour toute la durée de validité du contrat.
- (276) La nécessité de garantir la sécurité de l'organisation ainsi que la sécurité des investissements qui doivent être réalisés pour mettre en œuvre l'accord de collecte revêt une importance déterminante pour l'appréciation du caractère indispensable de la clause d'exclusivité. Pour que le système puisse fonctionner, les partenaires de collecte d'ARA doivent consentir des investissements importants dans la mise en place et l'entretien des infrastructures de collecte des emballages usagés. Ils doivent notamment disposer de véhicules et de conteurs de collecte appropriés.

- (277) La Commission est donc parvenue à la conclusion que, compte tenu des caractéristiques particulières de l'application des dispositions du décret et de la mise en place d'un système de reprise et d'élimination couvrant l'intégralité du territoire qu'elle nécessite, une clause d'exclusivité d'au moins trois ans doit être considérée comme indispensable, pour des raisons économiques. En revanche, cela ne sera plus le cas après l'expiration de contrats d'une durée de cinq ans. C'est pourquoi une nouvelle attribution des marchés à ce moment-là, conformément à l'engagement pris, est justifiée, et elle est d'ailleurs indispensable à l'octroi d'une exemption en vertu de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE.

Non-élimination de la concurrence

- (278) En dépit de la position détenue par le système ARA sur les marchés en cause, la clause d'exclusivité des accords conclus avec les entreprises de collecte n'est pas de nature à éliminer la concurrence sur le marché de la collecte et du tri des emballages ménagers.
- (279) Pour déterminer s'il y a ou non élimination de la concurrence, il convient de s'appuyer sur les caractéristiques de l'offre sur le marché en cause. Ainsi qu'il a été dit au considérant 160, le marché de la collecte et du tri des emballages ménagers légers se caractérise, sur le plan de l'offre, par d'importants effets économiques de réseau, c'est-à-dire par des économies d'échelle et de gamme. D'un point de vue économique, il faut donc considérer qu'il est sensé de confier la collecte à une seule entreprise par zone contractuelle, du moins à l'intérieur d'un même système de gestion des déchets.
- (280) Si une concurrence entre les entreprises de collecte est impossible dans la zone de collecte, pour les raisons qui viennent d'être évoquées, l'on peut néanmoins s'attendre à ce que l'engagement en vertu duquel ARGEV attribuera, au plus tard après expiration d'une durée contractuelle de cinq ans, de nouveaux contrats de services au moyen d'une procédure concurrentielle, transparente et objective, permettra au moins qu'il y ait une «concurrence pour l'obtention des zones de collecte» dans le cadre d'un appel d'offres. Cela permet de tenir compte du fait que le marché de la collecte et du tri des emballages ménagers est caractérisé par des conditions particulières sur le plan de l'offre.
- (281) En ce qui concerne la concurrence sur le plan de la demande sur le marché de la collecte et du tri des emballages ménagers, il convient de tenir compte du fait que, dans la pratique, il serait très difficile et non rentable de mettre en place une deuxième infrastructure de collecte des déchets ménagers sur l'ensemble du territoire autrichien, et ce tout autant pour des problèmes de place qu'en raison des habitudes de longue date des consommateurs en matière de collecte des déchets.

