

Uitgave  
in de Nederlandse taal

## Wetgeving

### Inhoud

#### I Besluiten waarvan de publicatie voorwaarde is voor de toepassing

.....

#### II Besluiten waarvan de publicatie niet voorwaarde is voor de toepassing

##### Commissie

2004/206/EG:

- ★ **Beschikking van de Commissie van 17 december 2002 inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-overeenkomst (Zaak COMP/C.37.671 — Smaakversterkers)<sup>(1)</sup> (Kennisgeving geschied onder nummer C(2002) 5091)** ..... 1

2004/207/EG:

- ★ **Beschikking van de Commissie van 16 juli 2003 inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-overeenkomst (Zaak COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Network Sharing Rahmenverdrag)<sup>(1)</sup> (Kennisgeving geschied onder nummer C(2003) 2432)** .... 32

2004/208/EG:

- ★ **Beschikking van de Commissie van 16 oktober 2003 inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-overeenkomst (Zaken COMP D3/35470 — ARA en COMP D3/35473 — ARGEV, ARO)<sup>(1)</sup> (Kennisgeving geschied onder nummer C(2003) 3703)** ..... 59

<sup>(1)</sup> Voor de EER relevante tekst

Prijs: 22,00 EUR

NL

Besluiten waarvan de titels mager zijn gedrukt, zijn besluiten van dagelijks beheer die in het kader van het landbouwbeleid zijn genomen en die in het algemeen een beperkte geldigheidsduur hebben.

Besluiten waarvan de titels vet zijn gedrukt en die worden voorafgegaan door een sterretje, zijn alle andere besluiten.

## II

*(Besluiten waarvan de publicatie niet voorwaarde is voor de toepassing)*

**COMMISSIE****BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE**

**van 17 december 2002**

**inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-  
overeenkomst**

**(Zaak COMP/C.37.671 — Smaakversterkers)**

*(Kennisgeving geschied onder nummer C(2002) 5091)*

**(Slechts de tekst in de Engelse taal is authentiek)**

**(Voor de EER relevante tekst)**

(2004/206/EG)

## INHOUDSOPGAVE

*Bladzijde***DEEL I — DE FEITEN**

A.	Beknopte beschrijving van de inbreuk .....	3
B.	De nucleotidensector .....	3
1.	Het product .....	3
2.	De producenten .....	3
3.	De markt .....	4
C.	Procedure .....	6
D.	Beschrijving van de gebeurtenissen .....	7
1.	Deelnemers en organisatie .....	7
2.	De essentiële kenmerken van het kartel .....	7
3.	Eerste contacten .....	8
4.	Werking van de kartelovereenkomst .....	10

**DEEL II — JURIDISCHE BEOORDELING**

A.	Rechtsbevoegdheid (toepassing van het Verdrag en van de EER-overeenkomst) .....	16
1.	Verband tussen het Verdrag en de EER-overeenkomst .....	16
B.	Toepassing van artikel 81 van het Verdrag en van artikel 53 van de EER-overeenkomst .....	17
1.	Artikel 81, lid 1, van het Verdrag en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst. ....	17
2.	Overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen .....	17
3.	Eén enkele voortgezette inbreuk .....	18
4.	Beperking van de mededinging .....	18
5.	Gevolgen voor de handel tussen de lidstaten en tussen overeenkomstsluitende partijen van de EER .....	19
6.	Mededingingsbepalingen die van toepassing zijn op Oostenrijk, Finland, IJsland, Liechtenstein, Noorwegen en Zweden .....	20
C.	Adressaten .....	20
1.	Toe te passen beginselen .....	20
2.	Adressaten van de beschikking .....	20
D.	Duur van de inbreuk .....	21
E.	Sancties .....	22
1.	Artikel 3 van Verordening nr. 17 .....	22
2.	Artikel 15, lid 2, van Verordening nr. 17 .....	23

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap,

Gelet op de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte,

Gelet op Verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag <sup>(1)</sup>, laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1/2003 <sup>(2)</sup>, en met name op de artikelen 3 en 15,

Gezien het besluit van de Commissie van 10 juli 2002 tot inleiding van de procedure in deze zaak,

Na de betrokken ondernemingen overeenkomstig artikel 19, lid 1, van Verordening nr. 17 en Verordening (EG) nr. 2842/98 van de Commissie van 22 december 1998 over het horen van belanghebbenden in bepaalde procedures op grond van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag <sup>(3)</sup> in de gelegenheid te hebben gesteld hun opmerkingen over de punten van bezwaar van de Commissie kenbaar te maken,

Na raadpleging van het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities,

Gezien het verslag van de raadadviseur-auditeur in deze zaak <sup>(4)</sup>,

Overwegende hetgeen volgt:

## DEEL I — DE FEITEN

### A. BEKNOPTE BESCHRIJVING VAN DE INBREUK

- (1) Deze beschikking is gericht tot de volgende ondernemingen:
- Ajinomoto Company Incorporated
  - Takeda Chemical Industries Limited
  - Daesang Corporation
  - Cheil Jedang Corporation.
- (2) De inbreuk bestaat erin dat de bovengenoemde producenten van nucleotiden hebben deelgenomen aan een voortdurende overeenkomst welke in strijd is met artikel 81, lid 1, van het Verdrag en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst die de Gemeenschap en de EER bestrijken, waarbij zij de prijzen van het product bepaalden, prijsverhogingen ten uitvoer legden, klanten verdeelden en een mechanisme in het leven riepen voor de controle op en de handhaving van hun overeenkomsten.

<sup>(1)</sup> PB 13 van 21.2.1962, blz. 204/62.

<sup>(2)</sup> PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1.

<sup>(3)</sup> PB L 354 van 30.12.1998, blz. 18.

<sup>(4)</sup> PB C 64 van 12.3.2004.

- (3) De ondernemingen waren tussen november 1988 en juni 1998 <sup>(5)</sup> bij de inbreuk betrokken.

### B. DE NUCLEOTIDENSECTOR

#### 1. HET PRODUCT

- (4) Nucleïnezuur of nucleotide wordt gemaakt op basis van glucose met behulp van een fermentatie-, separatie-, kristallisatie- en filtratieproces.
- (5) Er bestaan twee nucleotiden, die voor het toevoegen van smaak worden gebruikt, namelijk dinatrium-5'-inosinaat (IMP) en dinatrium-5'-guanilaat (GMP). Beide nucleotiden worden ook verkocht in de vorm van mengsels van deze twee producten, zoals I&G, een 50/50-mengsel van de twee nucleotiden.
- (6) IMP was het eerste nucleotide waarvan men ontdekte dat het smaken van bepaalde soorten voedsel scherper kon maken. Later werd ontdekt dat GMP dezelfde eigenschappen had. Beide producten worden slechts in kleine hoeveelheden gebruikt. Zij fungeren slechts als smaakversterker in aanwezigheid van een natriumzout, of dit nu is toegevoegd, zoals mononatriumglutamaat („MSG”), of dat dit van nature voorkomt, zoals het natriumzout dat in tomaten zit. Naast andere toepassingen zijn IMP en GMP effectief in laag-natriumsamenstellingen. Smaakversterkers in de vorm van nucleotiden worden door grote levensmiddelenproducenten gebruikt om meer smaak te geven aan levensmiddelen, hetzij op zichzelf (met natriumzout dat van nature voorkomt), of, wat meestal het geval is, in combinatie met MSG.
- (7) In die hoedanigheid worden zij voornamelijk gebruikt om vleesextracten te vervangen, om zoete en vleessmaken te versterken, om „verkeerde” smaken in diverse voedselsamenstellingen te verhullen en om een bittere smaak weg te nemen.

#### 2. DE PRODUCENTEN

- a) AJINOMOTO COMPANY, INC (JAPAN)
- (8) Ajinomoto Company, Inc. („Ajinomoto”) is de uiteindelijke moedermaatschappij van een groep ondernemingen die chemicaliën produceren, met inbegrip van nucleotiden en voedingsmiddelen. Gesteund door capaciteiten op het gebied van aminozurentechnologie, is de groep ondernemingen ook betrokken bij de ontwikkeling en de productie van geneesmiddelen. De activiteiten van Ajinomoto omvatten productie- en marketingbases in 21 landen.
- (9) Ajinomoto bezit in Japan fabrieken voor de productie van nucleotiden.

<sup>(5)</sup> Zie onder het kopje „Duur” voor afzonderlijke data per onderneming.

(10) Haar Europese filialen zijn Ajinomoto Europe Sales GmbH (Hamburg, Duitsland), Ajinomoto Eurolysine (Parijs, Frankrijk), OmniChem (Louvain-la-Neuve, België) en Forum Holdings Ltd (Verenigd Koninkrijk).

(11) In 2001 bedroeg de totale wereldwijde omzet van alle tot de Ajinomoto-groep behorende bedrijven 8 680 miljoen EUR.

b) TAKEDA CHEMICAL INDUSTRIES LTD (JAPAN)

(12) Takeda Chemical Industries Ltd („Takeda”) is de uiteindelijke moedermaatschappij van een groep ondernemingen die geneesmiddelen, chemicaliën, bulkvitamines, gewasbeschermingsmiddelen en levensmiddelenadditieven, zoals nucleotiden, produceren.

(13) De distributie van nucleotiden over de EER-markten wordt georganiseerd via Mitsui & Co. (Japan). Er zijn in Europa echter diverse plaatselijke dochtermaatschappijen: Mitsui & Co. Deutschland GmbH (voor verkopen aan West-Europa (inclusief Duitsland, Nederland, Portugal en Zwitserland), Noord-Europa, Oost-Europa en Turkije), Mitsui & Co. UK Plc (voor verkopen in het Verenigd Koninkrijk en Ierland) en Mitsui & Co. France SA (voor verkopen in Frankrijk).

(14) Voor het financiële jaar dat liep van 1 april 2001 tot en met 31 maart 2002, had Takeda een totale wereldwijde omzet van 9 247 miljoen EUR <sup>(6)</sup>.

c) DAESANG CORPORATION (ZUID-KOREA)

(15) Daesang Corporation („Daesang”) is de uiteindelijke moedermaatschappij van een groep die wereldwijd opereert, en tot de activiteiten waarvan de productie van smaakmakers, diervoeding en aminozuren behoren. De onderneming werd in november 1997 opgericht na een fusie van Daesang Industrial Limited met Miwon Corporation Limited. Daesang Industrial Limited stond vroeger bekend als Sewon Corporation Limited en Miwon Foods Corporation Limited (alle „Daesang” of „Miwon”).

(16) Sinds september 1994 is Daesang Europe BV het Europese verkoopbedrijf voor nucleotiden van Daesang Corporation. Daesang Europe verkoopt voornamelijk nucleotiden aan onafhankelijke distributeurs in de EER.

(17) De wereldwijde omzet van Daesang bedroeg in 2001 1 382 miljoen EUR <sup>(7)</sup>.

<sup>(6)</sup> De volgende wisselkoers werd gehanteerd: 1 EUR = 108,682 JPY (Referentiedatabank van Eurostat — wisselkoers voor 2001).

<sup>(7)</sup> 1 EUR = 1,154.83 Won (Referentiedatabank van Eurostat — wisselkoers 2001).

d) CHEIL JEDANG CORPORATION (ZUID-KOREA)

(18) Cheil Jedang Corporation („Cheil”) is de uiteindelijke moedermaatschappij van een groep ondernemingen die over de hele wereld vestigingen hebben en wereldwijd opereren. Zij werd in 1953 opgericht als eerste productiefiliaal van de Zuid-Koreaanse Samsung Groep. In 1993 werd Cheil Jedang Corporation onafhankelijk. Cheil is een gediversifieerde onderneming die zich onder andere concentreert op geneesmiddelen en levensmiddelen. Cheil begaf zich in 1977 op de nucleotidenmarkt.

(19) In de EER opereert Cheil via haar 100 % dochteronderneming, CJ Europe GmbH en via verschillende onafhankelijke distributeurs.

(20) In 2001 bedroeg de totale omzet van de tot de Cheil-groep behorende ondernemingen 1 976 miljoen EUR <sup>(8)</sup>.

### 3. DE MARKT

a) AANBODZIJDE

#### 1. Productie

(21) De vier voornaamste producenten van nucleotiden zijn Ajinomoto, Takeda, Cheil en Daesang. Ten tijde van de inbreuk waren andere producenten Kyowa Hakko Kogyo Co. Ltd („Kyowa”) (Japan) <sup>(9)</sup> en Yamasa Corporation („Yamasa”) (Japan) <sup>(10)</sup>.

(22) De totale wereldwijde productiecapaciteit voor nucleotiden bedroeg in 1997 ongeveer 10 700 ton. In 1992 lag de totale wereldwijde productiecapaciteit voor nucleotiden rond de 6 660 ton.

(23) Geen van de Japanse of Koreaanse producenten van nucleotiden heeft productiefaciliteiten in de Gemeenschap. Cheil heeft in Indonesië een productiefabriek en Kyowa heeft onlangs een productiefabriek in de Verenigde Staten gebouwd.

#### 2. Distributie

(24) De hierboven genoemde Japanse en Zuid-Koreaanse producenten van nucleotiden verkopen het product op de EER-markt via dochtermaatschappijen en onafhankelijke distributeurs die in verschillende lidstaten zijn gevestigd.

(25) Sinds september 1994 verkoopt Daesang in Europa nucleotiden via haar 100 % dochteronderneming Daesang Europe BV. Daesang Europe BV importeert nucleotiden uit Azië en verkoopt deze voornamelijk aan onafhankelijke distributeurs in de EER.

<sup>(8)</sup> 1 EUR = 1,13404 USD (Referentiedatabank van Eurostat — wisselkoers 2001).

<sup>(9)</sup> In 1992 stopte Kyowa met de uitvoer van nucleotiden naar Europa.

<sup>(10)</sup> Yamasa Corporation stopte in 1994 met het leveren van smaakversterkers aan Europa.

- (26) Ajinomoto verkoopt in de EER nucleotiden via haar in Hamburg, Duitsland, gevestigde dochtermaatschappij Ajinomoto Europe Sales GmbH, en via onafhankelijke distributeurs.
- (27) Cheil verkoopt in de EER nucleotiden via haar 100 % dochteronderneming, C) Europe GmbH, en via onafhankelijke distributeurs.
- (28) Takeda verkoopt in de EER nucleotiden via een onafhankelijke distributeur, die via haar in Duitsland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochterondernemingen de distributie van het product aan klanten verzorgt.
- b) VRAAGZIJDE
- (29) De vraag naar nucleotiden staat in direct verband met de voedingsmiddelenindustrie. Zoals eerder is opgemerkt, worden nucleotiden met name gebruikt door grootschalige voedingsmiddelenproducenten om voedingsmiddelen meer smaak te geven.
- (30) Tussen 1992 en 1999 maakte de markt voor nucleotiden een snelle groei door: terwijl de consumptie wereldwijd in 1992 nog steeds ongeveer 4 465 ton bedroeg, bedroeg deze in 1999 veel meer dan 9 000 ton. Geschat wordt dat de communautaire consumptie van nucleotiden in dezelfde periode is gegroeid van ongeveer 200 ton tot meer dan 500 ton in 1999.
- (31) Volgens de beste schattingen van de Commissie was de totale EER-markt in 1997 in de buurt van de 12 miljoen EUR waard. In 2000 was de EER-markt voor nucleotiden ongeveer 7,5 miljoen EUR waard.
- (32) Geschat wordt dat de drie belangrijkste klanten in Europa [ ]\* (\*), [ ]\* (met inbegrip van [ ]\*, die in de jaren 1990 werd aangekocht door [ ]\*) en [ ]\* ieder jaar tussen 45 % en 55 % vertegenwoordigen van alle in Europa verkochte nucleotiden. Op individuele basis koopt [ ]\* ongeveer 20 % en [ ]\* 15 % van alle nucleotiden die in Europa worden ingevoerd.
- c) MARKTINFORMATIE
- (33) De nucleotidenhandel speelt zich in wezen op mondiaal niveau af. De belangrijkste producenten van nucleotiden zijn grootschalige, multinationale ondernemingen die in Japan en Zuid-Korea zijn gevestigd. Ofschoon de productie zich hoofdzakelijk in Azië afspeelt, vindt de verkoop op mondiale schaal plaats (hoofdzakelijk naar de drie grootste geografische gebieden — Noord-Amerika, Europa en Azië). De betrokken geografische markt voor nucleotiden dient derhalve als wereldwijd te worden getypeerd.
- (34) Alle nucleotiden die in de EER worden verkocht, worden van buiten de EER ingevoerd.
- (35) Zuid-Koreaanse producenten profiteerden tot 30 april 1998<sup>(11)</sup> van een communautaire preferentiële douanetariefregeling.
- (36) De stam waarop de productie van commerciële nucleotiden in wezen is gebaseerd (evenals het productieproces zelf), is geïmporteerd. Partijen hebben, naast andere factoren die de keuze van consumenten voor een leverancier kunnen beïnvloeden, de kwaliteit van het product genoemd, prijs, levering en technische ondersteuning.
- (37) Vanaf begin 1988 tot eind 1997 bleven de gemiddelde maandelijkse prijzen voor nucleotiden in de EER redelijk stabiel (ongeveer tussen 22 en 27 EUR per kilogram). Na deze periode begonnen de prijzen voor nucleotiden aanzienlijk te dalen (prijzen geschat tussen ongeveer 12 en 16 EUR in 1999 en tussen 8 en 12 EUR in 2000).
- d) INTERNATIONALE HANDEL
- (38) In de in deze beschikking in aanmerking genomen periode kenmerkte de nucleotidenmarkt zich door belangrijke stromen tussen de huidige lidstaten evenals tussen de partijen bij de EER-overeenkomst.
- (39) Alle ondernemingen brachten het product in vrijwel iedere lidstaat op de markt, hetzij via dochtermaatschappijen of via in de Gemeenschap gevestigde distributeurs.
- (40) Daesang, bijvoorbeeld, verkoopt nucleotiden in de gehele Gemeenschap via het in Nederland gevestigde Daesang Europe BV. Cheil en Ajinomoto opereren op een vergelijkbare wijze. Takeda, daarentegen, brengt haar nucleotiden op de markt via een onafhankelijke distributeur met dochtermaatschappijen in Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk. De Duitse vestiging is verantwoordelijk voor vrijwel het gehele communautaire grondgebied, met uitzondering van Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Ierland, waar andere dochtermaatschappijen zijn gevestigd.

(\*) Gedeelten van deze tekst zijn bewerkt om te voorkomen dat vertrouwelijke informatie wordt bekendgemaakt. Deze gedeelten staan tussen vierkante haken en zijn aangegeven met een asterisk.

<sup>(11)</sup> 1.1.1989-31.12.1989: Verordening (EEG) nr. 4257/88 van de Raad van 19 december 1988 houdende toepassing van algemene tariefpreferenties voor het jaar 1989 op bepaalde industrieproducten van oorsprong uit ontwikkelingslanden (PB L 375 van 31.12.1988, blz. 1); 1.1.-31.12.1990: Verordening (EEG) nr. 3896/89 van de Raad van 18 december 1989 houdende toepassing van algemene tariefpreferenties voor het jaar 1990 op bepaalde industrieproducten van oorsprong uit ontwikkelingslanden (PB L 383 van 30.12.1989, blz. 1); 1.1.1991-31.12.1994: Verordening (EEG) nr. 3831/90 van de Raad van 20 december 1990 houdende toepassing van algemene tariefpreferenties voor het jaar 1991 op bepaalde industrieproducten van oorsprong uit ontwikkelingslanden (PB L 370 van 31.12.1990, blz. 1); 1.1.1995-30.4.1998: Verordening (EG) nr. 3281/94 van de Raad van 19 december 1994 betreffende een meerjarenschema van algemene tariefpreferenties (voor de jaren 1995 tot 1998) voor bepaalde industrieproducten van oorsprong uit de ontwikkelingslanden (PB L 348 van 31.12.1994, blz. 1).

- (41) Derhalve ging het bij een significant deel van de verkoop van nucleotiden in de Gemeenschap om internationale handel.
- (42) In de periode van de inbreuk en sinds de oprichting van de EER, was er ook sprake van verkopen aan in de EER gevestigde gebruikers van nucleotiden, met name via de dochtermaatschappijen en distributeurs die reeds in de Gemeenschap waren gevestigd.

### C. PROCEDURE

#### a) COMMISSIEPROCEDURE

- (43) Op 9 september 1999 diende de Japanse onderneming Takeda in het kader van de Mededeling van de Commissie betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen<sup>(12)</sup> („de clementieregeling”) een verzoek in door de Commissie op de hoogte te brengen van een met betrekking tot nucleotiden bestaand kartel, waarbij zij haar bereidheid uitte om volledig samen te werken met de Commissie. Op 14 september 1999 overhandigde Takeda de Commissie een dossier dat bepaalde documenten bevatte die op de zaak betrekking hadden.
- (44) Op 1 februari 2000 benaderde Daesang de Commissie, bevestigde zij het bestaan van een kartel met betrekking tot nucleotiden en uitte zij haar bereidheid om volledig mee te werken aan het onderzoek van de Commissie.
- (45) Op 21 februari 2000 richtte de Commissie verzoeken om inlichtingen aan Ajinomoto, Cheil, Daesang en Kyowa waarin zij om gedetailleerde uitleg verzocht inzake contacten met concurrenten tussen 1992 en 1999.
- (46) Op grond van de in 2000 ontvangen informatie werd duidelijk dat het kartel vóór 1992 actief was geweest en de Commissie verstuurde op 11 juni 2001 aanvullende verzoeken om inlichtingen aan Takeda, Ajinomoto, Daesang en Cheil met betrekking tot de periode tussen 1988 en 1992.
- (47) In haar antwoord op het eerste verzoek van de Commissie om inlichtingen (gedateerd 3 april 2000 en 21 april 2000), gaf Daesang toe deel te nemen aan bijeenkomsten met concurrenten en verstrekte zij bepaalde documenten aan de Commissie waarin het doel van, de data van en de deelnemers aan verschillende bijeenkomsten werden gespecificeerd. Op 10 mei 2001 diende Daesang aanvullend informatie in.
- (48) Ajinomoto beantwoordde op 3 april 2000 en 5 mei 2000 het verzoek van de Commissie om inlichtingen door bepaalde documenten te overhandigen die betrekking hadden op de bijeenkomsten en uitte haar bereidheid volledige medewerking te verlenen aan de procedure van de Commissie. In haar antwoord op het verzoek van de Commissie om inlichtingen, dat op 17 april 2000 werd ontvangen, gaf Cheil toe deel te nemen aan bijeenkomsten tussen concurrenten en verstrekte zij de Commissie meer bijzonderheden en documenten die betrekking hadden op die bijeenkomsten. Cheil uitte ook haar bereidheid volledig mee te werken aan het onderzoek. Op 4 mei 2000 diende Kyowa in antwoord op het verzoek van de Commissie om inlichtingen een verklaring in, waarin zij toegaf tot eind 1993 te hebben deelgenomen aan bijeenkomsten tussen concurrenten, en waarin zij eveneens haar voornemen uitte om volledig mee te werken aan het onderzoek. Kyowa toonde ook aan dat zij sinds 1992 geen nucleotiden meer leverde die in Europa als smaakversterkers werden gebruikt.
- (49) Op 20 oktober 2000 verstrekte Takeda de Commissie een verklaring van de bedrijfsleiding met betrekking tot bepaalde concurrentieverstorende activiteiten in de Gemeenschap waarbij Takeda was betrokken. Deze verklaring vormde een aanvulling op de op 14 september 1999 ingediende documenten. In de verklaring van de bedrijfsleiding verstrekte Takeda gedetailleerde informatie over het kartel, de structuur ervan, de grondregels en de bijeenkomsten tussen concurrenten.
- (50) Zoals vermeld verstuurde de Commissie op 11 juni 2001 een tweede verzoek om inlichtingen met betrekking tot de periode 1988-1992. In haar antwoord van 20 juli 2001 verstrekte Takeda aanvullende informatie met betrekking tot de werking van het kartel vóór 1992.
- (51) Ajinomoto, aan de andere kant, stelde in haar antwoord van 30 juli 2001 dat zij geen enkele verwijzing kon vinden naar bijeenkomsten met nucleotidenconcurrenten in de periode 1988-1991. Zij gaf echter toe dat dergelijke bijeenkomsten van tijd tot tijd moesten hebben plaatsgevonden.
- (52) Daesang antwoordde op 23 juli 2001 en bevestigde haar deelname aan het kartel sinds oktober 1988.
- (53) Cheil diende haar antwoord op 14 augustus 2001 in, en merkte hierin op dat zij dacht dat de Europese markt niet werd besproken tijdens de tussen 1988 en 1991 gehouden bijeenkomsten.
- (54) Op 24 oktober 2001 en 20 december 2001 richtte de Commissie een verzoek om inlichtingen tot Yamasa. In haar antwoord van 17 januari 2002 toonde Yamasa aan dat zij sinds juli 1994 geen nucleotiden meer leverde die in Europa als smaakversterkers werden gebruikt.
- (55) Op 24 oktober 2001 en 31 januari 2002 hadden vertegenwoordigers van Ajinomoto een ontmoeting met de Commissie om hun samenwerking te bespreken en op 17 december 2001 en 31 januari 2002 dienden zij aanvullende memoranda in.
- (56) Op 10 juli 2002 bracht de Commissie een mededeling van punten van bezwaar uit die was gericht tot Ajinomoto, Takeda, Daesang en Cheil.

<sup>(12)</sup> PB C 207 van 18.7.1996, blz. 4.

## D. BESCHRIJVING VAN DE GEBEURTENISSEN

### 1. DEELNEMERS EN ORGANISATIE

- (57) De bijeenkomsten vonden over het algemeen op topniveau plaats (niveau algemeen-directeur en directeur), zoals blijkt uit de bewijsstukken in het dossier met betrekking tot de data, locaties en bijwoning voor de meeste kartelbijeenkomsten<sup>(13)</sup>.
- (58) Kyowa en Yamasa stopten respectievelijk in 1992 en 1994 met verkopen buiten Japan, waarbij enkel Ajinomoto, Takeda, Cheil en Daesang overbleven als spelers op de wereldwijde markten (buiten Japan). Derhalve waren de bijeenkomsten, zoals blijkt uit het bewijsmateriaal in het dossier van de Commissie, vanaf oktober 1994<sup>(14)</sup> beperkt tot Takeda, Ajinomoto, Cheil en Daesang.
- (59) De deelnemers kwamen gewoonlijk in de laatste helft van augustus/september bijeen, vóór de jaarlijkse prijsopgaven die naar de drie (aanvankelijk vier) grote Europese commerciële gebruikers van nucleotiden, [ ]\*, [ ]\*, [ ]\* (en [ ]\*, die in de jaren 1990 door [ ]\* werd overgenomen) dienden te worden gestuurd. Deze prijzen werden vervolgens gebruikt als een maatstaf voor het vaststellen van de prijzen voor verkopen aan andere klanten<sup>(15)</sup> en om deze klanten onderling te verdelen.
- (60) Gewoonlijk tussen januari en maart van het erop volgende jaar hielden de producenten dan een bijeenkomst om de resultaten te evalueren van de jaarlijkse contractonderhandelingen met de drie grote klanten en om prijzen te bespreken die over het algemeen golden op de markt<sup>(16)</sup>.
- (61) De deelnemers hielden ook bilaterale bijeenkomsten, tijdens welke zij de multilaterale bijeenkomsten voorbereiden of de uitvoering van de overeenkomsten evalueerden, zoals bijvoorbeeld met betrekking tot specifieke klanten.

### 2. DE ESSENTIËLE KENMERKEN VAN HET KARTEL

#### ELEMENTAIRE BEGINSLEN

- (62) De structuur, de organisatie en de werking van het kartel waren gebaseerd op een gedeelde beoordeling van de markt. Zoals hierboven is vermeld, erkenden de producenten dat de markt in Europa grotendeels werd gevormd door drie grote industriële gebruikers van nucleotiden: [ ]\*, [ ]\* (die in de jaren 1990 [ ]\* overnam) en [ ]\*. Samen kochten zij rond 45-55 % van alle nucleotiden die jaarlijks in Europa werden verkocht.

- (63) De kartelbijeenkomsten hadden als doel de algemene trends op de nucleotidenmarkt te bespreken, informatie te delen over prijzen en de verdeling tussen de producenten te bespreken van de jaarlijkse nucleotidenverkoopcontracten die waren gesloten met de drie grote industriële gebruikers van nucleotiden in de Gemeenschap. Tijdens de bijeenkomsten vonden onder andere besprekingen plaats die erop neerkwamen, dat de prijzen waartegen nucleotiden aan deze drie ondernemingen werden verkocht als maatstaf dienden te worden gebruikt voor het vaststellen van de prijzen voor verkopen aan andere klanten<sup>(17)</sup>.
- (64) Als onderdeel van de overeenkomst kochten Japanse producenten producten van de Koreaanse producenten in ruil waarvoor de Koreaanse producenten ermee instemden hun verkopen aan bepaalde markten en aan bepaalde klanten te beperken (zogenaamde „overeenkomsten inzake tegenaankopen”). In feite had Takeda de leiding over de tegenaankopen van Cheil, terwijl Ajinomoto gelijksoortige afspraken had met Daesang<sup>(18)</sup>.
- (65) De basisbeginselen van het kartel worden zeer duidelijk uitgelegd in notulen van Takeda van een op 25 juli 1997 tussen Takeda en Ajinomoto gehouden bijeenkomst<sup>(19)</sup>, waar de/het nieuwe [...] van Ajinomoto werd geïntroduceerd. In de eigen woorden van Takeda werd hem uitgelegd dat de periodieke bijeenkomsten tussen concurrenten waren gericht op „a) het handhaven en hervormen van internationale marktprijzen, b) eerbiedigen van elkaars markten en c) verdelen van grote klanten in Europa”.

#### a) Prijsbepaling

- (66) De leden van het kartel maakten afspraken over „minimum-” en „richt-”prijzen die toegepast moesten worden. Er werden prijzen vastgesteld voor de verkoop van nucleotiden aan de drie grote Europese klanten en deze prijzen werden vervolgens als maatstaf gebruikt voor het vaststellen van de verkopen aan andere klanten. Ook werd elk jaar gesproken over een richtprijs voor het volgende jaar met betrekking tot de drie grote klanten<sup>(20)</sup> (zie bijvoorbeeld in de overwegingen 80, 87, 92, 94, 98, 108, 112, 113, 118-120, 124, 127-129, 139-141).
- (67) Prijzen werden voornamelijk zowel in USD als in DEM vastgesteld. Op de Europese markt werd de DEM gewoonlijk als de standaardvaluta gebruikt en omgezet in de juiste nationale valuta in geval van prijsopgaven en prijsberekeningen aan de nationale klanten.

<sup>(13)</sup> Zie blz. 1931-1947, 1961-1974, 316-319, 1995 en 2174-2175 van het dossier van de Commissie.

<sup>(14)</sup> Zie ook blz. 2170-2171 van het dossier van de Commissie.

<sup>(15)</sup> Ajinomoto verwijst naar deze andere klanten (buiten [ ]\*, [ ]\* en [ ]\*) als „de algemene markt”.

<sup>(16)</sup> Zie blz. 2170-2171 van het dossier van de Commissie.

<sup>(17)</sup> Zie verklaring van de bedrijfsleiding van Takeda, blz. 2170 van het dossier van de Commissie.

<sup>(18)</sup> Zie blz. 303 en 1962 van het dossier van de Commissie.

<sup>(19)</sup> Zie blz. 2158-2161 van het dossier van de Commissie.

<sup>(20)</sup> Zie de verklaring van de bedrijfsleiding van Takeda, blz. 2170-2171 van het dossier van de Commissie; zie ook de verklaring van Daesang op blz. 1933 van het dossier van de Commissie; zie ook de aanvullende informatie van Daesang op blz. 1963 van het dossier van de Commissie; zie ook de verklaring van Kyowa op blz. 870 en blz. 871 van het dossier van de Commissie; zie ook de verklaring van Cheil op blz. 304 van het dossier van de Commissie; zie ook het memorandum van Ajinomoto, blz. 2, alinea 3, op blz. 2445 van het dossier van de Commissie.



b) **Verdeling van klanten en delen van de markt**

## UITVOERING

- (68) [ ]\* en [ ]\* hadden van oudsher Takeda als leverancier, terwijl [ ]\* van oudsher Ajinomoto als leverancier had <sup>(21)</sup>. Volgens Daesang bestond er tussen Takeda en Ajinomoto een afspraak om niet aan elkaars respectieve Europese klanten te verkopen <sup>(22)</sup>.
- (69) Teneinde hun verkopen aan deze grote Europese verbruikers van nucleotiden te beschermen gingen Takeda en Ajinomoto ook afspraken aan met hun belangrijkste concurrenten, waarbij Takeda en Ajinomoto producten aanschaffen van hun concurrenten in ruil waarvoor de respectieve concurrenten hun verkopen aan de belangrijkste Europese nucleotidenverbruikers zouden beperken <sup>(23)</sup>. Zoals Cheil stelt <sup>(24)</sup>, „De Japanse ondernemingen (Takeda en Ajinomoto) moesten nucleotiden kopen van respectievelijk Cheil en Miwon (Daesang). In ruil hiervoor mochten de Koreaanse producenten niet aan de „3 grote” Europeanen verkopen en dienden zij de hoeveelheid naar Japan te beperken”. (zie bijvoorbeeld in de overwegingen 78, 81, 84, 86, 100-102, 108, 111, 112, 114, 116, 117, 122 en 123).
- (70) Deze compensatieregeling, die een uitvloeisel was van de regeling inzake de verdeling van klanten, leidde ook tot de verdeling van markten op een wereldwijde basis, zoals Cheil bevestigde <sup>(25)</sup>. In ruil voor het niet verkopen aan bepaalde klanten, kochten de Japanse ondernemingen producten van hun Koreaanse tegenhangers aan <sup>(26)</sup>. Aangezien deze klanten zich op andere markten bevonden dan die waar de compensatieverkopen plaatsvonden, leidde dit in feite tot de verdeling van markten (zie bijvoorbeeld in de overwegingen 81, 82, 85, 94, 95, 100-102, 110, 112, 122, 124 en 134).
- (71) Takeda bevestigt dat een integraal deel van de kartelafspraken betrekking had op „de verdeling tussen de producenten van de jaarlijkse nucleotidenverkoopcontracten die werden gesloten met de drie grote commerciële gebruikers van nucleotiden in de Gemeenschap: namelijk: [ ]\*, [ ]\* en [ ]\*\*”.

- (72) Het periodiek en frequent houden van bijeenkomsten tussen de adressaten van deze beschikking was een essentieel kenmerk van de organisatie van het kartel. Van 1989 tot 1998 zijn meer dan 20 multilaterale bijeenkomsten (waaraan alle kartelleden deelnamen) geïdentificeerd. Daarnaast hielden de partijen in deze periode periodieke bilaterale bijeenkomsten (er zijn meer dan 35 van dergelijke contacten geïdentificeerd). Deze bijeenkomsten werden bijvoorbeeld gebruikt om de respectieve posities van de ondernemingen bij de multilaterale bijeenkomsten voor te bereiden. Ook was er incidenteel sprake van contact per telefoon (er zijn ongeveer tien telefoongesprekken geïdentificeerd).
- (73) Het tijdstip van de kartelbijeenkomsten werd gewoonlijk kort voor de jaarlijkse contractonderhandelingen met de drie „grote Europese klanten” vastgesteld teneinde afspraken te maken over de op te geven richtprijzen evenals over de verdeling van die contracten <sup>(27)</sup>. Ook hielden de partijen bijeenkomsten om de toepassing van de richtprijzen gedurende de verkooponderhandelingen te evalueren <sup>(28)</sup>, ofschoon de evaluatie van vroegere richtprijzen evenals de besprekingen over nieuw toe te passen richtprijzen vaak in één en dezelfde bijeenkomst werden gecombineerd (zie bijvoorbeeld in de overwegingen 93, 94, 96, 103, 109, 118, 125, 126, 130, 131 en 141).
- (74) Ook wisselden de deelnemers hun verkoopprijzen en -aantallen uit, die als een basis werden gebruikt in hun besprekingen om te bepalen welke richtprijzen moesten worden vastgesteld <sup>(29)</sup> (zie bijvoorbeeld in de overwegingen 80, 96, 98, 103, 115 en 133).

## 3. EERSTE CONTACTEN

- (75) Cheil geeft toe dat bepaalde bijeenkomsten tussen concurrenten sinds juli 1988 plaatsvonden, ofschoon zij aanvankelijk had verklaard dat de tussen 1988 en 1991 gehouden bijeenkomsten geen betrekking op de EER bleken te hebben, aangezien deze zich in plaats daarvan op de Japanse en Aziatische markten concentreerden <sup>(30)</sup>.
- (76) In een door Cheil ingediend zakenreisverslag van 16-28 juli 1988, dat als bijlage 5 bij de uit 2001 daterende verklaring van Cheil is gevoegd, wordt opgemerkt dat „Takeda zei dat zij een P-bijeenkomst <sup>(31)</sup> voor nucleotiden aan het voorbereiden waren om ernstige concurrentie te voorkomen, waarvan sprake zou zijn door de toetreding van Miwon [Daesang], en vroeg ons om de P-bijeenkomst te steunen en deze bij te wonen”.

<sup>(21)</sup> Zie de verklaring van de bedrijfsleiding van Takeda, blz. 2170 van het dossier van de Commissie.

<sup>(22)</sup> Zie de aanvullende informatie van Daesang op blz. 4 of blz. 1963 van het dossier van de Commissie.

<sup>(23)</sup> Zie de verklaring van Cheil, op blz. 2, alinea 2 (blz. 301 van het dossier van de Commissie); Kyowa op blz. 5, alinea 1 (blz. 870 van het dossier van de Commissie); de aanvullende verklaring van Daesang op blz. 1963-1964.

<sup>(24)</sup> Blz. 5 van de verklaring van Cheil, blz. 304 van het dossier van de Commissie.

<sup>(25)</sup> Zie de verklaring van Cheil op blz. 4, blz. 303 van het dossier van de Commissie.

<sup>(26)</sup> Zie de verklaring van Cheil op blz. 5 (blz. 304 van het dossier van de Commissie); zie ook blz. 1963-1964 van het dossier van de Commissie.

<sup>(27)</sup> Zie de verklaring van de bedrijfsleiding van Takeda, blz. 2170 en 2171 van het dossier van de Commissie.

<sup>(28)</sup> Zie de verklaring van de bedrijfsleiding van Takeda, blz. 2171 van het dossier van de Commissie.

<sup>(29)</sup> Zie de verklaring van de bedrijfsleiding van Takeda, blz. 2170 van het dossier van de Commissie.

<sup>(30)</sup> Zie blz. 1181-1182 van het dossier van de Commissie.

<sup>(31)</sup> Verwijzend naar de bijeenkomsten tussen producenten of bijeenkomsten inzake het vaststellen van prijzen.