- (282) La mise en place d'un deuxième système d'enlèvement serait tout d'abord économiquement impossible, voire déraisonnable. Le coût de la mise en place d'un deuxième, voire de plusieurs systèmes de collecte parallèles, serait totalement disproportionné par rapport aux quantités comparativement faibles de matériaux recyclables qui seraient à collecter auprès des consommateurs au moment de l'entrée sur le marché d'un ou de plusieurs nouveaux opérateurs, de telle sorte que les concurrents n'auraient aucune incitation à pénétrer sur ce marché. La mise en place d'un deuxième système n'entraînerait, d'un point de vue économique, qu'un accroissement des coûts, alors que la quantité de matériaux recyclables à collecter n'augmenterait pas sensiblement, même si des concurrents du système ARA pénétraient sur le marché. D'une part, ceux-ci se déterminent en fonction de la consommation des clients finals et, d'autre part, il faut s'attendre à ce que des concurrents cherchent à gagner au moins une partie des clients actuels du système ARA.
- (283) En outre, les caractéristiques des lieux de collecte ainsi que les habitudes prises de longue date par le consommateur en matière de collecte rendent effectivement impossible la mise en place d'un système de collecte parallèle. Chez les particuliers, il n'y a souvent pas de place pour implanter un deuxième conteneur pour les emballages légers. De même, l'introduction d'une collecte de sacs ne devrait pas entraîner de modification fondamentale, dans la mesure où des sacs pleins prennent autant de place que des conteneurs fixes. Cela vaut également pour la mise en place d'un deuxième système de dépôt aux emplacements publics sur lesquels sont situés les conteneurs pour le verre et le papier. Ces problèmes de place seront particulièrement évidents avec l'arrivée d'un troisième ou d'un quatrième concurrent: il n'y aura pas d'emplacement disponible, ni sur des terrains privés, ni sur des terrains publics, pour les conteneurs de trois ou quatre systèmes différents, pour des catégories de matériaux identiques.
- (284) En outre, la mise en place d'un deuxième système de collecte poserait de graves problèmes d'acceptation. Il serait difficile de faire comprendre aux consommateurs, et cela serait d'ailleurs aussi contraire à leurs actuelles habitudes en matière de collecte, qu'ils doivent déposer des emballages d'un même matériau dans des conteneurs différents. En outre, il faudrait également déterminer d'après quels critères les consommateurs devraient décider à quel système de collecte confier les différents emballages.
- (285) Dans les observations qu'elle a remises le 15 janvier 2003⁽¹³⁾, l'Autriche attire l'attention sur le fait que la mise en place de conteneurs supplémentaires à proximité du consommateur final est à exclure, dans la pratique, pour des raisons de manque de place, de protection du territoire et du paysage ainsi qu'à cause de la plus forte densité de trafic (dépôt et enlèvement séparé des conteneurs) et des inconvénients plus élevés sur le plan écologique que cela entraînerait. En outre, l'utilité de la séparation serait remise en cause du fait que la collecte serait plus compliquée et que le coût de la séparation
- serait plus élevé pour le consommateur. Les arguments relatifs aux contraintes environnementales plus élevées et à l'accroissement du coût de la séparation valent également pour une collecte séparée de sacs.
- (286) Il existe donc des objections considérables, tant sur le plan des caractéristiques de la situation que sur les plans juridiques et économiques, à la mise en place d'un deuxième système, qu'il s'agisse d'un système d'enlèvement ou d'un système de dépôt. Compte tenu de la spécificité de l'offre sur le marché en cause, les conteneurs pour emballages de vente usagés implantés à proximité des ménages constituent, à bien des égards, un élément pour lequel toute concurrence est impossible. Si l'on examine la situation avec réalisme, on peut considérer que les nouveaux opérateurs pénétrant sur ce marché préféreront en général travailler avec les entreprises de collecte fournissant déjà des services de collecte pour ARGEV. C'est pourquoi un accès totalement libre aux infrastructures de collecte déjà en place constitue une condition indispensable non seulement à l'intensification de la concurrence, sur le plan de la demande, dans le secteur des services de collecte d'emballages de vente usagés auprès des ménages, mais aussi à l'intensification de la concurrence sur le marché vertical en amont de l'organisation de la reprise et de la valorisation des emballages de vente usagés déposés par les particuliers.
- (287) Il ne pourra y avoir une concurrence, sur le plan de la demande, dans le domaine des services de collecte d'emballages de vente usagés que si ARGEV n'interdit pas aux partenaires de collecte de conclure des contrats sur une utilisation partagée des conteneurs avec des concurrents du système ARA. C'est pourquoi ARGEV ne doit pas empêcher les partenaires de collecte d'autoriser cette utilisation conjointe, ni par des dispositions concrètes des accords de collecte (considérant 230) ni pour d'autres raisons.

Charges

- (288) ARGEV a certes déclaré qu'elle n'empêchait pas les entreprises de collecte de réserver un certain volume, dans un conteneur donné, à des systèmes concurrents, mais qu'elle souhaitait lier cette utilisation partagée à des restrictions importantes (voir engagement n° 3, considérant 139). Compte tenu de l'importance cruciale que revêt un accès totalement libre aux infrastructures de collecte pour qu'il puisse y avoir une concurrence sur ce marché caractérisé par des conditions particulières sur le plan de l'offre, il est nécessaire d'assortir la présente décision de certaines charges, afin de garantir que les effets sur la concurrence se produiront effectivement, qu'il pourra y avoir concurrence sur le plan de la demande sur ce marché et que les conditions permettant d'accorder une exemption au titre de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE seront ainsi remplies.

⁽¹³⁾ Voir annexe, p. 4.

- (289) ARGEV ne devra pas empêcher les entreprises de collecte de conclure et d'exécuter, avec des concurrents d'ARA et d'ARGEV, des contrats sur l'utilisation partagée des conteneurs ou d'autres installations de collecte et de tri d'emballages de vente usagés [charge a)].
- (290) En outre, ARGEV ne peut réclamer des justificatifs aux entreprises de collecte que pour les quantités d'emballages correspondant à la part détenue par le système ARA dans l'ensemble des emballages collectés sous licence par différents systèmes de collecte des emballages ménagers par catégories de matériaux [charge b)]. ARGEV ne peut pas imposer aux entreprises de collecte de lui fournir des justificatifs pour des emballages qui ne sont pas collectés pour le système ARA. Cette charge est nécessaire pour garantir qu'ARGEV ne s'assure pas la totalité des emballages collectés et empêche ainsi les concurrents de respecter leurs taux de reprise, mais que les concurrents du système ARA puissent utiliser sans restriction les emballages de vente collectés pour eux.
- (291) Dans ce cas, ARGEV peut réduire la rétribution mentionnée au paragraphe 3.1.1 de l'accord avec les partenaires de collecte dans la proportion mentionnée à la charge b). Pour les rétributions mentionnées aux paragraphes 3.1.2 et 3.1.3 de l'accord, ce sont les quantités justifiées auprès d'ARGEV qui sont déterminantes. Ainsi, des services que les partenaires de collecte pourront prouver avoir effectués pour des tiers ne pourront pas être facturés à ARGEV. Celle-ci pourra donc déduire en conséquence les rétributions dues aux partenaires de collecte.
- (292) La charge b) ne concerne pas seulement les partenaires de collecte autorisant une utilisation partagée des infrastructures, mais l'ensemble des entreprises ayant conclu un accord de partenariat pour la collecte avec ARGEV. Cela vaut uniquement si un système concurrent demande à bénéficier d'une utilisation partagée, conformément à la charge a), dans la zone de collecte concernée, et à partir de la date à laquelle l'agrément du système a été délivré. Cela permet, d'une part, d'inciter les entreprises de collecte à conclure des contrats avec un système concurrent et, d'autre part, de garantir que ce système concurrent aura accès aux quantités d'emballages concernées, si cela est nécessaire pour qu'il puisse respecter ses taux de reprise.
- (293) Ces charges sont indispensables afin d'empêcher l'élimination de la concurrence sur les marchés en cause et elles constituent une concrétisation, favorable à la sécurité juridique, des relations contractuelles entre ARGEV et ses partenaires de collecte et de tri. Elles ne limitent pas les autres possibilités contractuelles d'organisation d'ARGEV vis-à-vis de ses partenaires de collecte et de tri. Elles ne s'opposent pas, en particulier, au droit d'ARGEV de déterminer les catégories de matériaux à collecter pour eux.
- (294) ARGEV est d'avis qu'il n'existe pas de base juridique justifiant les charges, que celles-ci sont inapplicables et disproportionnées et qu'elles portent atteinte à la situation juridique de tiers.
- Absence de base juridique
- (295) ARGEV souligne une fois encore qu'il n'existe pas de droit d'exclusivité sur les emballages collectés dans les conteneurs disponibles. Les accords conclus entre ARGEV et les partenaires de collecte et de tri ne contenant pas de restriction de la concurrence, cette charge n'a pas lieu d'être.
- (296) La restriction de la concurrence résulte de la clause d'exclusivité en faveur des entreprises de collecte et de tri (considérants 229 et 236). Pour que cette restriction de concurrence puisse bénéficier d'une exemption, il ne faut pas que la concurrence soit éliminée sur le marché de la collecte et du tri des emballages ménagers. Sur ce marché caractérisé par des conditions particulières, une concurrence n'est possible au niveau de la demande que si ARGEV n'empêche pas les entreprises de collecte et de tri de conclure des contrats sur l'utilisation partagée des conteneurs de collecte avec des concurrents de système ARA (considérants 281 et 287). Or, ARGEV subordonne l'utilisation partagée à des restrictions considérables, qui pourraient avoir pour effet de la rendre impossible (considérants 288, 304 et suivants). La charge est donc indispensable pour que les conditions permettant une exemption soient réunies et elle est fondée juridiquement sur l'article 8, paragraphe 3, point b), du règlement n° 17.
- Les charges sont inapplicables et disproportionnées
- (297) ARGEV estime que les charges sont inapplicables dans la mesure où ni ARGEV ni les entreprises de collecte ne savent quelle est la part du système ARA dans la quantité totale d'emballages ménagers collectés par catégories de matériaux dans le cadre de systèmes de collecte.
- (298) Les systèmes concurrents communiqueront à l'entreprise de collecte pour quelles quantités sous licence ils souhaitent l'utilisation partagée. L'entreprise de collecte communiquera à son tour cette quantité (sous forme anonyme) à ARGEV. Sur la base de ces informations, ARGEV pourra calculer sa part d'emballages concédés sous licence.