- (77) Takeda situeert van haar kant het begin van de bijeenkomsten tussen concurrenten rond 1989<sup>(32)</sup>.
- (78) Kyowa, aan de andere kant, heeft gesteld dat de bijeenkomsten tussen Japanse producenten van nucleotiden ten minste in 1986 startten, maar „[...] er kunnen zelfs eerdere bijeenkomsten zijn geweest”<sup>(33)</sup>. Kyowa stelt verder dat volgens haar, „de belangrijkste spelers achter de bijeenkomsten Takeda en Ajinomoto waren. Takeda had de leiding over het zakendoen met Cheil, en Ajinomoto had de leiding over het zakendoen met [Daesang]. Takeda was ook de coördinator van de groep.”<sup>(34)</sup>.
- (79) Ajinomoto geeft toe dat vertegenwoordigers van Ajinomoto vanaf 1988 van tijd tot tijd ontmoetingen hadden met Cheil, Takeda, Kyowa en Yamasa. Terwijl zij aanvankelijk beweerde dat zij geen informatie had kunnen verzamelen over het onderwerp van deze bijeenkomsten voor de periode 1988-1991<sup>(35)</sup>, diende zij vervolgens, in haar aanvullende memorandum van 17 december 2001, verschillende interne documenten over contacten in die periode in<sup>(36)</sup>.
- (80) Uit een door Ajinomoto ingediend intern memorandum blijkt dat vertegenwoordigers van de Japanse producenten van nucleotiden (Takeda, Ajinomoto, Kyowa en Yamasa) op 8 en 10 november 1988 bijeenkomsten hielden waar zij, wat betreft de Europese markt, informatie uitwisselden over, en prijzen bespraken en/of afspraken maakten over prijzen die iedere onderneming aanbood of diende aan te bieden aan de drie grote eindverbruikers in Europa, d.w.z. [ ]\*, [ ]\* en [ ]\* evenals over de richtprijzen voor het kalenderjaar 1989 voor de algemene markt in Europa buiten de „grote drie klanten”<sup>(37)</sup>.
- (81) Daesang stelt<sup>(38)</sup> dat zij voor de eerste keer door de Japanse producenten werd benaderd kort nadat zij in 1987 was begonnen nucleotiden te produceren: er werd op 5 oktober 1988 in Tokio een bijeenkomst georganiseerd tussen de Japanse producenten (Daesang spreekt van de „vereniging” van Japanse producenten) en vertegenwoordigers van Miwon (tegenwoordig: Daesang). Het doel van deze bijeenkomst was de penetratie van Miwon op de Japanse markt te beperken en een mogelijke samenwerking met de Koreaanse producenten te bespreken. De besprekingen tijdens deze bijeenkomst leidden, op 19 december 1988, tot het sluiten van een „overeenkomst inzake tegenaankopen” tussen Ajinomoto en Miwon. Ofschon dit als een „leveringscontract” werd gepresenteerd, geeft Daesang toe dat de mondeling overeengekomen voorwaarde voor dit contract was dat Miwon haar verkopen aan Japan niet mocht verhogen en de samenwerking van de Japanse producenten met betrekking tot wereldprijzen niet mocht belemmeren<sup>(39)</sup>.
- (82) Dit wordt gestaafd door een interne fax van Miwon van 9 november 1988 waarin wordt verwezen naar de onderhandelingen voor het leveringscontract met Ajinomoto, en waarin wordt opgemerkt dat „het contract een clausule bevat inzake het verbod om tot nieuwe verkopen over te gaan”. Daesang stelt dat dit betekent dat Ajinomoto slechts bereid was producten aan te kopen van Miwon indien Miwon haar verkopen aan Japan niet verhoogde<sup>(40)</sup>.
- (83) Daarnaast stelt Daesang dat Ajinomoto tijdens deze bijeenkomst op 5 oktober 1988 duidelijk maakte dat Ajinomoto tegenaankopen zou doen bij Miwon, terwijl Takeda tegenaankopen zou doen bij Cheil. Ajinomoto schafte producten van Miwon aan via de distributeur van Takeda, die zij als een dekmantel gebruikte<sup>(41)</sup>.
- (84) In dit verband wijst Daesang erop dat het initiatief voor de afspraak van de Japanse producenten afkomstig was<sup>(42)</sup>, en derhalve bevestigt zij de hierboven genoemde opmerkingen van Kyowa („de belangrijkste spelers achter de bijeenkomsten waren Takeda en Ajinomoto. [...] Takeda was ook de coördinator van de groep.”<sup>(43)</sup>). Het standpunt dat het kartel door de Japanse producenten werd geleid wordt ook door Cheil gedeeld, die opmerkt dat „de brede commerciële achtergrond van de beschreven gebeurtenissen er een is van dominante spelers die trachten een feitelijk duopolie te beschermen tegen opkomende concurrentie”<sup>(44)</sup>.
- (85) Ajinomoto stelt in dit verband<sup>(45)</sup> dat haar taak als ondergeschikt dient te worden beschouwd aan die van Takeda, die de kartelactiviteiten geïnitieerd en georkestreerd zou hebben: „Geconfronteerd met het feit dat zij in de EER geen goed georganiseerd netwerk had [...] en de intrrede van extra concurrentie van Koreaanse ondernemingen, was het Takeda die erop was gebrand haar leidende positie tegenover [ ]\* en [ ]\* te beschermen door middel van het verdelen van klanten en het vaststellen van prijzen. Bijeenkomsten tussen de concurrenten werden geïnitieerd door [een vertegenwoordiger van Takeda]\*[...] [een vertegenwoordiger van Takeda]\* zat de bijeenkomsten voor en hield de openings- en afsluitende toespraken. Tijdens de bijeenkomsten leidde hij de discussie en schreef hij rasterdiagrammen op een bord. Takeda klaagde altijd heftig wanneer zij erachter kwam dat andere ondernemingen onder de vooraf vastgestelde prijs voor [ ]\* en [ ]\* waren gaan zitten”<sup>(46)</sup>.

(40) Zie blz. 1962 en 990-992 van het dossier van de Commissie.

(41) Aanvullende verklaring van Daesang, blz. 3; zie ook bijlagen K en L daarbij.

(42) Zie blz. 1961-1962 van het dossier van de Commissie.

(43) Zie blz. 4 van de verklaring van Kyowa, blz. 869 van het dossier van de Commissie.

(44) Zie bij de verklaring van Cheil op blz. 2, alinea 2, blz. 301 van het dossier van de Commissie.

(45) Zie blz. 2557-2558 van het dossier van de Commissie.

(46) Dit wordt tegengesproken door de feiten in het dossier van de Commissie. In een interne notitie van Ajinomoto (zie bijlage 11 bij het memorandum van Ajinomoto van 30 juni 2000 of blz. 2496-2499 van het dossier van de Commissie staat dat „wij [Ajinomoto] als leidende producent, evenals Takeda, de leiding moeten nemen in de prijsverhogingswedloop en derhalve is het zeer aannemelijk dat wij tegen de wind in moeten rennen. Het is echter onvermijdelijk dat we risico's moeten nemen”; zie ook bijlagen 7 en 8 bij het memorandum van Ajinomoto op blz. 2483-2488 van het dossier van de Commissie).

(32) Zie blz. 2170 van het dossier van de Commissie.

(33) Zie blz. 869 van het dossier van de Commissie.

(34) Zie blz. 869 van het dossier van de Commissie.

(35) Zie blz. 2030 van het dossier van de Commissie.

(36) Zie blz. 2256-2299 van het dossier van de Commissie.

(37) Zie blz. 2264-2269 van het dossier van de Commissie.

(38) Aanvullende informatie, zie blz. 2, bij punt 1.

(39) Zie blz. 1962 en 986-989 van het dossier van de Commissie.

(86) Volgens Daesang werd begin maart 1989 nog een contract inzake tegenaankopen gesloten tussen Takeda en Miwon. Volgens Daesang werd over dit contract door Ajinomoto onderhandeld namens Miwon. De Commissie merkt op dat, in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar, Ajinomoto bestrijdt dat zij namens Miwon met Takeda over een contract had onderhandeld. De voorwaarden van het contract met Takeda bestonden erin dat Miwon (tegenwoordig Daesang) haar verkopen aan Japan niet mocht verhogen, dat Miwon diende samen te werken met de Japanse producenten bij het verhogen van de wereldprijs voor nucleotiden en dat Miwon diende samen te werken met (d.w.z. zich diende te onthouden van verkoop aan) de „grote drie” klanten ([ ]\*, [ ]\*, [ ]\*).

#### 4. WERKING VAN DE KARTELOVEREENKOMST

(87) Volgens een zakenreisverslag<sup>(47)</sup> werd er tussen 7 en 23 maart 1989 een bijeenkomst gehouden van de producent(en) van nucleotiden (waaraan Cheil deelnam). In hetzelfde zakenverslag wordt erop gewezen dat de deelnemers overeenkwamen op 7 juni 1989 weer bijeen te komen in Kyung Ju, Korea (volgens Daesang is dit de bijeenkomst tijdens welke overeenstemming werd bereikt over de richtprijzen voor 1989).

(88) In een interne fax van Miwon Japan aan Mitra<sup>(48)</sup> van 30 mei 1989<sup>(49)</sup> wordt naast de levering van producten aan Ajinomoto melding gemaakt van een op handen zijnde nucleotidenbijeenkomst met concurrenten op 6 en 7 juni 1989 in Kyung Ju, Korea, waaraan vertegenwoordigers van Takeda, Ajinomoto en Miwon zouden deelnemen, evenals vertegenwoordigers van twee andere producenten.

(89) Daesang merkt op dat zij meent dat de richtprijzen voor 1989 tijdens deze producentenbijeenkomst van 6 en 7 juni 1989 werden vastgesteld<sup>(50)</sup>.

(90) In een interne fax van Ajinomoto van 9 juni 1989 wordt deze bijeenkomst bevestigd met de opmerking dat „tijdens een bijeenkomst die eergisteren in Korea plaatsvond, Takeda de Koreanen had verteld dat er een verzoek was ontvangen van [...] om de prijs van 27,50 USD cif tot de heersende marktprijs te verlagen”<sup>(51)</sup>.

(91) Een interne fax van Ajinomoto van 13 juli 1989 wijst erop dat aan het Europese verkoopkantoor van Ajinomoto werd gevraagd hun informatie met betrekking tot de verkoopprijs van Takeda voor nucleotiden aan [ ]\* en [ ]\* en bepaalde informatie over een lage verkoopprijs en verkoophoeveelheden van Takeda en andere producenten in West-Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk, Zwitserland en Spanje te onderzoeken en te bevestigen, ter voorbereiding van een op handen zijnde bijeenkomst tussen 4 Japanse en 2 Koreaanse producenten van nucleotiden in Taiwan op 7 augustus 1989. Er is verder geen informatie beschikbaar over het al dan niet plaatsvinden van deze bijeenkomst op 7 augustus 1989.

<sup>(47)</sup> Zie bijlage 5 van de uit 2001 daterende verklaring van Cheil op blz. 2616-2619 van het dossier van de Commissie.

<sup>(48)</sup> Miwon Trading and Shipping Company, een dochteronderneming van Miwon.

<sup>(49)</sup> Zie blz. 1963-1965 van het dossier van de Commissie.

<sup>(50)</sup> Zie blz. 1965 van het dossier van de Commissie.

<sup>(51)</sup> Zie blz. 2259 en 2270-2272 van het dossier van de Commissie (blz. 3 en bewijsstuk 2 van de aanvullende verklaring van Ajinomoto van 17 december 2001)

(92) Op 5 oktober 1989 ontmoetten vertegenwoordigers van Takeda, Ajinomoto, Cheil, Miwon en twee andere producenten elkaar in het ANA-hotel in Tokio teneinde prijzen te bespreken voor de aanstaande onderhandelingen met de grote klanten, met inbegrip van de Europese markt, voor 1990, en om de tenuitvoerlegging van de afspraak met betrekking tot de prijzen te bekijken<sup>(52)</sup>.

(93) Er dient echter te worden opgemerkt dat volgens Daesang de bijeenkomst van 5 oktober 1989 in feite uit verschillende bijeenkomsten bestond. De prijzen voor Europese klanten voor 1989 en 1990 werden bilateraal besproken tussen respectievelijk Takeda en Miwon en Takeda en Cheil. Miwon werd er door Takeda van op de hoogte gesteld dat „Cheil in principe meewerkt, wat erop wijst dat Takeda Cheil eerder had gesproken”<sup>(53)</sup>. Dezelfde dag werd er om 17.00 uur een laatste bijeenkomst gehouden, maar daar ging het voornamelijk om kwesties die betrekking hadden op de [ ]\* markt.

(94) Geconcludeerd werd dat er een enorme kloof bestond tussen de richtprijs en de werkelijke prijs van nucleotiden. De richtprijzen (met inbegrip van Europa) voor 1990 werden besproken op basis van de „richtsnoeren voor het prijsbeleid op de Europese markt in 1990”, die door Takeda zijn ingediend en die drie verschillende richtprijzen aangeven op basis van de door een klant bestelde hoeveelheid (grote, gemiddelde of kleine klant). Daarnaast stelt Daesang dat met het oog op een verwacht bezoek aan Korea door een inkoper van [...]\*, Takeda aan Miwon instructies gaf om [...]\* een prijs aan te bieden overeenkomstig de richtsnoeren (zie hieronder voor een weergave van deze richtsnoeren).

(A) Europese markt — (1) voorgestelde richtsnoeren voor 1990

Prijs (cif)	Beeoogde klant	Opmerkingen
30 USD/kg	meer dan 1 000 kg (groot)	één partij-hoeveelheid
31 USD/kg	500-1 000 kg (gemiddeld)	één partij-hoeveelheid
32 USD/kg	minder dan 500 kg (klein)	één partij-hoeveelheid

Bron: Bijlagen J & L bij de aanvullende informatie van Daesang<sup>(54)</sup>.

(95) Tijdens de bijeenkomst op 5 oktober 1989 merkte Takeda eveneens op dat „Europa het territorium van Takeda is”<sup>(55)</sup>.

<sup>(52)</sup> Zie respectievelijk blz. 2174, 1009-1015, 1016-1024 en 1025-1032 van het dossier van de Commissie.

<sup>(53)</sup> Zie blz. 1965 van het dossier van de Commissie.

<sup>(54)</sup> Zie de aanvullende informatie van Ajinomoto van 17 december 2001, op blz. 4 of blz. 2260 van het dossier van de Commissie.

<sup>(55)</sup> Zie blz. 1009 van het dossier van de Commissie.

- (96) Bijlage M bij de aanvullende informatie van Daesang<sup>(56)</sup> is een interne fax van Miwon als follow-up van de bijeenkomst van 5 oktober 1989 waarin wordt uiteengezet dat de basispositie van het (Miwon)-hoofdkantoor erin bestaat, te trachten het elementaire samenwerkingskader van de Japanse ondernemingen te volgen. Er wordt verder in opgemerkt dat de „Japanse producenten (in 1989) tegen een veel lagere prijs dan de richtprijs hebben verkocht op de Europese markt [...]. Het is derhalve twijfelachtig of bovengenoemde richtsnoer voor de prijs in de contractperiode voor 1990 door de Japanse ondernemingen zal worden gevolgd”.
- (97) De bovengenoemde richtsnoeren worden bevestigd door een interne fax van Ajinomoto van 6 oktober 1989, waarin staat gespecificeerd dat de richtsnoeren werden overhandigd aan de Koreaanse producenten. Ten behoeve van de Japanse producenten werd er echter ook een aparte set richtsnoeren uitgewisseld met betrekking tot voor 1990 op te geven „richtsnoerprijzen”: 28 USD/kg (52,20 DEM/kg) voor de grote verbruikers en 30 USD/kg (55,80 DEM/kg) voor de overige klanten (grote accounts van de algemene markt)<sup>(57)</sup>.
- (98) In een interne fax van Ajinomoto van 19 december 1989 wordt verslag gedaan van een op dezelfde dag tussen de Japanse producenten gehouden bijeenkomst inzake nucleotidenprijzen in Europa voor 1990. Volgens de fax zei Takeda dat zij onderhandelingen waren begonnen met [...] en [...] tijdens hun twee recente Europese reizen, maar zij waren niet tot overeenstemming gekomen. Takeda had [...] een aanbod gedaan van 27,50 USD/kg, maar Takeda wenste een herzien aanbod te doen van 26 USD/kg. De onderhandelingen van Takeda met [...] waren nog gaande<sup>(58)</sup>.
- (99) Zoals reeds is vermeld, benaderden de partijen van het kartel elkaar zo nu en dan ook op een bilaterale basis. De documenten van bijlagen N en O bij de aanvullende informatie van Daesang zijn hier goede voorbeelden van.
- (100) Bijlage N bij de aanvullende informatie van Daesang<sup>(59)</sup> bevat een interne fax van Mitra aan Miwon Japan van 22 november 1989, waarin met nadruk werd aangegeven dat Takeda had voorgesteld dat, indien Miwon ermee akkoord zou gaan haar verkopen aan [...] en [...] te beperken, Takeda een lagere productnorm van Miwon zou accepteren als onderdeel van haar tegenaankoopafpraak.
- (101) Bijlage O bij de aanvullende informatie van Daesang<sup>(60)</sup> betreft een telex van 28 november 1989 van Takeda, die Miwon pas enkele dagen later ontving, waarin de voorwaarden van haar aankopen van Miwon in 1990 worden genoemd, en die ook het verzoek van Takeda aan Miwon bevat om een bepaalde prijs te bieden aan [...] en [...] en om vervolgens te bevestigen dat zij aan dit verzoek zal voldoen.
- (102) Volgens Daesang zou zij niet langer akkoord gaan met haar medewerking aan het vaststellen van prijzen voor [...] en [...] in 1991, tenzij Takeda ermee instemde ten minste 20 ton nucleotiden van haar aan te kopen, en zij zou niet meewerken wat [...] betreft, tenzij Takeda een totale hoeveelheid van 40 ton zou aankopen. In haar fax van 10 november 1990<sup>(61)</sup> stond dat deze kwestie was besproken met [...] van Takeda toen hij op 7 november 1990 Mitra bezocht. Er wordt gemeld dat „Mitra er volledig mee akkoord gaat mee te werken teneinde de [wereldwijde] marktprijs te verhogen”. „In de toekomst, echter, exporteert zij vrijelijk naar Europa met enkele klantaccounts, dus zou zij, wat '91 aangaat, slechts willen meewerken met betrekking tot [...] en [...]”. „Daarnaast vragen [...] en andere klanten op het moment voortdurend om offertes en indien mogelijk trachten zij contracten te bevestigen. Als wij [blijven] voldoen aan het verzoek van Takeda en tegen een hogere prijs aanbieden, is het zeker dat wij geen [enkel] contract kunnen krijgen”. Een interne fax van 19 november 1990<sup>(62)</sup> heeft betrekking op dezelfde kwestie. De exacte voorwaarden van de tegenaankoopafspraken vormden eveneens het belangrijkste gespreksonderwerp tijdens een bijeenkomst op 1 mei 1991 tussen Ajinomoto, de distributeur van Takeda, en Miwon in Tokio<sup>(63)</sup>.
- (103) Volgens de verklaring van Kyowa<sup>(64)</sup> maakte [...] van Takeda de prijzen van Takeda aan [...] en [...] aan Kyowa bekend tijdens een bijeenkomst in januari 1991, na een telefoongesprek dat hij had gevoerd met zijn tegenhanger bij Kyowa, waarin hij meldde dat Takeda deze prijzen per oktober 1991 tot een bepaald niveau wenste te verhogen.
- (104) Ajinomoto heeft een intern memorandum ingediend inzake de status van Takeda van de onderhandelingen over nucleotiden voor 1992, dat vermoedelijk op 21 november 1991 werd geschreven. Volgens dit memorandum bracht Takeda Ajinomoto met betrekking tot het contract voor 1992 ervan op de hoogte dat „Takeda probeerde de prijs met twee USD te verhogen (tot 28,50 USD) maar de onderhandeling was erg moeilijk omdat de prijsverhoging op basis van lokale valuta zeer significant zou zijn als gevolg van de wisselkoers”. Bovendien klaagde Takeda dat [...] lagere offertes ontving van Ajinomoto (17,20 USD in plaats van de 17,70 USD van Takeda) en hij verzocht Ajinomoto aan te bieden voor 1992 tegen 18 USD te verkopen, hetgeen hoger zou zijn dan de prijs van Takeda<sup>(65)</sup>.

<sup>(56)</sup> Zie blz. 1033-1036 van het dossier van de Commissie.

<sup>(57)</sup> Zie blz. 2260 van het dossier van de Commissie.

<sup>(58)</sup> Zie de aanvullende informatie van Ajinomoto van 17 december 2001 op blz. 4, of blz. 2260 van het dossier van de Commissie.

<sup>(59)</sup> Zie blz. 1037-1038 van het dossier van de Commissie.

<sup>(60)</sup> Zie blz. 1039-1040 van het dossier van de Commissie.

<sup>(61)</sup> Zie blz. 1041-1044 van het dossier van de Commissie.

<sup>(62)</sup> Zie blz. 1045-1050 van het dossier van de Commissie.

<sup>(63)</sup> Zie blz. 1051-1054 van het dossier van de Commissie.

<sup>(64)</sup> Zie blz. 871 van het dossier van de Commissie.

<sup>(65)</sup> Zie bewijsstuk 7 bij de aanvullende informatie van Ajinomoto van 17 december 2001 of blz. 2285-2287 van het dossier van de Commissie; zie ook bewijsstuk 8, of blz. 2288-2290. De eerste prijsopgave (28,50 USD) betreft het I&G-product (mengsel van IMP en GMP), terwijl de tweede prijsopgave (17,20-18 USD) betrekking heeft op IMP.

- (105) Om het risico ontdekt te worden te beperken, beperkten de bijeenkomsten tussen de concurrenten zich soms tot slechts een paar ondernemingen die dan namens bepaalde andere concurrenten optraden. Daesang stelt bijvoorbeeld<sup>(66)</sup> dat er op 27-28 april 1992 een tweedaagse bijeenkomst op hoog niveau werd georganiseerd tussen de voorzitters van Daesang, Cheil en Ajinomoto, die eveneens optraden namens de andere Japanse producenten, omdat, zoals Ajinomoto opmerkte „het er verdacht zou uitzien als de Japanse producenten allemaal samen naar een Koreaans ontspanningsoord gingen”.
- (106) Tijdens deze bijeenkomst werd de samenwerking op het gebied van nucleotiden besproken. Daesang denkt dat Ajinomoto de bijeenkomst eveneens bijwoonde namens de andere Japanse producenten, met inbegrip van, onder andere, Takeda<sup>(67)</sup>.
- (107) Daesang stelt dat vertegenwoordigers van Miwon op 30 juni 1992 in Korea een bijeenkomst bijwoonden met vertegenwoordigers van Takeda. Er wordt echter geen informatie verstrekt over het onderwerp van de bijeenkomst<sup>(68)</sup>.
- (108) Tijdens een op 20 augustus 1992 in Tokio georganiseerde bijeenkomst werden de richtprijzen voor 1993 besproken. Volgens de verklaring van Daesang had de agenda voor de bijeenkomst betrekking op samenwerking bij het vaststellen van de internationale marktprijs voor nucleotiden, op „tegenaankopen” en op beperkingen op het gebied van verkopen aan de [ ]\* markt. Het einddoel, zoals Takeda dit uitdrukte, was het hebben van één wereldprijs, met inbegrip van de Japanse markt, en voor de Japanse producenten het kopen van een significante hoeveelheid van de productie van de Koreaanse producenten. De tijdens de bijeenkomst gepresenteerde wereldrichtprijs ([...]\*) lag tussen de 30 USD en 32 USD. Na een onderbreking van de bijeenkomst werd er een akkoord bereikt over de wereldrichtprijs. Volgens Daesang, „was het duidelijk dat de Japanse ondernemingen vóór de bijeenkomsten alle vraagstukken onderling hadden besproken en overeenstemming hadden bereikt over een uniforme presentatie”<sup>(69)</sup>. Ter ondersteuning van haar verklaring heeft Daesang een kopie verstrekt van een door Takeda ten behoeve van de bijeenkomst van 20 augustus 1992 opgestelde richtprijzenlijst. In de lijst staat dat voor Europa de richtprijzen 48 DEM/kg en 45 DEM/kg voor de drie grote klanten zouden bedragen<sup>(70)</sup>. Volgens Cheil deden de Japanse producenten tijdens deze bijeenkomst het verzoek prijzen voor Europa alleen in lokale valuta's aan te bieden<sup>(71)</sup>.
- (109) Op 28 januari 1993 ontmoetten de deelnemers elkaar opnieuw in Tokio teneinde de tenuitvoerleggingsinspanningen ten aanzien van het behalen van de op 20 augustus 1992 vastgestelde richtprijs te bekijken. Tijdens deze bijeenkomst besloten de partijen of de in 1992 vastgestelde prijzen dienden te worden aangepast en overwogen zij manieren om dit te realiseren. Daesang stelt dat de twee Koreaanse producenten het te moeilijk achtten om prijzen te verhogen en hun Japanse tegenhangers vroegen om toestemming om onder de richtprijs te verkopen. De Japanse producenten weigerden dit. De Japanners betoogden onder meer dat de Koreanen tegen een lagere prijs aan Europa konden verkopen omdat zij niet aan enige belasting waren onderworpen als gevolg van de communautaire preferentiële douanetariefregeling (SAP). Ofschon de partijen blijkbaar geen overeenstemming bereikten over de vraag hoe de richtprijs te realiseren, herbevestigde iedereen de richtprijzen<sup>(72)</sup>.
- (110) Daarnaast werden regionale prijzen besproken om te bekijken of de ondernemingen zich hielden aan de wereldwijde richtprijs waarover tijdens de bijeenkomst van 20 augustus 1992 overeenstemming was bereikt. Specifiek werden prijzen in [...]\*, [ ]\* en Europa besproken. Ook was er een algemene discussie over samenwerking met betrekking tot de drie grote Europese klanten<sup>(73)</sup>.
- (111) Ajinomoto, Takeda, Miwon en Cheil ontmoeten elkaar op 2 maart 1993 weer in Fukuoka (Japan). Tijdens deze bijeenkomst werden de richtprijzen voor de diverse regio's voor 1993 aangepast. Bovendien werden er besprekingen gevoerd om de voorwaarden van de tegenaankoopovereenkomsten te verduidelijken, aangezien er niet altijd sprake was van een soepele samenwerking zoals de Japanse producenten graag zouden hebben gewild. Cheil merkt op dat de poging die tijdens deze bijeenkomst werd gedaan om de prijs in het communautair gebied vast te stellen mislukte omdat de Koreaanse producenten een andere prijs wilden opgeven, aangezien zij baat vonden bij het SAP. Cheil concludeert dat „het in feite de handelwijze van de Koreaanse ondernemingen was die verhinderde dat de afspraken effectiever werkten”<sup>(74)</sup>.
- (112) De notulen van Daesang van die bijeenkomst<sup>(75)</sup> geven echter een meer gedetailleerde versie van de gebeurtenissen. Volgens Daesang werd de bijeenkomst aanvankelijk geleid door de plaatsvervangend algemeen directeur van Ajinomoto, die dreigde de overeenkomsten inzake tegenaankopen te beëindigen indien de Koreaanse ondernemingen achter bleven lopen wat betreft hun samenwerking met betrekking tot de drie grote klanten, door de overeengekomen wereldprijs te handhaven en hun verkopen aan Japan te beperken. Cheil en Daesang waren het erover eens dat de praktijk van tegenaankopen in stand diende te worden gehouden, en bijgevolg kwamen zij met de Japanse producenten overeen hun samenwerkingsinspanningen te verbeteren. Daesang merkt op dat zij ermee instemde samen te werken met betrekking tot de „drie grote” klanten, maar zij wilde dat Ajinomoto en Takeda de hoeveelheid nucleotiden die zij van Daesang aankochten, verhoogden. Tot slot werd er besproken hoe de samenwerking kon worden uitgevoerd, gereguleerd en gehandhaafd.

(66) Zie blz. 1970-1971 van het dossier van de Commissie.

(67) Zie blz. 1061-1066 van het dossier van de Commissie.

(68) Zie blz. 1067-1068 van het dossier van de Commissie.

(69) Zie blz. 1069 en 1070-1071 van het dossier van de Commissie; zie ook blz. 392-393 van het dossier van de Commissie.

(70) Daesang legt uit dat deze cijfers betrekking hebben op I+G. Een omzettingspercentage voor prijzen voor IMP en GMP afzonderlijk is onderaan dezelfde richtprijs tabel opgenomen.

(71) Zie de verklaring van Cheil op blz. 4, nr. 2.

(72) Zie blz. 1072-1073 van het dossier van de Commissie.

(73) Zie blz. 1072-1073 van het dossier van de Commissie.

(74) Zie de verklaring van Cheil op blz. 5, nr. 5.

(75) Zie blz. 395-396 van het dossier van de Commissie.

- (113) In de rest van 1993 bezochten vertegenwoordigers van Takeda en Ajinomoto Miwon nog een aantal keren. Tijdens deze bezoeken werden dezelfde onderwerpen besproken, d.w.z. samenwerking wat betreft de „grote drie” klanten en de wereldmarktprijzen <sup>(76)</sup>.
- (114) Er werden nog bijeenkomsten georganiseerd in Seoel en Tokio en er was regelmatig sprake van telefonisch contact tussen de partijen (d.w.z. bijeenkomsten tussen Takeda en Cheil op 7 en 26 mei 1993 en 30 augustus 1993, bijeenkomst tussen Ajinomoto, Takeda, Cheil en Miwon op 7 juli 1993). Bij deze contacten ging het in de meeste gevallen om de uitvoering van hetzij de tegenaankoopafspraken (d.w.z. prijzen en hoeveelheden), hetzij om klachten inzake de niet-naleving van de richtprijzen door een van de (Koreaanse) deelnemers.
- (115) Ook werden prijzen voor specifieke klanten besproken: op 13 september 1993, bijvoorbeeld, belde Takeda Cheil op om Cheil op de hoogte te brengen van de prijzen die aan de grote drie Europese klanten ([ ]\*, [ ]\* en [ ]\*) dienden te worden opgegeven. Daarnaast werd het verband tussen IMP-, GMP- en I&G-prijzen besproken (zie de verklaring van Cheil).
- (116) Op 25 januari 1994 werd er een bijeenkomst georganiseerd tussen Cheil en Takeda om de voortzetting te bespreken van het contract inzake tegenaankopen. Afgesproken werd dat de hoeveelheid en de prijs hetzelfde zouden blijven als in 1993. Volgens Cheil klaagde Takeda dat Cheil zich niet hield aan de bestaande afspraken voor Europa, [ ]\* en [ ]\*. Takeda zou bijvoorbeeld bij Cheil hebben geklaagd over het feit dat [ ]\* Takeda had gevraagd haar prijs voor IMP te verlagen tot 16,5 USD/kg nadat Cheil een prijsopgave op dit niveau had uitgebracht aan [ ]\*.
- (117) Cheil stelt dat uit de notulen van deze bijeenkomst waarover zij beschikte duidelijk blijkt dat de zittende Japanse producenten de hoofdrol speelden. Na besprekingen tussen Cheil en Takeda inzake de „tegenaankopen” door de Japanse industrie, zou Takeda hebben verklaard dat een definitief besluit hierover in een bijeenkomst tussen Ajinomoto en Takeda zou worden genomen <sup>(77)</sup>.
- (118) Op 25 augustus 1994 <sup>(78)</sup> vond er in Tokio een bijeenkomst plaats. Uit de notulen van de bijeenkomst van Cheil en Miwon blijkt dat bij deze bijeenkomst de internationale marktprijzen en verkoopprijzen van nucleotiden werden besproken. De partijen wisselden hun meningen uit over de nieuwe richtprijzen die dienden te worden opgegeven. De Japanners wilden de internationale prijzen verhogen. Volgens het verslag van Cheil van die bijeenkomst <sup>(79)</sup> stelde Takeda voor dat de partijen de prijs in één klap tot 30 USD/kg zouden verhogen, terwijl de anderen voorstelden de prijs stap voor stap met 1-2 USD/kg te verhogen. Cheil stelt dat de Japanners zich beklagden over het feit dat de Koreaanse ondernemingen zich onvoldoende aan de afspraken hielden.
- (119) Tot slot bespraken de partijen hun samenwerking met betrekking tot de grote drie Europese klanten. In het bijzonder vroeg Ajinomoto Cheil en Daesang niet aan [ ]\* te verkopen. Ter afronding van de bijeenkomst werd afgesproken medio september 1994 in Seoel nog een bijeenkomst te houden met als belangrijkste onderwerpen: „a) prijsverhoging: richtprijs vaststellen op 30 USD/kg; b) Cheil en Miwon zouden hun houding ten aanzien van de grote 3 (met name [ ]\*) <sup>(80)</sup> bepalen”.
- (120) Er had daarvoor, op 7 en 8 juli 1994, een bijeenkomst plaatsgevonden tussen de Japanse en Koreaanse producenten aangaande de prijsofferte voor 1995 voor Europa. Uit de notulen van Cheil van deze bijeenkomst volgt dat de Japanse producenten sterk aandrongen op het verhogen van de prijzen in 1995. Aan de Koreaanse producenten werd gevraagd een prijs aan te bieden die 2 USD/kg lager lag dan die van de Japanse producten. De notulen gaan door met een interne memo met één duidelijke boodschap: „Alsjeblieft, probeer de prijs te verhogen op basis van het tekort aan Koreaanse producenten en yenwaardering” <sup>(81)</sup>.
- (121) Volgens Cheil werd op 6 oktober 1994 nog een bijeenkomst gehouden tussen Ajinomoto, Takeda en Cheil in hotel Lotte in Seoel tijdens welke de Koreaanse samenwerking in Europa met betrekking tot de „grote drie” klanten werd besproken. Andere zaken die op de agenda stonden waren de Koreaanse samenwerking op de [ ]\* markt en een overzicht van de [ ]\* markt (met inbegrip van verkopen van Cheil aan een [ ]\* cliënt, die reeds het onderwerp van besprekingen vormde tussen Cheil en de Japanse producenten). Cheil stelt dat zij zich tijdens deze bijeenkomsten nergens toe verbond, waarbij zij de afwezigheid van Miwon als excuus gebruikte <sup>(82)</sup>.
- (122) In een interne fax van Ajinomoto van 17 oktober 1994 wordt verslag gedaan van een telefoongesprek tussen Miwon, Cheil en Ajinomoto waaruit blijkt dat Ajinomoto Cheil vroeg aan [ ]\* Europa een offerte uit te brengen, een week eerder dan de offerte van Ajinomoto aan dezelfde onderneming. Cheil antwoordde dat zij dit zouden accepteren als Miwon het eerst accepteerde. Wat betreft de prijsopgave, zei Cheil dat zij hun mensen instructies zouden geven te verkopen tegen 49,50 DEM/kg, maar dat zij weigerden een offerte van 50 DEM/kg uit te brengen. Miwon eiste dat Ajinomoto een extra hoeveelheid producten zou aankopen van Miwon als voorwaarde voor het accepteren van het verzoek van Ajinomoto om aan [ ]\* een offerte uit te brengen tegen een hoge prijs.
- (123) Takeda en Miwon ontmoetten elkaar op 6 februari 1995 in Seoel <sup>(83)</sup> om wereldprijzen voor nucleotiden evenals de voorwaarden voor de tegenaankopen te bespreken.

<sup>(76)</sup> Zie blz. 1935 van het dossier van de Commissie.

<sup>(77)</sup> Zie blz. 306 van het dossier van de Commissie.

<sup>(78)</sup> Daesang stelt dat de Japanse producenten op 24 augustus 1994 een voorbespreking hebben gehad als voorbereiding op de bijeenkomst van 25 augustus 1994 met de twee Koreaanse producenten (zie blz. 5 van haar verklaring op blz. 1935 van het dossier van de Commissie).

<sup>(79)</sup> Zie blz. 392-393 van het dossier van de Commissie.

<sup>(80)</sup> Zie blz. 397-404 van het dossier van de Commissie.

<sup>(81)</sup> Zie de verklaring van Cheil op blz. 6 en bijlage 5.

<sup>(82)</sup> Zie blz. 307 van het dossier van de Commissie.

<sup>(83)</sup> Zie blz. 1937 en 405-410 van het dossier van de Commissie.

- (124) Op 16-17 oktober 1995 werd er een bijeenkomst gehouden op het hoofdkantoor van Takeda in Tokio. Ajinomoto, Takeda, Cheil en Daesang waren hierbij aanwezig. Volgens Daesang werden tijdens deze bijeenkomst de wereldmarkten voor nucleotiden en de situatie met betrekking tot de „grote drie” besproken. Actuele prijzen in verschillende landen en regio's (met inbegrip van Europa) werden besproken om te zien of de richtprijzen werden gerealiseerd of dienden te worden aangepast. Ajinomoto noemde prijzen die andere producenten dienden aan te bieden aan [ ]\*, en de andere producenten gingen hiermee akkoord. Takeda zou hetzelfde hebben gedaan met betrekking tot [ ]\* en [ ]\* en de anderen, met inbegrip van Ajinomoto, stemden ermee in <sup>(84)</sup>.
- (125) Voorafgaand aan deze bijeenkomst vonden er verschillende andere bijeenkomsten plaats, bilateraal en tussen de vier producenten. Daesang stelt dat zij tussen april 1995 en 16 oktober 1995 ongeveer drie of vier bijeenkomsten bijwoonde met Ajinomoto in het hoofdkantoor van MITRA in Seoel en ongeveer een of twee bijeenkomsten met Takeda in hetzelfde kantoor. Er vonden ongeveer twee of drie bijeenkomsten plaats in een conferentiekamer in hotel Lotte die alle vier de producenten bijwoonden. Bij al deze bijeenkomsten bekeken de partijen prijzen in de verschillende regio's om te zien of de eerder afgesproken richtprijzen werden gerealiseerd of dienden te worden gehandhaafd, verlaagd of verhoogd. Sommige richtprijzen werden verhoogd (d.w.z. de [ ]\* richtprijs werd gehandhaafd ofschoon deze werd omgezet in een prijs per pond in plaats van een prijs per kilo). Ook bespraken de partijen, en bereikten zij overeenstemming over, het concept voor het verhogen van de marktprijzen in diverse regio's als basis voor het verhogen van de prijs aan de grote drie Europese klanten <sup>(85)</sup>.
- (126) De karteldeelnemers ontmoetten elkaar in de maand december in Seoel teneinde hun samenwerking over 1995 te bekijken. Volgens het verslag van deze bijeenkomst <sup>(86)</sup> leidde Ajinomoto de bijeenkomst en bedankte iedereen voor de samenwerking in 1995, die had geresulteerd in de effectieve toepassing van verhogingen van nucleotidenprijzen, en vroeg iedereen de samenwerking in 1996 voort te zetten om de nucleotidenprijzen verder te verhogen. De heer C.H. Kim van Daesang zou hebben gezegd dat hij dit zou doen en de andere deelnemers „toonden hun instemming door te knikken of woorden van die strekking uit te spreken”.
- (127) Volgens de verklaring van Daesang <sup>(87)</sup> ontmoetten de vier producenten (Takeda, Ajinomoto, Daesang en Cheil) elkaar op 7 maart 1996 in Seoel teneinde de richtprijs voor 1996 vast te stellen voor verkopen aan de „grote drie klanten”. Ajinomoto stelde een internationale richtprijs voor van 35 USD/kg. Wat de Europese markt in het algemeen betreft, stelde Takeda voor dat in Europa vanaf eind augustus 1996 een nieuwe prijs moest gelden. Ajinomoto stelde voor deze prijs op 51 DEM/kg vast te stellen. Takeda heeft een kopie van haar verslag van die bijeenkomst bij de Commissie ingediend <sup>(88)</sup>.
- (128) Volgens de memo van deze bijeenkomst bestond er een gemeenschappelijke afspraak tussen de deelnemers met betrekking tot een in 1996 te realiseren prijsverbetering. Iedere onderneming bevestigde dat zij de actuele leveringshoeveelheid niet zou veranderen en was het erover eens dat prijsverbetering de prioriteit zou zijn. Volgens de memo van de bijeenkomst bespraken de deelnemers het beleid ter verbetering van de prijzen van 1996, met het prijzenplan voor 1997 voor de grote drie (Europese) klanten in gedachten. Afsproken werd dat de richtprijs voor de drie grote ondernemingen 35 USD/kg zou zijn (ongeveer 10 % meer) op USD-basis. Teneinde deze prijs te realiseren, zouden de producenten van nucleotiden een prijsverbeteringsregeling opstellen voor de algemene marktprijzen, die per september/oktober [1996] het niveau van 35 USD/kg dienden te bereiken.
- (129) Op 21 mei 1996 verzocht Ajinomoto om een bijeenkomst met Miwon over de verkopen van Miwon in Europa tegen lage prijzen, en het verzoek werd ingewilligd. Wat Europa betreft, stelde Ajinomoto Miwon ervan in kennis dat zij met Europese klanten aan het onderhandelen was over de prijs voor de tweede helft van 1996, maar dat een prijsverhoging in Duitsland en Spanje erg moeilijk zou zijn. Ajinomoto merkte op dat de prijs in Spanje 44-45 DEM/kg bedroeg, maar dat deze op basis van de prijs in 1995, 49 DEM/kg had moeten zijn. Per juni 1996 was er een Europese richtprijs van 50 DEM/kg overeengekomen, met uitzondering van verkopen aan de „grote drie klanten” <sup>(89)</sup>.
- (130) Dezelfde dag had Ajinomoto ook een ontmoeting met Cheil teneinde de toepassing van de overeengekomen prijsverhogingen te bespreken. Cheil zou hebben opgemerkt dat dergelijke prijsverhogingen in Europa vóór juli 1996 niet mogelijk zouden zijn. Ajinomoto stond erop dat de afgesproken prijzen vóór eind augustus 1996 zouden worden toegepast <sup>(90)</sup>.
- (131) Volgens de aanvullende informatie van Daesang <sup>(91)</sup> gingen besprekingen over de voor 1997 aan de „grote drie klanten” te berekenen prijzen van start tijdens een op 3 juli 1996 gehouden bijeenkomst. Takeda stelde een nieuwe Europese richtprijs voor en de andere partijen gaven tijdens de bijeenkomst hun commentaar op dat voorstel.

<sup>(84)</sup> Zie blz. 1075 van het dossier van de Commissie.

<sup>(85)</sup> Zie blz. 1937-1939 en blz. 405-423 van het dossier van de Commissie.

<sup>(86)</sup> Zie blz. 1076 van het dossier van de Commissie.

<sup>(87)</sup> Zie blz. 10 van haar verklaring of blz. 1940 van het dossier van de Commissie; zie ook bijlage 12 bij haar verklaring op blz. 426-427 van het dossier van de Commissie.