- (299) ARGEV estime également que les charges sont disproportionnées, dans la mesure où elles auront inévitablement pour conséquence qu'ARGEV ne pourra plus respecter les conditions de sa décision d'agrément pour ce qui est de l'exploitation d'un système de collecte et de valorisation. Si un système concurrent concède sous licence des quantités d'emballages supplémentaires, ARGEV ne parviendra pas à remplir ses taux de collecte, dans la mesure où les infrastructures disponibles ne peuvent pas recevoir plus d'une certaine quantité de déchets. Si un nouveau système devait installer sa propre infrastructure de collecte, totalement ou en partie, ARGEV verrait se réduire les quantités qu'elle-même collecte, bien que le système concurrent n'ait absolument pas besoin des emballages déposés dans les installations commandées par ARGEV.
- (300) Même en cas d'utilisation partagée des conteneurs, ARGEV pourra remplir ses obligations légales. Le décret ne contient aucune disposition imposant que les conteneurs de collecte ne soient mis à la disposition que d'un seul système. Dans ses observations du 15 janvier de cette année, l'Autriche a, elle aussi, déclaré que l'utilisation partagée des conteneurs pour déchets ménagers était en principe autorisée aux termes des conditions d'agrément des systèmes, conformément à la loi sur la gestion des déchets de 2002. En outre, il convient de se rappeler que toute interprétation du décret doit tenir compte de l'importance du partage des infrastructures de collecte pour la concurrence, en raison de l'effet des règles de concurrence communautaires ⁽¹⁴⁾.
- (301) Si un système concurrent accordait des licences pour des quantités d'emballages supplémentaires, cela se refléterait dans les conditions imposées aux systèmes en matière de volumes collectés. Le cas échéant, le volume des conteneurs devrait être adapté afin de pouvoir accueillir des quantités supplémentaires. Lorsqu'un système concurrent ne demande pas d'utilisation partagée, mais installe sa propre infrastructure de collecte, les charges ne sont pas applicables.
- (302) ARGEV fait en outre valoir que les charges la défavorisent terriblement, dans la mesure où elle ne reçoit aucune rémunération pour l'optimisation du système de collecte actuellement en cours, bien que ces prestations profitent également en partie au concurrent. Par ailleurs, il est tenu pour acquis que les systèmes concurrents traiteront les emballages ménagers de la même façon que le système ARA, ce qui ne repose sur aucune base empirique et ce qui est contredit par les expériences faites à ce jour.
- (303) Tout en donnant à ARGEV la possibilité de réduire ou de faire baisser de façon appropriée la rémunération qu'elle verse aux partenaires de collecte, la charge b) tient compte de l'intérêt légitime d'ARGEV à ce que des prestations réalisées par des partenaires de collecte, prouvées à l'appui, pour des tiers, ne lui soient pas facturées.
- (304) Il n'est toutefois pas nécessaire que les entreprises de collecte dédommagent ARGEV pour d'autres coûts qui seraient directement imputables à la collecte, comme ARGEV le prévoyait dans son engagement n° 3, point a) (considérant 139). Les coûts cités sont des coûts systémiques qu'ARGEV doit supporter pour garantir la viabilité de son système. En tant que cocontractants, les entreprises de collecte fournissent certains services, pour lesquels elles perçoivent une rémunération. Les autres coûts systémiques d'ARGEV ne les concernent pas et ne sont pas inclus dans l'accord de partenariat. En outre, un transfert partiel des coûts entraînerait, en cas d'octroi d'un droit d'utilisation partagée, un risque financier non calculable pour les entreprises de collecte. Les concurrents ne retireront pas de cela un avantage injustifié, car ils devront, eux aussi, supporter les coûts de mise en place de leur propre système. Au demeurant, les concurrents devraient voir la possibilité de conclure des accords avec les collectivités territoriales directement et de façon indépendante, par exemple sur la rémunération de consultants en gestion des déchets.
- (305) Il n'est d'ailleurs pas opportun que les entreprises de collecte remboursent à ARGEV des coûts supplémentaires que des sociétés du système ARA ou leurs cocontractants doivent supporter du fait de l'utilisation partagée [voir engagement n° 3, point b), considérant 139]. De tels coûts ne sont pas de la responsabilité des entreprises de collecte. Les prendre en charge impliquerait pour elle un risque financier non calculable.
- (306) D'ailleurs, les services de la Commission estiment que l'utilisation partagée n'entraînera pas de coûts d'analyse et de tri supplémentaires. Toutefois, dans ses observations du 15 janvier de cette année, l'Autriche a déclaré que le respect des taux devait être prouvé par la collecte et la valorisation des déchets d'emballages pour lesquels il y a aussi participation au système. La recyclabilité technique des emballages est notamment déterminée par la nature des produits emballés, la taille des étiquettes utilisées et la proportion d'emballages en matière plastique. Cela nécessite une analyse aussi précise que possible des quantités collectées dans chaque conteneur et une répartition des différents matériaux par catégorie, ce qui entraîne des coûts nettement plus élevés, qui sont estimés à environ 25 % des coûts totaux.

⁽¹⁴⁾ Voir décision 2001/463/CE de la Commission du 20 avril 2001 dans l'affaire COMP/34.493 — DSD et autres (JO L 319 du 4.12.2001, p. 1, considérant 171).

- (307) Néanmoins, le décret sur les emballages ne contient aucune disposition liant l'attestation sur le respect des taux à la collecte et à la valorisation des seuls emballages participant aux différents systèmes. Conformément à l'article 11 du décret, un système de collecte et de valorisation d'emballages de transport ou de vente doit assurer la collecte et la valorisation des matériaux d'emballages pour lesquels des contrats ont été signés avec les fabricants de ces emballages. Conformément à la définition figurant à l'article 2, paragraphe 6, du décret, les matériaux d'emballages sont les différents types de matériaux à partir desquels les emballages sont fabriqués, comme le papier et le carton, le verre ou les matières plastiques.
- (308) En outre, une obligation d'utilisation partagée ne serait pas applicable si la preuve du respect des taux devait être apportée exclusivement sur la base des emballages participant concrètement au système. Cet élément ne peut donc pas être intégré à la charge. Il faut plutôt répartir, entre les systèmes, les quantités collectées par catégories de matériaux par rapport aux quantités octroyées sous licence par catégories de matériaux⁽¹⁵⁾. Il n'est alors plus nécessaire de procéder à des analyses et à des tris supplémentaires. L'Autriche devra également tenir compte de ces effets de la charge b) lors de l'interprétation du décret et lors de l'attribution des décisions d'agrément des systèmes, en raison de l'importance capitale de l'utilisation partagée pour l'instauration d'une concurrence sur ce marché.
- (309) Les effets de cette charge, qui s'impose pour des raisons de droit de la concurrence, n'entraîneront pas d'inconvénients injustifiés pour ARGEV. Rien n'indique que l'utilisation partagée pourrait provoquer une modification de la qualité des catégories de matériaux collectés dans leur ensemble. On peut, au contraire, s'attendre à ce que les systèmes qui souhaitent devenir des concurrents importants dans le domaine des déchets ménagers et qui rechercheront donc une utilisation partagée s'efforcent de proposer des contrats pour l'ensemble de la gamme des emballages. Le système «Bonus», cité en exemple par ARGEV, exerce l'essentiel de ses activités dans le domaine des emballages industriels et n'opère que marginalement dans celui des déchets ménagers, sur des points de production très spécifiques (considérant 179). En outre, d'après les tarifs existants, le système ARA n'opère lui aussi de distinction, lors de l'octroi des licences, qu'en fonction des catégories de matériaux et de la taille des emballages, mais pas en fonction du contenu ou du secteur.

Atteinte à la situation juridique de tiers

- (310) ARGEV fait enfin valoir que les charges limitent les droits des entreprises de gestion des déchets, dans la

mesure où leur rémunération, qui dépend des quantités collectées, pourra également être réduite si ces entreprises ne trouvent aucune autre entreprise intéressée et dans la mesure où elles doivent accepter une réduction proportionnelle de leur rémunération pour la mise à disposition des conteneurs. Cela serait certes en principe légitime, mais elles devraient au moins avoir la possibilité de donner leur avis à ce propos.

- (311) La charge b) concerne l'ensemble des entreprises de gestion des déchets, afin que celles-ci soient incitées — pour autant qu'il y ait demande d'utilisation partagée — à signer des contrats avec des systèmes concurrents. Si une entreprise décide d'autoriser l'utilisation partagée, les charges ne seront pas plus contraignantes pour elle que les conditions prévues à l'engagement n° 3 [voir engagement n° 3, points a) et b), considérant 139].
- (312) Les entreprises de collecte ont eu la possibilité de donner un avis avant l'adoption de la décision. La Fédération des entreprises autrichiennes de gestion des déchets (VOEB) a déclaré, dans un avis rendu au nom de la majorité des entreprises de collecte et de tri, qu'elle était favorable à une utilisation partagée. Toutefois, elle est d'avis que la charge b) imposera des dépenses administratives aux entreprises de collecte et qu'elle pourrait entraîner une diminution de la rétribution des entreprises qui n'auront pas signé de contrat avec des gestionnaires de systèmes concurrents.
- (313) Ainsi qu'il est dit au considérant 298, le système concurrent communiquera à l'entreprise de collecte la quantité de déchets sous licence concernée, que celle-ci transmettra à son tour à ARGEV. Cela représente pour l'entreprise de collecte une dépense qui n'est pas excessive. Toutefois, on pourrait également envisager que tant ARGEV que les entreprises de collecte communiquent les quantités à un organisme indépendant, qui calculera alors les parts respectives des parties en cause. Il n'y aura diminution de la rétribution que si un système concurrent demande l'utilisation partagée dans une région de collecte donnée et uniquement à compter de la date d'agrément du système (considérant 301).

- (314) En outre, la VOEB attire l'attention sur le fait que les infrastructures de collecte et de tri sont en partie mises à disposition par les municipalités. Elle estime que le système concurrent devrait pouvoir utiliser l'ensemble des infrastructures nécessaires à la collecte et au tri, indépendamment de l'entité qui les aura fournies. La répartition des quantités ne pourrait se faire qu'après le tri.

⁽¹⁵⁾ Une répartition plus poussée, en fonction de types donnés d'emballages à l'intérieur des catégories des matériaux serait envisageable, à condition que ces emballages soient traités séparément lors de l'octroi des licences ainsi que lors de la collecte et/ou du tri.

(315) Les charges concernent les rapports entre ARGEV et les partenaires de collecte et de tri. Tout système concurrent devra créer les conditions requises pour une utilisation partagée qui relèvent de son domaine de compétence. Une répartition des quantités après le tri serait notamment judicieuse s'il y a ensuite répartition par types d'emballage à l'intérieur d'une catégorie de matériaux et si ceux-ci ne sont séparés qu'après le tri (considérant 308).

1.2. Accord entre ARGEV et les partenaires de tri

Conditions d'octroi de l'exemption

(316) La clause d'exclusivité contenue dans l'accord de tri remplit également, pour les raisons mentionnées, les conditions d'octroi de l'exemption, sous réserve du respect de la charge dont l'exemption est assortie. Les entreprises de tri doivent consentir des investissements considérables pour la mise en place et l'extension d'une infrastructure de tri pour emballages légers. La séparation des emballages légers en fonction des matériaux utilisés nécessite des processus techniques complexes. Les investissements nécessaires à leur mise en place et à leur extension ne peuvent être exploités que dans une mesure limitée pour d'autres opérations de tri.