<sup>(88)</sup> Takeda merkt in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar terecht op dat zij had bevestigd dat ofschoon de memo verwijst naar 17 maart 1996, in plaats van 7 maart, er in feite wordt verwezen naar de op 7 maart gehouden bijeenkomst. (Bovendien staan in de memo ook de conclusies van de bijeenkomst, terwijl deze op 12 maart 1996 is opgesteld.)

<sup>(89)</sup> Zie blz. 1941 van het dossier van de Commissie.

<sup>(90)</sup> Zie bijlage 5 bij de verklaring van Cheil, op blz. 2610-2612 van het dossier van de Commissie.

<sup>(91)</sup> Zie blz. 12 en 13 van de verklaring van Daesang, op blz. 1942-1943 van het dossier van de Commissie.

- (132) Miwon en Takeda ontmoetten elkaar opnieuw op 9 juli 1996 in New Jersey, Verenigde Staten, en bespraken de marktprijs voor nucleotiden in de wereld. Takeda vroeg Daesang om haar medewerking bij het vaststellen van prijzen<sup>(92)</sup>.
- (133) Ergens in de zomer van 1996 ontmoetten Ajinomoto, Takeda, Miwon en Cheil elkaar opnieuw teneinde de actuele situatie van nucleotidenmarkten, met inbegrip van Europa, te bespreken, en om informatie over verkoopprijzen uit te wisselen<sup>(93)</sup>.
- (134) Tijdens een bijeenkomst op 29 augustus 1996 in Seoel bracht Takeda de anderen<sup>(94)</sup> op de hoogte van de prijs die zij van plan was voor 1997 aan [...] \* aan te bieden en vroeg zij de anderen om tegen een hogere prijs een offerte uit te brengen (54 DEM/kg). Takeda vroeg de anderen ook haar ervan op de hoogte te brengen ingeval [...] \* hen verzocht om een prijsaanvraag. Takeda opperde ook verschillende redenen die aan klanten konden worden gegeven om een prijsverhoging te rechtvaardigen<sup>(95)</sup>.
- (135) Ook dient te worden opgemerkt dat bilaterale bijeenkomsten eveneens werden gebruikt om het resultaat te beïnvloeden van de „algemene” bijeenkomsten van concurrenten. Ajinomoto en Miwon hielden bijvoorbeeld op 28 augustus 1996 een bijeenkomst, één dag voor de feitelijke bijeenkomst van concurrenten, tijdens welke Ajinomoto een prijsverhoging voor 1997 bepleitte voor klant [...] \*. Volgens Daesang wilde Ajinomoto zeker zijn van de steun van Miwon voordat de feitelijke bijeenkomst tussen concurrenten plaatsvond<sup>(96)</sup>.
- (136) Takeda stelt in dit verband dat na het Amerikaanse onderzoek naar de betrokkenheid van Ajinomoto bij een wereldwijd lysinekartel, Ajinomoto afzag van het bijwonen van de vierpartijenbijeenkomsten met andere producenten van nucleotiden (vanaf augustus 1996), ofschoon zij bleef deelnemen aan de nucleotidenafspraken. In plaats daarvan bleef zij directe bilaterale contacten onderhouden met Takeda, meestal vóór of na die bijeenkomst. Volgens Takeda verwachtte Ajinomoto van Takeda dat zij de door Ajinomoto gegeven informatie zou gebruiken als basis voor de onderhandelingen met de Koreaanse producenten<sup>(97)</sup>. In antwoord op de mededeling van punten van bezwaar stelt Ajinomoto dat deze aantijgingen niet correct zijn en niet door bewijs worden gestaafd. De exacte duur van de deelname van Ajinomoto aan de kartelafspraken wordt in meer detail besproken onder „Duur”.
- (137) Volgens Daesang werd zij er door Takeda van op de hoogte gebracht dat alle partijen overeenstemming hadden bereikt over de prijzen voor de „grote drie klanten” tijdens een tussen vertegenwoordigers van Miwon en Takeda op 10 september 1996 in New Jersey georganiseerde golfcursus.
- (138) Uit een door Takeda ingediend verslag blijkt dat er in maart 1997 een bijeenkomst was gehouden tussen Takeda, Cheil en Daesang en dat er overeenstemming werd bereikt over richtprijzen van 30 USD<sup>(98)</sup>.
- (139) De richtprijzen die voor 1997 waren vastgesteld bleken moeilijk te handhaven. Tussen 26-28 mei 1997 werd er in Seoel een bijeenkomst georganiseerd. Volgens het verslag van Takeda van deze bijeenkomst<sup>(99)</sup> werd overeengekomen de geldende overzeese prijs vast te stellen op 25 USD/kg voor 1997, „een niveau dat achterbleef bij de bij de bijeenkomst van maart 1997 overeengekomen 30 USD”. In het verslag staat vervolgens dat „uitgaande van de opinie dat prijsverbeteringen noodzakelijk zijn voordat er met de verschillende grote Europese ondernemingen wordt onderhandeld over de contracten voor volgend jaar, wat voor de herfst staat gepland, wisselden wij standpunten uit met de twee (Cheil en Daesang) over de reikwijdte van prijsverbetering en het tijdstip (schema's)”.
- (140) Tot slot werden zij het eens over een verbetering tot 29-31 USD/kg voor het volgende jaar. Er werd eveneens overeenstemming bereikt over het vaststellen van de prijs voor [...] \*, één van de Europese klanten. Volgens het verslag van Takeda van die bijeenkomst<sup>(100)</sup> bedroeg de contractprijs voor [...] \*, die voor 1997 was afgesproken, 48 DEM/kg of 32 USD/kg. Getracht zou worden tot een verhoging van rond 6 % (51 DEM/kg) te komen, maar Takeda erkende dat het moeilijk zou worden een dergelijke verhoging te realiseren.
- (141) Op 3 juni 1997 bezocht Takeda Miwon in Amsterdam. De tijdens deze bijeenkomst besproken kwesties waren de nucleotidenmarkt in Europa, verkopen van Miwon aan [...] \*, [...] \* en [...] \* en de informatie-uitwisseling over prijzen in Europa en mogelijkheden voor prijsverbeteringen. In Frankfurt werd op 9 juni 1997 een gelijksoortige bijeenkomst gehouden tussen Takeda en Cheil, tijdens welke eveneens informatie over prijzen in Europa werd uitgewisseld en over de mogelijkheid deze prijzen te verbeteren<sup>(101)</sup>.
- (142) Op 10 juli 1997 en 16 september 1997 ontmoette Takeda Miwon in New Jersey, Verenigde Staten, wederom om de nucleotidenmarkt in het algemeen te bespreken<sup>(102)</sup>.
- (143) Volgens de verklaring van de bedrijfsleiding van Takeda ontmoette [...] \* van Takeda zijn nieuwe tegenhanger voor het eerst op 25 juli 1997 bij Ajinomoto. Tijdens deze bijeenkomst, die plaatsvond in een restaurant in Tokio, bespraken zij hoe de nucleotidenmarkt de afgelopen jaren tussen de producenten was georganiseerd en wisselden zij de standpunten van hun ondernemingen uit met betrekking tot prijsstrategieën. Ajinomoto, aan de andere kant, merkt op dat tijdens die en latere bijeenkomsten, naar beste weten van Ajinomoto, „niet gesproken werd over Europese richtprijzen of klanten”.

<sup>(92)</sup> Zie de verklaring van Daesang op blz. 1943 van het dossier van de Commissie.

<sup>(93)</sup> Zie de verklaring van Daesang op blz. 1944 van het dossier van de Commissie.

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

<sup>(95)</sup> Zie blz. 1945 van het dossier van de Commissie.

<sup>(96)</sup> Zie blz. 1944 van het dossier van de Commissie.

<sup>(97)</sup> Zie blz. 2171-2172 van het dossier van de Commissie.

<sup>(98)</sup> Zie blz. 2146 van het dossier van de Commissie.

<sup>(99)</sup> Zie blz. 2146 van het dossier van de Commissie.

<sup>(100)</sup> Zie blz. 1946 van het dossier van de Commissie.

<sup>(101)</sup> Zie blz. 2217-2220 van het dossier van de Commissie.

<sup>(102)</sup> Zie de verklaring van Daesang op blz. 1947 van het dossier van de Commissie.



- (144) Uit de door Takeda met betrekking tot deze bijeenkomst verstrekte informatie, evenals met betrekking tot de in september 1997 gehouden bijeenkomst, komt een ietwat ander beeld naar voren. In het verslag van Takeda over die bijeenkomst<sup>(103)</sup> wordt duidelijk opgemerkt dat Ajinomoto Takeda er onder andere van op de hoogte bracht „dat Ajinomoto aan hun distributeurs voor volgend jaar reeds een verhoging had voorgesteld van 10 % op DEM-basis (tot rond 51 DEM?) [...]”. Takeda zei tegen Ajinomoto dat „zij hun verhoging van de prijs in DEM opvatten met een omzetting naar prijzen in USD in gedachten, maar dat [dit] afhang[t] van de vraag hoe dit aan de andere ondernemingen, Takeda, Cheil en Miwon werd overgebracht”. Takeda bracht Ajinomoto er ook van op de hoogte dat zij een besluit zou nemen over prijzen aan [ ]\* en [ ]\* op basis van het voor begin oktober geplande Europese marktonderzoek<sup>(104)</sup>.
- (145) Ongeveer een maand later ontmoette Takeda op 27-29 augustus 1997 vertegenwoordigers van Cheil en Miwon afzonderlijk in bilaterale bijeenkomsten. Volgens Takeda vormden de tegenaankoopovereenkomsten het belangrijkste gespreksonderwerp van de bijeenkomsten, maar het is mogelijk dat de ondernemingen tijdens deze bijeenkomsten ook de aanstaande jaarlijkse contractonderhandelingen met de drie grote klanten ter sprake brachten. Daesang stelt dat zij op 10 juli 1997 en 16 september 1997 in de Verenigde Staten ook een ontmoeting had met Takeda en de nucleotidenmarkt in het algemeen besprak<sup>(105)</sup>.
- (146) In september 1997 had Takeda opnieuw een ontmoeting met Ajinomoto. Volgens Takeda deelde Ajinomoto mee dat zij streefde naar een prijsverhoging van 15 % voor 1998 en een minimum van 10 %<sup>(106)</sup>. In een door Takeda ingediend document uit dezelfde tijd met betrekking tot deze bijeenkomst<sup>(107)</sup> staat dat „het lijkt alsof het hoofdkantoor van iedere onderneming een besluit heeft genomen [over] de aangeboden prijs van A[jinomoto], C[heil] en MW (Miwon/Daesang) aan [...] en de aangeboden prijs van T[akeda] aan [ ]\*, [ ]\* voor contractonderhandelingen voor het volgende jaar. Wij gingen ervan uit dat de producten van C[heil] en MW (Miwon) in Europa een SAP-behandeling zouden krijgen”<sup>(108)</sup>.
- (147) Volgens Daesang hield Miwon in oktober 1997 in Seoel een bijeenkomst met Takeda tijdens welke zij in het algemeen spraken over de dalende prijs voor nucleotiden op de wereldmarkt<sup>(109)</sup>.
- (148) Cheil stelt dat zij op 24 en 26 maart 1998 in Seoel bijeenkomsten hield met Takeda en dat bij die gelegenheden<sup>(110)</sup> de wereldwijde nucleotidenmarkt en -productie werden besproken. Een andere bijeenkomst tussen Cheil en Takeda is vastgesteld op 2 juni 1998 en Cheil stelt dat de besproken punten betrekking hadden op de prijsdaling van nucleotiden en op de verkopen van Cheil tegen lage prijzen op de Japanse markt.
- (149) Er zijn geen andere kartelgerelateerde bijeenkomsten vastgesteld.

## DEEL II — JURIDISCHE BEOORDELING

## A. RECHTSBEVOEGDHEID (TOEPASSING VAN HET VERDRAG EN DE EER-OVEREENKOMST)

## 1. VERBAND TUSSEN HET VERDRAG EN DE EER-OVEREENKOMST

- (150) De hierboven beschreven afspraken waren van toepassing op de meeste lidstaten en op de EER (Noorwegen en, voorafgaand aan zijn toetreding tot de Gemeenschap, Oostenrijk).
- (151) De EER-overeenkomst, die bepalingen over mededinging bevat welke analoog zijn aan die van het Verdrag, trad op 1 januari 1994 in werking. Deze beschikking omvat derhalve mede de toepassing per die datum van deze regels (met name artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst) op de regelingen waartegen bezwaar is gemaakt.
- (152) Voorzover de regelingen een ongunstige invloed hadden op de mededinging en de handel tussen lidstaten, is artikel 81 van het Verdrag van toepassing. Voorzover de kartelactiviteiten gevolgen hadden voor de handel tussen de Gemeenschap en de EVA-landen of tussen EVA-landen die deel uitmaakten van de EER, is artikel 53 van de EER-overeenkomst van toepassing.
- (153) Indien een overeenkomst of gedraging slechts de handel tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt, heeft de Commissie in deze zaak de bevoegdheid om artikel 81, lid 1, van het Verdrag toe te passen. Indien een overeenkomst slechts de handel tussen EVA/EER-staten ongunstig beïnvloedt, is enkel de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA bevoegd en past zij de EER-voorschriften inzake mededinging toe, met name artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst<sup>(111)</sup>.
- <sup>(109)</sup> Zie de verklaring van Daesang op blz. 1947-1948 van het dossier van de Commissie.
- <sup>(110)</sup> Zie blz. 309 van het dossier van de Commissie.
- <sup>(111)</sup> Uit hoofde van artikel 56, lid 1, onder b), van de EER-overeenkomst, en zonder afbreuk te doen aan de bevoegdheid van de Commissie waar de handel tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed, is de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA ook bevoegd in zaken waarin de omzet van de betrokken ondernemingen op het grondgebied van de EVA-landen gelijk staat aan 33 % of meer van hun omzet op het grondgebied van de EER.

<sup>(103)</sup> Zie blz. 2223 van het dossier van de Commissie.

<sup>(104)</sup> In haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar van de Commissie bestrijdt Ajinomoto de beschrijving van Takeda van deze gebeurtenissen, zoals verderop in meer detail wordt besproken onder „Duur”.

<sup>(105)</sup> Zie blz. 1947 en 1974 van het dossier van de Commissie.

<sup>(106)</sup> Zie blz. 2176 van het dossier van de Commissie; Ajinomoto bestrijdt deze beschrijving van de gebeurtenissen, zoals verderop wordt besproken met betrekking tot de duur van de deelname van Ajinomoto aan de inbreuk.

<sup>(107)</sup> Zie blz. 2224 van het dossier van de Commissie.

<sup>(108)</sup> De door Ajinomoto in haar verklaring van 29 november 2002 verstrekte vertaling luidt als volgt: „Schijnt dat het hoofdkantoor van ieder bedrijf de prijs heeft bestudeerd en een voorlopig besluit heeft genomen over de prijs die moet worden voorgesteld bij de onderhandeling over het contract voor volgend jaar die voor oktober en november staat gepland door A, C, MW met [ ]\* en door T met de [ ]\* en [ ]\* groepen. Op voorwaarde dat het product van C en MW volgend jaar in Europa in aanmerking blijft komen voor SAP”.

(154) In deze zaak is de Commissie de bevoegde instantie om zowel artikel 81, lid 1, van het Verdrag als artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst toe te passen op basis van artikel 56 van die overeenkomst, aangezien het kartel een merkbare invloed had op de handel tussen de lidstaten <sup>(112)</sup>.

## B. TOEPASSING VAN ARTIKEL 81 VAN HET VERDRAG EN VAN ARTIKEL 53 VAN DE EER-OVEREENKOMST

### 1. ARTIKEL 81, LID 1, VAN HET VERDRAG EN ARTIKEL 53, LID 1, VAN DE EER-OVEREENKOMST

(155) Overeenkomstig artikel 81, lid 1, van het Verdrag zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die welke bestaan in het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden, het beperken of controleren van de productie en de afzet of het verdelen van de markten of de voorzieningsbronnen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden.

(156) Artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst (dat gebaseerd is op artikel 81, lid 1, van het Verdrag) bevat een identiek verbod op overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, maar vervangt de voorwaarden inzake de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten door „tussen de overeenkomstsluitende partijen” (in deze context betekent „overeenkomstsluitende partijen” de Gemeenschap en de afzonderlijke (toen) EVA-landen), en het verhinderen, beperken of vervalsen van de mededinging op de gemeenschappelijke markt door „op het door de [de EER-] overeenkomst bestreken grondgebied”.

### 2. OVEREENKOMSTEN EN ONDERLING AFGESTEMDE FEITELIJKE GEDRAGINGEN

(157) Artikel 81, lid 1, van het Verdrag en artikel 53 van de EER-overeenkomst verbieden overeenkomsten, besluiten van verenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

(158) Van een overeenkomst kan geacht worden sprake te zijn wanneer de partijen zich aan een gezamenlijk plan houden dat hun individuele commerciële gedrag beperkt of waarschijnlijk zal beperken omdat het plan de richting van hun wederzijds handelen of nalaten op de markt bepaalt. De overeenkomst hoeft niet schriftelijk te zijn; er zijn geen formaliteiten, noch contractuele sancties of tenuitvoerleggingsmaatregelen vereist. De overeenkomst kan uitdrukkelijk zijn of besloten liggen in het gedrag van de partijen.

(159) In zijn arrest in gevoegde zaken T-305/94 etc. Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. en anderen/Commissie (PVC II) <sup>(113)</sup>, heeft het Gerecht van eerste aanleg (rechtsoverweging 715) verklaard: „Volgens vaste rechtspraak is er

sprake van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag wanneer de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen hebben gegeven zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen”.

(160) Een „overeenkomst” voor het doel van artikel 81, lid 1, van het Verdrag hoeft niet dezelfde zekerheid te hebben als noodzakelijk zou zijn voor de tenuitvoerlegging van een commercieel contract in het burgerlijk recht. Voorts kan de term „overeenkomst” in het geval van een complexe inbreuk van lange duur niet alleen correct worden toegepast op een algemeen plan of op uitdrukkelijk overeengekomen voorwaarden, maar ook op de tenuitvoerlegging van hetgeen op basis van dezelfde mechanismen en met het oog op hetzelfde gemeenschappelijke doel is overeengekomen.

(161) Zoals het Hof van Justitie (met een bevestiging van de uitspraak van het Gerecht van eerste aanleg) in zaak C-49/92P Commissie/Anic Partecipazioni SpA <sup>(114)</sup>, rechtsoverweging 81, heeft opgemerkt, volgt uit de uitdrukkelijke bewoordingen van artikel 81, lid 1, van het Verdrag dat een overeenkomst niet alleen in een op zich zelf staande handeling, maar ook in een reeks handelingen of een voortgezette gedraging kan bestaan.

(162) Een complex kartel kan dus met recht worden beschouwd als een enkele voortdurende inbreuk voor de duur van zijn bestaan. De overeenkomst kan van tijd tot tijd variëren, of de mechanismen daarvan kunnen worden aangepast of versterkt om rekening te houden met nieuwe ontwikkelingen. De mogelijkheid dat een of meer elementen van een reeks handelingen of van een continue gedragslijn afzonderlijk en op zich een inbreuk op artikel 81, lid 1, van het Verdrag kunnen vormen, doet aan deze zienswijze niets af.

(163) Hoewel een kartel een gezamenlijke onderneming is, kan iedere deelnemer aan de overeenkomst zijn eigen specifieke rol spelen. Een of meer deelnemers kan of kunnen een dominante rol als aanvoerder(s) spelen. Interne conflicten of rivaliteiten kunnen zich voordoen, of zelfs valsspelerij, maar dit staat er niet aan in de weg dat de regeling een overeenkomst/onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag vormt wanneer er een enkel gemeenschappelijk en constant doel is.

(164) Het enkele feit dat elke deelnemer aan een kartel de rol kan spelen die toegesneden is op zijn eigen specifieke omstandigheden sluit zijn aansprakelijkheid in voor de inbreuk als geheel, met inbegrip van de handelingen van de andere deelnemers met hetzelfde onwettige doel en dezelfde mededingingsbeperkende gevolgen. Een onderneming die deelneemt aan de gezamenlijke onwettige onderneming met handelingen die bijdragen tot de verwezenlijking van de gedeelde doelstelling is gelijkkelijk aansprakelijk, voor de gehele periode dat zij bij het gezamenlijk plan was aangesloten, voor de handelingen van de andere deelnemers in het kader van dezelfde inbreuk. Dit is zeker het geval wanneer vaststaat dat de betrokken onderneming de onwettige gedragingen van de andere deelnemers kende of deze redelijkerwijs had kunnen voorzien of kennen, en bereid was het risico te aanvaarden (arrest van het Hof van Justitie in zaak Commissie/Anic, rechtsoverweging 83).

<sup>(112)</sup> Zie hoofdstuk 5 „Invloed op de handel tussen de lidstaten en tussen partijen bij de EER”.

<sup>(113)</sup> Jurispr. 1999, blz. II-931.

<sup>(114)</sup> Jurispr. 1999, blz. I-4125.

(165) Artikel 81 van het Verdrag<sup>(115)</sup> maakt onderscheid tussen het begrip „onderling afgestemde feitelijke gedragingen” en het begrip „overeenkomsten tussen ondernemingen” of het begrip „besluiten van ondernemersverenigingen” om onder het verbod van dit artikel een vorm van coördinatie tussen ondernemingen te begrijpen, die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's der onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking. Zelfs indien de partijen niet expliciet hebben deelgenomen aan een gezamenlijk plan waarin hun handelen op de markt staat omschreven maar wel bewust gebruikmaken van of deelnemen aan op heimelijke verstandhouding berustende systemen die de coördinatie van hun commerciële gedragingen aanmoedigen of vergemakkelijken, kan het optreden nog steeds onder artikel 81, lid 1, van het Verdrag vallen als een „onderling afgestemde feitelijke gedraging”<sup>(116)</sup>.

(166) De Commissie is, met name in het geval van een complexe en langdurige inbreuk, niet gehouden de inbreuk te kwalificeren als uitsluitend één van deze beide vormen van onwettige gedragingen<sup>(117)</sup>. De begrippen „overeenkomst” en „onderling afgestemde feitelijke gedraging” zijn soepel en kunnen elkaar overlappen. Het kan zelfs voorkomen dat het realistisch gezien onmogelijk is om een dergelijk onderscheid te maken, aangezien een inbreuk tegelijkertijd de kenmerken van beide verboden gedragingen kan hebben, terwijl elementen ervan bij afzonderlijke beschouwing wellicht veeleer kunnen worden beschreven als de een in plaats van de ander. Het zou echter gekunsteld zijn om iets wat duidelijk een voortgezette gemeenschappelijke onderneming is, die wordt gekenmerkt door één enkel doel, op te splitsen in verschillende gedragingen en als even zovele inbreuken te beschouwen. Een kartel kan derhalve tegelijkertijd zowel een overeenkomst als een onderling afgestemde feitelijke gedraging zijn. Artikel 81 voorziet niet in een specifieke kwalificatie voor een complexe inbreuk van dat type<sup>(118)</sup>.

<sup>(115)</sup> In de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg die hier wordt geanalyseerd met betrekking tot de interpretatie van de termen „overeenkomsten” en „onderling afgestemde feitelijke gedragingen” in artikel 81 van het Verdrag worden beginselen vermeld die goed vastgesteld waren vóór de ondertekening van de EER-overeenkomst. Om die reden is dit ook van toepassing op deze termen voorzover zij worden gebruikt in artikel 53 van de EER-overeenkomst. Verwijzingen naar artikel 81 van het Verdrag zijn derhalve ook van toepassing op artikel 53 van de EER-overeenkomst.

<sup>(116)</sup> Zie arrest van het Gerecht van eerste aanleg in zaak T-7/89 Hercules/Commissie [1991] Jurispr. II-1711, rechtsoverweging 256. Zie ook zaak 48/69, Imperial Chemical Industries/Commissie [1972] Jurispr. 619, rechtsoverweging 64, en gevoegde zaken 40-48/73, etc. Suiker Unie en anderen/Commissie, [1975] Jurispr. 1663.

<sup>(117)</sup> Zie ook het arrest in PVC II, waar wordt opgemerkt dat „in het kader van een complexe inbreuk waarbij verschillende producenten gedurende een aantal jaren samen de markt probeerden te reguleren, van de Commissie niet kan worden geëist, dat zij de inbreuk voor elke onderneming op elk tijdstip precies als overeenkomst of als onderling afgestemde feitelijke gedragingen kwalificeert, daar artikel [81] van het Verdrag in elk geval op beide vormen van inbreuk ziet”.

<sup>(118)</sup> Arrest van het Gerecht van eerste aanleg in zaak T-7/89 Hercules/Commissie, rechtsoverweging 264.

### 3. EEN ENKELE VOORTGEZETTE INBREUK

(167) In dit geval namen de producenten van nucleotiden, gedurende een lange periode, deel aan een gezamenlijke regeling waardoor de wijze waarop zij zich op de markt gedroegen werd bepaald en hun individuele commerciële gedrag werd beperkt. In die hoedanigheid vertonen de afspraken de karakteristieken van een overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag, ofschoon sommige feitelijke bestanddelen van het onwettige gedrag op treffende wijze als een onderling afgestemde feitelijke gedraging zouden kunnen worden beschreven mocht zulks wenselijk zijn.

(168) Vanaf eind 1988 tot juni 1998 is er overvloedig bewijsmateriaal om het bestaan aan te tonen van deze enkele en voortgezette samsenspanning op de EER-markt voor nucleotiden tussen Takeda<sup>(119)</sup>, Ajinomoto<sup>(120)</sup>, Daesang<sup>(121)</sup> en Cheil<sup>(122)</sup>, die tezamen vrijwel de gehele markt voor hun rekening nemen. De partijen hebben zelfs naar elkaar hun gezamenlijke bedoeling geuit om zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen en namen deel aan een gezamenlijk plan om hun individuele commerciële gedrag te beperken. De afspraak om aan dit plan deel te nemen teneinde de mededinging te beperken gaat derhalve ten minste terug tot 1988. Deze heimelijke verstandhouding was gericht op één enkel mededingingsverstoring economisch doel: het voorkomen van op prijzen gebaseerde mededinging door afspraken te maken over richtprijzen en prijsverhogingen.

(169) Gezien het gezamenlijke plan en de gemeenschappelijke doelstelling waarnaar de producenten constant streefden, te weten uitsluiting van mededinging op de nucleotidenmarkt, is de Commissie van mening dat het gedrag in kwestie één enkele voortgezette inbreuk op artikel 81, lid 1, van het Verdrag vormde waarbij iedere deelnemer voor de duur van zijn deelname aan de gemeenschappelijke regeling aansprakelijk is. Deze afspraken worden in het feitelijke deel van deze beschikking gedetailleerd beschreven. Deze beschrijving wordt gesteund door uitgebreid en duidelijk bewijsmateriaal, waarnaar in de gehele tekst op systematische wijze wordt verwezen.

### 4. BEPERKING VAN DE MEDEDINGING

(170) De overeenkomsten in deze zaak strekten ieder afzonderlijk ertoe en hadden tot gevolg dat de mededinging in de Gemeenschap en de EER werd beperkt.

<sup>(119)</sup> Wat Takeda betreft, van 8 november 1988 tot 2 juni 1998.

<sup>(120)</sup> Wat Ajinomoto betreft, van 8 november 1988 tot september 1997.

<sup>(121)</sup> Wat Daesang betreft, van 19 december 1988 tot 31 december 1997.

<sup>(122)</sup> Wat Cheil betreft, van (eind) maart 1989 tot 2 juni 1998.

(171) Artikel 81, lid 1, van het Verdrag en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst noemen uitdrukkelijk als mededingingsbeperkend de overeenkomsten welke bestaan in:

„a) het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden; b) het beperken of controleren van de productie, de markten of de technische ontwikkeling; c) het verdelen van de markten of van de voorzieningsbronnen”.

De lijst is niet uitputtend.

(172) In het geheel van overeenkomsten en afspraken die in deze zaak worden onderzocht, kunnen de volgende bestanddelen als relevant worden geïdentificeerd teneinde een inbreuk vast te stellen op artikel 81, lid 1, van het Verdrag en op artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst:

- verdelen van klanten;
- verdelen van markten;
- afspraken maken over richt- en minimumprijzen;
- afspraken maken over onderling afgestemde prijsverhogingen;
- informatie over verkoopcijfers uitwisselen teneinde toezicht te houden op de tenuitvoerlegging van de richtprijzen;
- deelnemen aan periodieke bijeenkomsten en andere contacten teneinde afspraken te maken over bovengenoemde beperkingen en om deze waar nodig ten uitvoer te leggen en/of te wijzigen;

(173) Dit soort afspraken hebben als doel de mededinging te beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst. Aangezien de prijs het belangrijkste mededingingsinstrument is, waren de uiteenlopende heimelijke regelingen en mechanismen die door de producenten werden vastgesteld alle uiteindelijk gericht op een voor de producenten gunstige verhoging van de prijs boven het niveau dat bij vrije mededinging zou worden bereikt.

(174) Om tot de conclusie te komen dat artikel 81, lid 1, van het Verdrag en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst van toepassing zijn, hoeft niet te worden nagegaan wat de daadwerkelijke effecten van een overeenkomst op de mededinging zijn, zodra is komen vast te staan dat de overeenkomsten ten doel hadden de mededinging te beperken<sup>(123)</sup>.

<sup>(123)</sup> Arrest van het Hof van eerste aanleg, gevoegde zaken T-25/95 etc. (Cimenteries CBR en anderen/Commissie), Jurispr. 2000, blz. II-491, rechtsoverweging 3927. Zie ook arrest in zaken T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94 (European Night Services en anderen/Commissie), Jurispr. 1998, blz. II-3141, rechtsoverweging 136, waar het Hof dit met name heeft bevestigd met betrekking tot prijsbepalingsovereenkomsten.

(175) Het kartel had echter ook een beperkende invloed op de mededinging. In feite waren de wereldwijd grootste producenten van nucleotiden betrokken bij de kartelafspraken en deze werden in iedere deelnemende onderneming op hoog niveau bedacht, gestuurd en aangemoedigd<sup>(124)</sup>. De richtprijzen, prijsverhogingen en klantenverdeling, die het belangrijkste doel van het kartel vormden, werden in heel de EER overeengekomen, aan klanten medegegeeld en toegepast.

(176) In hun antwoorden op de mededeling van punten van bewaar stellen Cheil en Ajinomoto dat het beperkende effect op de mededinging zeer gering was. Ajinomoto betoogt verder dat de conclusie van de Commissie is gebaseerd op niet overtuigend bewijsmateriaal, aangezien het effect van de afspraken op de markt hiermee onvoldoende is aangetoond. De mededingingsbeperkende invloed van de afspraken waar het om gaat wordt in overwegingen 224-238 nader vastgesteld.

##### 5. GEVOLGEN VOOR DE HANDEL TUSSEN DE LIDSTATEN EN TUSSEN OVEREENKOMSTSLUITENDE PARTIJEN VAN DE EER

(177) De voortgezette overeenkomst tussen de producenten had een merkbare invloed op de handel tussen lidstaten van de Unie en tussen de overeenkomstsluitende partijen van de EER.

(178) Artikel 81, lid 1, van het Verdrag heeft betrekking op overeenkomsten die de verwezenlijking van een gemeenschappelijke markt tussen de lidstaten kunnen schaden door nationale markten te verdelen of de mededingingsstructuur binnen de gemeenschappelijke markt te beïnvloeden. Evenzo is artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst gericht tegen overeenkomsten die de totstandkoming van een homogene Europese Economische Ruimte ondermijnen.

(179) Volgens vaste rechtspraak van het Hof „moet een overeenkomst tussen ondernemingen, om de handel tussen lidstaten ongunstig te kunnen beïnvloeden, op grond van een aantal objectieve elementen feitelijk en rechtens met een voldoende mate van waarschijnlijkheid doen verwachten dat zij, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, op de handelsstromen tussen lidstaten invloed kan uitoefenen”<sup>(125)</sup>. Hoe het ook zij, artikel 81, lid 1, van het Verdrag „verlangt weliswaar niet het bewijs, dat de in deze bepaling bedoelde overeenkomsten het intracommunautaire handelsverkeer merkbaar hebben beïnvloed, maar wel het bewijs dat deze overeenkomsten een dergelijk gevolg kunnen hebben”<sup>(126)</sup>.

<sup>(124)</sup> Zie hiervoor onder „Deelnemers”.

<sup>(125)</sup> Arrest in gevoegde zaken C-215/96 en C-216/96 Bagnasco/Banca popolare di Novale en anderen [1999], Jurispr. I-135, rechtsoverwegingen 47 en 48.

<sup>(126)</sup> Arrest in zaak C-306/96 Javico/Yves Saint Laurent [1998] Jurispr. I-1983, rechtsoverwegingen 16 en 17; zie ook gevoegde zaken T-374/94 etc. European Night Services en anderen/Commissie [1998] Jurispr. II-3141, rechtsoverweging 136.

(180) Zoals in de paragraaf „internationale handel” is aangegevoerd, wordt de nucleotidenmarkt gekenmerkt door een aanzienlijke mate van handelsverkeer tussen de lidstaten. Ofschoon geen van de producenten van nucleotiden gedurende de relevante periode over enige in de EER gebaseerde productiecapaciteit beschikte, werd nucleotide in vrijwel alle staten van het EER-grondgebied op de markt gebracht, hetzij via 100 %-dochtermaatschappijen, hetzij via in slechts een paar van de lidstaten gevestigde distributeurs. Er was eveneens sprake van een aanzienlijke mate van handelsverkeer tussen de Gemeenschap en de EVA-landen die lid waren van de EER. Noorwegen importeert 100 % van zijn behoefte, voornamelijk van de Gemeenschap, en vóór de toetreding van Oostenrijk, Finland en Zweden, voerden deze landen hun totale nucleotidenbehoefte in.

(181) De toepassing van artikel 81, lid 1, van het Verdrag en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst op een kartel is echter niet beperkt tot het gedeelte van de omzet van de deelnemers dat daadwerkelijk de fysieke verplaatsing van goederen van een lidstaat naar een andere omvat. Evenmin is het voor de toepassing van deze bepalingen nodig aan te tonen dat het individuele gedrag van elke deelnemer, in plaats van het kartel als geheel, de handel tussen lidstaten ongunstig heeft beïnvloed <sup>(127)</sup>.

(182) In het onderhavige geval bestreken de kartelafspraken vrijwel de gehele handel in de wereld, met inbegrip van de Gemeenschap en de EER. Het bestaan van prijsvaststellings- en klantenverdelingsmechanismen moet hebben geleid, of zou waarschijnlijk leiden, tot een automatische afleiding van de handelsstromen van het verloop dat zij anders zouden hebben gehad <sup>(128)</sup>.

#### 6. MEDEDINGINGSBEPALINGEN DIE VAN TOEPASSING ZIJN OP OOSTENRIJK, FINLAND, IJSLAND, LIECHTENSTEIN, NOORWEGEN EN ZWEDEN

(183) De EER-overeenkomst is op 1 januari 1994 in werking getreden. Voor de periode voorafgaande aan die datum gedurende welke het kartel operationeel was, is de enige bepaling die voor de onderhavige procedure van toepassing is, artikel 81 van het Verdrag; voorzover de kartelafspraken binnen die periode de mededinging in Oostenrijk, Finland, IJsland, Liechtenstein, Noorwegen en Zweden (toentertijd EVA-lidstaten) beperkten, vielen deze niet onder artikel 81.

(184) In de periode 1 januari tot 31 december 1994 waren de bepalingen van de EER-overeenkomst van toepassing op Oostenrijk, Finland, IJsland, Liechtenstein, Noorwegen en Zweden; de samenwerking betekende dus een schending van artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst en van artikel 81, lid 1, van het Verdrag, en de Commissie is

bevoegd om beide bepalingen toe te passen. De beperking van de mededinging in de zes EVA-landen gedurende deze periode van een jaar valt onder artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst.

(185) Na de toetreding van Oostenrijk, Finland en Zweden tot de Gemeenschap op 1 januari 1995 werd artikel 81, lid 1, van het Verdrag van toepassing op het kartel, voorzover het kartel de mededinging op deze markten ongunstig beïnvloedde. De toepassing van de kartelregelingen in Noorwegen, IJsland en Liechtenstein bleven een inbreuk vormen op artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst.

(186) In de praktijk volgt uit het voorgaande dat, voorzover de kartelregelingen betrekking hadden op Oostenrijk, Finland, IJsland, Liechtenstein, Noorwegen en Zweden, deze vanaf 1 januari 1994 een inbreuk op de mededingingsregels van de EER en/of de Gemeenschap vormden.

### C. ADRESSATEN

#### 1. TOETE PASSESSELEN

(187) Om te kunnen bepalen wie de adressaten van de onderhavige beschikking zijn, moet worden nagegaan welke rechtspersonen aansprakelijk zijn voor de inbreuk.

(188) Het onderwerp van communautaire en EER-mededingingsregels is de „onderneming”, een begrip dat niet identiek is aan het begrip rechtspersoon(lijkheid) in het nationale vennootschaps- of belastingrecht. De term „onderneming” wordt in het Verdrag niet omschreven. Deze kan echter verwijzen naar een entiteit die zich bezighoudt met commerciële activiteiten.

(189) Wanneer wordt vastgesteld dat gedurende een bepaalde periode inbreuk is gepleegd op artikel 81, lid 1, van het Verdrag en/of artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst moet de natuurlijke of rechtspersoon worden geïdentificeerd die verantwoordelijk was voor het functioneren van de onderneming in de tijd dat de inbreuk werd gepleegd, zodat deze hiervoor rekenschap kan afleggen.

(190) Een verandering van rechtsvorm of identiteit van een onderneming onttrekt deze onderneming echter niet aan eventuele sancties voor haar mededingingsbeperkende gedragingen. De verplichting om een geldboete te betalen kan dus overgaan op een rechtsopvolger wanneer de identiteit van de onderneming die de inbreuk heeft begaan, juridisch niet langer bestaat.

#### 2. ADRESSATEN VAN DE BESCHIKKING

(191) In deze procedure doet zich geen probleem voor met betrekking tot de juiste adreesaat van de beschikking en deze zal worden gericht tot de rechtspersonen die rechtstreeks bij de inbreuk zijn betrokken.

<sup>(127)</sup> Zie arrest in zaak T-13/89 ICI/Commissie [1992] Jurispr. II-1021, rechtsoverweging 304.

<sup>(128)</sup> Arrest in gevoegde zaken 209 tot en met 215 en 218/78, Van Landewyck en anderen/Commissie [1980] Jurispr. 3125, rechtsoverweging 170).

(192) In het geval van Miwon Corporation<sup>(129)</sup>, die haar rechtsvorm in november 1997 heeft gewijzigd, is deze beoordeling in overeenstemming met de normale werkwijze van de Commissie en met de huidige rechtspraak<sup>(130)</sup>. De volledige fusie van Miwon Corporation Limited met Sewon Co. Ltd tot Daesang Corporation<sup>(131)</sup> betekent dat de aansprakelijkheid op de nieuwe eenheid overgaat. Er is sprake van een onmiskenbare continuïteit tussen Miwon en de nieuwe eenheid waarin zij is opgegaan. Miwon hield juridisch op te bestaan en haar rechtspersoonlijkheid evenals haar activa en personeel werden overgedragen aan Daesang Corporation.

#### D. DUUR VAN DE INBREUK

(193) Ofschoon uit bepaalde, bij de Commissie ingediende bewijsstukken (zie overweging 77) blijkt dat de eerste contacten tussen de Japanse producenten zelfs tot 1986 teruggaan, zal de Commissie, voor het doel van deze procedure, haar beoordeling uit hoofde van de mededingingsregels en de toepassing van geldboeten beperken tot de periode vanaf 8 november 1988, aangezien dit de datum is van de eerste bekende bijeenkomst tussen de Japanse producenten tijdens welke prijzen werden besproken en overeengekomen voor de op handen zijnde onderhandelingen met de grote drie klanten (zie overweging 79). Wat Takeda en Ajinomoto betreft zal om die reden 8 november 1988 als begindatum van de inbreuk in aanmerking worden genomen.

(194) Wat Daesang betreft, geeft zij toe op 19 december 1988 een tegenaankoopovereenkomst te hebben gesloten met Ajinomoto, toen mondeling werd overeengekomen dat de voorwaarde voor dit contract was dat Miwon haar verkopen aan [ ]\* niet mocht verhogen en de samenwerking op het gebied van wereldprijzen van de [ ]\* producenten niet mocht belemmeren<sup>(132)</sup>. Met betrekking tot Daesang zal de Commissie derhalve 19 december 1988 als begindatum van de inbreuk aanhouden.

(195) Volgens een zakenreisverslag<sup>(133)</sup> werd de eerste bijeenkomst van de producent[en] van nucleotiden, waarbij Cheil was betrokken, gehouden tussen 7 en 23 maart 1989. Uit hetzelfde zakenverslag blijkt dat de aanwezigen afspraken elkaar op 7 juni 1989 in Kyung Ju, Korea, opnieuw te ontmoeten (volgens Daesang is dit de bijeenkomst tijdens welke overeenstemming werd bereikt over de richtprijzen voor 1989).