Charge

(317) Bien qu'ARGEV ait déclaré que les entreprises de gestion des déchets pouvaient librement mettre les installations de tri à la disposition de systèmes concurrents, elle souhaite néanmoins imposer des restrictions considérables à l'utilisation partagée (voir engagement 3, considérant 139). Compte tenu de l'importance que présente le libre accès aux installations de tri pour qu'une concurrence puisse exister, la Commission estime nécessaire de subordonner la présente décision à une charge en vertu de laquelle ARGEV ne devra pas empêcher les entreprises de gestion des déchets de conclure et d'exécuter des contrats sur une utilisation partagée des installations de tri d'emballages de vente usagés avec des concurrents du système ARA. À cet égard, il convient essentiellement d'attirer l'attention sur les déclarations qui ont été faites à propos des accords entre ARGEV et les partenaires de collecte. Dans le cas du tri également, la charge doit garantir que les effets escomptés sur la concurrence interviendront effectivement, qu'une concurrence au niveau de la demande sera effectivement possible sur ce marché et que les conditions permettant une exemption au titre de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE seront ainsi remplies.

(318) C'est notamment lorsqu'ils démarrent leurs activités que les concurrents du système ARA ont besoin d'avoir recours à l'utilisation partagée des installations de tri pour pouvoir remplir leurs obligations en matière de tri et de valorisation. La mise en place de nouvelles installations de tri nécessiterait des investissements importants, qui constitueraient pour eux des entraves non négligeables à l'entrée sur le marché. Cela retarderait tout au moins considérablement l'introduction d'une

concurrence sur le marché des services de gestion des déchets. En outre, le fait que les partenaires de tri d'ARA puissent également proposer leurs services à des concurrents du système ARA leur permettra d'exploiter les économies d'échelle et de gamme qui sont possibles sur le marché du tri des emballages de vente ménagers.

2. Marché de la collecte et du tri des emballages industriels

2.1. Accord de partenariat entre ARGEV et les entreprises de collecte

(319) La clause d'exclusivité en faveur des entreprises de collecte contenue dans l'accord de partenariat entrant également dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE pour ce qui est de la collecte des emballages industriels, il convient d'examiner si elle répond aux conditions d'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité.

Amélioration de la production ou de la distribution des produits ou promotion du progrès technique ou économique

(320) ARA offre également pour les déchets industriels un système de collecte et de valorisation des emballages sur l'ensemble du territoire autrichien, qui est conforme aux dispositions du décret et de la loi sur la gestion des déchets, qui transposent la directive 94/62/CE. La directive s'applique aux emballages ménagers tout comme aux emballages industriels. La collecte régulière d'emballages usagés dans le secteur industriel, en fonction de différentes catégories de matériaux, permet donc l'application directe de dispositions de politique environnementale.

(321) Tout comme dans le domaine des déchets ménagers, la clause d'exclusivité mentionnée plus haut permet aux parties de planifier et d'organiser à long terme les prestations qu'elles fournissent. L'organisation de la logistique de collecte des emballages et déchets industriels nécessite des investissements non négligeables. Un certain délai d'amortissement est donc nécessaire pour inciter les entreprises concernées à réaliser ces investissements. Même si les effets de réseaux ne sont pas aussi importants dans le domaine des emballages industriels que dans celui des emballages ménagers, le fait de confier l'ensemble de la collecte à une seule entreprise pendant la durée du contrat permet de réaliser des économies d'échelle et de gamme qui entraînent des gains d'efficacité. Pour le système ARA considéré en tant que demandeur de prestations, il est important, compte tenu des obligations assumées pour le compte des fabricants d'emballages en vertu du décret sur les emballages, de s'assurer une certaine sécurité dans la planification afin de satisfaire les besoins de façon régulière et fiable. La sécurité de la planification signifie, pour tous les intéressés, qu'ils pourront remplir de façon fiable les obligations qui leur incombent en vertu du décret sur les emballages.

(322) Compte tenu de ce qui précède, la Commission est parvenue à la conclusion que la clause d'exclusivité en faveur des entreprises de collecte contenue dans les contrats de services contribue à améliorer la production des produits et à promouvoir le progrès technique ou économique.

Avantages pour les utilisateurs

(323) L'accord conclu avec les entreprises de collecte a pour objet la mise en œuvre pratique de la collecte, sur l'ensemble du territoire et en fonction des différentes catégories de matériaux, des emballages de vente repris dans le cadre du système ARA, et ce également dans le secteur des grandes entreprises et de l'industrie.

(324) Sont considérés comme des utilisateurs au sens de l'article 81, paragraphe 3, du traité non seulement les consommateurs finals des services proposés, mais également tous les acheteurs, directs ou indirects, des produits ou services concernés, c'est-à-dire également les grandes entreprises et les entreprises industrielles. Pour ceux-ci, l'accord conclu avec les partenaires de collecte est profitable, dans la mesure où il garantit une élimination régulière et conforme au décret de leurs déchets d'emballages.

(325) C'est pourquoi la Commission est parvenue à la conclusion que l'accord de partenariat avec les entreprises de collecte comporte des avantages appropriés pour les utilisateurs au sens de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE.

Caractère indispensable de la restriction

(326) Lors de l'examen de la clause d'exclusivité figurant dans l'accord de collecte, la Commission a également pris comme base, pour les déchets industriels, la nouvelle durée de validité des contrats, y compris une nouvelle attribution des marchés après cinq ans au plus tard, prévue dans l'engagement n° 4 mentionné au considérant 139, qu'elle considère en définitive comme indispensable.

(327) L'appréciation du caractère indispensable de la clause d'exclusivité dépend des conditions économiques et juridiques dans lesquelles l'accord en cause a été conclu. À cet égard, la planification et la sécurité des investissements nécessaires à la mise en œuvre de l'accord de collecte revêtent une importance décisive. Dans le domaine industriel, il convient de mettre en place des points de collecte régionaux ainsi qu'un système de reprise, et aussi d'organiser la logistique des transports. L'entreprise de collecte doit donc obligatoirement pouvoir planifier ses investissements et son activité pour une période donnée. Pour ARA également, il est globalement indispensable de confier la collecte à une seule entreprise par zone de collecte pendant la durée du contrat, afin de garantir des services de collecte des emballages industriels durables et fiables, indispensables pour assurer le succès du système. Dans le domaine industriel, les

investissements nécessaires à la mise en place et à l'exploitation des infrastructures sont certes moins importants que dans le secteur des déchets ménagers, mais les restrictions de concurrence liées à la clause d'exclusivité sont également moins importantes, en raison de la puissance moindre détenue par ARGEV sur le marché de la demande. C'est pourquoi la Commission considère qu'une clause d'exclusivité est également indispensable dans le secteur des déchets industriels, pour une durée de validité des contrats allant de trois ans au minimum à cinq ans au maximum. Ici aussi, cette disposition ne sera plus indispensable après une durée de cinq ans, et une réattribution des contrats, conformément aux engagements pris, sera alors justifiée et aussi indispensable pour l'octroi d'une exemption en vertu de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE.

Non-élimination de la concurrence

(328) Même si l'on tient compte de la position détenue par le système ARGEV sur les marchés concernés, la clause d'exclusivité figurant dans l'accord de collecte n'est pas de nature à éliminer la concurrence sur le marché de la collecte et du tri des emballages industriels.

(329) Les entreprises de collecte écartées par ARGEV peuvent proposer leurs services tant à d'autres systèmes de collecte et de valorisation des déchets industriels qu'à des systèmes de collecte individuels et à des gros producteurs de déchets.

(330) De même, il convient d'observer que sur le marché des déchets industriels, les entreprises de collecte peuvent collecter dans leurs conteneurs des emballages octroyés sous licence à des concurrents du système ARA et que, contrairement à ce qui se passe dans le secteur des emballages ménagers, la collecte commune est déjà ici une réalité.

(331) Il reste à examiner quelles sont les répercussions sur la concurrence du couplage des services de collecte des emballages industriels aux services de collecte des emballages ménagers. Une entreprise ne peut, dans ces conditions, devenir partenaire de collecte d'ARGEV dans le domaine industriel que si elle est en mesure de consentir également les investissements nécessaires à la mise en place d'une infrastructure de collecte dans le domaine des déchets ménagers. Toutefois, la subordination de la possibilité de devenir partenaire de collecte d'ARGEV dans le domaine industriel à la mise en place d'une infrastructure dans le domaine ménager n'entraîne pas non plus d'élimination de la concurrence sur le marché des emballages et autres déchets industriels. Les entreprises de collecte qui ne sont pas en mesure de mettre en place l'infrastructure nécessaire à la collecte des emballages ménagers peuvent, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, offrir leurs services à d'autres systèmes de collecte et de valorisation pour lesquels la mise en place d'une infrastructure dans le secteur ménager n'est pas nécessaire, ainsi qu'à des systèmes de collecte individuels et à des gros producteurs de déchets.

(332) Il convient également de noter que le système ARA a attribué les marchés de la collecte en fonction des différentes catégories de matériaux, de telle sorte que les entreprises peuvent proposer leurs services pour certaines catégories seulement. Dans le domaine industriel, cela vaut notamment pour les emballages légers, d'une part, et les emballages en papier et carton, d'autre part.

(333) La clause d'exclusivité n'entraîne donc pas l'élimination de la concurrence résiduelle sur le marché commun de la collecte des emballages et autres déchets industriels.

(334) Les conditions d'octroi de l'exemption en vertu de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE sont donc remplies à condition que la durée des contrats soit de trois à cinq ans au maximum.

2.2. *Accord de partenariat entre ARGEV et les partenaires de tri*

(335) Pour les raisons mentionnées ci-dessus, la clause d'exclusivité contenue dans l'accord de tri remplit également, compte tenu des conditions régnant sur le marché du tri des déchets industriels, les conditions d'octroi d'une exemption.

2.3. *Accord entre ARO et les partenaires de collecte*

(336) La clause d'exclusivité figurant dans l'accord conclu entre ARO et les entreprises de collecte garantit à celles-ci une certaine sécurité en matière de planification et d'investissement et donc aussi, pour tous les intéressés, un respect constant et assuré des obligations leur incombant en vertu du décret sur les emballages. À cet égard, il convient de considérer comme indispensable que la durée des contrats soit de trois à cinq ans, compte tenu de l'importance de la restriction de la concurrence due à cette clause d'exclusivité. La concurrence ne sera pas éliminée sur le marché concerné, pour les raisons exposées ci-dessus (considérants 329 à 332). Les conditions d'octroi d'une exemption en vertu de l'article 81, paragraphe 3, sont donc remplies, à condition que la durée des contrats soit de trois à cinq ans au maximum.