(196) Met betrekking tot dezelfde „P-bijeenkomsten” wordt in een derde zakenreisverslag van 3-10 oktober 1989<sup>(134)</sup> uitgelegd dat het doel van de bijeenkomst was te „bespreken op welke wijze de prijsverlaging op de wereldmarkt kan worden voorkomen” en om „vooraf een bijeenkomst met Takeda te beleggen om de nucleotidenleverantie aan Takeda in 1990 te bespreken”.

(197) De betrokkenheid van Cheil bij de inbreuk vóór 1991 wordt ook bevestigd door de notulen van een op 5 oktober 1989 tussen Ajinomoto, Takeda, Daesang en Cheil gehouden bijeenkomst tijdens welke richtprijzen voor 1990 waren besproken en de toepassing van de richtprijzen voor 1989 was bekeken<sup>(135)</sup>.

(198) Cheil bevestigt dat deze bijeenkomst heeft plaatsgevonden, ofschoon zij eerst beweerde dat zij weinig bewijsmateriaal had gevonden met betrekking tot de inhoud van die bijeenkomst<sup>(136)</sup>.

(199) In haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar bevestigt Cheil echter dat vanaf juli 1988 bepaalde bijeenkomsten tussen concurrenten plaatsvonden en zij geeft haar betrokkenheid bij de inbreuk toe vanaf maart 1989, ofschoon zij hieraan toevoegt dat vóór 1992 de aandacht met name op markten buiten de EER was gericht en dat Cheil, hoe dan ook, tussen 1989 en eind 1991 weinig actief was op de Europese markt<sup>(137)</sup>.

(200) Op grond van het bovengenoemde bewijsmateriaal is de Commissie van mening dat Cheil vanaf maart 1989 bij de inbreuk was betrokken.

(201) Er zij vanzelfsprekend op gewezen dat het kartel, voorzover het Oostenrijk, Finland, Noorwegen en Zweden betreft, geen inbreuk op de EER-overeenkomst behelsde vóór 1 januari 1994 toen de overeenkomst in werking trad.

(202) In haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar betoogt Ajinomoto dat zij haar deelname aan het kartel na augustus 1996 staakte. Om dat te ondersteunen voert Ajinomoto aan dat zij niet alleen na augustus bijeenkomsten van producenten niet langer bijwoonde, maar dat zij ook haar tegenaankopen van Daesang staakte. Ajinomoto betoogt dat uit bewijsstukken uit het dossier van de Commissie zelf blijkt dat haar terugtrekking uit de afspraken op het gebied van nucleotiden volledig, oprecht en permanent was: er is geen bewijs dat Ajinomoto na augustus 1996 een bijeenkomst van producenten heeft bijgewoond, en de contacten met Takeda beperkten zich tot onsuccesvolle pogingen van Takeda om Ajinomoto opnieuw bij de afspraken te betrekken.

<sup>(129)</sup> Miwon Corporation Limited was betrokken bij de inbreuk via haar dochterondernemingen Miwon Japan Inc. en Mitra (Miwon Trading & Shipping Company) en ook rechtstreeks (zie bijvoorbeeld bijlage T en U bij de aanvullende informatie van Daesang).

<sup>(130)</sup> Zaak C-49/92 P, Commissie/Anic Partecipazioni SpA, rechts-overweging 145.

<sup>(131)</sup> Zie hierboven onder „De producenten”.

<sup>(132)</sup> Zie blz. 1962 en blz. 986-989 van het dossier van de Commissie.

<sup>(133)</sup> Zie bijlage 5 van de uit 2001 daterende verklaring van Cheil, op blz. 2617 van het dossier van de Commissie.

<sup>(134)</sup> Zie bijlage 5 van de uit 2001 daterende verklaring van Cheil, op blz. 2618 van het dossier van de Commissie.

<sup>(135)</sup> Zie bijlagen I, J, K, L en M bij de aanvullende informatie van Daesang; zie ook de aanvullende informatie van Daesang op blz. 6 en de verklaring van de bedrijfsleiding van Takeda op blz. 7.

<sup>(136)</sup> Zie bijlage 5 bij de uit 2001 daterende verklaring van Cheil, op blz. 2618 van het dossier van de Commissie.

<sup>(137)</sup> Zie blz. 5 en 6, laatste alinea, van de verklaring van Cheil, en blz. 9 en 10 van haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar van de Commissie.

- (203) Takeda, van haar kant, pleit ervoor dat de Commissie de datum van de laatst bekende bijeenkomst, tijdens welke richtprijzen werden overeengekomen, dient te beschouwen als het einde van de inbreuk.
- (204) Daesang en Cheil bestrijden de in de onderhavige beschikking vastgestelde duur van de inbreuk niet.
- (205) Wat Ajinomoto betreft, is de Commissie het er mee eens dat er niet genoeg bewijsmateriaal is om aan te tonen dat zij deelnam aan de overeenkomst inzake richtprijzen voor 1997. Desalniettemin kan de Commissie de bewering van Ajinomoto dat zij na de bijeenkomst van augustus 1996 niet langer was betrokken bij de inbreuk niet accepteren.
- (206) Uit het door Takeda overhandigde, uit de betrokken periode stammende bewijsmateriaal met betrekking tot de bilaterale ontmoetingen die zij had met Ajinomoto, blijkt trouwens duidelijk dat beide ondernemingen tijdens deze contacten de nucleotidenmarkt en prijzen bespraken. In de notities die betrekking hebben op de bijeenkomst van juli 1997, bijvoorbeeld, merkt Takeda op dat Ajinomoto haar had verteld dat zij in augustus en september naar Europa zouden reizen en een prijsverhoging van 10 % zouden voorstellen aan hun distributeurs, waartegen zij hevige protesten van de distributeurs verwachtten. In de volgende notitie, die betrekking heeft op de bijeenkomst van september, merkt Takeda bijvoorbeeld op: „Het basisbeleid van [A]jinomoto is 15 % (minimaal 10 %) omhoog. Tijdens een bijeenkomst in augustus met Europese filialen ontmoetten zij als verwacht hevige weerstand, maar zij hadden besloten dat zij met 53 DEM zouden beginnen en ten minste 51 DEM (10 % omhoog) in de wacht zouden slepen”<sup>(138)</sup>. Uit de combinatie van deze twee notities blijkt duidelijk dat Ajinomoto niet alleen de prijsverhoging had aangegeven die zij in Europa zou trachten te bereiken, maar dat zij ook feedback gaf met betrekking tot de vraag hoe de besprekingen waren verlopen en hoe zij van daaruit verder zouden gaan. Dit gaat duidelijk verder dan pure onsuccesvolle pogingen van Takeda om Ajinomoto opnieuw te betrekken bij de afspraken<sup>(139)</sup>.
- (207) De Commissie is derhalve van mening dat Ajinomoto na de bijeenkomst van augustus 1996 bleef deelnemen aan de inbreuk door Takeda te blijven ontmoeten en nucleotidenprijzen te bespreken.
- (208) Zelfs als Ajinomoto na augustus 1996 haar tegenaankopen staakte en na augustus 1996 niet deelnam aan multilaterale bijeenkomsten, bleef Ajinomoto deelnemen aan de onwettige regeling, hieraan actief bijdragend door prijsinformatie uit te wisselen. Ofschoon de deelname aan de multilaterale ontmoetingen kan zijn gewijzigd in het
- onderhouden van bilaterale contacten met Takeda, dient te worden geconcludeerd dat Ajinomoto tot ten minste de laatst bekende bijeenkomst tijdens welke zij nucleotidenprijzen besprak, was betrokken bij de inbreuk, te weten de bijeenkomst die zij in september 1997 met Takeda hield.
- (209) Met betrekking tot de andere partijen zal de Commissie, gezien het feit dat zij deelnamen aan de overeenkomst over de richtprijzen voor 1997, ervan uitgaan dat de inbreuk tot eind 1997 heeft geduurd, behalve in de gevallen waarin onwettige contacten tussen betrokkenen na eind 1997 zijn geïdentificeerd. In het geval van Takeda en Cheil vond hun laatst bekende bijeenkomst tijdens welke nucleotidenprijzen werden besproken op 2 juni 1998 plaats<sup>(140)</sup>. De Commissie is derhalve van mening dat met betrekking tot Takeda en Cheil de inbreuk tot 2 juni 1998 duurde.
- (210) Om die reden is de Commissie van mening dat de inbreuk tot september 1997 heeft geduurd wat Ajinomoto betreft, tot eind 1997 wat Daesang en tot 2 juni 1998 wat Cheil en Takeda betreft.

## E. SANCTIES

### 1. ARTIKEL 3 VAN VERORDENING NR. 17

- (211) Wanneer de Commissie een inbreuk op artikel 81, lid 1, van het Verdrag of op artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst vaststelt, kan zij de betrokken ondernemingen overeenkomstig artikel 3 van Verordening nr. 17 gelasten aan die inbreuk een einde te maken.
- (212) In de onderhavige zaak heeft de Commissie er in haar mededeling van punten van bezwaar op gewezen dat de deelnemers zich aanzienlijke moeite hebben getroost om hun activiteiten geheim te houden en dat zij tevens tegenstrijdige informatie hadden verstrekt met betrekking tot de periode waarin de inbreuk plaatsvond. In hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar stellen alle ondernemingen dat zij hun deelname hadden beëindigd voordat de Commissie haar onderzoek begon. Ajinomoto stelt dat zij haar deelname in augustus 1996 had beëindigd.
- (213) Ondanks deze opmerkingen en om duidelijkheidsredenen is het daarom noodzakelijk dat de Commissie de ondernemingen die actief blijven op de nucleotidenmarkt en die de adressaten van deze beschikking zijn, verplicht een einde te maken aan de inbreuk, zo zij dit nog niet hebben gedaan, en zich voortaan te onthouden van enige overeenkomst, onderling afgestemde feitelijke gedraging of besluit van een ondernemingsvereniging die hetzelfde of soortgelijk doel of effect zou kunnen hebben.
- (214) Het verbod is van toepassing op alle geheime bijeenkomsten en multilaterale of bilaterale contacten tussen concurrenten die zijn gericht op het beperken van de onderlinge mededinging of die hen in staat stellen hun marktgedrag onderling af te stemmen, met name hun prijsbeleid.

<sup>(138)</sup> De door Ajinomoto in haar schrijven van 29 november 2002 verstrekte vertaling luidt als volgt: „Basisbeleid inzake DEM-prijs van hoofdkantoor van Ajinomoto is aanpassing van 15 % (minimaal 10 %) omhoog. Stuitte op hevige weerstand, als verwacht, bij de bijeenkomst in augustus met Europese filialen, maar zullen voorlopig starten met 53 DEM en trachten minimaal 51 DEM (10 % omhoog) in de wacht te slepen.”

<sup>(139)</sup> In haar schrijven van 29 november 2002 bevestigt Ajinomoto de feiten te bestrijden als beschreven in de notities van Takeda en trekt zij eveneens de bewijskracht in twijfel van de twee Takeda-notities voor de voortgezette betrokkenheid van Takeda bij de inbreuk.

<sup>(140)</sup> Zie blz. 309 van het dossier van de Commissie.

## 2. ARTIKEL 15, LID 2, VAN VERORDENING NR. 17

*Aard van de inbreuk*

## a) ALGEMENE OVERWEGINGEN

- (215) Op grond van artikel 15, lid 2, van Verordening nr. 17 kan de Commissie bij beschikking aan ondernemingen geldboeten opleggen van ten minste 1 000 en ten hoogste 1 miljoen EUR of tot een bedrag van ten hoogste 10 % van de omzet van elk der betrokken onderneming in het voorafgaande boekjaar, wanneer zij opzettelijk of uit onachtzaamheid inbreuk maken op artikel 81, lid 1, van het Verdrag en/of artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst.
- (216) Bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete dient de Commissie rekening te houden met alle relevante omstandigheden, in het bijzonder met de zwaarte en de duur van de inbreuk, de twee criteria die nadrukkelijk zijn vermeld in artikel 15, lid 2, van Verordening nr. 17.
- (217) De rol die door elk van de bij de inbreuk betrokken ondernemingen werd gespeeld, zal voor elk van hen afzonderlijk worden beoordeeld. In het bijzonder zal de Commissie bij de bepaling van de geldboete eventuele verzwarende of verzachtende omstandigheden tot uiting brengen en zal zij waar passend de clementieregeling toepassen.
- (218) De Commissie houdt bij haar beoordeling van de zwaarte van de inbreuk rekening met de aard ervan, de feitelijke impact voor de markt — voorzover zulks meetbaar is — en de omvang van de betrokken markt. De rol die door elk van de bij de inbreuk betrokken ondernemingen werd gespeeld, zal voor elk van hen afzonderlijk worden beoordeeld.

## b) HET BEDRAG VAN DE GELDBOETE

- (219) Het kartel vormde een opzettelijke inbreuk op artikel 81, lid 1, van het Verdrag en op artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst. Volledig bekend met de beperkende aard van hun handelingen en bovendien, de onrechtmatigheid ervan, spanden de leidende producenten van nucleotiden samen om een geheim en doorlopend systeem op te zetten dat was ontworpen om de mededinging te beperken.

1. *Het basisbedrag*

- (220) Het basisbedrag van de geldboete wordt vastgesteld op grond van de zwaarte en de duur van de inbreuk.

**Zwaarte van de inbreuk**

- (221) De Commissie houdt bij haar beoordeling van de zwaarte van de inbreuk rekening met de aard ervan, de feitelijke impact voor de markt — voorzover zulks meetbaar is — en de omvang van de betrokken geografische markt.

- (222) Uit de hiervoor beschreven feiten blijkt dat de onderhavige inbreuk bestond uit marktverdelings- en prijsafsprakenpraktijken die per definitie zeer ernstigste inbreuken op artikel 81, lid 1, van het Verdrag en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst zijn.

- (223) Bij de kartelafspraken waren grote wereldwijde exploitanten betrokken en de afspraken werden bedacht, gestuurd en aangemoedigd op de hoogste niveaus binnen elk van de deelnemende ondernemingen<sup>(141)</sup>. Wegens de aard ervan leidt de uitvoering van het type kartelovereenkomst zoals hiervoor beschreven automatisch tot een aanzienlijke verstoring van de concurrentie, welke alleen gunstig is voor de producenten die deelnemen aan het kartel en welke uiterst schadelijk is voor afnemers en, uiteindelijk, het grote publiek.

- (224) De Commissie is daarom van mening dat de betrokken inbreuk door haar aard een zeer ernstige inbreuk vormde op artikel 81, lid 1, van het Verdrag en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst.

- (225) Ajinomoto betoogt dat, in dit geval, een aantal onderdelen aantonen dat de inbreuk niet alleen een beperkte invloed had op de markt, maar ook dat de inbreuk niet zo ernstig was als door de Commissie wordt gesuggereerd. Tot deze onderdelen behoren het feit dat de Europese nucleotidensector van beperkte omvang is, het feit dat de inbreuk niet geheel werd uitgevoerd, het feit dat nucleotiden slechts een heel klein deel vormen van de kosten van de eindproducten en dat derhalve enig nadeel voor consumenten beperkt bleef en het feit dat door de mogelijkheid leveranciers tegen elkaar uit te spelen enig nadeel voor rechtstreekse klanten werd beperkt.

- (226) De Commissie wijst deze zienswijzen van de hand. Het is duidelijk dat prijs- en marktverdelingskartels door hun aard de normale werking van de interne markt in gevaar brengen. Het zou onjuist zijn op grond van de geringe omvang van de markt te concluderen dat deze inbreuk niet zeer ernstig was. Wat ertoe doet is dat het normale mededingingspatroon waar de interne markt voor nucleotiden aan zou zijn onderworpen werd vervangen door een systeem van heimelijke verstandhouding met betrekking tot de wezenlijke bestanddelen van elke mededinging, namelijk de prijzen van het product. Zoals blijkt uit de overwegingen hieronder, werden de afspraken daadwerkelijk ten uitvoer gelegd en hadden deze daadwerkelijk invloed op de nucleotidenmarkt van de EER<sup>(142)</sup>. Om die reden wordt de inbreuk op artikel 81, lid 1, van het Verdrag en op artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst als zeer ernstig beschouwd. In overwegingen 241 en 242 gaat de Commissie nader in op het argument met betrekking tot de geringe omvang van de markt.

<sup>(141)</sup> Zie overweging 57 en volgende.

<sup>(142)</sup> De overige door Ajinomoto aangevoerde elementen worden ook onder het kopje „invloed op de markt” aan de orde gesteld.



*De daadwerkelijke gevolgen van de inbreuk op de nucleotidenmarkt in de EER*

- (227) De inbreuk werd gepleegd door ondernemingen die gedurende de betrokken periode het leeuwendeel van de wereld- en Europese markten voor nucleotiden in handen hadden. Bovendien waren de afspraken er specifiek op gericht de prijzen sterker te verhogen dan normaal het geval zou zijn en de verkochte hoeveelheden te beperken. Aangezien deze afspraken ten uitvoer werden gelegd, hebben zij daadwerkelijke gevolgen voor de markt gehad.
- (228) Het is niet nodig in detail te berekenen hoeveel de prijzen verschilden van die welke zonder de afspraken zouden zijn toegepast. Dit kan immers niet steeds op betrouwbare manier worden gemeten, aangezien de prijzen die zonder de afspraken zouden zijn toegepast gelijktijdig beïnvloed hadden kunnen worden door een aantal externe factoren, hetgeen het uitermate moeilijk zou maken tot conclusies te komen omtrent het relatieve belang van alle mogelijke causale effecten.
- (229) De kartelafspraken werden hoe dan ook ten uitvoer gelegd. In heel de periode van het kartel wisselden partijen informatie uit over hun verkoopprijzen en aantallen en, op grond van die cijfers, maakten de partijen afspraken over richtprijzen (zie bijvoorbeeld overwegingen 80, 89, 91, 92-94, 97, 98, 104, 108-111, 115, 116, 118-131, 133, 135 en 138-141). Zoals in heel het feitelijke deel van deze beschikking wordt aangetoond werden de richtprijzen en prijsverhogingen overeengekomen, aan klanten aangekondigd en in de gehele EER geïmplementeerd (zie bijvoorbeeld overwegingen 86, 104, 118-120, 122, 124, 126, 128, 134, 139-141 en 144). De partijen hielden nauwgezet toezicht op de uitvoering van hun afspraken door onderling periodieke multilaterale en bilaterale bijeenkomsten te organiseren. Bij deze bijeenkomsten wisselden de partijen hun verkoopcijfers uit, bespraken zij marktprijzen (zo konden de partijen erop toezien of de overeengekomen richtprijzen werden gerealiseerd) en, waar nodig, kwamen zij overeen de richtprijzen aan te passen (zie bijvoorbeeld overwegingen 92, 109, 111, 124 en 128-130).
- (230) Gelet op het vorenstaande en op de inspanningen die elk van de deelnemers leverde om de complexe organisatie van het kartel te laten functioneren, bestaat er geen twijfel dat de concurrentieverstorende overeenkomst gedurende de hele periode van de inbreuk ten uitvoer werd gelegd. Een dergelijke continue tenuitvoerlegging over een periode van negen jaar moet gevolgen voor de markt hebben gehad.
- (231) Ajinomoto betoogt dat de Commissie zich baseert op niet overtuigend bewijsmateriaal wanneer zij aantoont dat de inbreuk aanzienlijke gevolgen voor de markt had. Volgens Ajinomoto was het effect van de inbreuk op de markt slechts beperkt. Ajinomoto stelt zelfs dat het niet alleen erg moeilijk bleek te zijn tot afspraken over richtprijzen te komen, maar dat zelfs in gevallen waarin wel afspraken werden gemaakt, deze nooit volledig werden nagekomen: er werd vaak van de afspraken afgeweken en dit werd niet bestraft en er werd geen effectief bewakingssysteem ingesteld. Derhalve werd de inbreuk, volgens Ajinomoto, niet volledig ten uitvoer gelegd.
- (232) Daarnaast stelt Ajinomoto dat kosten voor nucleotiden gemiddeld voor minder dan 0,1 % deel uitmaken van de prijs van het eindproduct en dat het nadeel voor rechtstreekse consumenten werd beperkt door de mogelijkheid leveranciers tegen elkaar uit te spelen. Tot slot betoogt Ajinomoto dat uit een analyse van de economische omstandigheden gedurende de geëvalueerde periode blijkt dat de prijsontwikkeling consistent was met concurrerend gedrag. Tot staving daarvan heeft Ajinomoto een door RBB Economics opgesteld verslag ingediend waarin wordt opgemerkt dat er geen grond is voor de conclusie dat de prijzen in de periode 1988-1997 ongewoon stabiel waren of dat de prijsdaling aan het eind van 1998/het begin van 1999 het einde van de inbreuk weergaf. Volgens de opstellers van het verslag valt te betwijfelen of afspraken tussen de producenten van nucleotiden op het gebied van klantenverdeling efficiënt waren en, in de tweede plaats, is de prijsdaling van eind 1998/begin 1999 veeleer het gevolg van belangrijke veranderingen in externe marktfactoren die de voorwaarden voor het prijsbeleid in Europa fundamenteel wijzigden dan dat deze zou zijn veroorzaakt door het einde van het kartel: een substantiële toename van de capaciteit als gevolg van de opening van de fabriek van Cheil in Indonesië, in combinatie met een stagnerende vraag vanaf 1997, leidde tot een hoog capaciteitsoverschot. Devaluatie van de Koreaanse en Indonesische valuta's zorgde voor extra druk op Europese prijzen. In een aanvulling op haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar stelt Ajinomoto dat de gemiddelde schattingen van door de ondernemingen aan de Commissie verstrekte (en toegankelijk gestelde) gegevens op het gebied van capaciteit bevestigen dat de prijsontwikkeling gedurende de gehele relevante periode consistent was met concurrentievoorwaarden en dat de inbreuk een beperkt effect had op de markt.
- (233) In haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar komt Cheil tot dezelfde conclusies en benadrukt dat het besluit van Cheil om haar capaciteit te vergroten ervoor zorgde dat de prijzen eind 1998/begin 1999 aanzienlijk daalden. Cheil betoogt eveneens dat de geringe omvang van de markt betekent dat de echte economische effecten van het onrechtmatige gedrag kleiner zijn, waardoor het gerechtvaardigd is het basisbedrag van de geldboete lager te stellen. Daarnaast betoogt Cheil, gesteund door Daesang<sup>(143)</sup>, dat de Commissie bij het vaststellen van de zwaarte van de inbreuk er rekening mee dient te houden dat het effect van de inbreuk op consumenten te verwaarlozen is en dat de Koreanen bij een reeds bestaande regeling werden betrokken.
- (234) Op vergelijkbare wijze stelt Takeda dat zelfs het maximale potentiële effect op de uiteindelijke consumenten zeer beperkt is gezien de geringe omvang van de Europese markt, dat nucleotiden veeleer door grootschalige voedingsmiddelenproducenten dan door eindconsumenten worden gekocht en dat er sprake is van een kleine kostenfactor die nucleotiden in het eindproduct vormen. Verder behoudt Takeda zich alle rechten voor met betrekking tot het feit dat de Commissie niet heeft getracht enige door de inbreuk veroorzaakte prijsverhoging boven het niveau dat anders zou zijn bereikt, exact te berekenen.

<sup>(143)</sup> Zie zowel het antwoord van Daesang van 20 september 2002 als de bij schrijven van 27 november 2002 gestuurde samenvatting.

(235) Geen van de door de partijen aangevoerde argumenten om de bevindingen van de Commissie inzake het daadwerkelijke effect van het kartel op de markt te minimaliseren, snijdt hout. De toelichtingen met betrekking tot de prijsstabiliteit tussen 1988-1997 en de prijsdaling van eind 1998/begin 1999 zijn wellicht tot op zekere hoogte reëel (met name wat de capaciteitstoename betreft als gevolg van de opening van de nieuwe fabriek van Cheil in Indonesië tegen het einde van het kartel), maar zij tonen geenszins afdoende aan dat de uitvoering van de kartelovereenkomst geen enkele rol kan hebben gespeeld in de vaststelling en fluctuatie van prijzen op de nucleotidenmarkt. Gezien het feit dat de partijen de onzekere situatie waarin sprake is van vrije concurrentie namelijk hadden vervangen door voortgezette geheime afspraken, werden prijzen noodzakelijkerwijs op een ander niveau vastgesteld dan op het niveau dat in een concurrerende markt zou hebben gegolden.

(236) Het door Ajinomoto en Cheil benadrukte feit dat, tegen het einde van het kartel, de productiecapaciteit aanzienlijk werd verhoogd in een tijd dat de vraag aan het afnemen was, hetgeen tot een daling van de prijzen leidde (en tot een reductie van de benuttingsgraad van de capaciteit van de desbetreffende producenten), is zeker een illustratie van de moeilijkheden waarmee de partijen tegen het einde van het kartel werden geconfronteerd om de prijzen in een moeilijke marktsituatie te beïnvloeden, en misschien zelfs van de redenen voor de instorting van het kartel zelf. Het toont echter niet aan dat de illegale praktijk gedurende het negenjarig bestaan van het kartel geen effect had op de markt, noch toont het aan dat prijzen niet boven een concurrerend niveau werden gehouden.

(237) Integendeel, bij het bestuderen van de gezamenlijke inspanningen van de kartelleden (zie overwegingen 75-149, kan redelijkerwijs worden geconcludeerd dat de leden van het kartel er gedurende de gehele kartelperiode in slaagden de prijzen hoger te houden dan deze zonder de illegale afspraken zouden zijn.

(238) Zelfs als de door de deelnemers aan het kartel nagestreefde resultaten niet helemaal werden bereikt, zou dit niet bewijzen dat het kartel de markt niet ongunstig beïnvloedde. Bovendien is het ondenkbaar, in het licht van onder andere de risico's die er mee waren gemoeid, dat de partijen herhaaldelijk zouden hebben afgesproken elkaar op locaties verspreid over de wereld te ontmoeten om richtprijzen vast te stellen gedurende de inbreukperiode, als zij vonden dat het kartel weinig of geen effect had op de nucleotidenmarkt. In dit verband kan men als voorbeeld verwijzen naar de specifieke gelukwensen van Ajinomoto aan alle kartelleden tijdens een van de kartelbijeekomen voor de succesvolle toepassing van de richtprijzen voor 1995 (zie overweging 126 of bijlage Z bij de aanvullende informatie van Daesang <sup>(144)</sup>)).

(239) In hun antwoorden op de mededeling van punten van bezwaar hebben Ajinomoto, Cheil en Daesang ook betoogd dat uit het eigen bewijsmateriaal van de Commissie blijkt dat zij de afspraken vaak hebben genegeerd en vaak autonoom handelden op de markt. Dit argument kan echter niet worden aanvaard. Niet alleen beschikt de Commissie over overvloedig bewijsmateriaal waaruit blijkt dat Ajinomoto, Daesang en Cheil feitelijk gedurende de totale duur van de inbreuk betrokken bleven bij de inbreuk (hetgeen evenmin wordt betwist door de partijen, met uitzondering van Ajinomoto voorzover het gaat om haar betrokkenheid na augustus 1996), maar het feit dat iedere partij mogelijkerwijs „verborgen agenda's" kan hebben gehad waardoor zij tot op zekere hoogte de jegens de andere deelnemers aan het kartel gemaakte verbintenissen negeerden, impliceert niet dat zij de kartelovereenkomst niet ten uitvoer legden. Zoals het Gerecht van eerste aanleg in Cascades/Commissie verklaarde: „een onderneming die in weerwil van de onderlinge afstemming met haar concurrenten een min of meer zelfstandig marktbeleid voert, kan gewoonweg proberen zich het kartel ten nutte te maken" <sup>(145)</sup>.

#### *De omvang van de betrokken geografische markt*

(240) Het kartel omvatte de gehele gemeenschappelijke markt en, na de totstandkoming ervan, de gehele EER. Elk deel van de gemeenschappelijke markt en van de EER werd beïnvloed door de heimelijke samenwerking. Voor de vaststelling van de zwaarte van de inbreuk gaat de Commissie er derhalve van uit dat de gehele Gemeenschap en, na de oprichting ervan, de EER, de ongunstige invloed van het kartel hebben ondervonden.

#### *Conclusie van de Commissie met betrekking tot de zwaarte van de inbreuk*

(241) Gelet op de aard van de onderzochte gedragingen, de reële gevolgen ervan voor de nucleotidenmarkt en het feit dat deze de gehele gemeenschappelijke markt en, na de oprichting ervan, de gehele EER omvatten, is de Commissie van oordeel dat de ondernemingen tot welke deze beschikking is gericht, een zeer ernstige inbreuk hebben gepleegd op artikel 81, lid 1, van het Verdrag en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst.

(242) Er dient een duidelijk onderscheid te worden gemaakt tussen de omvang van de productmarkt en de reële gevolgen van de inbreuk voor deze markt. Het is niet de praktijk van de Commissie de omvang van de productmarkt in overweging te nemen als een relevante factor voor het beoordelen van de zwaarte.

(243) Desalniettemin zal de Commissie, zonder afbreuk te doen aan de zeer ernstige aard van de inbreuk, in dit geval de beperkte omvang van de productmarkt in aanmerking nemen.

<sup>(144)</sup> Zie blz. 1076 van het dossier van de Commissie.

<sup>(145)</sup> Zaak T-308/94 Cascades/Commissie [1998] Jurispr. II-925, rechtsoverweging 230.

*Classificatie van karteldeelnemers*

- (244) Binnen de categorie zeer zware inbreuken biedt het voorgestelde scala van mogelijke boetebedragen die aan ondernemingen kunnen worden opgelegd de mogelijkheid ondernemingen verschillend te behandelen teneinde rekening te houden met de daadwerkelijke economische macht van de inbreukmakers om de mededinging aanzienlijke schade te berokkenen en het bedrag van de geldboete op een zodanig niveau vast te stellen dat daarvan een voldoende afschrikkende werking uitgaat. Dit lijkt met name nodig waar, zoals in de onderhavige zaak, sprake is van een aanzienlijk verschil in het marktaandeel van de ondernemingen die bij de inbreuk zijn betrokken.
- (245) Gezien de omstandigheden van deze zaak waarbij verschillende ondernemingen zijn betrokken, moet het basisbedrag van de geldboete op dusdanige wijze worden vastgesteld dat rekening wordt gehouden met het specifieke gewicht en derhalve de reële gevolgen van het inbreukmakend gedrag van elke onderneming afzonderlijk voor de mededinging.
- (246) Daartoe kunnen de betrokken ondernemingen worden ingedeeld in verschillende categorieën volgens hun respectieve belang op de betrokken markt. De indeling van een onderneming in een bepaalde categorie kan in voorkomend geval worden aangepast om rekening te houden met andere factoren, zoals inzonderheid met de behoefte aan een doeltreffende afschrikkende werking.
- (247) De Commissie acht het in de onderhavige zaak dienstig het relatieve belang van de ondernemingen op de betrokken markt te beoordelen op grond van hun respectieve wereldwijde productomzet. Gezien het mondiale karakter van de markt geven deze cijfers het meest geschikte beeld van de capaciteit van de deelnemende ondernemingen om andere actoren op de gemeenschappelijke markt en/of de EER aanzienlijke schade te berokkenen. Bovendien is de wereldwijde omzet van een partij bij het kartel eveneens een indicatie van de bijdrage van die partij aan de doeltreffendheid van het gehele kartel of, omgekeerd, aan de instabiliteit waaronder dat kartel te lijden zou hebben gehad, indien de bedoelde partij er niet aan had deelgenomen. De vergelijking is gebaseerd op de wereldwijde productomzet in het laatste volledige kalenderjaar van de inbreuk (1997).
- (248) Ajinomoto was te allen tijde de grootste producent van nucleotiden op de betrokken geografische markt. In 1997 bedroeg haar geschatte aandeel van de wereldmarkt tussen 40 % en 50 %.
- (249) Takeda, Cheil en Daesang waren kleinere spelers op de wereldmarkt voor nucleotiden. In 1997 bedroeg hun geschatte respectieve marktaandeel tussen 10 % en 20 %, meer dan tweemaal kleiner dan dat van Ajinomoto, de grootste speler.
- (250) Ajinomoto zal derhalve in de eerste categorie worden ondergebracht. Takeda, Cheil en Daesang zullen in de tweede categorie worden ondergebracht.
- (251) Op basis van het vorengaande dienen de basisbedragen van de wegens zwaarte vastgestelde geldboeten als volgt te zijn:
- Ajinomoto: 6 miljoen EUR
  - Takeda, Daesang en Cheil: 2,4 miljoen EUR

*Voldoende afschrikkende werking*

- (252) Teneinde ervoor te zorgen dat er een voldoende afschrikkende werking van de geldboete uitgaat en ervan uitgaande dat grootschalige ondernemingen meestal over de juridisch-economische kennis en middelen beschikken, zodat zij zich beter van het inbreukmakende karakter van hun gedragingen en van de gevolgen ervan uit het oogpunt van het mededingingsrecht rekenschap geven, zal de Commissie nader bepalen of enige verdere aanpassing van het basisbedrag nodig is voor de ondernemingen.
- (253) Met wereldwijde omzetten van respectievelijk 8 700 miljoen EUR en 9 200 miljoen EUR in 2001, zijn Ajinomoto en Takeda veel grotere spelers dan Daesang (wereldwijde omzet van 1 400 miljoen EUR (2001)) en Cheil (wereldwijde omzet van 1 900 miljoen EUR in 2001). In dit verband is de Commissie van mening dat het passende uitgangsbetrag voor een geldboete op grond van het criterium van het relatieve belang op de betrokken markt een verdere opwaartse bijstelling vergt teneinde rekening te houden met de omvang en de totale middelen van respectievelijk Ajinomoto en Takeda.
- (254) Op grond van het vorengaande is de Commissie van mening dat voor een voldoende afschrikkende werking het uitgangsbetrag voor de in overweging 251 vastgestelde geldboeten met 100 % tot 12 miljoen EUR moet worden verhoogd voor Ajinomoto en met 100 % tot 4,8 miljoen EUR voor Takeda.

**Duur van de inbreuk**

- (255) De Commissie is van mening dat Daesang inbreuk heeft gepleegd op artikel 81, lid 1, van het Verdrag van 19 december 1988 tot eind 1997 en op artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst van 1 januari 1994 tot eind 1997.
- (256) De Commissie is van mening dat Cheil inbreuk heeft gepleegd op artikel 81, lid 1, van het Verdrag van maart 1989 tot 2 juni 1998 en op artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst van 1 januari 1994 tot 2 juni 1998.
- (257) Takeda stelde dat de Commissie de datum van de laatst bekende kartelbijkomst als einddatum van de inbreuk zou moeten nemen. Zoals hierboven onder „Duur” is aangetoond, blijkt uit het bewijsmateriaal in het dossier dat op 2 juni 1998 in feite het laatst bekende ongeoorloofde contact tussen Takeda en een kartellid plaatsvond. Derhalve is de Commissie van mening dat Takeda inbreuk heeft gepleegd op artikel 81, lid 1, van het Verdrag van 8 november 1988 tot 2 juni 1998 en op artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst van 1 januari 1994 tot 2 juni 1998.

(258) Tot slot bestrijdt Ajinomoto de duur van de inbreuk en geeft haar betrokkenheid bij de inbreuk slechts toe tot augustus 1996. De duur van de deelname van Ajinomoto aan het kartel wordt besproken in overwegingen 202-210). De Commissie is van mening dat Ajinomoto inbreuk heeft gepleegd op artikel 81, lid 1, van het Verdrag van 8 november 1988 tot ten minste september 1997 en op artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst van 1 januari 1994 tot ten minste september 1997.

(259) De Commissie komt derhalve tot de conclusie dat Takeda, Ajinomoto, Daesang en Cheil de inbreuk gedurende respectievelijk 9 jaar en 6 maanden (Takeda), 8 jaar en 9 maanden (Ajinomoto), 9 jaar (Daesang) en 9 jaar en 2 maanden (Cheil) hebben gepleegd, hetgeen overeenkomt met een lange duur (meer dan 5 jaar). De uitgangsbetrag van de geldboeten die zijn vastgesteld met betrekking tot de zwaarte van de inbreuk (zie overweging 251 en overweging 254) worden derhalve met 10 % per jaar en 5 % per 6 maanden verhoogd, d.w.z. met 95 % voor Takeda, met 90 % voor Cheil en Daesang en met 85 % voor Ajinomoto.

(260) In haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar stelt Cheil echter dat, ofschoon de richtsnoeren inzake de methode voor het bepalen van opgelegde geldboeten krachtens artikel 15, lid 2, van Verordening nr. 17 en artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag<sup>(146)</sup> aangeven dat een inbreuk van „lange duur” een verhoging van 10 % per jaar met zich mee kan brengen, dit niet betekent dat iedere inbreuk aan een dergelijke verhoging „per jaar” moet worden onderworpen. Cheil stelt met name dat de Commissie zou moeten overwegen een geringere verhoging op grond van duur toe te passen dan de standaard 10 % per jaar voor de periode van maart 1989 tot begin 1992 met het oog op de geringe betrokkenheid van Cheil bij de inbreuk in die periode (en het geringe effect op de markt die daar het gevolg van was). Op vergelijkbare wijze stelt Cheil dat met betrekking tot de gebeurtenissen van na 1996 een dergelijke benadering evenzeer zou zijn gerechtvaardigd met het oog op het feit dat deze gebeurtenissen een veel lagere intensiteit hadden en met het oog op het in 1996 door Cheil genomen besluit om haar capaciteit te vergroten (effectief tegen het eind van de jaren 1990).

(261) De Commissie moet dit argument verwerpen. De betrokkenheid van Cheil bij de inbreuk gedurende de gehele duur van de inbreuk is in het feitelijke deel van deze beschikking vastgesteld. Ook is vastgesteld dat de inbreuk gevolgen had voor de EER-markt. Het loutere feit dat een deelnemer aan een kartel mogelijk een rol speelt die past bij zijn eigen specifieke omstandigheden, sluit niet uit dat hij aansprakelijk is voor de gehele inbreuk. Een onderneming die aan een gemeenschappelijke onrechtmatige actie deelneemt door middel van handelingen welke een bijdrage aan de verwezenlijking van de inbreuk in zijn geheel beogen te leveren, is voor de gehele duur van haar deelneming aan die inbreuk eveneens aansprakelijk voor de gedragingen van andere betrokkenen in het kader van diezelfde inbreuk<sup>(147)</sup>. De Commissie is derhalve van mening dat Cheil de gehele duur van de inbreuk op dezelfde manier bij de inbreuk betrokken is geweest.

### Conclusie met betrekking tot de basisbedragen

(262) Om die reden dienen de basisbedragen van de geldboeten als volgt te zijn:

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

### 2. Verzwarende omstandigheden

(263) De Commissie heeft geen verzwarende omstandigheden geïdentificeerd waarmee bij deze beschikking rekening dient te worden gehouden.

### 3. Verzachtende omstandigheden

#### Uitsluitend passieve rol bij de inbreuk

(264) In hun antwoord merken Cheil en Daesang op<sup>(148)</sup> dat zij altijd een passieve rol speelden of meeloopsters waren bij de totstandbrenging van de inbreuk. Zij werden betrokken bij een reeds bestaand kartel dat werd geleid door Takeda en, in mindere mate, door Ajinomoto, die hun eigen markten wilden beschermen en de mededinging door middel van tegenaankopen wilden beperken. Ajinomoto merkt in dit verband op dat zij een ondergeschikte rol speelde ten opzichte van Takeda, die als de echte leider van het kartel moet worden beschouwd. Bovendien betogen de Koreaanse producenten dat zij veel kleiner zijn dan hun Japanse tegenhangers, hetgeen eveneens blijkt uit het beperkte effect van hun gedrag op de markt.

(265) Met de daadwerkelijke economische macht van de ondernemingen om op basis van hun economische omvang de EER-markt te beïnvloeden is rekening gehouden bij de berekening van het basisbedrag van de geldboete (zie overwegingen 244-251).

(266) Zelfs indien er op grond van deze verklaringen bepaalde elementen zouden zijn die erop wijzen dat de Japanse ondernemingen het kartel zijn begonnen en het initiatief hebben genomen om bepaalde bijeenkomsten te organiseren, heeft de Commissie geen reden om te overwegen dat beide Koreaanse producenten een louter passieve rol speelden of meelopers waren bij de inbreuk. Beide ondernemingen namen deel aan de overgrote meerderheid van de geïdentificeerde kartelbijeenkomsten en namen rechtstreeks en actief deel aan de inbreuk. Cheil en Daesang namen de hele periode waarin zij bij het kartel betrokken waren deel aan de bijeenkomsten en wisselden deze hele periode informatie uit. Zij kunnen derhalve niet beweren dat zij een zuiver „passieve rol” hebben gespeeld<sup>(149)</sup>.

<sup>(146)</sup> PB C 9 van 14.1.1998, blz. 3.

<sup>(147)</sup> Arrest van het Hof van Justitie in Commissie/Anic, rechtsoverweging 83.

<sup>(148)</sup> Zie ook de samenvattende verklaring van Daesang van 27 november 2002.

<sup>(149)</sup> Zie bijvoorbeeld rechtsoverweging 365 of Beschikking 2001/418/EG van de Commissie in zaak COMP/36.545/F3 Amino Acids (PB L 152 van 7.6.2001, blz. 24).

- (267) Uit het eigen verslag van Daesang van de bijeenkomst die in december 1995 plaatsvond om de samenwerking over 1995 te beoordelen blijkt bijvoorbeeld duidelijk<sup>(150)</sup> dat alle partijen hadden meegewerkt aan het toepassen van de prijsverhogingen voor 1995 en dat alle partijen ermee instemden de samenwerking voor 1996 voort te zetten. Zoals uit de feiten blijkt zouden Cheil en Daesang op hun beurt ook met voorstellen komen voor richtprijzen en samen bijeenkomsten houden om een gemeenschappelijk standpunt voor te bereiden voor de bijeenkomsten van producenten.
- (268) Met het oog op de totale hoeveelheid bewijsmateriaal in de onderhavige zaak, zoals is beschreven in het feitelijke deel van deze beschikking, komt het beeld naar voren van een kartel waarbij alle partijen actief en rechtstreeks deelnamen aan de inbreuk, hun verkoopcijfers uitwisselden en de richtprijzen evalueerden en bespraken. Alle deelnemers hadden een gemeenschappelijk belang bij de afspraken. Van alle kartelleden is vastgesteld dat zij aan de meeste kartelbijeenkomsten deelnamen en dat zij de betrokken bijeenkomsten beurtelings organiseerden. In die hoedanigheid kan ook geen enkele onderneming als leider in de zin van de Richtsnoeren worden beschouwd.

#### **De inbreukmakende overeenkomsten zijn niet daadwerkelijk toegepast**

- (269) Zoals is besproken in overweging 229 is de Commissie van mening dat de concurrentieverstorende afspraken inderdaad ten uitvoer werden gelegd. Deze verzachtende omstandigheid kan dan ook niet op een van de adressaten van deze beschikking worden toegepast. De Commissie merkt op dat een overeenkomst die de mededinging beperkt in principe wordt toegepast daar waar de leden van het kartel hun gedrag op de markt bepalen op grond van de geuite gezamenlijke intenties. In geval van herhaalde overeenkomsten, die over een langere periode worden gesloten, kan ervan worden uitgegaan dat de afspraken door ieder van de deelnemers ten uitvoer zijn gelegd aangezien zij anders niet herhaaldelijk zouden zijn overeengekomen elkaar op locaties over heel de wereld te ontmoeten om prijzen vast te stellen en klanten te verdeelen over een dergelijke lange periode. Geen van de door de partijen naar voren gebrachte argumenten kan het door de Commissie aangevoerde bewijsmateriaal op steekhoudende wijze tenietdoen.
- (270) Zoals in overweging 239 reeds is opgemerkt, kan het zijn dat een onderneming die ondanks heimelijke afspraken met haar concurrenten een min of meer onafhankelijk marktbeleid voert, gewoonweg probeert het kartel in haar eigen voordeel te benutten<sup>(151)</sup>. Het feit, zoals door de partijen wordt gesteld, dat zij zich regelmatig niet hielden aan de overeengekomen afspraken, kan dan ook niet worden beschouwd als voldoende bewijs waaruit het niet toepassen van de afspraken zou blijken.

#### **Andere verzachtende omstandigheden**

- (271) In haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar stelt Ajinomoto dat de Commissie het feit dat zij haar betrokkenheid bij de inbreuk eenzijdig en vrijwillig heeft beëindigd, in het bijzonder voorafgaand aan enige interventie van de Commissie, als een verzachtende omstandigheid dient te beschouwen, evenals het feit dat deze eenzijdige terugtrekking zou hebben bijgedragen aan het ontrafelen van de inbreuk.
- (272) Ter ondersteuning daarvan verwijst Ajinomoto naar de interne memoranda van Takeda van 28 mei 1997 en 9 juni 1997<sup>(152)</sup>, en naar de verklaring van de bedrijfsleiding van Takeda<sup>(153)</sup>, waarin wordt verwezen naar de bezorgdheid van de leden van het kartel ten aanzien van het besluit van Ajinomoto om na augustus 1996 niet langer deel te nemen aan de multilaterale bijeenkomsten en de effecten die dit besluit zou hebben op die bijeenkomsten.
- (273) Dit argument moet van de hand worden gewezen. Onder „Duur” is bewezen dat het besluit van Ajinomoto om na augustus 1996 niet langer deel te nemen aan de multilaterale bijeenkomsten niet beschouwd kan worden als een bewijs van haar eenzijdige beëindiging van haar betrokkenheid bij de inbreuk met ingang van die datum. Integendeel, de Commissie is van mening dat zij bleef deelnemen aan de inbreuk door bilaterale contacten te blijven onderhouden met Takeda, tijdens welke zij de nucleotidenmarkt en prijzen besprak. Onder deze omstandigheden is de Commissie van mening dat de geringe deelname van Ajinomoto aan de multilaterale bijeenkomsten slechts een onbelangrijke rol kan hebben gespeeld, zo deze al enige rol heeft gespeeld, bij de „ontrafeling” van het kartel.
- (274) Cheil stelt dat de Commissie het feit in aanmerking zou moeten nemen dat zij in de Verenigde Staten reeds een geldboete heeft opgelegd gekregen voor deze inbreuk, en beweert dat ondernemingen niet aan „dubbel gevaar” dienen te worden blootgesteld en dat de Commissie de hoogte van de geldboete uitsluitend zou moeten baseren op de effecten van de inbreuk op de relatief kleine communautaire markt.
- (275) Dit argument dient van de hand te worden gewezen. Geldboeten die worden opgelegd in andere rechtsgebieden, met inbegrip van de Verenigde Staten, hebben geen gevolgen voor de geldboeten die moeten worden opgelegd terzake van het overtreden van communautaire mededingingsregels. De uitoefening door de Verenigde Staten (of van enig ander derde land) van (strafrechtelijke) bevoegdheid terzake van kartelgedrag kan op generlei wijze de bevoegdheid van de Commissie op grond van het communautaire mededingingsrecht beperken of uitsluiten. Opgemerkt zij dat op grond van het territorialiteitsbeginsel artikel 81 van het Verdrag uitsluitend van toepassing is op concurrentiebeperkingen op de gemeenschappelijke markt en dat artikel 53 van de EER-overeenkomst uitsluitend van toepassing is op concurrentiebeperkingen op de EER-markt. Ook de Amerikaanse kartelautoriteiten oefenen slechts bevoegdheid uit in de mate waarin een bepaalde gedraging een direct, bewust gewild effect op de Verenigde Staten heeft.

<sup>(150)</sup> Zie bijlage Z bij de aanvullende informatie van Daesang, op blz. 1076 van het dossier van de Commissie.

<sup>(151)</sup> Zaak T-308/94 Cascades SA/Commissie, rechtsoverweging 230.

<sup>(152)</sup> Respectievelijk op blz. 2147 en 2151 van het dossier van de Commissie.

<sup>(153)</sup> Verklaring van Takeda op blz. 2173 van het dossier van de Commissie.

(276) Takeda stelt dat de Commissie rekening zou moeten houden met het feit dat zij in de vitamine-zaak <sup>(154)</sup> reeds een substantiële geldboete heeft betaald. Ajinomoto voert een soortgelijk argument aan met betrekking tot de geldboete die zij heeft betaald in de lysine-zaak <sup>(155)</sup>. De Commissie wijst dat argument van de hand. In de vitamine-zaak en de lysine-zaak ging het niet om de inbreuk van Takeda en Ajinomoto op de nucleotidenmarkt en om die reden kunnen deze zaken dan ook niet in aanmerking worden genomen voor het doel van deze beschikking.

(277) Cheil en Daesang stellen verder dat zij zich regelmatig niet aan de afspraken hielden en hier zelfs tegen ingingen, bijvoorbeeld door hun productiecapaciteit te verhogen of door onder de richtprijzen te bieden.

(278) De Commissie wijst er nogmaals op dat het feit dat een onderneming, waarvan de deelneming aan heimelijke afspraken over prijzen met haar concurrenten is aangetoond, zich niet altijd overeenkomstig de met haar concurrenten overeengekomen wijze op de markt heeft gedragen, niet noodzakelijkerwijs een omstandigheid is die bij de vaststelling van het bedrag van de op te leggen boete als verzachtende omstandigheid in aanmerking moet worden genomen. Zoals eerder is opgemerkt, kan een onderneming die in weerwil van de onderlinge afstemming met haar concurrenten een min of meer zelfstandig marktbeleid voert, gewoonweg proberen zich het kartel ten nutte te maken <sup>(156)</sup>.

(279) Ajinomoto, Cheil en Takeda wijzen er ook op dat zij maatregelen hebben getroffen om toekomstige overtredingen van antitrustvoorschriften te voorkomen. In deze context hebben zij nalevingsprogramma's goedgekeurd of versterkt. De Commissie juicht het feit toe dat deze ondernemingen een beleid voor de naleving van antitrustwetgeving hebben ontwikkeld. Desalniettemin is de Commissie van mening dat dit initiatief te laat is gekomen en dat het, als een preventie-instrument, de Commissie niet kan ontheffen van haar taak een in het verleden door deze ondernemingen gepleegde inbreuk op de mededingingsregels te bestraffen. Gelet op het vorengaande dient de goedkeuring van een nalevingsprogramma niet te worden beschouwd als een verzachtende omstandigheid die een verlaging van de geldboete rechtvaardigt.

(280) Er kunnen derhalve geen verzachtende omstandigheden worden toegepast op de partijen die zijn betrokken bij deze inbreuk die de nucleotidenmarkt ongunstig heeft beïnvloed.

#### 4. Toepassing van de clementieregeling

(281) De adressaten van de onderhavige beschikking hebben met de Commissie meegewerkt in de verschillende stadia van het onderzoek naar de inbreuk, teneinde voor de in de clementieregeling beschreven gunstige behandeling in aanmerking te komen. Om tegemoet te komen aan de legitieme verwachtingen van de betrokken ondernemingen met betrekking tot de niet-oplegging of vermindering

van de geldboeten op grond van de medewerking die zij hebben verleend, onderzoekt de Commissie in het volgende deel de betrokken partijen aan de voorwaarden van de clementieregeling hebben voldaan.

#### Niet-oplegging van een geldboete of een zeer aanzienlijke vermindering van de hoogte ervan („afdeling B”)

(282) Takeda heeft verzocht in aanmerking te komen voor maximale clementie. In dit opzicht stelt Takeda dat zij in aanmerking dient te komen voor wijzigingen in het clementiebeleid die zijn ingevoerd bij de in 2002 gepubliceerde Mededeling van de Commissie betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen <sup>(157)</sup> („de clementieregeling van 2002”), en voert zij aan dat zij andere ondernemingen niet tot deelname aan de inbreuk heeft gedwongen. Dientengevolge stelt Takeda dat zij krachtens de nieuwe voorschriften voor maximale clementie in aanmerking zou kunnen komen. Takeda voert aan dat in het Gemeenschapsrecht het beginsel wordt erkend dat onder bepaalde omstandigheden wijzigingen in de behandeling van straffen met een afschrikkende werking met terugwerkende kracht ten uitvoer dienen te worden gelegd, en dat dit beginsel meer algemeen kan worden toegepast met betrekking tot administratieve beschikkingen, zoals in een aantal lidstaten wordt toegepast.

(283) In de clementieregeling van 2002 staat duidelijk dat deze niet van toepassing is op gevallen waarin ondernemingen reeds met de Commissie contact hebben opgenomen om in aanmerking te komen voor de gunstige behandeling die in de eerdere regeling is beschreven. Derhalve dienen alle verzoeken om clementie te worden behandeld in het licht van de bepalingen van de in 1996 gepubliceerde clementieregeling, die van kracht blijft voor het doel van deze beschikking.

(284) De Commissie erkent dat Takeda zich als eerste heeft gemeld en doorslaggevend bewijs heeft aangevoerd voor het bestaan van het kartel en gedurende het gehele onderzoek voortdurend en volledig heeft meegewerkt. Op 9 september 1999 bracht Takeda de Commissie voor het eerst op de hoogte van het bestaan van het kartel, en op 14 september 1999 overhandigde zij een dossier met uit die periode stammend bewijsmateriaal. De Commissie had toen nog van geen enkele andere bron informatie over het kartel ontvangen.

(285) Bij haar beoordeling van de medewerking van Takeda merkt de Commissie op dat het aanvankelijk verstrekte documentair bewijsmateriaal niet betrekking had op de activiteiten van het kartel van vóór 1992. In de verklaring van de bedrijfsleiding wees Takeda er niettemin op dat het kartel in feite in 1989 was ontstaan. Er zijn geen aanwijzingen dat Takeda over andere informatie of documenten beschikt met betrekking tot het kartel. Om die reden moet dan ook worden geconcludeerd dat Takeda volledig met de Commissie heeft meegewerkt.

<sup>(154)</sup> Zaak 37.512, nog niet gepubliceerd.

<sup>(155)</sup> Zaak 36.545, PB L 152 van 7.6.2001, blz. 24-72.

<sup>(156)</sup> Zaak T-308/94 Cascades SA/Commissie, rechtsoverweging 230.

<sup>(157)</sup> PB C 45 van 19.2.2002, blz. 3.

(286) Ofschoon het dossier elementen bevat die erop wijzen dat Takeda bij bepaalde gelegenheden een coördinerende rol in het kartel kan hebben gespeeld, heeft Takeda geen andere ondernemingen tot deelname aan de inbreuk gedwongen en heeft zij niet het initiatief genomen tot het kartel noch heeft zij in de zin van de clementieregeling een bepalende rol gespeeld bij de ongeoorloofde activiteit. Eveneens is vastgesteld dat Takeda haar betrokkenheid bij de inbreuk had beëindigd alvorens zich tot de Commissie te wenden.

(287) Gelet op haar algehele medewerking met het onderzoek voldoet Takeda aan de voorwaarden van afdeling B van de clementieregeling en dient haar een vermindering van 100 % te worden toegekend van de geldboete die zou zijn opgelegd indien zij niet met de Commissie zou hebben meegewerkt.

#### **Aanzienlijke vermindering van de geldboete („afdeling C”)**

(288) Daesang, Cheil en Ajinomoto verzoeken in aanmerking te komen voor een vermindering van de geldboete overeenkomstig afdeling C van de clementieregeling. Toen Daesang, Cheil en Ajinomoto begonnen samen te werken met de Commissie had Takeda reeds voldoende informatie verstrekt om het bestaan van het kartel te bewijzen. Om die reden wordt geconcludeerd dat Daesang, Cheil en Ajinomoto de Commissie niet als eersten materiaal hebben verstrekt dat van doorslaggevend belang was om het bestaan van het nucleotidenkartel te bewijzen, zoals door afdeling B, onder b), van de clementieregeling is vereist. Bijgevolg voldoet geen van die ondernemingen aan de in afdeling C beschreven voorwaarden.

#### **Aanzienlijke vermindering van de geldboete („afdeling D”)**

(289) Daesang stelt dat zij niet alleen heeft aangeboden haar medewerking te verlenen aan het onderzoek van de Commissie voordat de Commissie haar eerste verzoek om inlichtingen uitvaardigde, maar de Commissie ook tijdens de gehele duur van het onderzoek haar voortdurende en volledige medewerking is blijven verlenen. Ook voert zij aan dat zij de Commissie in staat heeft gesteld de gehele duur van de inbreuk vanaf oktober 1988 vast te stellen en dat zij aldus als eerste doorslaggevend bewijsmateriaal heeft verstrekt van de gehele, in de mededeling van punten van bezwaar beschreven inbreuk.

(290) Ofschoon Daesang pas met de Commissie contact heeft opgenomen nadat Takeda zich reeds had gemeld, heeft zij toch op eigen initiatief contact opgenomen met de Commissie voordat zij enig verzoek om inlichtingen had ontvangen. Daarnaast heeft Daesang tijdens de gehele duur van het onderzoek volledig aan het onderzoek van de Commissie meegewerkt. Daesang heeft eveneens informatie verstrekt op grond waarvan de feiten konden worden vastgesteld met betrekking tot het bestaan van de kartelafspraken van vóór 1992.

(291) De informatie die Daesang heeft verstrekt, voordat de Commissie haar een verzoek om inlichtingen had toegezonden, was gedetailleerd en werd door de Commissie

uitsluitend gebruikt ten behoeve van haar onderzoek. Daesang heeft met name, maar niet uitsluitend, waardevolle informatie verstrekt inzake de werkwijze van het kartel vóór 1992. Nadat zij de mededeling van punten van bezwaar had ontvangen, heeft Daesang de feiten waarop de Commissie haar bevindingen baseert niet fundamenteel betwist. Daesang voldoet derhalve aan de in afdeling D, punt 2, eerste en tweede streepje, van de clementieregeling beschreven voorwaarden en dient dan ook in aanmerking te komen voor een vermindering van de geldboete met 50 %.

(292) Cheil heeft vele uit de periode stammende verslagen over bijeenkomsten en contacten verstrekt en heeft zodoende bijgedragen tot vaststelling van het bestaan van het kartel. De door Cheil verstrekte informatie werd uitgebreid gebruikt door de Commissie. Daarnaast betwist Cheil de in de mededeling van punten van bezwaar beschreven feiten niet. Derhalve moet worden geconcludeerd dat Cheil voldoet aan de voorwaarden die worden beschreven in afdeling D, punt 2, eerste en tweede streepje, van de clementieregeling, zoals Cheil betoogt. Gelet op de algehele samenwerking die Cheil heeft verleend aan het onderzoek van de Commissie dient zij derhalve in aanmerking te komen voor een vermindering van 40 % van de boete die zou zijn opgelegd indien zij niet met de Commissie zou hebben samengewerkt.

(293) Ajinomoto heeft gedurende de gehele duur van het onderzoek volledig met de Commissie samengewerkt; zij hielp de Commissie bij de vaststelling van het bestaan van de inbreuk, verstrekte uit de periode stammende documenten die door de Commissie uitgebreid werden gebruikt evenals verduidelijkingen inzake de werking van de afspraken. Ajinomoto voldoet derhalve aan de voorwaarden van afdeling D, punt 2, eerste streepje, van de clementieregeling.

(294) Ajinomoto betwist echter de feiten die zijn beschreven in de mededeling van punten van bezwaar met betrekking tot de duur van het kartel. Om die reden komt Ajinomoto niet in aanmerking voor een vermindering van de geldboete krachtens afdeling D, punt 2, tweede streepje, van de clementieregeling. Op basis van het vorengaande wordt geconcludeerd dat Ajinomoto voldoet aan de voorwaarden als beschreven in afdeling D, punt 2, eerste streepje, van de clementieregeling en dienovereenkomstig in aanmerking zou moeten komen voor een vermindering van 30 %.

#### **Conclusie inzake de toepassing van de clementieregeling**

(295) Concluderend kent de Commissie de adressaten van deze beschikking, gelet op de aard van hun medewerking en met inachtneming van de clementieregeling, de volgende verminderingen van hun respectieve geldboeten toe:

- Takeda: een vermindering met 100 %
- Ajinomoto: een vermindering met 30 %
- Daesang: een vermindering met 50 %
- Cheil: een vermindering met 40 %

**5. Definitieve bedragen van de in deze procedure op te leggen geldboeten**

(296) Concluderend dienen de op te leggen geldboeten uit hoofde van artikel 15, lid 2, onder a), van Verordening nr. 17 als volgt te zijn:

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

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

*Artikel 1*

Ajinomoto Company Incorporated, Takeda Chemical Industries Limited, Daesang Corporation en Cheil Jedang Corporation hebben inbreuk gemaakt op artikel 81, lid 1, van het Verdrag en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst door op de wijze en in de mate als beschreven in de motivering, deel te nemen aan een geheel van afspraken en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de nucleotidensector.

De duur van de inbreuk was als volgt:

- a) Ajinomoto Company Incorporated, van 8 november 1988 tot september 1997;
- b) Takeda Chemical Industries Limited, van 8 november 1988 tot juni 1998;
- c) Daesang Corporation, van 19 december 1988 tot eind 1997;
- d) Cheil Jedang Corporation, van maart 1989 tot juni 1998.

*Artikel 2*

De in artikel 1 genoemde ondernemingen beëindigen de in dat artikel bedoelde inbreuken onmiddellijk, indien zij dit niet reeds hebben gedaan.

Met betrekking tot hun nucleotidenactiviteiten onthouden zij zich van overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die hetzelfde of een soortgelijk doel of gevolg kunnen hebben als de inbreuk.

*Artikel 3*

Voor de in artikel 1 bedoelde inbreuk worden aan de in dat artikel genoemde ondernemingen de volgende geldboeten opgelegd:

- Ajinomoto Company Incorporated, een geldboete van 15 540 000 EUR

- Daesang Corporation, een geldboete van 2 280 000 EUR
- Cheil Jedang Corporation, een geldboete van 2 736 000 EUR

De geldboeten dienen binnen drie maanden te rekenen vanaf de datum van kennisgeving van deze beschikking, te worden betaald door overmaking op de volgende bankrekening van de Europese Commissie:

Rekening nr. 642-0029000-95  
 SWIFT-code: BBVABEBB  
 IBAN-code: BE76 6420 0290 0095  
 Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) S.A.  
 Kunstlaan 43  
 B-1040 Brussel

Na het verstrijken van deze termijn is van rechtswege rente verschuldigd tegen de door de Europese Centrale Bank toegepaste rentevoet voor de basisherfinancieringstransacties op de eerste werkdag van de maand tijdens welke deze beschikking werd gegeven, vermeerderd met 3,50 procentpunt, ofwel 6,75 %.

*Artikel 4*

Deze beschikking is gericht tot:

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

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

Cheil Jedang Corporation  
 6F, Cheiljedang Bldg  
 Namdaemoon-Ro  
 Chung-Ku, 100-095 Seel  
 Korea

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

Deze beschikking vormt een executoriale titel overeenkomstig artikel 256 van het Verdrag.

Gedaan te Brussel, 17 december 2002.

*Voor de Commissie*

Mario MONTI

*Lid van de Commissie*



**BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE****van 16 juli 2003****inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-overeenkomst****(Zaak COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Network Sharing Rahmenverdrag)***(Kennisgeving geschied onder nummer C(2003) 2432)***(Slechts de tekst in de Duitse taal is authentiek)****(Voor de EER relevante tekst)**

(2004/207/EG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap,

Gelet op de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte,

Gelet op Verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag <sup>(1)</sup>, laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1/2003 <sup>(2)</sup>, en met name op de artikelen 2, 6 en 8,

Gezien het verzoek om een negatieve verklaring en de aanmelding met het oog op een vrijstelling die op 6 februari 2002 overeenkomstig de artikelen 2 en 4 van Verordening nr. 17 zijn ingediend,

Gezien de bekendmaking, overeenkomstig artikel 19, lid 3, van Verordening nr. 17 en artikel 3 van Protocol nr. 21 van de EER-overeenkomst, van het essentiële gedeelte van het verzoek en de aanmelding <sup>(3)</sup>,

Na raadpleging van het Adviescomité voor mededingingsregelingen en machtsposities,

Gezien het eindverslag van de raadadviseur-auditeur in deze zaak <sup>(4)</sup>,

Overwegende hetgeen volgt:

**1. INLEIDING**

(1) Op 6 februari 2002 deden T-Mobile Deutschland GmbH (hierna: „T-Mobile”) en O2 Germany &amp; Co OHG (hierna:

„O2 Germany”) bij de Commissie aanmelding van een kaderovereenkomst van 20 september 2001 betreffende medegebruik van infrastructuur en nationale roaming voor mobiele GSM-telecommunicatie van de derde generatie (hierna: „3G”) op de Duitse markt (hierna: „de overeenkomst”). In hun aanmelding hebben T-Mobile en O2 Germany (hierna: „de partijen”) verzocht om een negatieve verklaring op grond van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag of artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst of een vrijstelling op grond van artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag of artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst <sup>(5)</sup>.(2) In februari 2002 maakte de Commissie een eerste samenvatting van de aangemelde overeenkomst bekend, met het verzoek aan derden hun opmerkingen kenbaar te maken <sup>(6)</sup>. Vervolgens werd in september 2002 een bekendmaking op grond van artikel 19, lid 3, van Verordening nr. 17 gepubliceerd; daarin zette de Commissie haar voorlopige standpunt uiteen en bood zij derden de gelegenheid hun opmerkingen te maken over haar voorgenomen gunstige oordeel <sup>(7)</sup>. In februari 2003 werden de derde partijen die op de bekendmaking uit hoofde van artikel 19, lid 3, van Verordening nr. 17 hadden gereageerd, nogmaals geraadpleegd over bepaalde wijzigingen op de aangemelde overeenkomst. De onderhavige beschikking vormt de laatste fase in het besluitvormingsproces van de Commissie.<sup>(1)</sup> PB 13 van 21.2.1962, blz. 204/62.<sup>(2)</sup> PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1.<sup>(3)</sup> PB C 189 van 9.8.2002, blz. 22.<sup>(4)</sup> PB C 64 van 12.3.2004.<sup>(5)</sup> De Commissie heeft ook een op 6 februari 2002 gedateerde verwante aanmelding ontvangen van O2 UK Limited (voorheen: BT-Cellnet Limited) en BT 3G Limited, en van T-Mobile UK (voorheen: One2One Personal Communications Limited) betreffende een bilaterale overeenkomst inzake de uitrol van een 3G-netwerk en bilaterale 3G-roaming in het Verenigd Koninkrijk. Deze overeenkomst is afzonderlijk behandeld (zaak COMP/38.370 — UK Network Sharing Agreement) en op 30 april 2003 is een beschikking in dezen gegeven.<sup>(6)</sup> PB C 53 van 28.2.2002, blz. 18.<sup>(7)</sup> PB C 189 van 9.8.2002, blz. 22.

## 2. DE PARTIJEN

- (3) T-Mobile is een exploitant van digitale mobiele telecommunicatienetwerken en -diensten in Duitsland, die gebaseerd zijn op van de normen van de GSM-familie. T-Mobile biedt in Duitsland GSM-diensten aan op basis van een GSM 900-licentie. In augustus 2000 kreeg zij een licentie voor het Universal Mobile Telecommunications System (hierna: „UMTS”) in Duitsland<sup>(8)</sup>. Zij is een volle dochteronderneming van T-Mobile International AG, die op haar beurt een volle dochteronderneming is van Deutsche Telekom AG (hierna: „DTAG”), de gevestigde vaste-netwerkeexploitant.
- (4) T-Mobile International AG is een internationale holding die actief is in mobiele telecommunicatie. Haar belangrijkste dochterondernemingen opereren in het Verenigd Koninkrijk (T-Mobile (UK) Limited, T-Motion, Virgin Mobile), Oostenrijk, Tsjechië en de Verenigde Staten. T-Mobile International AG heeft ook dochterondernemingen die actief zijn in Nederland, Rusland en Polen. In het boekjaar 2001 behaalde DTAG een wereldwijde omzet van 48,3 miljard EUR, terwijl de omzet van T-Mobile International AG wereldwijd 14,6 miljard EUR bedroeg.
- (5) Ook O2 Germany exploiteert digitale mobiele telecommunicatienetwerken en -diensten in Duitsland, waar zij als laatste van vier exploitanten de markt betrad op basis van een in 1997 toegekende GSM 1800-licentie. In augustus 2000 kreeg zij een UMTS-licentie. O2 Germany is een volle dochteronderneming van mmO2 plc, het vroegere BT Cellnet Limited, een onderneming die voordien onder de zeggenschap stond van British Telecommunications plc. Via dochterondernemingen exploiteert mmO2 netwerken in het Verenigd Koninkrijk (O2 UK), Duitsland (VIAG, omgedoopt in O2 Germany), Ierland (Digifone, nu O2 Ireland) en op het eiland Man (Manx Telecom). In het boekjaar dat afliep op 31 maart 2002, behaalde de mmO2-groep een omzet van 4,3 miljard GBP (circa 6,7 miljard EUR).

## 3. JURIDISCHE EN FEITELIJKE ACHTERGROND

### 3.1. De ontwikkeling van 3G in de Europese Unie

- (6) In Europa was de eerste generatie („1G”) van mobiele communicatiesystemen gebaseerd op analoge technologie. Deze werd begin jaren negentig gevolgd door de systemen van de tweede generatie („2G”) waarbij digitale technologie werd geïntroduceerd, met name GSM 900 (het European Global System for Mobile Communications) en DCS 1800 (de zogenoemde Personal Communications Networks PCN-diensten). Zowel GSM 900- als

DCS 1800-diensten worden doorgaans GSM-diensten genoemd. Standaard GSM-communicatie verloopt circuitgeschakeld, hetgeen inhoudt dat voor iedere oproep een fysieke verbinding wordt gemaakt die gereserveerd is voor de beide communicerende eindpunten voor de duur van de verbinding. De transmissiesnelheid voor GSM bedraagt 9,6 tot 11,4 kbit/s (kilobits per seconde), of bij compressie 14 kbit/s, hetgeen basistelefoondiensten, Short Messaging Service (SMS) en e-mail, en circuitgeschakelde dataoverdracht mogelijk maakt.

- (7) Verbeterde „2,5G” mobiele technologieën die gebruik maken van doeltreffender pakketgeschakelde communicatie om data in pakketten naar hun bestemming te sturen (via verschillende routes) zonder dat een apart transmissiekanaal moet worden gereserveerd (radiomiddelen worden alleen gebruikt wanneer gebruikers ook daadwerkelijk data doorzenden of ontvangen), worden ontwikkeld om een groter scala aan diensten aan te bieden, zoals mobiele e-mail, visuele communicatie, multimedia messaging en locatiegebaseerde diensten. General Packet Radio Service („GPRS”) is een van de belangrijkste 2,5G-technologieplatformen die een permanente verbinding, grotere capaciteit en pakketgeschakelde datadiensten biedt. GPRS-datatransmissiesnelheden liggen tussen 30 en 40 kbit/s en met EDGE-technologie tussen 80 en 130 kbit/s, afhankelijk van de specifieke gebruikssituatie. Dit maakt diensten zoals mobiele internetbasistoegang, mobiele radio en locatiegebaseerde diensten mogelijk<sup>(9)</sup>.
- (8) Momenteel wordt eraan gewerkt een derde generatie („3G”) van mobiele technologie, toepassingen en diensten op de markt te brengen<sup>(10)</sup>. 3G bouwt voort op 2,5G-technologie, waarbij pakket- en circuitgeschakelde datatransmissie worden geïntegreerd. Dit systeem is technisch al in staat een snelheid van 144 kbit/s te bereiken maar zal uiteindelijk in de praktijk snelheden kunnen bereiken tot maximaal 384 kbit/s<sup>(11)</sup>. 3G-diensten zijn mobiele communicatiediensten die vooral geschikt zijn voor innovatieve multimediasystemen welke verder gaan dan de mogelijkheden van de systemen van de tweede generatie zoals GSM, en waarbij gecombineerd gebruik kan worden gemaakt van terrestrische en satellietcomponenten<sup>(12)</sup>.

<sup>(8)</sup> In augustus 2000 kende de Duitse overheid zes 3G-licenties toe na een frequentieverveiling die 50,8 miljard EUR opleverde. De bedrijven die een licentie hebben gekregen zijn T-Mobile, Vodafone-Mannesmann, E-Plus, Viag Interkom Group, Group 3G en Mobilcom multimedia. Zowel Group 3G als Mobilcom multimedia hebben hun 3G-activiteiten inmiddels gestaakt en het is niet duidelijk of hun frequenties opnieuw voor 3G-doeleinden zullen worden uitgegeven.

<sup>(9)</sup> Andere, minder wijdverspreide technologieën zijn onder meer WAP (Wireless Application Protocol), HSCSD (High-speed circuit switched data) en EDGE (Enhanced Data GSM Environment).

<sup>(10)</sup> UMTS (Universal Mobile Telecommunications System) is een van de belangrijkste nieuwe systemen voor mobiele communicatie van de „derde generatie” (3G) dat wordt ontwikkeld binnen het door de International Telecommunications Union (ITU) vastgestelde kader, dat algemeen bekend staat als IMT-2000.

<sup>(11)</sup> De precieze transmissiesnelheid hangt af van parameters zoals het tijdstip en de locatie van de oproep, het aantal gebruikers binnen een cel en de gebruikte toepassingen, aangezien de beschikbare snelheid over de verschillende gebruikers en toepassingen moet worden verdeeld.

<sup>(12)</sup> „De invoering van mobiele communicatie van de derde generatie in de Europese Unie: Stand van zaken en de weg vooruit” (Invoering 3G in de Europese Unie), COM(2001) 141 def. van 20 maart 2001.

- (9) In bijlage I van Beschikking nr. 128/1999/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 1998 betreffende de gecoördineerde invoering van de derde generatie van mobiele draadloze communicatiesystemen (UMTS) in de Gemeenschap<sup>(13)</sup> (hierna: „de UMTS-beschikking”) worden de eigenschappen gegeven waarvoor UMTS geschikt moet zijn. Het gaat daarbij onder meer om:
- multimediamogelijkheden, toepassingen voor volledige mobiliteit en beperkte mobiliteit in verschillende geografische omgevingen die verder gaan dan de mogelijkheden van systemen van de tweede generatie;
  - efficiënte toegang tot internet, intranetten en andere op het internetprotocol gebaseerde diensten;
  - spraaktransmissie van hoge kwaliteit, vergelijkbaar met die van vaste netwerken;
  - portabiliteit van de diensten tussen 3G-omgevingen en
  - gebruik in één enkele naadloze omgeving, die volledige roaming omvat met GSM, alsmede tussen de terrestrische en satellietcomponenten van UMTS-netwerken. Aangezien 3G-netwerken en -diensten nog niet volledig beschikbaar zijn, is het niet mogelijk een betrouwbaar overzicht van alle diensten te geven. Wel kunnen voorbeelden worden gegeven van de diensten die worden verwacht, zoals mobiele videoconferenties, mobiele videofoon/mail, geavanceerde autonavigatiesystemen, digitaal shoppen in catalogi en diverse zakelijke (B2B) toepassingen<sup>(14)</sup>.
- (10) De ontwikkeling van 3G in de Europese Unie is gebaseerd op het gemeenschappelijke UMTS-technologieplatform, de harmonisering van het radiospectrum en de vaststelling van een geharmoniseerd regelgevingskader. Deze harmoniseringsdoelstellingen zijn gedeeltelijk verwezenlijkt door Richtlijn 97/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 10 april 1997 betreffende een gemeenschappelijk kader voor algemene machtigingen en individuele vergunningen op het gebied van telecommunicatiediensten<sup>(15)</sup>. Deze werd eind 1998 gevolgd door de al genoemde (overweging 9) beschikking betreffende de gecoördineerde invoering van de derde generatie van mobiele draadloze communicatiesystemen (UMTS) in de Gemeenschap<sup>(16)</sup>. In deze richtlijn werd de lidstaten gevraagd om vóór 1 januari 2002 op hun grondgebied de invoering van UMTS-diensten mogelijk te maken en werd de nadruk gelegd op de rol van technische instanties zoals de Europese Conferentie van post- en telecommunicatieadministraties (CEPT) en het Europees Instituut voor telecommunicatienormen (ETSI) voor het harmoniseren van het frequentiegebruik en het bevorderen van een gemeenschappelijke en open norm voor de levering van compatibele UMTS-diensten in heel Europa.
- (11) Ten slotte maakte de Commissie in maart 2001 een mededeling bekend waarin voor de invoering van mobiele communicatie van de derde generatie in de Europese Unie de stand van zaken werd opgemaakt en een beschrijving werd gegeven van de weg vooruit<sup>(17)</sup>. In deze mededeling werd nota genomen van het feit dat de samenloop van de moeilijke financiële situatie van telecombedrijven in heel de Europese Unie en de hoge kosten die gepaard gaan met investeringen in infrastructuur, de exploitanten ertoe brengt afspraken te maken over het medegebruik van netwerkinfrastructuur. Daarbij was de conclusie dat medegebruik van netwerkinfrastructuur in beginsel aangevoerd moet worden, gezien de potentiële economische voordelen ervan, op voorwaarde dat de mededingingsregels en de bepalingen van andere relevante Gemeenschapswetgeving in acht worden genomen<sup>(18)</sup>. In haar van 11 juni 2002 daterende follow-upmededeling „Naar de volledige uitrol van het mobiele communicatiesysteem van de derde generatie”<sup>(19)</sup> benadrukte de Commissie dat zij samen met de nationale overheden door zou gaan met de werkzaamheden om een „beste praktijk”-aanpak voor medegebruik van netwerken tot stand te brengen. De Commissie heeft op 11 februari 2003 nog een mededeling gepubliceerd aangaande „Elektronische communicatie: De weg naar de kenniseconomie”<sup>(20)</sup>.

### 3.2. Medegebruik van netwerken en nationale roaming

- (12) Medegebruik van 3G-netwerken kan plaatsvinden op een aantal verschillende niveaus en kan uiteenlopende vormen van samenwerking omvatten. Hoe groot de onafhankelijkheid is die de betrokken exploitanten behouden, hangt af van de vraag welke netwerkonderdelen zij met elkaar delen en welke mogelijkheden zij behouden om afzonderlijke elementen toe te voegen (planningsvrijheid). Het fundamentele onderscheid dat relevant is in het kader van de overeenkomst tussen de partijen over medegebruik van netwerken, is het onderscheid tussen het draadloze toegangsnetwerk (Radio Access Network — hierna: „RAN”) en het core- of backbone-netwerk.

#### 3.2.1. RAN

- (13) Het RAN omvat de mast-/antenneopstelpunten, facilitaire containers (site support cabinets — hierna: „SSC's”) en stroomvoorziening, alsmede antennes, combinators en transmissieverbindingen, nodes B (de basisstations, die via RF-signalen data ontvangen en versturen en een specifieke netwerkcel controleren) en de RF-netwerkbesturingen (radio network controllers — hierna: „RNC's”), die elk een aantal van dergelijke basisstations aansturen en verbonden zijn met het core-netwerk.

#### 3.2.2. Core-netwerk

- (14) Het core-netwerk is het intelligente deel van het netwerk dat bestaat uit mobiele schakelcentrales (Mobile Switching Centres — hierna: „MSC's”), diverse support nodes, services platforms, Client Home Location Registers, en exploitatie- en onderhoudscentra. Het is aangesloten op het vaste ISDN-netwerk (Integrated Services Digital Network) en op internetnetwerken (zie figuur 1).

<sup>(13)</sup> PB L 17 van 22.1.1999, blz. 1.

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

<sup>(15)</sup> PB L 117 van 7.5.1997, blz. 15. In deze richtlijn worden de procedures voor de verlening van machtigingen voor de verstrekking van telecommunicatiediensten beschreven, alsmede de voorwaarden die daaraan worden verbonden.

<sup>(16)</sup> UMTS-beschikking, zie voetnoot 13.

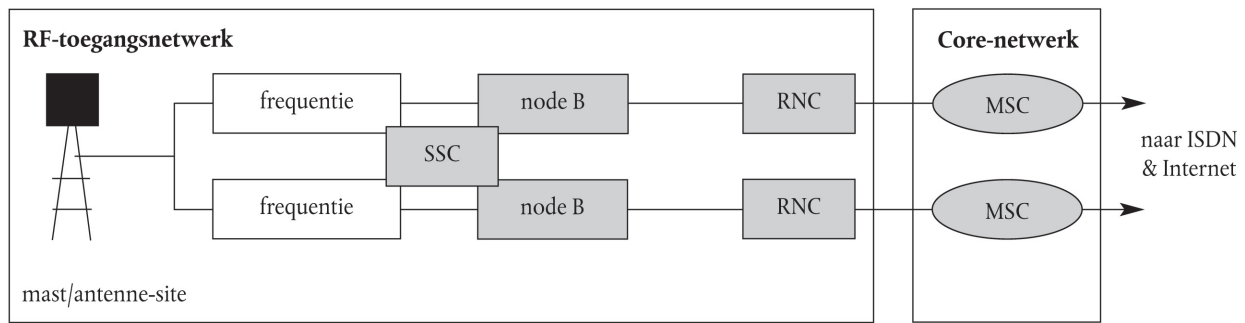
<sup>(17)</sup> COM(2001) 141 def. van 20 maart 2001, zie voetnoot 12.

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

<sup>(19)</sup> COM(2002) 301 def. van 11 juni 2002.

<sup>(20)</sup> COM(2003) 65 def. van 11 februari 2003.