XI. EFFET RÉTROACTIF, DURÉE DE L'EXEMPTION, CHARGES

(337) Les accords signés par ARGEV et ARO avec les entreprises de collecte et de tri ont été notifiés auprès de l'autorité de surveillance AELE le 30 juin 1994 et transmis à la Commission, conformément à l'article 172, paragraphe 3, de l'acte d'adhésion. Le 28 août 2001, la nouvelle version des accords de collecte et de tri a été notifiée à la Commission. La Commission constate que, depuis la

date de leur notification, les accords de collecte et de tri ont rempli les conditions d'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE.

(338) Conformément à l'article 8, paragraphe 1, du règlement n° 17, les exemptions sont accordées pour une durée déterminée et peuvent être assorties de conditions et de charges. Conformément à l'article 6 de ce règlement, la date à laquelle une décision d'exemption prend effet ne saurait être antérieure au jour de la notification en vertu de l'article 81, paragraphes 1 et 3, du traité CE. L'exemption sera valable de la date d'entrée en vigueur des accords de collecte conclus par ARGEV et ARO qui sont actuellement applicables jusqu'au 31 décembre 2006, afin de donner à ARA, à ARGEV, à ARO et aux entreprises de collecte un degré suffisant de sécurité juridique, dans le cadre des règles de concurrence communautaires, pour garantir leurs investissements.

(339) Afin de garantir l'accès de tiers aux installations de gestion des déchets des entreprises de collecte et de tri partenaires d'ARGEV et d'ARO et afin d'éviter l'élimination de la concurrence sur les marchés en cause, les charges mentionnées ci-dessus seront imposées à ARGEV. Ces charges sont indispensables pour éviter l'élimination de la concurrence sur les marchés en cause. Elles resteront en vigueur pendant toute la durée de validité de l'exemption. Conformément à l'article 8, paragraphe 3, point b), du règlement n° 17, la Commission peut révoquer la présente décision si les intéressés contreviennent à une charge dont la décision a été assortie.

(340) La présente décision ne porte pas préjudice à l'application de l'article 82 du traité.

(341) La présente décision ne préjuge pas non plus de procédures en cours ou à venir ouvertes par la Commission à l'encontre du décret ou d'autres dispositions législatives nationales,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

Compte tenu des informations dont elle dispose actuellement et des engagements pris par Altstoffrecycling Austria AG (ARA), ARGEV Verpackungsverwertungs-GesmbH (ARGEV) et Altpapier-Recycling Organisationsgesellschaft mbH (ARO), la Commission constate qu'elle n'a aucun motif d'agir au titre de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE à l'encontre des accords de décharge et de licence entre ARA et les entreprises soumises au décret, du contrat de gestion des déchets entre ARA et les ERS, du contrat de gestion des déchets et de coopération entre ARGEV et les ERS ainsi que du contrat entre ARO et les collectivités territoriales.

Article 2

Les dispositions de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE sont déclarées inapplicables, conformément à l'article 81, paragraphe 3, du traité CE et à l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE, aux différents contrats de collecte et de tri conclus par ARGEV et ARO avec leurs partenaires régionaux respectifs, qui contiennent une clause d'exclusivité et expireront au plus tard au 31 décembre 2006.

L'exemption sera valable du 30 juin 1994 au 31 décembre 2006.

Article 3

L'exemption mentionnée à l'article 2 est assortie des charges suivantes:

- a) ARGEV n'empêchera pas les entreprises de collecte de conclure, avec des concurrents du système ARA, des contrats sur l'utilisation partagée des conteneurs ou d'autres installations de collecte et de tri des emballages de vente usagés déposés par les ménages, ni d'exécuter ces contrats;
- b) ARGEV ne peut demander aux entreprises de collecte de lui fournir une attestation que pour les quantités d'emballages correspondant à la part détenue par le système ARA dans l'ensemble des emballages ménagers concédés à des systèmes pour certaines catégories de matériaux. Dans ce cas, ARGEV pourra réduire la rémunération mentionnée au paragraphe 3.1.1 de l'accord de

collecte dans les proportions mentionnées dans la première phrase du présent point. Pour les rémunérations mentionnées aux paragraphes 3.1.2 et 3.1.3 de l'accord de collecte, ce sont les quantités pour lesquelles une preuve aura été fournie à ARGEV qui seront déterminantes. Cette charge s'applique à toutes les entreprises de collecte avec lesquelles ARGEV a signé un accord de partenariat.

Article 4

Les entreprises:

Altstoffrecycling Austria AG
Mariahilfer Straße 123
A-1062 Wien

ARGEV Verpackungsverwertungs-GmbH
Lindengasse 43/12
A-1071 Wien

Altpapier-Recycling Organisationsgesellschaft mbH
Gumpendorfer Straße 6
A-1061 Wien

sont destinataires de la présente décision.

Fait à Bruxelles, le 16 octobre 2003.

Par la Commission

Mario MONTI

Membre de la Commission