Figuur 1: UMTS-netwerk



(15) In volgorde van toenemende mate van medegebruik van netwerken, kan onderscheid worden gemaakt tussen medegebruik van:

- locaties (sites), variërend van medegebruik van afzonderlijke antenneopstelpunten tot grid sharing (waarvoor een uniforme lay-out van netwerken vereist is), maar het kan ook gaan om ondersteunende infrastructuur voor deze locaties, zoals SSC's;
- basisstations (nodes B) en antennes;
- RF-netwerkbesturing (RNC's);
- core-netwerken, met inbegrip van mobiele schakelcentrales (MSC's) en diverse databases;
- frequenties.

(16) Ten slotte gaat het bij nationale roaming om een situatie waarin de samenwerkende exploitanten netwerkonderdelen niet als dusdanig delen, maar gewoon elkaars netwerk gebruiken om diensten te leveren aan hun eigen klanten.

(17) In hun aanmelding gebruiken de partijen het begrip „uitgebreide site-sharing” voor medegebruik van infrastructuur tot net onder het niveau van nodes B en RNC's (overweging 15, punt a)). Zij spreken van „RAN-sharing” wanneer ze het gezamenlijke gebruik bedoelen van het volledige radionetwerk, tot en met het niveau van nodes B en RNC's (overweging 15, punt a), b) en c)). De partijen zijn niet voornemens hun core-netwerken of frequenties te delen. Hun (gewijzigde) overeenkomst heeft betrekking op nationale roaming van O2 Germany op het netwerk van T-Mobile binnen het gebied van de 50 %-dekkingsverplichting en op wederzijdse roaming tussen de partijen daarbuiten.

### 3.3. Het nationale regelgevingskader

(18) In het kader van medegebruik van netwerkinfrastructuur moet, behalve het Gemeenschapsrecht, ook rekening

gehouden worden met de toepasselijke nationale vereisten inzake vergunningen en regelgeving <sup>(21)</sup>. Zowel in het algemene nationale regelgevingskader in Duitsland als in de voorwaarden van de 3G-licenties van de partijen worden parameters gegeven voor het medegebruik van netwerken. Deze omvatten:

- eisen inzake de feitelijke dekkingsgraad die bij de uitrol van netwerken binnen een bepaalde termijn gehaald moet worden: met name de eis dat tegen eind 2003 een dekkingsgraad van 25 % van de bevolking gerealiseerd is en dat tegen eind 2005 de dekkingsgraad 50 % van de bevolking bedraagt, een doelstelling die niet via nationale roaming bereikt mag worden, maar wel via medegebruik van infrastructuur <sup>(22)</sup>;
- algemene verplichtingen met betrekking tot bv. medegebruik van locaties en antennes vanwege voorschriften inzake ruimtelijke ordening en milieubezwaren;
- beperkingen wat betreft de omvang van het toegestane medegebruik van een netwerk in verband met bv. het delen van netwerkinformatie en gevoelige informatie over klanten.

<sup>(21)</sup> Een aantal nationale toezichthouders in de Europese Unie heeft richtsnoeren bekendgemaakt inzake de voorwaarden waaronder het medegebruik van infrastructuur in overeenstemming zou zijn met de nationale vergunningsstelsels en regelgeving. In Duitsland heeft de „Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post” (RegTP) een document gepubliceerd waarin zij haar interpretatie geeft van de UMTS-licentiecriteria in het licht van de recente technologische vooruitgang, RegTP (6 juni 2001), te vinden op [www.regtp.de](http://www.regtp.de). In mei 2001 maakte Ofcom, de Britse toezichthouder, een informatienotitie bekend over „3G mobile infrastructure sharing in the UK”, te vinden op <http://www.ofcom.gov.uk/publications/mobile/infrashare0501.htm>. Ook de Nederlandse en Franse toezichthouders hebben gelijksoortige richtsnoeren bekendgemaakt, die te vinden zijn op hun respectieve websites: [http://www.opta.nl/download/concept\\_notitie\\_nma\\_vw\\_opta\\_umts\\_netwerken\\_190701.pdf](http://www.opta.nl/download/concept_notitie_nma_vw_opta_umts_netwerken_190701.pdf) en <http://www.art-telecom.fr/dossiers/umts/partage-infras.htm>.

<sup>(22)</sup> De minimumtransmissiesnelheid die nodig is om aan de dekkingseis te voldoen, zal door RegTP worden gespecificeerd na een volgende openbare raadpleging. Conform de technische specificaties voor 3G-diensten zal deze naar verwachting rond of boven 144 kbit/s komen te liggen.

- (19) De Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (hierna: „RegTP”) is de nationale toezichthouder die bevoegd is voor de aangemelde overeenkomst. In juni 2001 maakte RegTP algemene richtsnoeren bekend waarin zij zich positief opstelde ten aanzien van medegebruik van infrastructuur, mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan <sup>(23)</sup>.
- (20) Meer bepaald sloot RegTP medegebruik van het core-netwerk en het poolen van frequenties uit, maar stond zij het medegebruik toe van opstelpunten, masten, antennes, kabels en combiners, alsmede het medegebruik van SSC's en het medegebruik van logisch gescheiden node B's en RNC's <sup>(24)</sup>, op voorwaarde dat:
- elke vergunninghouder onafhankelijke controle heeft over zijn eigen logische node B of RNC;
  - de uitwisseling van gegevens, zoals gebruikersgegevens, niet verder gaat dan hetgeen vereist is voor de technische exploitatie;
  - exploitatie- en onderhoudscentra gescheiden zijn;
  - additionele eigen nodes B of eigen RNC's kunnen worden gebruikt om onafhankelijkheid te garanderen op het gebied van planning, en de eigen, door de exploitant uitsluitend zelf bediende nodes B aangesloten zijn op de eigen logische RNC's, en
  - dat er geen regionale opdeling is van de dekkingengebieden waardoor overlappingsgebieden in netwerken en dekkingengebieden worden uitgesloten, d.w.z. de partijen mogen niet overeenkomen om elk voor slechts één specifiek en afzonderlijk geografisch gebied dekking te geven en van roaming op het netwerk van de wederpartij gebruik te maken in die gebieden welke niet door hun eigen netwerk gedekt worden.
- (21) Op 7 december 2001 kwam RegTP tot de bevinding dat de kaderovereenkomst van de partijen in overeenstemming was met deze eisen van de toezichthouder, mits de partijen de verplichtingen van logisch onafhankelijke controle over nodes B en RNC's zouden naleven. Voorts was aan de goedkeuring van de RegTP de verplichting gekoppeld verslag uit te brengen over de geografische spreiding van gedeelde infrastructuur, en de eis dat zij de respectieve verplichtingen om een dekkinggraad van 50 % van de bevolking te verwezenlijken, zouden respecteren <sup>(25)</sup>.
- (22) Met inachtneming van het beginsel van het primaat van het Gemeenschapsrecht moeten het nationale regelgevingskader en de EU-mededingingsbepalingen parallel en cumulatief worden toegepast. Nationale regels mogen niet strijdig zijn met de EU-mededingingsregels, noch kan met de verenigbaarheid met de nationale regels en voorschriften worden vooruitgelopen op de uitkomst van een toetsing aan de EU-mededingingsregels. Bijgevolg

dient de aangemelde overeenkomst volledig onderzocht te worden in het licht van de EU-mededingingsregels.

#### 4. DE OVEREENKOMST

- (23) De partijen hebben de aangemelde overeenkomst, te weten een kaderovereenkomst waarin de belangrijkste voorwaarden voor hun samenwerking op het gebied van 3G-infrastructuur in Duitsland uiteengezet worden, gesloten op 20 september 2001. De overeenkomst is door de partijen gewijzigd, met name wat roaming betreft. De overeenkomst heeft directe gevolgen voor de positie van de partijen op de Duitse markt voor i) sites en site-infrastructuur voor digitale mobiele communicatiediensten, en ii) wholesaletoeegang tot roaming voor 3G-communicatiediensten. De overeenkomst heeft mogelijke uitstralingseffecten op verwante markten.
- (24) De doelstellingen van de gewijzigde overeenkomst zijn het behalen van efficiencyverbeteringen bij de kapitaaluitgaven en het verwezenlijken van besparingen op het gebied van exploitatiekosten waardoor de financiële situatie van de partijen wordt verbeterd zodat zij zich een betere marktpositie kunnen verwerven; het verruimen van de geografische dekkinggraad bij een beperking van de milieu-impact en het bereiken van een snellere uitrol van 3G-netwerkinfrastructuur en een vroege start van de 3G-dienstverlening. De overeenkomst legt de grondslag voor samenwerking tussen de partijen op het gebied van:
- uitgebreide site-sharing: wederzijds delen van locaties en elementen van locatie-infrastructuur zoals mastopstelpunten, SSC's en stroomvoorziening, alsmede zo mogelijk antennes, combiners en transmissieverbindingen, binnen een geografisch gebied dat voldoende groot is om de partijen in staat te stellen elk te voldoen aan hun wettelijke verplichting vóór eind 2005 een dekkinggraad van 50 % van de bevolking tot stand te brengen;
  - RAN-sharing: wederzijds delen van nodes B (d.w.z. de basisstations die via bepaalde frequenties gegevens ontvangen en versturen en een specifieke netwerkcel controleren) en de RNC's die elk een aantal van dergelijke basisstations aansturen en verbonden zijn met het core-netwerk;
  - nationale roaming: O2 Germany-klanten kunnen, met de in punt 4.3.1 beschreven beperkingen, tussen 1 januari 2003 en 31 december 2008 roamen op het netwerk van T-Mobile — maar niet omgekeerd — binnen het gebied waar O2 Germany een dekkinggraad van 50 % moet verwezenlijken. Voor de rest van Duitsland buiten het gebied van de 50 %-dekkingverplichting van elke partij wordt wederzijdse roaming toegestaan voor de duur van de overeenkomst.
- (25) De partijen zullen afzonderlijke core-netwerken en dienstverlening handhaven, en zullen hun frequenties niet delen. De overeenkomst is niet exclusief in zoverre beide partijen met derden overeenkomsten kunnen aangaan over uitgebreide site-sharing, RAN-sharing en nationale roaming (artikel 1.3). De belangrijkste bepalingen uit de overeenkomst worden hierna nader beschreven.

<sup>(23)</sup> RegTP (6 juni 2001), te vinden op [www.regtp.de](http://www.regtp.de).

<sup>(24)</sup> „Logisch gescheiden” betekent dat een onderdeel van één enkel fysiek netwerk, door de programmering ervan, logisch gescheiden operaties kan uitvoeren voor de beide netwerken, als ging het om twee afzonderlijke nodes B of RNC's.

<sup>(25)</sup> Brief van RegTP d.d. 7 december 2001 aan de Commissie.

#### 4.1. Uitgebreide site-sharing

- (26) De partijen zullen elk hun eigen netwerkinfrastructuur uitbouwen, maar zullen samenwerken op basis van „uitgebreide site-sharing” in het gebied waarin zij volgens hun licentie verplicht zijn om uiterlijk eind 2005 een dekkingsgraad van 50 % van de bevolking te verwezenlijken. In het kader van de overeenkomst omvat „uitgebreide site-sharing” medegebruik van gemeenschappelijke SSC's en stroomvoorziening, en eventueel antennes, combinators en transmissieverbindingen.
- (27) In de overeenkomst zijn specifieke regels vastgesteld voor het bepalen van de locaties die in aanmerking komen voor toepassing van de afspraken inzake medegebruik. Volgens artikel 2.1 moet iedere partij eerst elk haar eigen uitrolplannen zelfstandig opstellen; vervolgens worden de plannen verdeeld in planningsperiodes van [(\*)<sup>(26)</sup>], waarbij wordt aangegeven welke gebieden T-Mobile en O2 Germany elk willen gaan uitbouwen. De geografische gebieden die de partijen relevant achten voor de uitrol van hun eigen individuele netwerk, zullen op geregelde tijdstippen vergeleken worden, en waar er sprake is van overlapping kunnen dergelijke gebieden aangemerkt worden als gebieden voor het medegebruik van infrastructuur. De lokale technische afdelingen van de partijen zullen bepalen welke locaties in aanmerking komen voor uitgebreide site-sharing op basis van zo groot mogelijke kostenbesparingen.
- (28) In artikel 3.2 is uitdrukkelijk bepaald dat de partijen niet gezamenlijk eigenaar kunnen zijn van of zeggenschap kunnen hebben over onderdelen van opstelpunten die onder de uitgebreide site-sharingovereenkomst vallen. De partij die eigenaar is van of zeggenschap heeft over de specifieke onderdelen voor site-sharing, moet de wederpartij evenwel toestaan daarvan gebruik te maken. Volgens artikel 3.3 wordt in een nog te sluiten bilaterale kaderovereenkomst inzake opstelpunten de positie uiteengezet wat betreft gemeenschappelijk en economisch gebruik, alsmede de regeling van de kosten (kostprijzen) voor gedeelde locaties. T-Mobile heeft inmiddels de eigendom van haar sites overgedragen aan de pas opgerichte zelfstandige rechtspersoon Deutsche Funkturm GmbH, die nog geen onderhandelingen heeft gevoerd met O2 Germany over de voorwaarden van zo'n kaderovereenkomst. Omdat een dergelijke overeenkomst tot op heden nog niet is gesloten en de Commissie nog geen bijzonderheden heeft ontvangen omtrent de voorwaarden ervan, neemt zij nog geen standpunt in over deze overeenkomst, die hoe dan ook buiten het bestek van deze beschikking valt.
- (29) De overeenkomst bevat ook garanties in verband met de uitwisseling van vertrouwelijke informatie. Volgens artikel 2.6 kan enkel informatie uitgewisseld worden die noodzakelijk is voor de technische uitvoering van uitgebreide site-sharing. Volgens de overeenkomst mag geen andere informatie, met name commercieel gevoelige informatie over klanten, worden uitgewisseld.

(26) Om te waarborgen dat geen vertrouwelijke informatie openbaar wordt gemaakt, zijn gedeelten uit deze tekst weggelaten; deze gedeelten zijn aangeduid met vierkante haakjes en een asterisk.

#### 4.2. RAN-sharing

- (30) Deel 4 van de overeenkomst betreft de samenwerking in de vorm van RAN-sharing. Volgens de overeenkomst kan RAN-sharing het gezamenlijke gebruik van gemeenschappelijke fysieke nodes B en gemeenschappelijke fysieke netwerkbesturing (RNC's) omvatten — (Om binnen het door RegTP vastgestelde kader te blijven, moeten nodes B en RNC's wel logisch gescheiden zijn). Artikel 4.1 bepaalt dat de partijen vóór 30 juni 2002 een haalbaarheidsstudie voor RAN-sharing moeten hebben uitgevoerd. Op basis van die haalbaarheidsstudie hebben de partijen voorlopig geconcludeerd dat zij niet tot RAN-sharing zullen overgaan, maar dat zij deze mogelijkheid in de toekomst opnieuw in overweging kunnen nemen. Volgens artikel 4.2 zullen de partijen, ingeval RAN-sharing haalbaar blijkt, zo snel mogelijk een overeenkomst sluiten waarin de tenuitvoerlegging ervan geregeld wordt. Omdat een dergelijke overeenkomst nog niet is gesloten neemt de Commissie nog geen standpunt in over deze kwestie, die hoe dan ook buiten het bestek van deze beschikking valt.

#### 4.3. Nationale roaming

- (31) Nationale roaming wordt behandeld in hoofdstuk 3 van de overeenkomst (delen 5 tot en met 11), als gewijzigd bij aanvullende overeenkomsten van 20 september 2002, 22 januari 2003 en 21 mei 2003.

##### 4.3.1. *Roaming van O2 Germany op het T-Mobile-net binnen het 50 %-dekkingsgebied*

- (32) Bij de overeenkomst van 22 januari 2003 tot wijziging van de overeenkomst van 20 september 2001 hebben de partijen afgesproken dat T-Mobile aan O2 Germany tussen 1 januari 2003 en 31 december 2008 de mogelijkheid van nationale roaming zal bieden binnen het gebied waarvoor een verplichte dekking van 50 % van de bevolking geldt. Voor roaming binnen het 50 %-dekkingsgebied zal O2 Germany [(\*)] betalen (zie punt 4.3.2 infra).
- (33) Na overleg met de Commissie zijn de partijen overeengekomen roaming binnen het gebied dat onder de 50 %-dekkingsverplichting valt, tot een absoluut minimum te beperken. Derhalve is het gebied dat onder de 50 %-dekkingsverplichting valt, in drie afzonderlijke regio's (de regio's 1, 2 en 3) verdeeld, waarin roaming volgens een afgesproken tijdschema geleidelijk wordt afgeschaft, naargelang O2 Germany een netwerkqualiteit en -dichtheid bereikt die haar in staat stelt doeltreffend te concurreren met de andere netwerkexploitanten met een licentie. De partijen hebben de overeenkomst op 21 mei 2003 in deze zin aangepast.

(34) De indeling in regio's waarin roaming volgens een afgesproken tijdschema geleidelijk zal worden afgeschaft, is als volgt:

- a) regio 1 omvat [belangrijke stedelijke (\*)] gebieden die samen ongeveer [(\*)] van de Duitse bevolking omvatten en waarin O2 Germany zich ertoe verbindt niet meer te zullen roamen en T-Mobile zich ertoe verbindt roaming onmogelijk te zullen maken met ingang van 31 december 2005 <sup>(27)</sup>.
- b) regio 2 omvat [kleinere stedelijke (\*)] gebieden [commercieel gezien van secundair belang (\*)] die samen ongeveer [(\*)] van de Duitse bevolking omvatten, waarin O2 Germany zich ertoe verbindt niet meer te zullen roamen en T-Mobile zich ertoe verbindt roaming onmogelijk te zullen maken met ingang van 31 december 2007 <sup>(28)</sup>.
- c) regio 3 omvat [kleinere stedelijke (\*)] gebieden [commercieel gezien van secundair belang (\*)] die samen ongeveer de laatste [(\*)] van de Duitse bevolking omvatten, waarin O2 Germany zich ertoe verbindt niet meer te zullen roamen en T-Mobile zich ertoe verbindt roaming onmogelijk te zullen maken met ingang van 31 december 2008 <sup>(29)</sup>.

Bij wijze van uitzondering op deze regel zal O2 Germany zowel binnen regio 1 als in regio 2 tot en met 31 december 2008 blijven roamen in de zogenaamde „ondergrondse gebieden”. Volgens het tijdschema mag O2 Germany ook in ondergrondse gebieden in regio 3 blijven roamen tot 31 december 2008 <sup>(30)</sup>.

#### 4.3.2. *Wederzijdse roaming buiten het 50 %-dekkingsgebied*

(35) Voor buiten het 50 %-dekkingsgebied hebben de partijen afspraken gemaakt over de voorwaarden voor wederzijdse aankoop in bulk van zowel circuitgeschakelde als pakketgeschakelde nationale roamingdiensten. O2 Germany verbindt zich ertoe een minimumvolume van dergelijke roamingdiensten van T-Mobile af te nemen. T-Mobile krijgt het recht tegen dezelfde voorwaarden roamingdiensten af te nemen van O2 Germany, maar is daartoe niet verplicht.

<sup>(27)</sup> Regio 1 omvat: [(\*)].

<sup>(28)</sup> Regio 2 omvat: [(\*)].

<sup>(29)</sup> Regio 3 omvat: [(\*)].

<sup>(30)</sup> „Ondergrondse gebieden” zijn gebieden binnen steden of gebieden van de regio's 1, 2 en 3 die deel uitmaken van het ondergrondse openbaar-vervoersysteem (zoals trein en metro), ondergrondse winkelcentra, ondergrondse parkeergarages, tunnels voor voertuigen en voetgangers, en alle andere vergelijkbare ondergrondse gebieden, alsmede de gebieden daar onmiddellijk boven (op straatniveau) doch slechts in zoverre deze ondergrondse gebieden en deze gebieden op straatniveau voor roamingdoeleinden technisch niet van elkaar te scheiden zijn.

(36) In deel 5 van de overeenkomst worden de belangrijkste beginselen uiteengezet inzake nationale roaming. Volgens artikel 5.3 komen de partijen overeen niet te discrimineren tegen andere nationale of internationale roaming-partners. Voorts zal geen van beide partijen de klanten van de wederpartij een minder goede behandeling geven dan haar eigen klanten. In artikel 5.6 verbinden de partijen zich ertoe te garanderen dat de samenwerking op het gebied van roaming geen beperking meebrengt van de concurrentie tussen de partijen op het gebied van dienstverlening.

(37) In deel 6 van de overeenkomst wordt ingegaan op nationale roaming van O2 Germany-klanten op het 3G-netwerk van T-Mobile. Volgens artikel 6.1 zal T-Mobile aan O2 Germany voor de duur van de overeenkomst de mogelijkheid bieden nationale roaming wholesale in te kopen. O2 Germany heeft erin toegestemd binnen drie jaar vanaf de startdatum van de 3G-roamingdiensten voor een bedrag van ten minste [(\*)] aan roamingdiensten van T-Mobile af te nemen (artikel 6.5). De partijen hebben gegevens verschaft die gebaseerd zijn op de ervaring van O2 Germany met roaming op het GSM-netwerk van T-Mobile en waaruit blijkt dat zulks waarschijnlijk een zeer klein deel zal uitmaken van de behoeften van O2 Germany. Omgekeerd wordt in deel 7 ingegaan op nationale roaming door klanten van T-Mobile op het 3G-netwerk van O2-Germany. In artikel 7.1 is bepaald dat T-Mobile de optie heeft, doch niet verplicht is 3G-roamingdiensten af te nemen van O2 Germany. Indien T-Mobile niettemin nationale roamingdiensten van O2 Germany afneemt, dan geldt voor haar dezelfde minimumafnameverplichting als voor O2 Germany (artikel 7.4).

(38) In deel 8 van de overeenkomst worden specifieke regels vastgesteld inzake gebruiksbeperkingen. Volgens artikel 8.3 heeft de partij die nationale roaming aanbiedt, het recht abonnees van de wederpartij uit te sluiten van haar netwerk. Ook kan de partij die gebruik maakt van nationale roaming, haar eigen klanten beletten gebruik te maken van de dienstverlening van de wederpartij. Dit geldt in gevallen waar gebieden elkaar overlappen. In de overeenkomst wordt ook informatie gegeven over waar de uitsluiting geldt en onder welke omstandigheden de partijen afzien van uitsluiting.

(39) In deel 10 wordt inzake de prijsstelling voor 3G-roaming een tweevoudig systeem uitgewerkt. Zo geldt dat voor circuitgeschakelde 3G-roaming (bestemd voor mobiele spraaktelefoniediensten) de tarieven gebaseerd zijn op de respectieve interconnectietarieven voor terminating access van T-Mobile en O2 Germany. Wholesale tarieven voor pakketgeschakelde 3G-roaming (bestemd voor mobiele datadiensten) zijn gebaseerd op een „retail-minus”-tariefmodel (\*) <sup>(31)</sup>, waarbij rekening gehouden wordt met mogelijke toekomstige ontwikkelingen in tarieven voor pakketgeschakelde roaming en in de vraag.

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

(40) In deel 11 van de overeenkomst worden specifieke regels vastgesteld inzake de wederverkoop van nationale roamingcapaciteit aan derden. In artikel 11.1.a wordt de algemene regel geformuleerd dat elke partij het recht heeft de roamingcapaciteit van de wederpartij door te verkopen aan service providers. Dit is in overeenstemming met de uit het nationale recht en hun 3G-licenties voortvloeiende verplichting om toegang te verlenen aan service providers<sup>(32)</sup>. Voor de wederverkoop van roamingcapaciteit aan Mobile Virtual Network Operators („MVNO's”) die spraakdiensten aan eindgebruikers leveren<sup>(33)</sup> en van roamingcapaciteit aan andere netwerkexploitanten met een licentie is evenwel voorafgaande toestemming van de hostexploitant, d.w.z. de wederpartij, noodzakelijk.

(41) Volgens artikel 11.1.b hebben de partijen het recht nationale roamingcapaciteit van de respectieve wederpartij beschikbaar te stellen aan MVNO's voor dataverkeer (hierna: „data-MVNO's”), mits deze MVNO's die capaciteit niet gebruiken voor het leveren van eindgebruikersdiensten die vanuit gebruikersoogpunt in wezen identiek zijn aan end-to-end mobiele spraakdiensten (hierna: „spraak-MVNO's”). De partijen mogen wel roamingcapaciteit voor spraakverkeer doorverkopen aan „data-MVNO's” die als service provider optreden.

(42) Voorts is in artikel 11.1.c bepaald dat voor het doorverkopen van roamingcapaciteit aan andere netwerkexploitanten met een licentie of aan „spraak-MVNO's” in de zin van artikel 11.1.b de toestemming van de wederpartij vereist is. Volgens artikel 11.2 is de voorafgaande toestemming uit artikel 11.1.c echter niet vereist indien de MVNO's groepsondernemingen van de wederpartij zijn, mits zij de verschillende tariefregelingen voor spraak- en datadiensten respecteren. Bovendien is in artikel 11.3 bepaald dat, zodra een partij zelf roaming aanbiedt aan een derde partij (doch geen groepsonderneming) die een „spraak-MVNO” is en diensten aanbiedt die vanuit gebruikersoogpunt in wezen identiek zijn aan end-to-end mobiele spraakdiensten als bedoeld in

artikel 11.1.b, deze partij verplicht is de wederpartij toe te staan hun ontvangen nationale roamingcapaciteit eveneens aan die „spraak-MVNO's” aan te bieden.

#### 4.4. Duur

(43) De overeenkomst loopt tot en met 31 december 2011. Na die datum wordt zij automatisch verlengd voor een termijn van twee jaar, tenzij een van beide partijen haar beëindigt met een opzegtermijn van twee jaar.

### 5. DE RELEVANTE MARKT

#### 5.1. Inleiding

(44) Aangezien de overeenkomst vooral een technisch karakter heeft en niet de beperking van de mededinging tot doel heeft, moeten de gevolgen van de overeenkomst worden onderzocht. Of van de overeenkomst al dan niet te verwachten valt dat zij negatieve gevolgen sorteert op de mededinging, hangt niet alleen af van de aard van de overeenkomst, maar ook van de economische context ervan, zoals de marktmacht van de partijen en andere factoren die met de marktstructuur verband houden. Voor deze beoordeling is een omschrijving nodig van de beide relevante wholesalemarkten waarop de overeenkomst rechtstreeks van invloed is, en dienen tal van andere (potentiële) wholesale- en retailmarkten te worden onderzocht waar effecten voelbaar kunnen zijn.

(45) Telecommunicatiemarkten kunnen meestal worden onderverdeeld in wholesale- en retailmarkten. Wholesalemarkten omvatten doorgaans de levering van toegang tot netwerken (of netwerkonderdelen) en van netwerkdiensten aan netwerkexploitanten en service providers, terwijl retailmarkten de levering van communicatiediensten aan eindgebruikers omvatten<sup>(34)</sup>. Binnen deze algemene categorieën kunnen markten enger worden omschreven, niet alleen op basis van de kenmerken van de betrokken dienst en de mate waarin deze substitueerbaar is met andere diensten op grond van prijs, toepassing en consumentenvoorkeur, maar ook door een analyse van de concurrentiesituatie en de vraag- en aanbodstructuur<sup>(35)</sup>. Gezien de voordelen inzake mobiliteit en de daarvoor betaalde premie, zijn

<sup>(32)</sup> Service providers (ook wel „resellers” genoemd) zijn bedrijven die rechtstreeks aan de eindgebruikers mobiele diensten mogen aanbieden onder hun eigen merknaam (voor marketing, facturering, enz.) op basis van wholesale ingekochte airtime voor het mobiele netwerk van een derde partij. De rechtsgrond voor de verplichting om service providers toegang te bieden tot de 3G-netwerken is deel 4 van de Telecommunicatieconsumentenbeschermingsverordening („TKV”: „Telekommunikations-Kundenschutzverordnung” van 11 december 1997, BGBl. I, blz. 2910, als gewijzigd bij de „Zweite Verordnung zur Änderung der TKV”, van 27 augustus 2002, BGBl. I, blz. 3365) en deel 15 van de Duitse 3G-licentievooraardelen.

<sup>(33)</sup> MVNO's zijn ondernemingen die beschikken over een eigen mobiele netwerkcode en een eigen reeks mobiele IMSI-nummers (International Mobile Subscriber Identity numbers) of een 3G-equivalent, maar die geen vergunning hebben om draadloze frequenties te exploiteren.

<sup>(34)</sup> Bekendmaking betreffende de toepassing van de mededingingsregels op overeenkomsten inzake toegang in de telecommunicatiesector: kader, relevante markten en beginselen (hierna: „Bekendmaking inzake toegang”), PB C 265 van 22.8.1998, blz. 2, punt 45; richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (hierna: „AMM-richtsnoeren”), PB C 165 van 11.7.2002, blz. 6, punt 64.

<sup>(35)</sup> Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, PB C 372 van 9.12.1997, blz. 5; richtsnoeren voor de toepassing van de EG-mededingingsregels in de telecommunicatiesector, PB C 233 van 6.9.1991, blz. 2.



mobiele diensten in de regel niet substitueerbaar door vaste diensten. Mobiele en vaste spraakdiensten behoren dus tot onderscheiden dienstenmarkten, zoals werd bepaald in een aantal beschikkingen van de Commissie<sup>(36)</sup>.

- (46) De markten voor netwerktoegang en -diensten waarop deze beschikking in hoofdzaak betrekking heeft, zijn:
- de markt voor locaties en locatie-infrastructuur voor digitale mobiele radiocommunicatieapparatuur, en
  - de markt voor wholesaletoegang tot nationale roaming voor 3G-communicatiediensten.

Daarnaast worden indirect de markten voor wholesale-toegang tot 3G-diensten en de downstream-retailmarkten voor 3G-diensten beïnvloed.

## 5.2. Markten voor wholesaletoegang tot mobiele netwerken

- (47) Door toegang tot fysieke faciliteiten zoals locaties en locatie-infrastructuur waaronder antennes en masten, alsmede kabelgoten, huurlijnen en graafrechten, die als onderdeel van een netwerkinfrastructuur voor mobiele telecommunicatie dienen, kan toegang worden verkregen tot specifieke mobiele-netwerkmarkten. Daarnaast zijn er markten voor wholesale-netwerktoegang en -diensten voor de levering van digitale mobiele communicatiediensten aan andere exploitanten. Deze kunnen grofweg worden verdeeld in twee categorieën:
- in de eerste plaats wholesale-netwerkdiensten op het gebied van interconnectie die communicatie mogelijk maken tussen de gebruikers van verschillende netwerken, en
  - in de tweede plaats wholesale-toegangsdiensten die verband houden met het gebruik van een hostnetwerk dat wordt bezocht door klanten van andere exploitanten.
- (48) De wholesale-netwerkdiensten op het gebied van interconnectie omvatten gespreksafgifte (de wholesaledienst om een gesprek af te geven bij een eindgebruiker), gespreksopbouw (de wholesaledienst die ervoor zorgt dat een gesprek tot stand wordt gebracht door een eindgebruiker), alsmede directe interconnectiediensten (de levering van een rechtstreekse fysieke verbinding tussen terminating en originating netwerken) en transit-

diensten (de levering van een indirecte verbinding tussen terminating en originating netwerken via transit over een of meerdere derde netwerken). Toegangsdiensten in verband met het gebruik van een hostnetwerk door klanten van andere exploitanten, omvatten de wholesalelevering van nationale en internationale roaming en de wholesalelevering van airtime.

## 5.3. Markten waarop de overeenkomst rechtstreeks van invloed is

### 5.3.1. De markt voor locaties en locatie-infrastructuur voor digitale mobiele radiocommunicatieapparatuur

#### Product-/infrastructuurmarkt

- (49) Zowel 2G als 3G mobiele telecommunicatienetwerken werken met een cellulaire netwerkarchitectuur die gebaseerd is op antennes die over het dekkinggebied staan verspreid, zodat RF-signalen kunnen worden ontvangen van en doorgezonden naar eindgebruikers binnen een bepaalde straal<sup>(37)</sup>. De exploitanten van 2G en 3G mobiele telecommunicatienetwerken hebben locaties nodig voor het opstellen van deze antennes en de desbetreffende locatie-infrastructuur, zoals masten, SSC's, stroomvoorziening, antennes, combinators en transmissieverbindingen.
- (50) Verwerving (via aankoop of — vaker nog — via huur) van dergelijke locaties vereist instemming van de eigenaren van de locatie en planologische toestemming van lokale autoriteiten, en in sommige gevallen toestemming van toezichthouders om het risico op interferentie bij de radiofrequenties te beperken. Ofschoon het aantal locaties dat geschikt kan worden gemaakt voor de opstelling van digitale mobiele communicatieapparatuur in theorie onbeperkt is, is dit in de praktijk niettemin begrensd ingevolge planologische voorschriften, gezondheids- en milieuoverwegingen of ruimtelijke beperkingen in hotspots (bijvoorbeeld in stadscentra of luchthavens en spoorwegstations en in „ondergrondse gebieden”). Om als „site” in aanmerking te komen, moet de beoogde locatie dan ook uit technisch oogpunt daarvoor geschikt zijn, in overeenstemming met de wettelijke voorschriften beschikbaar kunnen worden gesteld en passen binnen de voor het hele dekkinggebied geplande netwerkarchitectuur in overeenstemming met de capaciteitsbehoeften.

<sup>(36)</sup> AMM-richtsnoeren, punt 66. Zie Beschikking 2001/98/EG van de Commissie van 13 oktober 1999 in zaak COMP/M.1439 — Telia/Telenor, PB L 40 van 9.2.2001, blz. 1; beschikking van de Commissie van 12 april 2000 in zaak COMP/M.1795 — Vodafone Airtouch/Mannesmann, PB L 40 van 9.2.2001, blz. 1; beschikking van de Commissie van 20 september 2001 in zaak COMP/M.2574 — Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia, PB C 325 van 21.11.2001, blz. 12; beschikking van de Commissie van 10 juli 2002 in zaak COMP/M.2803 — Telia/Sonera, PB C 201 van 24.8.2002, blz. 9.

<sup>(37)</sup> Omdat 2,5 G gebaseerd is op een overlay van bestaande 2G-netwerken en in Duitsland door vier van de huidige 2G-exploitanten (en hun service providers) wordt aangeboden, wordt hiervan geen aparte analyse gemaakt.

- (51) Aan de vraagzijde worden locaties momenteel vooral gezocht door de vier exploitanten die in Duitsland over een 3G-licentie beschikken en plannen maken voor de uitrol van een 3G-netwerk, en die ook alle vier een 2G-netwerk exploiteren<sup>(38)</sup>. In beginsel zijn 2G en 3G-locaties onderling inwisselbaar, ook al is door het verschil in gebruikte frequenties en de extra capaciteit die nodig is voor 3G-diensten, de dichtheid van een 3G-netwerk groter en vereist het dubbel zoveel locaties als een 2G-netwerk. Slechts aan een beperkt deel van de vraag naar 3G-locaties kan dus worden voldaan door bestaande 2G-locaties te gebruiken. Ten slotte verkeert, anders dan bij 2G-netwerken die al volledig zijn uitgerold, de uitrol van 3G-netwerken in Duitsland nog in de planningfase. Gezien de wettelijke eis om vóór eind 2003 een dekkingsgraad van 25 % van de bevolking en vóór eind 2005 een dekkingsgraad van 50 % van de bevolking te behalen, is de initiële vraag naar locaties het hoogst in stedelijke en andere dichtbevolkte gebieden. Al is er enige ruimte voor substitutie tussen verschillende soorten locaties (bijvoorbeeld tussen locaties bovenop daken en mastopstelpunten, of tussen multiple sites die kleinere cellen bedienen zoals micro- of picocellen, en afzonderlijke locaties die grotere macrocellen bedienen), toch zijn er geen andere producten die substitueerbaar zijn met 2G- en 3G-locaties en locatie-infrastructuur.
- (52) Aan de aanbodzijde kan toegang tot 2G- en 3G-locaties en locatie-infrastructuur allereerst worden verleend door 2G- en 3G-netwerkexploitanten die locaties hebben gekozen, verworven en ontwikkeld met het oog op de exploitatie van hun eigen netwerken. De reden daarvoor is dat in beginsel locaties kunnen worden gedeeld tussen meerdere exploitanten, al zijn er technische beperkingen wat betreft het aantal exploitanten dat een specifieke locatie kan delen, in de meeste gevallen maximaal drie<sup>(39)</sup>, naar gelang van de situatie ter plekke. Aan de aanbodzijde lijken er schaalvoordelen te spelen, omdat netwerkexploitanten waarschijnlijk verkiezen te werken met partijen die hun het grootste aantal opstelpunten op het grootste aantal plaatsen aan kunnen bieden, om de kosten voor het opsporen van locaties en de transactiekosten zo beperkt mogelijk te houden. Exploitanten kunnen de voorkeur geven aan site-sharing met andere exploitanten om medegebruik mogelijk te maken van meer onderdelen van de locatie-infrastructuur, en zodoende hun kosten verder te beperken. Ten slotte zijn vele van de beste locaties in hotspots zoals stadscentra waarschijnlijk al in gebruik en dus niet altijd meer toegankelijk voor nieuwkomers op de markt.
- (53) De aanbodmogelijkheden van exploitanten van omroepnetwerken zijn beperkt. Desondanks maken mobiele exploitanten meer en meer gebruik van omroepzenderstructuren voor zover deze geschikt zijn voor de lokale behoeften van de dienstverlening. In de regel is transmissieapparatuur voor omroepen gebouwd op locaties die een grotere geografische dekking bieden dan nodig is voor cellulaire systemen. Omroepzenderlocaties zijn dan ook meestal grote structuren op hogergelegen locaties met een hoog zendvermogen (tientallen kilowatts), om qua bereikte bevolking een optimale dekkingsgraad te behalen met een beperkt aantal locaties. Gezien de capaciteitsoverwegingen, zijn mobiele draadloze netwerken cellulair opgebouwd, waarbij elke locatie voldoende, doch beperkte dekking biedt, zodat de interferentie tussen cellen wordt beperkt en de toegewezen frequenties in andere gebieden opnieuw kunnen worden gebruikt. De grootte van elk van deze cellen kan uiteenlopen van enkele honderden meters tot meerdere kilometers, waarbij de uiteindelijke omvang wordt bepaald door de vereiste netwerkcapaciteit. De hoogte van de locatie en het zendvermogen zijn de belangrijkste factoren bij het bepalen van de celgrootte, met een doorsnee vermogen van enkele tientallen watts en antennes die tussen 10 en 20 meter hoog zijn.
- (54) Op de Duitse markt hebben onafhankelijke ondernemingen hun intree gemaakt die zich specialiseren in het opsporen, verwerven en aanbieden van locaties voor gebruik door derden. Andere partijen die de controle over locaties uitoefenen — zoals overheden of nutsbedrijven — kunnen deze markt eveneens betreden, en hebben dat in Duitsland ook al gedaan. Bovendien hebben exploitanten in het verleden op commerciële basis ook individuele locaties rechtstreeks van de eigenaars gekocht of gehuurd, hetgeen ook nu nog gebeurt. Behalve de al genoemde algemene planologische beperkingen, gezondheidsvoorschriften en verplichtingen om de elektromagnetische interferentie zo gering mogelijk te houden, zijn er geen andere wettelijke of bestuursrechtelijke eisen van betekenis die een vlotte toetreding tot de markt verhinderen, en zodoende substitutie aan de aanbodzijde zouden ontmoedigen. Er zijn geen aanzienlijke investeringen of schaarse technische deskundigheid vereist om de markt te kunnen betreden. Markttoetreding blijft dus mogelijk.
- (55) Op basis van bovenstaande analyse van vraag en aanbod moet worden geconcludeerd dat er een markt bestaat voor locaties en locatie-infrastructuur voor digitale mobiele radiocommunicatieapparatuur.

#### Geografische markt

<sup>(38)</sup> Locaties zijn ook nodig voor bv. digitale omroeporganisaties en voor aanbieders van TETRA (Terrestrial Trunked Radio), zodra deze dienst in Duitsland van start gaat. Tot nog toe worden locaties door de partijen uitsluitend gedeeld met andere 2G/2,5G-exploitanten.

<sup>(39)</sup> Een uitsplitsing van het medegebruik van locaties is te vinden op <http://www.regtp.de>.

(56) Op grond van de vraagstructuur die bepaald wordt door exploitanten met een nationale licentie en omdat de planologische voorschriften op basis van het nationale recht worden vastgesteld, zal de markt naar verwachting nationaal zijn: Duitsland.

5.3.2. *De markt voor wholesaletoegang tot nationale roaming voor 3G-communicatiediensten*

Product-/dienstenmarkt

- (57) Mobiele roaming vindt plaats wanneer abonnees hun mobiele telefoon — of juist: hun SIM-kaart (Subscriber Identification Module), die de abonnee identificeert — op een ander mobiel netwerk (het hostnetwerk of bezochte netwerk) gebruiken dan dat waarop zij geabonneerd zijn en waarvoor zij hun SIM-kaart hebben ontvangen (homenetwerk). Roaming kan zowel nationaal als internationaal zijn. In beide gevallen is deze gebaseerd op tussen de exploitant van het homenetwerk en die van het hostnetwerk gesloten overeenkomsten betreffende de levering van wholesale-roamingtoegang tot het hostnetwerk die dan door het homenetwerk als een retail-dienst wordt doorgegeven aan zijn abonnees. Toch moet de markt voor nationale roaming worden onderscheiden van die voor internationale roaming, onder meer omdat er geen overeenkomsten tussen buitenlandse exploitanten worden gesloten, nationale roaming niet gebaseerd is op de door de GSM Association<sup>(40)</sup> gemaakte standaardovereenkomsten en de prijzen sterk verschillen.
- (58) Ondanks een mogelijke initiële overlapping tussen 2G-, 2,5G- en 3G-retaildiensten, zal — uit het oogpunt van de vraag — wholesaletoegang tot 3G-communicatiediensten verschillen van 2G- of 2,5G-roaming, omdat het scala aan zowel spraak- als datadiensten dat kan worden aangeboden op basis van 3G-roaming, ruimer en anders is, gelet op de aanzienlijk hogere transmissiesnelheden die beschikbaar zullen zijn (in de praktijk van 144 tot 384 kbit/s voor 3G, tegenover 20 tot 60 kbit/s voor 2,5G en 9 tot 14 kbit/s voor 2G). Later zal in een aparte paragraaf uitgebreider worden ingegaan op de relevante spraak- en datadiensten.
- (59) Aan de aanbodzijde zullen alleen exploitanten van 3G-netwerken, of andere partijen die het betrokken soort toegang tot de 3G-netwerken aan dergelijke exploitanten aan kunnen bieden, in staat zijn om voor nationale roaming wholesaletoegang aan te bieden voor 3G-diensten. Gezien de in de licenties gestelde eisen zijn de drempels voor toetreding, afgezien van secundaire toegang op basis van rechten voor een bestaand 3G-netwerk, absoluut. Wholesaletoegang tot nationale roaming voor 3G-communicatiediensten vormt dus een afzonderlijke product-/dienstenmarkt.

<sup>(40)</sup> De GSM Association telt meer dan 690 verschillende 2G en 3G mobiele netwerkexploitanten, producenten en leveranciers, die gezamenlijk technische platforms ontwikkelen om het gebruik van draadloze diensten naadloos te laten verlopen, met bijzondere aandacht voor roaming en interoperabiliteit, zie <http://www.gsmworld.com>.

Geografische markt

- (60) Aangezien de licenties voor 3G-netwerken nationaal worden toegekend en gelet op de prijsverschillen tussen nationale en internationale roaming, is de relevante markt nationaal: Duitsland.

5.4. **Andere wholesale- en retailmarkten waarop de overeenkomst potentieel van invloed is**

5.4.1. *Wholesalemarkten waarop de overeenkomst potentieel van invloed is*

Product-/dienstenmarkt

- (61) Er is een aantal andere mogelijke wholesalemarkten voor 3G-netwerkdiensten en -netwerктоegang waarop de overeenkomst potentieel van invloed is, zoals de markt voor de levering van wholesale-airtime aan service providers, die in Duitsland bestaat op grond van wettelijke verplichtingen. Wholesaletoegang tot airtime valt te vergelijken met nationale roaming omdat het eveneens gaat om de wholesalelevering van netwerктоegang en airtime door een hostnetwerk. Deze wordt in Duitsland aan service providers aangeboden door mobiele exploitanten met een licentie, als een van de licentievoorwaarden<sup>(41)</sup>. Het verschil tussen beide vormen van toegang is dat een exploitant van een mobiel netwerk die een beroep doet op nationale roaming, zelf het scala aan diensten kan bepalen dat beschikbaar is voor zijn abonnees en diensten kan leveren die niet beschikbaar zijn voor klanten van het hostnetwerk. Een service provider daarentegen kan enkel het scala aan diensten doorverkopen dat hem geboden wordt door de netwerkexploitant die hem voorziet van wholesale-airtime.
- (62) Een andere mogelijke wholesalemarkt is de markt voor diensten voor gespreksopbouw waarbij exploitanten van carrier-selectiediensten het recht op toegang tot mobiele netwerken verwerven om gesprekken op te bouwen die zij onder eigen verantwoordelijkheid termineren. Deze markt lijkt momenteel in Duitsland niet te bestaan, in tegenstelling tot andere lidstaten zoals het VK. Het kan zijn dat zich daarnaast nieuwe vormen van wholesaletoegang tot 3G-netwerken en -diensten ontwikkelen die afzonderlijke relevante markten gaan vormen.

<sup>(41)</sup> Deel 4 van de „TKV”: Telecommunicatieconsumentenbeschermingsverordening van 11 december 1997 (Duits staatsblad I, blz. 2910), laatstelijk gewijzigd door de tweede Telecommunicatieconsumentenbeschermingsverordening van 27 augustus 2002 (Duits staatsblad I, blz. 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] en deel 15 van de Duitse 3G-licentievoorwaarden.

- (63) Wholesale 3G-netwerkdiensten en -netwerктоegang zullen waarschijnlijk moeten worden onderscheiden van netwerkdiensten en -toegang voor 2G- en 2,5G-diensten, omdat het scala aan diensten dat met 3G-netwerken kan worden aangeboden ruimer en anders is, gelet op de beschikbaarheid van aanzienlijk hogere transmissiesnelheden. Gezien evenwel het ontwikkelingsstadium van de nog in opkomst zijnde 3G-wholesalemarkten is het nog te vroeg om in detail de vraag naar commerciële netwerkdiensten en -toegang op die markten te beschrijven, behalve wat betreft de vraag van service providers naar toegang tot wholesale-airtime conform de wettelijke verplichtingen van de 3G-netwerkeexploitanten. Aan de aanbodzijde zijn deze markten logisch gezien beperkt tot 3G-netwerkeexploitanten en tot eventuele andere partijen die een recht kunnen verwerven om de nodige toegang te verlenen tot 3G-netwerken.

#### Geografische markt

- (64) Aangezien de licenties en tariefpatronen nationaal zijn, zal de geografische dimensie van dergelijke wholesalemarkten waarschijnlijk nationaal zijn <sup>(42)</sup>.
- (65) Omdat deze markten in het kader van de onderhavige beschikking niet nader omschreven hoeven te worden, wordt de definitie ervan in het midden gelaten.

#### 5.4.2. Retailmarkten waarop de overeenkomst potentieel van invloed is

- (66) Ook al beperkt de door de overeenkomst gedekte samenwerking zich tot site-sharing en nationale roaming op wholesale-netwerkniveau, toch kunnen de gevolgen van deze samenwerking voelbaar zijn op de downstream-retaildienstenmarkten waar de partijen, onafhankelijk van elkaar, actief zijn. Binnen de sector van de mobiele retail-diensten werden spraak- en datadiensten tot dusver gecombineerd aangeboden, hetgeen er op leek te wijzen dat zij misschien tot dezelfde markt behoorden. De partijen menen dat alle netwerkeexploitanten waarschijnlijk „naadloze” 2G- en 3G-spraak- en datadiensten zullen aanbieden door beide soorten diensten aan te bieden via één enkele SIM-kaart. Toch valt te verwachten dat er een grondige verschuiving tussen spraak- en datadiensten zal plaatsvinden: terwijl 2G-datadiensten zich vooral beperken tot fax en SMS en spraakdiensten in de regel goed zijn voor meer dan 90 % van de inkomsten van 2G mobiele exploitanten, zal

bij 3G-netwerken — met diensten als teleshopping, videofonie en videoconferenties — uiteindelijk tussen 50 % en twee derde van de inkomsten afkomstig zijn van datadiensten. Daarom is het nuttig om digitale mobiele spraaktelefoniediensten en digitale mobiele datadiensten afzonderlijk te analyseren. In ieder geval in het begin zal dit onderscheid grotendeels overeenstemmen met dat tussen circuit- en pakketgeschakelde diensten.

#### Digitale mobiele spraakdiensten

- (67) Wat de markten voor mobiele spraaktelefoniediensten betreft, heeft de Commissie tot dusver meestal geen onderscheid gemaakt tussen verschillende technologieën. In de meeste beschikkingen werd vastgesteld dat zowel analoge als digitale GSM 900 en 1 800 tot dezelfde markt voor mobiele spraaktelefonie behoren, niet zonder engere marktomschrijvingen te onderzoeken om zeker te zijn dat er geen machtsposities op een van de aldus omschreven markten zouden ontstaan <sup>(43)</sup>. Aangezien de analoge mobiele telefonie in Duitsland op 1 januari 2000 werd beëindigd, zijn de diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft, die voor digitale mobiele spraaktelefonie. Tot dusver heeft de Commissie nog geen afzonderlijke retailmarkten afgebakend voor 2G, 2,5G en 3G <sup>(44)</sup>.
- (68) De sector verwacht evenwel dat mettertijd „rijke” spraakdiensten via 3G-netwerken zullen worden ontwikkeld, bestaande uit geïntegreerde spraak- en datadiensten zoals videofoons voor consumenten en multimediaconferenties, die de capaciteit van 2G- en 2,5G-netwerken overstijgen. Daarom is het mogelijk dat zich een afzonderlijke retailmarkt voor 3G-spraakdiensten zal ontwikkelen of dat 3G-spraak- en datadiensten zelfs zullen fuseren tot één enkele markt. Door 3G-technologie

<sup>(43)</sup> Zie beschikking van de Commissie van 21 mei 1999 in zaak IV/1430 — Vodafone/Airtouch, PB C 295 van 15.10.1999, blz. 2; beschikking van de Commissie van 21 mei 1999 in zaak COMP/JV.17 Mannesmann/Bell Atlantic/Omnitel, PB C 11 van 14.1.2000, blz. 4; Beschikking 2001/98/EG van de Commissie van 13 november 1999 in zaak COMP/M.1439 — Telia/Telenor, PB L 40 van 9.2.2001, blz. 1; beschikking van de Commissie van 20 december 1999 in zaak COMP/M.1760 — Mannesmann/Orange, PB C 139 van 18.5.2000, blz. 15; beschikking van de Commissie van 12 april 2000 in zaak COMP/M.1795 — Vodafone Airtouch/Mannesmann, PB C 141 van 19.5.2000, blz. 19; beschikking van de Commissie van 4 augustus 2000 in zaak COMP/M.2053 — Telenor/BellSouth/Sonofon, PB C 295 van 18.10.2000, blz. 11; beschikking van de Commissie van 11 augustus 2000 in zaak COMP/M.2016 — France Telecom/Orange, PB C 261 van 12.9.2000, blz. 6; beschikking van de Commissie van 25 september 2000 in zaak COMP/M.2130 — Belgacom/Tele Danmark/T-Mobile International/Ben Nederland Holding, PB C 362 van 18.12.2001, blz. 6.

<sup>(44)</sup> Beschikking van de Commissie van 12 april 2000 in zaak COMP/M.1795 — Vodafone Airtouch/Mannesmann, PB C 141 van 19.5.2000, blz. 19; beschikking van de Commissie van 31 juli 2000 in zaak COMP/M.1954 — ACS/Sonera Vivendi/Xfera, PB C 234 van 18.8.2000, blz. 6; beschikking van de Commissie van 25 september 2000 in zaak COMP/M.2130 — Belgacom/Tele Danmark/T-Mobile International/Ben Nederland Holding, PB C 362 van 18.12.2001, blz. 6.

<sup>(42)</sup> Zie evenwel de beschikking van de Commissie van 4 oktober 2001 in zaak COMP/M.2898 TDC/CMG/MIGway GO, PB C 16 van 19.1.2002, blz. 16, waarin EU-markten worden onderscheiden voor connectiviteit op het internationale signaleringsnetwerk en voor wholesaletoeegang (SMS) tot de mobiele telefooninfrastructuur.

gegenereerde ontwikkelingen inzake de kwaliteit en mogelijkheden van de betrokken spraakdiensten zal waarschijnlijk voor 3G-spraakdiensten een prijstoeslag kunnen worden gevraagd. Bovendien valt ook te verwachten dat zulks resulteert in een eenrichtingssubstitutie van 2G- naar 3G-diensten (gebruikers zullen dus 2G-diensten inruilen voor 3G-diensten, maar niet omgekeerd), hetgeen zou wijzen op het bestaan van afzonderlijke markten. In het kader van de onderhavige beschikking hoeft evenwel niet te worden uitgemaakt of 2G- en 3G-spraakdiensten als afzonderlijke productmarkten moeten worden beschouwd. De omschrijving van de relevante productmarkt wordt derhalve in het midden gelaten.

#### Digitale mobiele datadiensten

(69) Een fundamenteel onderscheid tussen 2G-datadiensten enerzijds en 2,5G- en 3G-datadiensten anderzijds is dat het eerste soort diensten circuitgeschakeld is, terwijl de beide laatste diensten pakketgeschakeld zijn (dus gebaseerd zijn op een andere technologie met afwijkende en ruimere technische mogelijkheden). Omdat de via 3G-netwerken beschikbare diensten en inhoud naar verwachting veel beter zullen zijn dan bij 2G — zowel wat betreft datasnelheid als wat betreft het scala aan diensten dat daarmee beschikbaar komt — zal de eventuele substitueerbaarheid tussen 2G en 3G vermoedelijk in één richting verlopen. Dit betekent dat 2G- en 3G-diensten waarschijnlijk onderscheiden markten zullen vormen. Al lijkt het duidelijk dat er een zekere overlapping zal zijn tussen 2,5G- en 3G-diensten — omdat 2,5G bv. mobiele e-mail, multimedia messaging en continue internettoegang mogelijk maakt — toch zijn de datatransmissiesnelheden van 2,5G niet toereikend om het bovenste segment van datadiensten aan te bieden dat zich naar verwachting zal gaan ontwikkelen op 3G-netwerken. Het ziet er dus naar uit dat er een opkomende markt bestaat voor de levering van 3G mobiele retail-datadiensten.

(70) Op basis van de onderscheidende factor mobiliteit heeft de Commissie tot dusver geoordeeld dat mobiele en vaste datadiensten afzonderlijke markten vormen<sup>(45)</sup>. De hoogste bandbreedte van 3G-datadiensten zal echter waarschijnlijk enkel kunnen worden aangeboden bij optimale dekking, met erg geringe of geen mobiliteit. Terzelfder tijd ontwikkelen zich wireless local area network services (WLAN) die datacommunicatie aanbieden, met inbegrip van breedbandinternettoegang, waarbij een beperkte mobiliteit binnen een afgebakende zone mogelijk is (zoals binnen gebouwen of in openbare gelegenheden). Het is niet uitgesloten dat een gelijkaardi-

ge mate van beperkte mobiliteit in de toekomst de standaard zal worden voor alle of de meeste „breedbanddatadiensten”. Bijgevolg is het een open vraag of diensten zoals WLAN complementair zijn aan of substitueerbaar met 3G-diensten, en of, als gevolg daarvan, het onderscheid tussen vaste en mobiele datadiensten zal verdwijnen en er een markt voor breedbandige draadloze datacommunicatie zal gaan ontstaan.

(71) Omdat 2,5G-diensten nog groeien en 3G-diensten momenteel nog maar in de planningfase zitten, is het niet mogelijk nauwkeurig te bepalen of het hier om dezelfde markt dan wel om verschillende markten gaat, of digitale mobiele spraak- en datadiensten tot dezelfde markt behoren, en evenmin of bepaalde 3G-diensten tot dezelfde markt behoren als breedbanddatadiensten zoals WLAN. In het kader van de onderhavige beschikking hoeft evenwel niet te worden uitgemaakt of 2G-, 2,5G- en 3G-datadiensten en/of spraakdiensten, respectievelijk draadloze breedbanddatadiensten als afzonderlijke productmarkten moeten worden beschouwd. De omschrijving van de relevante productmarkt wordt derhalve in het midden gelaten.

#### Geografische markten

(72) Aangezien retail-prijzen en -diensten voor digitale mobiele telefonie momenteel nationaal zijn, blijft de dimensie van de markt nationaal, behalve voor de opkomende markt voor het aanbieden van naadloze pan-Europese mobiele telecommunicatiediensten aan internationaal mobiele klanten, zoals de Commissie voor het eerst constateerde in de beschikking-Vodafone/Mannesmann<sup>(46)</sup>. Internationale roamingdiensten vormen geen substituuut gezien de hoge prijzen en beperkte functionaliteit van internationale roaming<sup>(47)</sup>. Bovendien hebben netwerkeexploitanten meestal geweigerd om permanente roaming toe te staan die gebaseerd is op internationale roamingtoegang, d.w.z. om een klant van een buitenslands netwerk permanente roaming op hun eigen netwerk toe te staan. Derhalve zijn de eerder afgebakende markt of markten nationaal.

<sup>(45)</sup> In verband met inbelinternettoegang via mobiele telefoons en via het vaste net. Zie de beschikking van de Commissie van 20 juli 2000 in zaak COMP/JV 48 — Vodafone/Vivendi/Canal+; zie <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

<sup>(46)</sup> Zie beschikking van de Commissie van 12 april 2000 in zaak COMP/M.1795 — Vodafone Airtouch/Mannesmann, PB C 141 van 19.5.2000, blz. 19; beschikking van de Commissie van 11 augustus 2000 in zaak COMP/M.2016 — France Telecom/Orange, PB C 261 van 12.9.2000, blz. 6.

<sup>(47)</sup> Zie beschikking van de Commissie van 22 juni 1998 in zaak IV/JV.2 — ENEL/FT/DT, PB C 178 van 23.6.1999, blz. 15; beschikking van de Commissie van 21 mei 1999 in zaak IV/1430 — Vodafone/Airtouch, PB C 295 van 15.10.1999, blz. 2; Beschikking 2001/98/EG van de Commissie in zaak COMP/M.1439 — Telia/Telenor, PB L 40 van 9.2.2001, blz. 1.

## 5.5. Marktstructuur

### 5.5.1. De markt voor locaties en locatie-infrastructuur voor digitale mobiele radiocommunicatieapparatuur

- (73) Ofschoon netwerkexploitanten waarschijnlijk verkiezen te werken met partijen die hun een groot aantal locaties tegelijk kunnen aanbieden, zijn er geen grote belemmeringen voor markttoegang, zijn de noodzakelijke investeringen en technische expertise beperkt, en kunnen de eigenaars van individuele locaties rechtstreeks onderhandelen met mobiele netwerkexploitanten. Tussen de feitelijke of potentiële concurrenten op deze markt zitten de andere exploitanten van 2G- en/of 3G-netwerken en -diensten in Duitsland met een licentie, spoorwegmaatschappijen, omroepbedrijven, elektriciteitsbedrijven en gespecialiseerde bedrijven („tower companies”) die toegang tot locaties verwerven en aanbieden, zoals New Radio Tower, Plan+Design Netcare AG en Tessag SAG Abel Kommunikationstechnik GmbH & Co. Kg. T-Mobile heeft onlangs haar activiteiten op het gebied van opsporing, verwerving, verhuur en medegebruik van locaties in een zelfstandige organisatie ondergebracht, namelijk Deutsche Funkturm GmbH. Van de ongeveer [tussen 40 000 en 70 000 (\*)] bestaande locaties zijn er naar schatting zo'n [tussen 10 000 en 20 000 (\*)] van T-Mobile, [tussen 10 000 en 20 000 (\*)] van D2 Vodafone, [tussen 5 000 en 15 000 (\*)] van E-Plus en [tussen 5 000 en 15 000 (\*)] van O2 Germany. Geraamd wordt dat meer dan [tussen 2 000 en 6 000 (\*)] locaties van Deutsche Bahn zijn, [tussen 2 000 en 6 000 (\*)] van het omroepbedrijf ARD en circa [tussen 2 000 en 6 000 (\*)] van andere bedrijven waaronder Mobilcom, elektriciteitsbedrijven en „tower companies”.

### 5.5.2. Wholesaaletoegang tot nationale roaming voor 3G-communicatiediensten

- (74) In Duitsland blijft nationale roaming op 2G-netwerken beperkt tot klanten van O2 Germany die op het netwerk van T-Mobile kunnen roamen<sup>(48)</sup>. T-Mobile heeft dus een aandeel van 100 % in de markt voor wholesale nationale roaming op 2G-netwerken in Duitsland. Omdat het bij 3G-roaming in de praktijk vooral zal gaan om klanten van O2 Germany die op het netwerk van T-Mobile roamen, zal T-Mobile vermoedelijk een vergelijkbaar hoog aandeel hebben in de markt voor wholesale nationale roaming op 3G-netwerken. T-Mobile kan echter te maken krijgen met concurrentie van de overige 3G-netwerkexploitanten, die nationale roaming zouden kunnen aanbieden tegen geringe of zonder extra kosten, zij het mogelijk met beperkingen wat betreft de capaciteit.
- (75) De toegangsdrempels zijn hoog als gevolg van de formele licentievoorwaarden, het beperkte aantal licenties en de hoge kosten van een 3G-licentie in

Duitsland en van de aanleg van de 3G-infrastructuur. De mogelijkheden om als netwerkexploitant de markt te betreden zijn klein, aangezien het niet de bedoeling is nieuwe licenties uit te geven of de licenties van Group 3G en Mobilcom, die hun 3G-netwerken uiteindelijk niet zullen uitrollen, opnieuw uit te geven. Ook al valt niet uit te sluiten dat de licenties van Group 3G en Mobilcom met instemming van de toezichthouder aan een ander bedrijf worden overgedragen of door een overname in andere handen komen, toch is dit gezien het huidige investeringsklimaat geen waarschijnlijk scenario. Dus zijn de feitelijke of potentiële grote concurrenten op de markten voor wholesaaletoegang en -diensten de twee andere licentiehouders, die hun 3G-netwerken en -diensten in Duitsland wel van plan zijn uit te rollen, en moeten derde partijen die actief zijn op het gebied van de wederverkoop van netwerktoegang en wholesaleroutingdiensten op het netwerk van de andere exploitanten of op de netwerken van de partijen, als potentiële concurrenten worden gezien.

### 5.5.3. 3G-retaildiensten

- (76) Er zijn zes exploitanten die een licentie hebben gekregen om van 3G-spectrumrechten gebruik te maken en 3G-netwerken en -diensten in Duitsland aan te bieden. Behalve T-Mobile en O2 Germany gaat het om D2 Vodafone, E-Plus, Mobilcom en Group 3G. Zowel Group 3G/Quam als Mobilcom hebben de waarde van hun 3G-activa afgeschreven en afgezien van hun plannen om als netwerkexploitant de 3G-markt in Duitsland te betreden, zij het dat Mobilcom overweegt actief te blijven als service provider<sup>(49)</sup>. De belangrijkste concurrenten op de 3G-retailmarkten zijn daarom D2 Vodafone en E-Plus, alsmede potentiële dienstverleners zoals Mobilcom en Debitel, die bij netwerkexploitanten airtime met het oog op doorverkoop inkopen, alsmede eventuele MVNO's die hun intree op de markt doen.
- (77) Omdat 3G-netwerken en -diensten nog niet uitgerold zijn, kan momenteel geen nauwkeurige raming worden gegeven van marktaandelen, noch kan een beoordeling worden gemaakt van de substituëerbaarheid tussen 2G- en 3G-diensten. Als de geraamde marktaandelen voor 2002 voor 2G-diensten desondanks als maatstaf worden genomen voor het marktaandeel op de 3G-markt, met inbegrip van de cijfers voor de klanten van de service providers die op hun netwerken actief zijn, dan had T-Mobile een marktaandeel van 41,7 % en O2 Germany een marktaandeel van 7,8 % tegenover 38,3 % voor D2 Vodafone en 12,2 % voor E-Plus. Als alleen de eigen abonnees meetellen, bedraagt het marktaandeel van T-Mobile 29 % tegenover 7,5 % voor O2 Germany, 28 % voor D2 Vodafone en 7 % voor E-Plus, terwijl in totaal 29 % van de abonnees is aangesloten bij meer dan 10 verschillende service providers, met Debitel met een marktaandeel van 12,7 % en Mobilcom met 8,8 % aan kop. Group 3G is niet actief op de 2G-markt in Duitsland.

<sup>(48)</sup> De desbetreffende overeenkomst werd aangemeld in het kader van zaak COMP/C1/37.500 VIAG Interkom + T-Mobil, die door middel van een administratieve brief van 13 juli 1999 werd afgesloten.

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

## 6. ARGUMENTEN VAN DE PARTIJEN

- (78) De partijen verklaren de noodzaak van hun overeenkomst inzake het medegebruik van 3G-netwerken in hoofdzaak met financiële argumenten. Meer bepaald beweren zij dat het medegebruik van het netwerk noodzakelijk is omdat:
- 3G-netwerkinfrastructuur duurder is dan zijn voorgangers, omdat een veel hogere dichtheid van antennes vereist is, namelijk tot tweemaal zo hoog als voor GSM-netwerken van de tweede generatie;
  - de verwachtingen inzake de inkomsten uit 3G-diensten sinds de toekenning van de 3G-licenties naar beneden zijn bijgesteld en
  - ingevolge de algemene baisse in de sector mobiele telecommunicatie hun kosten om kapitaal aan te trekken zijn gestegen.

In de kennisgeving van de partijen staat dat zij als gevolg van de overeenkomst rekening houden met een verlaging van maximaal [15-35 % (\*)] van hun investeringen in netwerkinfrastructuur, met verdere besparingen op de exploitatiekosten van de netwerken. Dientengevolge hebben de partijen hun ramingen van de kostenbesparingen naar beneden bijgesteld.

### 6.1. Artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag of artikel 51, lid 1, van de EER-overeenkomst

- (79) De partijen betogen dat de overeenkomst niet ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt beperkt in strijd met artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag of artikel 53, lid 1, van het EER-overeenkomst, aangezien hun voorgenomen site-sharing, en eventuele RAN-sharing, niet zal resulteren in medegebruik van core-netwerken of frequenties. Ook zijn de partijen volgens hun overeenkomst verplicht volledige concurrentie in stand te houden op diensten- en retailniveau. Bovendien zullen netwerkplanning, -ontwerp en -exploitatie van het netwerk onafhankelijk blijven en zal de uitwisseling van technische informatie beperkt blijven tot het strikt noodzakelijke.

### 6.2. Artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag of artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst

- (80) De belangrijkste potentiële mededingingsbeperking betreft de beperkingen inzake de wederverkoop van roaming-capaciteit voor de levering van spraakdiensten aan MVNO's. Ingeval de overeenkomst als mededingingsbeperkend aangemerkt zou worden, betogen de partijen dat zij in voorkomend geval in aanmerking komen voor een vrijstelling op grond van artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag of artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst. Gelet op de hoge kostprijs van licenties die gevolgd werd door een aanzienlijke daling van de commerciële waarde van het 3G-spectrum, verklaren de partijen dat het medegebruik van infrastructuur hen in staat zal stellen hun kapitaaluitgaven en exploitatiekosten te reduceren door een vermindering van hun investeringen in netwerkinfrastructuur en van de exploitatiekosten voor hun netwerken. O2 Germany, die in het kader van de overeenkomst het meest profiteert van nationale roaming, schat dat zij door de overeenkomst [15-35 % (\*)] zal besparen op de uitrolokosten van het 3G-netwerk, vooral dankzij roaming.

Volgens de partijen is zulks noodzakelijk om de lasten van de gelijktijdige openstelling van de toegang tot de 3G-markt in de Europese Unie enigszins te verlichten. Voorts betogen de partijen dat de gekozen benadering in overeenstemming is met het beleid van RegTP (de Duitse toezichthouder) en met dat van andere toezichthouders zoals Oftel in het Verenigd Koninkrijk. Bovendien beweren zij dat medegebruik van infrastructuur vereist is vanwege voorschriften inzake ruimtelijke ordening en milieubezwaren.

- (81) De partijen betogen dat een en ander uiteindelijk de consumenten ten goede komt omdat zij snellere, meer innovatieve 3G-diensten zullen krijgen, tegen goedkopere tarieven. De partijen zullen ingevolge hun samenwerking geen gemeenschappelijke of gestandaardiseerde diensten aan eindgebruikers aanbieden, maar zullen rechtstreeks blijven concurreren op het gebied van content-toepassingen, retailprijzen, wholesaleprijzen, servicevoorwaarden, distributiekanaalen, klantenservice en marketing. Hun conclusie is dan ook dat door de overeenkomst de concurrentie niet alleen in stand wordt gehouden, maar zal toenemen op de markten voor 3G-netwerken en -diensten in Duitsland. Ten slotte betogen de partijen dat de overeenkomst zonder de beperking ten aanzien van de doorverkoop aan spraak-MVNO's niet zou zijn gesloten, omdat het essentieel is de uiteindelijke controle te behouden over wie toegang tot het netwerk krijgt om de investeringen te beschermen.

## 7. OPMERKINGEN VAN DERDEN

- (82) Op de aanvankelijke bekendmaking<sup>(50)</sup> die door de Commissie in februari 2002 na de ontvangst van de aanmelding is gepubliceerd en de daarop volgende bekendmaking uit hoofde van artikel 19, lid 3, van Verordening nr. 17 van de Raad<sup>(51)</sup> zijn reacties ontvangen van de Duitse toezichthouder, van het Bundeskartellamt („BKartA”) en van vijf verschillende marktpartijen, waaronder mobiele netwerkexploitanten, service providers en exploitanten op verwante markten in Duitsland. Ofschoon sommige partijen zich voorstander toonden van medegebruik van netwerken, lieten zij zich alle kritisch uit over de overeenkomst in haar toenmalige vorm. Nadat de partijen gemeld hadden de overeenkomst op het punt van nationale roaming te zullen wijzigen, zijn het BKartA en de marktpartijen die op de bekendmaking uit hoofde van artikel 19, lid 3, van Verordening nr. 17 gereageerd hadden, eveneens in de gelegenheid gesteld op deze wijzigingen te reageren.

### 7.1. Opmerkingen van het BKartA

- (83) Het BKartA is van mening dat bij UMTS concurrentie op basis van netwerkqualiteit en transmissiecapaciteit bijzonder belangrijk is en afhankelijk is van de mate van concurrentie op het gebied van de infrastructuur. Het beschouwt daarom elke vorm van medegebruik van netwerken in principe als een beperking van de mededinging, tenzij concurrentie op het gebied van de infrastructuur op praktische of juridische gronden niet mogelijk is. In dit verband houdt het BKartA eveneens rekening met bv. milieuoverwegingen en met de financiële situatie van de betrokken ondernemingen. Het wijst erop dat het in

<sup>(50)</sup> PB C 53 van 28.2.2002, blz. 18.

<sup>(51)</sup> PB C 189 van 9.8.2002, blz. 22.

Duitsland steeds moeilijker wordt om een bouwvergunning voor een antennelocatie te krijgen waardoor exploitanten zich tot site-sharing genoodzaakt zien. Voorts wijst het BKartA erop dat de financiële situatie van de mobiele exploitanten soms medegebruik van netwerken noodzakelijk maakt om toegang te kunnen krijgen tot de markt.

- (84) Derhalve is het BKartA van mening dat er geen sprake is van mededingingsbeperking in zoverre site-sharing noodzakelijk is om aan de licentievoorwaarden van de partijen te voldoen (met name de 50 %-dekkingeis voor eind 2005) en de markt te kunnen betreden. Het BKartA huldigt de opvatting dat RAN-sharing niet nodig is om aan licentievoorwaarden te voldoen en dus een mededingingsbeperking vormt, die alleen aanvaardbaar zou zijn indien deze nodig zou zijn om de marktentry mogelijk te maken. Bij site-sharing na 2005 en boven de 50 %-dekkingeis, alsmede bij RAN-sharing gaat het volgens het BKartA om mededingingsbeperkingen, die eventueel evenwel voor een vrijstelling in aanmerking komen.
- (85) Het BKartA is echter niet van mening dat de beperkingen ten aanzien van de wederverkoop van roaming-capaciteit aan MVNO's van artikel 11 van de overeenkomst voor vrijstelling in aanmerking komen, omdat deze volgens het BKartA het effect hebben van prijsafspraken tussen concurrenten. In de reactie van BKartA wordt niet specifiek ingegaan op nationale roaming en zij bevat geen nadere opmerkingen over de wijziging van de overeenkomst door de partijen op het stuk van roaming binnen het grondgebied waarop de 50 %-dekkingeis van toepassing is.

## 7.2. Opmerkingen van marktpartijen

- (86) Een van de marktpartijen heeft principiële bezwaren tegen nationale roaming omdat zij deze als een beperking van de netwerkconcurrentie beschouwt. Zij maakt ook bewaar tegen uitgebreide site-sharing en RAN-sharing met als argument dat deze tot een zekere harmonisatie van de netwerken leiden waardoor zij niet langer van elkaar kunnen worden onderscheiden. Hierdoor zou volgens haar niet alleen de mededinging op het gebied van netwerkqualiteit, maar tot op grote hoogte ook die bij de dienstverlening verdwijnen. Zij voegde eraan toe nog geen bewijzen te hebben gezien waaruit blijkt dat de partijen als gevolg van de overeenkomst de uitrol van het 3G-netwerk versnellen.
- (87) Een tweede marktpartij toonde zich voorstander van medegebruik van netwerken als middel om de kosten te beperken en de markttoetreding te bevorderen, maar wilde dat de partijen het niet-exclusieve karakter van de overeenkomst zouden ruggensteunen door toe te zeggen dat er voldoende netwerkcapaciteit voor derde partijen beschikbaar zou zijn.
- (88) Een derde marktspeler betoogde dat de partijen de dankzij de netwerk-sharingovereenkomst bereikte besparingen zouden kunnen gebruiken om de markt voor paging- en emergency instant messaging-diensten en verwante markten voor 3G-diensten te betreden en kleinere concurrenten uit deze markten te drukken.

- (89) Twee spelers maakten bezwaar tegen artikel 11 van de overeenkomst met als argument dat de eis van voorafgaande goedkeuring van de exploitant van het hostnetwerk voor de wederverkoop van roaming-capaciteit voor de levering van spraakdiensten door MVNO's tot een beperking van de mededinging op de retailmarkt of de markten voor 3G-diensten zou leiden.
- (90) Alle reacties zijn zorgvuldig onderzocht en door de Commissie, voorzover er oprechte zorg over de mededinging uit sprak, meegenomen in de onderstaande juridische beoordeling.

## 8. BEPERKINGEN VAN DE MEDEDINGING

- (91) In artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst worden overeenkomsten tussen ondernemingen verboden die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst. De Commissie kan een vrijstelling verlenen voor mededingingsbeperkende overeenkomsten die in strijd zijn met artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst, mits is voldaan aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag en artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst.
- (92) De aangemelde overeenkomst is een horizontale samenwerkingsovereenkomst tussen twee concurrenten met bepaalde verticale aspecten. Het doel van de overeenkomst is niet de mededinging te beperken door prijsafspraken, productiebeperkingen of verdeling van markten of klanten, maar het effect ervan kan een beperking van de mededinging inhouden aangezien T-Mobile en O2 Germany elkaars concurrenten zijn op de markten voor 2G en 3G mobiele netwerken en diensten.
- (93) De overeenkomst tussen T-Mobile en O2 Germany behelst samenwerking bij de uitrol van de 3G-netwerken van de partijen, voornamelijk via i) site-sharing en ii) nationale roaming. De partijen zijn met name voornemens samen te werken bij de planning, de verwerving, de bouw, de ingebruikstelling en het gebruik van 3G-locaties, alsmede door het aanbieden van roaming-diensten. De partijen werken dus intensief samen bij de uitrol van hun 3G mobiele netwerken. Een dergelijke vergaande samenwerking tussen twee spelers die invloed heeft op een markt met een beperkt aantal concurrenten en hoge, zoniet absolute toegangdrempels doet mededingingsbezwaren rijzen. In het bijzonder bestaat het gevaar dat de overeenkomst i) de mededinging tussen netwerken in Duitsland beperkt en ii) uitstralingseffecten op de dienstenmarkt tot gevolg zou kunnen hebben. Bovendien dienen eventuele restrictieve bepalingen, zoals beperkingen aan de wederverkoop, te worden onderzocht.



### 8.1. Toepasselijkheid van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst

- (94) Omdat site-sharing, RAN-sharing en nationale roaming moeten worden gezien als afzonderlijke vormen van samenwerking met effecten in verschillende markten, worden zij apart geanalyseerd.

#### 8.1.1. Uitgebreide site-sharing

- (95) Site-sharing wordt in principe aangemoedigd door het EU- en het nationaal beleid. Bovendien kunnen nationale autoriteiten het medegebruik van faciliteiten opleggen, met name wanneer concurrenten niet over levensvatbare alternatieven beschikken. Artikel 11 van Richtlijn 97/33/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 inzake interconnectie op telecommunicatiegebied, wat betreft de waarborging van de universele dienst en van de interoperabiliteit door toepassing van de beginselen van Open Network Provision (Interconnectierichtlijn)<sup>(52)</sup> bepaalt dat de toezichthouders bevoegd zijn om collocatie en medegebruik van faciliteiten te stimuleren of op te leggen. Dit artikel is in Duitsland geïmplementeerd door middel van artikel 33 van de Duitse telecommunicatiewet (TKG), dat derde partijen de mogelijkheid biedt te eisen dat zij toegang krijgen tot essentiële faciliteiten van de gevestigde exploitanten<sup>(53)</sup>. In overweging 23 van Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn)<sup>(54)</sup> van het nieuwe regelgevingskader staat dat „gedeeld gebruik van faciliteiten voordelen kan opleveren voor de ruimtelijke ordening, de volksgezondheid of het milieu en derhalve door de nationale regelgevende instanties dient te worden aangemoedigd op basis van vrijwillige overeenkomsten”. Artikel 12 van de Kaderrichtlijn bepaalt dat de toezichthouders het gedeeld gebruik van faciliteiten kunnen voorschrijven wanneer ondernemingen geen toegang hebben tot haalbare alternatieven vanwege de noodzaak om het milieu, de volksgezondheid of de openbare veiligheid te beschermen of om stedenbouwkundige en planologische redenen. Sectorspecifieke regelgeving kan een oplossing bieden wanneer alternatieve locaties niet beschikbaar zijn en concurrenten er niet in slagen overeenstemming te bereiken over de toegang tot de noodzakelijke locaties en/of locatie-infrastructuur tegen commerciële voorwaarden.

- (96) Site-sharing op basis van bilaterale overeenkomsten is in Duitsland voor 2G gemeengoed geworden voor alle exploitanten en dit zal waarschijnlijk ook voor 3G

zo zijn. T-Mobile, D2 Vodafone en E-Plus hebben al kaderovereenkomsten inzake medegebruik van locaties gesloten. Bovendien wordt site-sharing in Duitsland bevorderd in het kader van het overheidsbeleid, dat erop gericht is het totale aantal benodigde locaties zo klein mogelijk te houden in verband met milieu- en gezondheidsoverwegingen. Daarom is op 9 juli 2001 een algemene overeenkomst gesloten tussen enerzijds de gezamenlijke exploitanten van mobiele netwerken en anderzijds de verenigingen van gemeenten met de bedoeling tot zoveel mogelijk medegebruik van locaties te komen<sup>(55)</sup>. Als gevolg van deze overeenkomst wisselen de exploitanten van mobiele netwerken in Duitsland op regionale basis informatie uit over locaties die in bepaalde gemeenten nodig zijn om tot een zo groot mogelijk aandeel van gedeelde locaties te komen.

- (97) De markt voor locaties en locatie-infrastructuur voor digitale mobiele radiocommunicatieapparatuur is in het voorgaande al gedefinieerd (overweging 49 en volgende). De partijen schatten dat in Duitsland tot dusver rond [tussen 40 000 en 70 000 (\*)] locaties voor 2G-netwerken zijn verworven, waarvan een aanzienlijk deel ook voor 3G-netwerken kan worden gebruikt. Tot dusver wordt op de Duitse markt, 64 % van alle sites door één exploitant gebruikt, 20 % door twee exploitanten en 16 % door drie of meer exploitanten<sup>(56)</sup>. Omdat 3G-netwerken zich aanvankelijk in stedelijke gebieden zullen concentreren om het vereiste dekkingpercentage te bereiken, is het waarschijnlijk dat het percentage gedeelde locaties hoger zal zijn dan voor 2G. De verdeling van de al bestaande locaties over de netwerkexploitanten is naar schatting als volgt: [tussen 10 000 en 20 000 (\*)] zijn in handen van T-Mobile, [tussen 10 000 en 20 000 (\*)] in handen van D2 Vodafone, [tussen 5 000 en 15 000 (\*)] in handen van E-Plus en [tussen 5 000 en 15 000 (\*)] in handen van O2 Germany. Voor 3G-netwerken zullen naar schatting 20 000 nieuwe locaties worden verworven. T-Mobile is van plan om aan de bestaande [tussen 10 000 en 20 000 (\*)] locaties nog eens [(\*)] voor haar 3G-netwerk toe te voegen. Een deel van de nieuwe locaties zal worden gedeeld: in hun kennisgeving stellen de partijen dat zij verwachten maximaal [20-35 % (\*)] van hun 3G-locatie in het kader van de overeenkomst te zullen delen. Uit recentere informatie van de partijen blijkt dat O2 Germany nu verwacht maximaal [40-55 % (\*)] van haar 2G- en 3G-locaties te zullen delen met andere exploitanten, inclusief T-Mobile, en [15-30 % (\*)] met T-Mobile alleen. T-Mobile verwacht nu [(\*)] van haar mastlocaties en [(\*)] van haar daklocaties met de drie overige exploitanten te zullen delen.

<sup>(52)</sup> PB L 199 van 26.7.1997, blz. 32.

<sup>(53)</sup> Telecommunicatiewet (TKG) van 25 juli 1996 (Duits staatsblad I, blz. 1120), laatstelijk gewijzigd bij de Eerste Wet ter herziening van de Telecommunicatiewet van 21 oktober 2002 (Duits staatsblad I; blz. 4186) [Telekommunikationsgesetz vom 25. Juli 1996, BGBl. I S. 1120; Änderungsgesetz zum TKG — Kleine Novelle vom 25.10.2002, BGBl. I S. 4186].

<sup>(54)</sup> PB L 108 van 24.4.2002, blz. 33.

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

<sup>(56)</sup> Op basis van gegevens van RegTP voor mei 2001 voor een totaal van 39 690 locaties.

- (98) De markt is sterk geconcentreerd en momenteel hebben de partijen samen een marktaandeel van ongeveer 45 %. Behalve de partijen hebben nog twee andere partijen licenties verworven op grond waarvan zij een eigen netwerk mogen uitbouwen. Eén daarvan, D2 Vodafone, beschikt al over een sterke positie op de 2G-markten. Deze partijen zijn eveneens vertegenwoordigd op de markt voor locaties en locatie-infrastructuur voor digitale mobiele radiocommunicatieapparatuur. Hoewel de grote meerderheid van de locaties in Duitsland momenteel in handen is van mobiele netwerkexploitanten, hebben ook enkele gespecialiseerde tower companies hun intrede op de Duitse markt gemaakt en kunnen afzonderlijke locaties ook rechtstreeks van de eigenaars worden verworven. Bovendien wordt het aantal voor andere netwerkexploitanten beschikbare sites door site-sharing niet lager: omdat het aantal door de „delende” exploitanten benodigde afzonderlijke locaties daalt, groeit het percentage voor de overige exploitanten beschikbare sites.
- (99) Aan de vraagzijde is de markt nog sterker geconcentreerd, aangezien deze zich beperkt tot de vier op de Duitse markt actief gebleven 2G/3G-exploitanten die over een licentie beschikken. De partijen aan vraagzijde zijn ook aanwezig aan aanbodzijde en zijn in principe in staat om voor eigen netwerkbehoeften locaties te verwerven, desgewenst geheel onafhankelijk van de partijen of van alle overige exploitanten. Omdat de partijen waarschijnlijk toegang zullen vragen tot locaties die door andere 2G- en 3G-exploitanten worden gecontroleerd, is er waarschijnlijk sprake van kopersmacht die tegenwicht kan bieden.
- (100) Bovendien wordt bevorderd dat derde partijen toegang krijgen tot locaties van de partijen via het overheidsbeleid en, zoals in het voorgaande al is uitgelegd, dankzij de bevoegdheid van de toezichthouder om site-sharing op te leggen als er geen haalbare alternatieven zijn. Ten slotte vormt de overeenkomst geen belemmering voor de commerciële vrijheid van de partijen om site-sharing-overeenkomsten met derden te sluiten en beide partijen zijn voornemens de site-sharing met derden actief te blijven voortzetten. De overeenkomst lijkt dan ook geen belemmering te vormen voor de mededinging op de markt voor locaties en locatie-infrastructuur voor digitale mobiele radiocommunicatieapparatuur. Er dient nog te worden onderzocht of het waarschijnlijk is dat de partijen als gevolg van site-sharing minder ruimte vinden om hun eindgebruikersdiensten te differentiëren, gezien de grotere overeenstemming van hun kostenstructuren, of hun activiteiten op andere markten gaan coördineren.
- (101) Omdat de kosten van gedeelde locaties ten opzichte van de totale kosten relatief laag zijn, zijn de verwachte kostenbesparingen als gevolg van site-sharing beperkt.
- O2 Germany verwacht dat de besparingen door site-sharing slechts [7-17 % (\*)] bedragen van de totale besparingen van [15-35 % (\*)] van de uitrolkosten van het netwerk die aan de overeenkomst te danken zijn, hetgeen betekent dat de besparingen als gevolg van site-sharing [minder dan 5 % (\*)] van de totale besparingen vertegenwoordigen. Wat 2G-locaties betreft, verwacht T-Mobile niet dat er extra besparingen zullen zijn als gevolg van de huidige site-sharingovereenkomsten voor 2G. In plaats daarvan zien de partijen de voordelen van site-sharing vooral in termen van tijdswinst bij de planning en realisatie die bereikt wordt doordat de radioplannen sneller klaar zijn omdat de informatie over de locatie eerder beschikbaar is. De partijen zullen in elk geval geen locaties gemeenschappelijk gaan aankopen of beheren, maar zullen met elkaar en met andere netwerkexploitanten wedijveren bij de verwerving van eigen locaties waarop de andere partij een gebruiksrecht krijgt. Daarom is het niet zo dat zij als gevolg van de overeenkomst een groot deel van de totale kosten gemeen hebben. Dientengevolge resulteert site-sharing niet in een overeenkomstige kostenstructuur van de partijen die gevolgen heeft voor hun vermogen om daadwerkelijk met elkaar te concurreren op de downstream netwerk- of dienstenmarkten.
- (102) Evenmin zijn er significante effecten voor de concurrentie op enige andere netwerk- of dienstenmarkt. Het niveau van samenwerking bij site-sharing strookt met de beoordeling van de toezichthouder, RegTP, inzake het minimumniveau van onafhankelijkheid dat nodig is opdat de respectieve partijen de onafhankelijke controle over netwerken en diensten behouden. In het bijzonder blijven de partijen de onafhankelijke controle uitoefenen over hun core-netwerken, met inbegrip van alle intelligente onderdelen van de netwerk- en dienstenplatforms die de aard en de samenstelling van de geleverde diensten bepalen. De partijen behouden ook de onafhankelijke controle over hun radioplanning en de vrijheid om locaties, ook niet gedeelde, te verwerven om de dekking en capaciteit van hun netwerk te verhogen, die de belangrijkste concurrentiefactoren op netwerkniveau blijken te zijn en die waarschijnlijk ook grote invloed hebben op de mate van concurrentie bij de diensten. Omdat site-sharing de prospectiekosten verlaagt en uiteindelijk een hogere netwerkdichtheid mogelijk maakt, kan deze de netwerkconcurrentie, en daarmee ook de concurrentie bij het aanbieden van diensten, tussen de partijen en met derde partijen, verhogen. Site-sharing tussen de partijen zoals bedoeld in de aangemelde overeenkomst leidt daarom niet tot beperking van de mededinging.
- (103) De partijen hebben verklaard dat zij met het oog op site-sharing informatie zullen uitwisselen die nodig is voor de gemeenschappelijke aanleg van locaties, waaronder technische informatie en locatiegegevens voor afzonderlijke locaties, en met name welke partij waar

wil gaan bouwen. De partijen verklaren dat er geen aanvullende uitwisseling van informatie zal plaatsvinden over de verwachte uitbouw van 3G-netwerken. Artikel 2.6 van de overeenkomst bepaalt dat geen andere gevoelige informatie door de partijen wordt uitgewisseld dan strikt noodzakelijk voor de netwerkplanning. De uitwisseling van deze technische informatie beperkt zich tot hetgeen nodig is om een vorm van samenwerking tussen de partijen mogelijk te maken die de concurrentie niet beperkt. Derhalve vormt deze informatie-uitwisseling als zodanig evenmin een beperking van de concurrentie.

#### 8.1.2. RAN-sharing

- (104) Ofschoon de overeenkomst in de mogelijkheid voorziet om het potentieel van RAN-sharing door de partijen te onderzoeken, wordt RAN-sharing momenteel niet overwogen. Bovendien gaan de partijen in hun kennisgeving niet voldoende gedetailleerd in op de voorwaarden voor RAN-sharing om een toetsing aan artikel 81 van het EG-Verdrag of artikel 53 van de EER-overeenkomst door de Commissie mogelijk te maken. De onderhavige beschikking is derhalve niet van toepassing op RAN-sharing.

#### 8.1.3. Nationale roaming

Roaming van O2 Germany op het T-Mobile-net binnen het 50 %-dekkingsgebied

- (105) Bij overeenkomsten van 20 september 2002 en 22 januari 2003 tot wijziging van de aangemelde overeenkomst zijn de partijen overeengekomen dat O2 Germany tussen 1 januari 2003 en 31 december 2008 het recht heeft wholesale nationale roamingrechten te kopen. Dit betekent dat O2 Germany in deze periode nationale roamingdiensten wholesale van T-Mobile zal betrekken in het gebied waar O2 Germany wettelijk verplicht is 50 % van de Duitse bevolking via haar eigen netwerk te bedienen. T-Mobile heeft niet een soortgelijk recht om in dit gebied nationale roamingcapaciteit op het netwerk van O2 te kopen. Naar aanleiding van overleg met de Commissie zijn de partijen overeengekomen de duur van de periode waarin roaming binnen het gebied dat onder de 50 %-dekkingsverplichting valt, te beperken op basis van een indeling in drie afzonderlijke regio's (de regio's 1, 2 en 3). De mogelijkheid van roaming zal in die regio's geleidelijk worden afgeschaft volgens het al in punt 4.3.1 vermelde tijdschema, dat in de overeenkomst is opgenomen bij wijzigingsovereenkomst van 21 mei 2003.

Wederzijdse roaming buiten het 50 %-dekkingsgebied

- (106) De oorspronkelijk aangemelde overeenkomst voorziet in een wederzijds recht voor T-Mobile en O2 Germany op wholesale nationale roaming voor 3G buiten het

gebied waarin de 50 %-dekkingseis van toepassing is. In de praktijk is T-Mobile van plan om vóór eind 2006 [(\*)] van de Duitse bevolking te bereiken en om daarna, afhankelijk van de vraag een nog hoger dekkingspercentage te realiseren, terwijl O2 Germany [(\*)] wil realiseren. Omdat T-Mobile over een uitgebreider net zal beschikken en het voor een netwerkexploitant in termen van controle over de kosten en factoren zoals netwerkqualiteit en transmissiesnelheid voordelen biedt van zijn eigen netwerk gebruik te maken, zal er door T-Mobile en haar klanten waarschijnlijk niet veel of misschien wel in het geheel geen gebruik worden gemaakt van de mogelijkheid van roaming op het netwerk van O2 Germany. Bij nationale roaming in het kader van de overeenkomst gaat het dus vooral om roaming door O2 Germany op het netwerk van T-Mobile en niet omgekeerd.

#### Mededingingseffecten

##### Effecten op de wholesalemakten

- (107) De markt voor wholesaletoegang tot nationale roaming voor 3G-communicatiediensten is in het voorgaande al gedefinieerd (overweging 57 en volgende). Nationale roaming voor netwerkexploitanten met een licentie voor de uitrol en exploitatie van hun eigen concurrerende digitale mobiele netwerken beperkt per definitie de concurrentie tussen deze exploitanten op alle verwante netwerkmakten voor cruciale aspecten zoals dekkingsgraad, kwaliteit en transmissietarieven. De concurrentie op het punt van de omvang en snelheid van dekking wordt beperkt omdat een exploitant bij roaming, in plaats van zijn eigen netwerk uit te rollen om in zo kort mogelijke tijd een zo groot mogelijke dekking in termen van grondgebied en bevolking te bereiken, voor zijn roaming-verkeer kan profiteren van de dekkingsgraad van het hostnetwerk. Nationale roaming beperkt ook de concurrentie op het punt van netwerkqualiteit en transmissiesnelheden, omdat de exploitant bij roaming wordt beperkt door de netwerkqualiteit en de transmissiesnelheden die voor hem beschikbaar zijn op het hostnetwerk en die afhangen van de technische en commerciële keuzes die de exploitant van het hostnetwerk maakt. Ten slotte zullen op basis van de overeenkomst voor nationale roaming wholesale tarieven in rekening worden gebracht, bij spraakcommunicatie op het niveau van de gespreksafgiftetarieven en bij datadiensten op basis van [retail-minus-pricing model (\*)]. In het geval van O2 Germany zal [(\*)] met nationale roaming worden bereikt. Daarom zullen de wholesale tarieven die zij inkopers van capaciteit op haar eigen netwerk en van toegangsdiensten aanrekent, worden beperkt door de wholesale tarieven die zij T-Mobile moet betalen.
- (108) De effecten van dergelijke beperkingen zullen groter zijn in gebieden waarin er economisch veel te zeggen is voor de aanleg van parallelle netwerken door concurrenten — met name in de dichtstbevolkte stedelijke gebieden —, waar de mededinging dus sterker door roaming wordt beperkt. De effecten zijn minder ernstig wanneer er in economisch opzicht weinig is dat voor de aanleg van een netwerk pleit, zoals in commercieel minder interessante stadsgebieden en vooral op het platteland en in perifere regio's.

- (109) Gezien de daaruit resulterende beperkingen van het vermogen van O2 Germany en T-Mobile om te concurreren op het punt van dekking, kwaliteit, transmissiesnelheden en wholesaleprijzen, zal 3G nationale roaming tussen O2 Germany en T-Mobile van invloed zijn op de concurrentie op alle 3G-netwerkmakten in Duitsland, met inbegrip van de markt voor wholesale nationale roaming-toegang voor 3G-communicatiediensten en de markt voor wholesale-airtimetoegang tot 3G-diensten.
- (110) Aangezien 3G-markten opkomende markten zijn, zijn er geen gegevens over marktaandeelen beschikbaar. Op de markt voor wholesale nationale roaming-toegang voor 3G-communicatiediensten zijn er in Duitsland evenwel slechts vier exploitanten met een licentie die een netwerk kunnen uitrollen. De drempels voor toetreding zijn zeer hoog, zoniet absoluut, ingevolge vergunnings- en investeringseisen<sup>(57)</sup>. Daaruit wordt duidelijk dat de mededinging door samenwerking tussen twee van de vier marktpartijen, ook al is een van beide (O2 Germany) momenteel niet van plan een netwerk uit te rollen dat verder gaat dan [(\*)], op merkbare wijze kan worden beperkt. De overeenkomst inzake nationale roaming (als gewijzigd) vormt daarom een beperking van de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst.

#### Effecten op de retailmarkten

- (111) Daarnaast dient ook te worden onderzocht of de overeenkomst inzake 3G-roamingtoegang de mededinging bij 3G-retaildiensten beperkt. Nationale roaming op wholesaleniveau zal leiden tot een grotere uniformiteit van de voorwaarden op retailniveau, omdat de onderliggende netwerkdekking, kwaliteit en transmissiesnelheden naar verwachting gelijk zullen lopen. Transmissiesnelheden zullen sterk bepalend zijn voor het soort diensten dat een bepaalde exploitant zal kunnen bieden. Bovendien zal het tijdschema voor de introductie van specifieke diensten worden bepaald door het tijdstip dat bepaalde transmissiesnelheden op betrouwbare wijze beschikbaar zijn op netwerkniveau, hetgeen dan weer zal moeten worden gecoördineerd met het oog op nationale roaming. Ten slotte zullen de mogelijkheden voor prijsconcurrentie als gevolg daarvan beperkt zijn, omdat exploitanten die wholesale nationale 3G-roaming gebruiken, voor wholesaletoegang tot datadiensten vergoedingen zullen moeten betalen op basis van een [retail minus pricing model [(\*)]]. Het [(\*)] systeem zou op zichzelf kunnen leiden tot coördinatie op het niveau van de retailtarieven.
- (112) Daarom valt te verwachten dat de samenwerking tussen de partijen op het punt van wholesale 3G nationale roaming gevolgen zal hebben voor de concurrentie tussen partijen op de downstream retailmarkten. Of-

schoon het aantal partijen dat op deze retailmarkten actief is, groter is dan op netwerkniveau en de marktaandelen niet precies bekend zijn, bedraagt hun gezamenlijke marktaandeel, als het gecombineerde marktaandeel van de partijen voor 2G-retailmarkten als maatstaf wordt genomen, 36,5 % [T-Mobile 29 % en O2 Germany 7,5 %] als alleen eigen klanten worden geteld, en 49,5 % [T-Mobile 41,7 % en O2 Germany 7,8 %] als ook de klanten van de service providers die op de netwerken van de partijen actief zijn, worden meegerekend. Derhalve ligt het gecombineerde marktaandeel van de partijen voor 3G-diensten in elk plausibel scenario voor de marktontwikkeling waarschijnlijk boven de 10 %, zodat de beperking van de mededinging merkbaar is.

#### Minimumafnameverplichting

- (113) De overeenkomst over nationale roaming voor 3G is niet exclusief, maar voorziet in een verplichting voor O2 Germany om binnen drie jaar na de start van de desbetreffende 3G roaming-diensten voor een bedrag van ten minste [(\*)] EUR af te nemen van T-Mobile. De wijzigingen op de overeenkomst die O2 Germany binnen het 50 %-dekkingsgebied de mogelijkheid van roaming bieden op het netwerk van T-Mobile, bepalen dat O2 Germany T-Mobile hiervoor een [vergoeding van (\*)] EUR betaalt. Dit is weliswaar geen minimumafnameverplichting maar kan eveneens het effect hebben dat O2 Germany zich bij de inkoop van 3G nationale roaming-toegang vooral op het netwerk van T-Mobile zal richten.
- (114) Maar noch de minimumafnameverplichting, noch de vaste vergoeding behoeft een verdere analyse in termen van eventuele marktafscherming. De verkoop van wholesale roaming-toegang voor 3G tussen netwerkexploitanten met een 3G-licentie, wordt beschouwd als een beperking van de concurrentie. Daarom kunnen eventuele obstakels voor andere netwerkexploitanten met een 3G-licentie om deze vorm van samenwerking aan te bieden, niet worden geïnterpreteerd als een verdere beperking van de mededinging als zodanig. Integendeel, mocht een van de partijen een overeenkomst sluiten om belangrijke hoeveelheden nationale roaming-toegang te betrekken van een van de overige netwerkexploitanten met een 3G-licentie, dan zou zulks een toetsing aan de mededingingsregels noodzakelijk maken.

#### Wederkoop aan MVNO's

- (115) Artikel 11.1.c van de overeenkomst beperkt de mogelijkheid van de partijen om roaming-toegangsrechten door te verkopen aan derde partijen en vereist met name dat de wederpartij voorafgaande toestemming verleent voor eventuele wederkoop van roamingcapaciteit aan MVNO's die spraaktelefoniediensten aan eindgebruikers aanbieden. Omdat deze bepaling de wederkoop van toegangsrechten betreft hebben de betrokken beperkingen een verticaal karakter. Artikel 2, lid 4, van Verordening (EG) nr. 2790/1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen

<sup>(57)</sup> Zie punt 5.5.2.

verticale overeenkomsten bepaalt evenwel dat de groepsvrijstelling niet van toepassing is op wederzijdse verticale overeenkomsten tussen concurrerende ondernemingen <sup>(58)</sup>.

- (116) Deze beperking moet daarom worden getoetst aan de richtsnoeren inzake horizontale samenwerking voor wat betreft mogelijke collusie, evenals aan de richtsnoeren inzake verticale beperkingen voor wat betreft de verticale dimensie. Een analyse op basis van de richtsnoeren inzake horizontale samenwerking maakt duidelijk dat een beperking van het type klanten waaraan de koper de diensten mag verkopen, de output beperkt en daarom een beperking inhoudt van de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag of artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst, waarvoor uit hoofde van artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag of artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst een aparte analyse moet worden gemaakt <sup>(59)</sup>. Derhalve moeten de bepalingen van artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag of artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst worden toegepast op de beperkingen aan de doorverkoop aan „spraak-MVNO's” ten einde te bepalen of de eventuele voordelen opwegen tegen de gevolgen van de beperking van de mededinging.

#### Beperkingen aan de doorverkoop aan andere netwerkexploitanten

- (117) Door voorafgaande toestemming van de exploitant van het hostnetwerk te verlangen beperkt artikel 11.1.c van de overeenkomst tevens de doorverkoop van roamingrechten aan andere netwerkexploitanten met een licentie. De partijen betogen dat deze beperking noodzakelijk is om de planning van de netwerkcapaciteit mogelijk te maken en de kwaliteit van de dienst te garanderen. Er hoeft evenwel geen analyse van deze argumenten te worden gemaakt. De verkoop van wholesale roamingtoegang voor 3G tussen netwerkexploitanten met een 3G-licentie wordt als zodanig al beschouwd als een belemmering van de concurrentie. Daarom kan een beperking voor andere netwerkexploitanten met een 3G-licentie om deel te nemen aan deze vorm van samenwerking, niet worden geïnterpreteerd als een beperking van de mededinging. Integendeel, mocht een van de partijen een overeenkomst sluiten om belangrijke hoeveelheden nationale roaming-toegang door te verkopen aan een van de overige netwerkexploitanten met een 3G-licentie, dan zou zulks een toetsing aan de mededingingsregels noodzakelijk maken.

#### Informatie-uitwisseling met het oog op nationale roaming

- (118) Artikel 2.6 van de overeenkomst verbiedt de partijen om „concurrentiegevoelige informatie” uit te wisselen. In dit verband hebben de partijen verklaard geen infor-

matie te zullen uitwisselen over de verwachte capaciteitsbehoeften in de toekomst, met name over aantallen klanten en hun specifieke behoeften.

- (119) De partijen zullen echter wel bepaalde essentiële technische gegevens uitwisselen die strikt noodzakelijk zijn om voor een „naadloze roaming” te zorgen, zoals kanaalnummers, klantidentificatienummers (CID's) en interconnectie-identificatiegegevens. Voor een naadloze roaming is een „naadloze handover” tussen de twee betrokken netwerken noodzakelijk die plaatsvindt zonder dat de klant zich bij verandering van netwerk manueel bij het nieuwe netwerk moet aanmelden. Om naadloze overdracht tussen cellen mogelijk te maken dienen aan het hostnetwerk de relevante parameters van het draadloze net bekend te worden gemaakt, namelijk celidentiteit, geografische coördinaten, antennehoogte, antennetype, richting van de hoofdbundel van het radiosignaal, kabelverzwakking en node B-prestaties. Aangezien de uitwisseling van deze informatie voor nationale roaming strikt noodzakelijk is, vertegenwoordigt zij geen beperking van de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag of artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst waarvoor een afzonderlijke analyse dient plaats te vinden.

## 8.2. Beïnvloeding van de handel tussen EER-landen

- (120) De voorwaarden voor toegang tot 3G-infrastructuur en wholesalediensten van mobiele netwerkexploitanten beïnvloeden de handel tussen EER-landen ongunstig. De reden daarvoor is dat via telecommunicatienetwerken geleverde diensten — bijvoorbeeld wholesale beëindiging van internationale telefoongesprekken en wholesaletoeegang tot 3G internationale roaming — in de gehele EER worden verhandeld en dat de voorwaarden voor toegang tot telecommunicatie-infrastructuur en wholesalediensten bepalend zijn voor het vermogen van andere exploitanten, service providers en MVNO's die dergelijke toegang nodig hebben om hun eigen diensten te kunnen aanbieden <sup>(60)</sup>. De voorwaarden voor medegebruik van netwerken zijn ook van invloed op de aanschaf van netwerkapparatuur bij producenten van netwerkapparatuur die in andere EER-landen zijn gevestigd. Bovendien zijn investeringen en markttoegang tot 3G netwerken en diensten in toenemende mate van een grensoverschrijdende aard binnen de EER. Bijgevolg hebben de voorwaarden voor toegang tot 3G-infrastructuur en wholesalediensten een erg ongunstige invloed niet alleen op het investeringsklimaat, met inbegrip van investeringen in 3G-infrastructuur en -diensten tussen EER-landen, maar ook op de voorwaarden voor markttoegang, met inbegrip van dergelijke toegang door exploitanten, service providers, MVNO's en andere content providers van andere EER-landen.

<sup>(58)</sup> PB L 336 van 29.12.1999, blz. 21. Zie bekendmaking van de Commissie — Richtsnoeren inzake verticale beperking, PB C 291 van 13.10.2000, blz. 1, punt 52.

<sup>(59)</sup> Mededeling van de Commissie, richtsnoeren inzake de toepassing van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, PB C 3 van 6.1.2001, blz. 2, punt 25.

<sup>(60)</sup> Zie bekendmaking inzake toegang, punten 144-148.

### 8.3. Toepassing van artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag en artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst

Roaming van O2 Germany op het 3G-net van T-Mobile binnen het 50 %-dekkingsgebied

(121) Uit bovenstaande analyse is gebleken dat de bepalingen van de (gewijzigde) overeenkomst inzake nationale roaming onder artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst vallen, aangezien de regeling van de partijen inzake nationale roaming een merkbare invloed heeft op de mededinging en de handel tussen de EER-landen ongunstig beïnvloedt. Een overeenkomst die in strijd is met artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag of artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst, kan worden vrijgesteld mits deze voldoet aan de volgende voorwaarden van artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag of artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst:

- a) De overeenkomst moet bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang;
- b) Een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen moet de gebruikers ten goede komen;
- c) De betrokken ondernemingen mogen geen beperkingen worden opgelegd welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn;
- d) De betrokken ondernemingen mag niet de mogelijkheid worden gegeven voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

#### 8.3.1. *Bijdrage van de overeenkomst tot de verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang*

(122) Dankzij de toegang tot nationale roaming voor 3G zullen de partijen in staat zijn om sneller betere dekking, kwaliteit en transmissiesnelheden te bieden voor 3G wholesale- en retaildiensten. Door de verkoop van roaming-toegang krijgt de exploitant van het hostnetwerk extra middelen om in zijn netwerk te investeren en kan hij zijn netwerkcapaciteit sneller vollediger en daarom ook efficiënter benutten dan anders het geval zou zijn. Zelfs als in de praktijk slechts één van de partijen in het kader van de overeenkomst haar roamingrechten zou benutten, zou het gebruik van hun gezamenlijke netwerken deze partij een grotere netwerkdichtheid en een ruimere footprint verschaffen dan zij op eigen kracht zou kunnen bieden, waardoor haar wholesale- en retaildiensten aantrekkelijker worden voor de afnemers. De concurrentie op netwerkniveau van ten minste twee andere exploitanten zal ervoor zorgen dat de partijen gestimuleerd blijven worden om de dichtheid te verhogen en de footprint te vergroten zolang de marktpenetratie van 3G-diensten groeit en dat zij niet enkel op hun netwerkkosten bezuinigen. Gezien de concurrentie van deze andere exploitanten, alsmede van een aantal service providers en mogelijk MVNO's op retailniveau, zullen de partijen ook individueel worden gestimuleerd om een ruimer dienstenaanbod en een betere kwaliteit aan te bieden.

(123) Roaming door O2 Germany op het 3G-netwerk van T-Mobile binnen het gebied waarvoor de wettelijke verplichting geldt om uiterlijk op 31 december 2005 een dekkingsgraad van 50 % van de bevolking te bereiken, leidt waarschijnlijk tot een ruimere keuze en meer concurrentie zowel op wholesale- als op retailniveau. In het bijzonder kan O2 Germany dankzij mobiele roaming op het netwerk van T-Mobile van meet af diensten aanbieden waarvan de dekking, kwaliteit en transmissiesnelheden beter zijn dan wanneer zij deze in de uitrolfase in concurrentie met andere exploitanten van 3G wholesale- en retaildiensten op eigen kracht zou moeten aanbieden.

(124) Het netwerk van O2 Germany zal uiterlijk op 31 december 2005 aan de wettelijke verplichtingen voldoen. Het is echter onwaarschijnlijk dat de met zijn geringe marktaandeel (circa 8 %) kleinste exploitant op de Duitse mobiele markt snel in staat is om een netwerk van hoge kwaliteit uit te bouwen dat een gebied dekt dat groot genoeg is om deze onderneming in staat te stellen van meet af daadwerkelijk te concurreren met andere, gevestigde exploitanten van 3G-netwerken en -diensten die in Duitsland een licentie hebben gekregen. Als gevolg van de grote pioniersvoordelen wordt haar vermogen om daadwerkelijk te concurreren waarschijnlijk beperkt en dit kan de concurrentie op de Duitse markt over de gehele linie schaden. Daarom biedt het in dit geval economische voordelen om O2 Germany toestemming te geven om zelfs in grote stedelijke gebieden voor korte tijd van roaming gebruik te maken totdat zij zelf een efficiënt netwerk heeft opgebouwd. Als zij in het begin van roaming gebruik mag maken, kan O2 Germany ook haar 3G-diensten sneller op de markt brengen waardoor het bedrijf extra inkomsten kan genereren. Dit helpt het bedrijf de uitrol van zijn 3G-netwerk te financieren waardoor het minder afhankelijk kan worden van roaming op het netwerk van T-Mobile.

(125) Als O2 Germany haar investeringen in het netwerk kan concentreren op de gebieden waar de vraag het grootst is, dat wil zeggen in de grote steden, en in steden van minder grote economische betekenis gedurende een langere, maar nog steeds begrensde periode van roaming gebruik mag maken, zal zij, ook op haar eigen net, betere wholesale- en retaildiensten kunnen aanbieden dan anders het geval zou zijn. In ondergrondse gebieden is roaming-toegang noodzakelijk om de continuïteit van de dekking te garanderen in gebieden die voor de consument van strategisch belang zijn maar waar O2 Germany vanwege de veiligheidsvoorschriften en de bouwvergunningseisen niet snel een eigen netwerk kan opzetten. Een langere vrijstelling is daarom voor deze specifieke gebieden te rechtvaardigen.

### Wederzijdse roaming buiten het 50 %-dekkingsgebied

- (126) Mobiele roaming door O2 Germany op het netwerk van T-Mobile buiten het gebied waarvoor de wettelijke verplichting geldt om uiterlijk op 31 december 2005 een dekkingsgraad van 50 % van de bevolking te bereiken, stelt O2 Germany met name in staat zich op te werpen als een concurrent die nationale dekking op de 3G-retailmarkten biedt. De partijen hebben bewijsmateriaal ingediend om aan te tonen dat het zonder de overeenkomst bij de huidige planningsschema's onwaarschijnlijk is dat O2 Germany aan [een minimumdekking van (\*)] kan voldoen. Bovendien zij erop gewezen dat O2 Germany op de mobiele markten voor 2G, waar zij aanvankelijk na het betreden van de markt eveneens in belangrijke mate gebruik heeft gemaakt van nationale roaming op het netwerk van T-Mobile, nu bijna nationale dekking heeft bereikt, hetgeen ver uitgaat boven de licentievoorwaarden, door haar netwerk uit te bouwen naarmate de vraag naar haar diensten vanuit de markt toenam.
- (127) Als gevolg van de overeenkomst zal O2 Germany tevens buiten het onder de licentievoorwaarden vallende gebied in het gehele land roaming-toegang aan data-MVNO's en wholesale 3G-airtime aan service providers kunnen doorverkopen. Bijgevolg wordt door de overeenkomst de concurrentie gestimuleerd op de markten voor 3G nationale roaming en voor wholesale-airtime, evenals op retailniveau, hetgeen dan ook bijdraagt tot de productie en verspreiding van deze diensten. Omdat de betrokken 3G-diensten — ten opzichte van 2G-diensten — naar verwachting een ruim scala aan nieuwe, technologisch geavanceerde producten van hoge kwaliteit en functionaliteit zullen behelzen, wordt door de overeenkomst ook bijgedragen tot de technische en economische vooruitgang.
- (128) Dankzij de overeenkomst inzake nationale roaming kunnen de partijen, in het bijzonder T-Mobile, intensiever en daarom ook efficiënter gebruik maken van hun netwerk, vooral in minder dichtbevolkte gebieden. Doordat T-Mobile economisch gezien meer profijt kan trekken van haar investeringen in infrastructuur, vergroot roaming de stimulans om de dekking, kwaliteit en transmissiesnelheden te verbeteren. Bovendien wordt hierdoor bijgedragen tot de productie en verspreiding van de betrokken diensten en tot de technische en economische vooruitgang.

#### 8.3.2. Een billijk aandeel in de uit de overeenkomst voortvloeiende voordelen dat de consumenten ten goede komt

- (129) Door O2 Germany in staat te stellen ten eerste in de uitrolfase doeltreffender te concurreren en ten tweede als nationale exploitant van 3G wholesale- en retaildiensten op te treden (of in ieder geval als een exploitant met het grootste geografische bereik dat op dat moment beschikbaar is) zal de overeenkomst inzake nationale roaming voor 3G de concurrentie op digitale mobiele netwerk- en dienstenmarkten vergroten. De concurrentie

zal zich sneller ontwikkelen en de concurrenten zullen stimuli krijgen om nieuwe diensten op de markt te introduceren en zullen sterker onder druk komen te staan om hun prijzen te verlagen als gevolg van verbeterde markttoegang met een ruimere dekking op basis van nationale roaming tussen de partijen. Daardoor zullen consumenten waarschijnlijk sneller kunnen profiteren van een groter scala aan nieuwe en technisch geavanceerde 3G-diensten die naar verwachting een betere kwaliteit en een ruimer aanbod zullen bieden dan bij 2G-diensten, en zal prijsconcurrentie waarschijnlijker worden.

- (130) De partijen hebben een duidelijk beeld geschetst van de mogelijke voordelen die een betere markttoegang in termen van prijsontwikkelingen voor de consument heeft. Zij hebben aangetoond dat het indexcijfer van de retailprijzen voor mobiele telefonie door de komst van de derde en de vierde exploitant op de mobiele markt voor 2G in Duitsland met ongeveer 20 % is gedaald. Indertijd steunde de markttoetreding van O2 Germany als vierde nationaal opererende exploitant voor een belangrijk deel op de levering van nationale roaming-capaciteit door T-Mobile. Bovendien mag op grond van de toegenomen concurrentie op retailniveau worden verwacht dat alle kostenbesparingen als gevolg van de toegenomen concurrentie bij de verkoop van nationale roaming-toegang met landelijke dekking aan data-MVNO's en bij de wederverkoop van airtime voor diensten met landelijke dekking aan service providers (of aan MVNO's die als service providers optreden) aan de eindgebruikers zullen worden doorgegeven.

#### 8.3.3. Onmisbaarheid van de betrokken beperkingen

##### Nationale roaming

- (131) De bepalingen van de (gewijzigde) overeenkomst met betrekking tot nationale roaming zijn onmisbaar om de zojuist besproken voordelen te bereiken.
- (132) Wat betreft roaming binnen het 50 %-dekkingsgebied zij erop gewezen dat de specifieke geografische omstandigheden en de geografische spreiding van de bevolking in Duitsland meebrengen dat in vergelijking met andere lidstaten zoals het VK een groot aantal stedelijke gebieden met relatief minder inwoners moet worden bestreken. Bovendien is de totale bevolking van Duitsland aanmerkelijk groter dan die van het VK of welke andere lidstaat dan ook. De business case voor 3G-netwerken rechtvaardigt momenteel geen uniforme landelijke dekking, maar de dekking zal, parallel met de verwachte ontwikkeling van de markt, geleidelijk groeien vanuit de stedelijke centra en eventueel de grote verkeersaders. Dit betekent dat dekking van een aanmerkelijk percentage van de Duitse stadsbevolking relatief grote investeringen vergt. Zelfs al worden de investeringen op de dichtstbevolkte gebieden geconcentreerd, dan nog is het aantal geografisch gescheiden gebieden waar de netwerkdekking moet worden uitgebouwd en die onderling moeten worden verbonden, relatief hoog.

(133) Ten slotte moet worden vastgesteld dat O2 Germany als vierde netwerkexploitant op de GSM-markten in Duitsland een speler met een relatief geringe klantenbasis is die daarom ook minder goed toegang heeft tot financiële middelen dan de meer gevestigde exploitanten. Omdat het 2G-netwerk van O2 Germany op dit moment minder klanten heeft, beschikt zij ook over aanzienlijke reservecapaciteit voor spraakdiensten, waardoor zij een minder goede business case heeft voor investeringen in haar 3G-netwerk, tenzij voor het aanbieden van diensten met een hogere bandbreedte, waarvoor een hoge netwerkdichtheid vereist is. Daarom wordt roaming door O2 Germany op het 3G-netwerk van T-Mobile zelfs in de belangrijkste stedelijke gebieden voor een beperkte duur evenredig en onmisbaar geacht, terwijl dit niet noodzakelijk het geval is voor exploitanten met een meer gevestigde marktpositie.

#### Beperking van de wederverkoop aan spraak-MVNO's

(134) De partijen wensen zelf vooraf te bepalen wie wholesaletoeegang tot hun 3G-netwerken krijgt, voor zover de betrokkenen niet tot de categorieën behoren waarvoor dit op grond van nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen verplicht is — met name de levering van airtime aan service providers — en met uitzondering van MVNO's die datadiensten leveren of die als service providers voor spraakdiensten optreden. Daarom hebben zij bepaald dat de hostexploitant voorafgaande toestemming dient te verlenen voor wederverkoop van roaming-toegang aan „spraak-MVNO's”, d.w.z. MVNO's die spraak- of equivalente diensten aanbieden. Met de beperkingen ten aanzien van de wederverkoop van roaming-toegang voor de levering van spraakdiensten aan MVNO's die niet in 3G-netwerklicenties of -infrastructuur hebben geïnvesteerd, willen de partijen hun vermogen tot uitrol van 3G-netwerken en hun investeringen beschermen, zodat zij technisch geavanceerde 3G-diensten aan hun eindgebruikers kunnen aanbieden.

(135) Zonder de mogelijkheid om grip te houden op de toegang tot hun netwerken om zo hun investeringen te beschermen tegen uitholling van de eindgebruikerstarieven voor spraakdiensten door „spraak-MVNO's” bij wederverkoop van roaming-capaciteit, zouden de partijen elkaar in het geheel geen roaming-toegang bieden. Dit is geloofwaardig omdat de partijen berekeningen hebben overgelegd waaruit blijkt dat de eventuele inkomsten die zij op wholesaleniveau mislopen door elkaar geen roaming-toegang te bieden, weer goedge maakt worden doordat de inkomstenverliezen worden vermeden die anders op eindgebruikersniveau zouden worden geleden. Als O2 Germany geen toegang tot nationale roaming op het netwerk van T-Mobile voor 3G-diensten zou krijgen, zou zij in de uitrolfase een minder doeltreffende concurrent zijn en niet als concurrent met nationale dekking (of in ieder geval als exploitant met het grootste geografische bereik dat op dat moment beschikbaar is) de 3G-wholesale- en retailmarkten kunnen betreden. Bovendien zou T-Mobile de besparingen door de verkoop van overcapaciteit van haar netwerk aan O2 Germany mislopen. Ook zouden andere voordelen in termen van meer ruimte voor concurrentie dankzij een betere markttoegang van O2 en dankzij betere netwerkdekking, -kwaliteit en -transmissiesnelheden verloren gaan. De

beperking is derhalve noodzakelijk voor de overeenkomst en voor de voordelen ervan.

(136) De beperking heeft geen enkele invloed op de vrijheid van de partijen om derde partijen wholesaletoeegang tot hun eigen netwerk aan te bieden. Bovendien heeft zij een gelimiteerde reikwijdte in die zin dat zij noch aan de wederverkoop van wholesaletoeegang voor 3G-spraakdiensten aan service providers en MVNO's die als service provider optreden, noch aan de wederverkoop van wholesaletoeegang tot nationale roaming voor 3G-datadiensten, die vermoedelijk de kern zullen vormen van de 3G-retailmarkten, aan MVNO's beperkingen stelt. Er zijn dus alleen gevolgen voor de concurrentie op de markt voor 3G-spraakdiensten. In deze zin is de beperking evenredig aan het beoogde doel. Daarom zijn er momenteel geen minder restrictieve middelen dan een beperking op de wederverkoop van roaming-capaciteit aan MVNO's die tot hetzelfde materiële resultaat zouden leiden.

#### Geen uitschakeling van de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten

(137) Zoals in het voorgaande al is uiteengezet, wordt de concurrentie tussen de vier exploitanten met een licentie voor 3G-netwerken en -diensten die voornemens zijn een 3G-netwerk in Duitsland aan te leggen, en tussen de service providers, evenals tussen MVNO's die niet afhankelijk zijn van de wederverkoop van roaming-capaciteit voor spraakdiensten, door de huidige overeenkomst verstevigd.

(138) De overeenkomst laat bovendien ruimte voor daadwerkelijke concurrentie tussen de partijen. Al wordt voor een deel van de dekking een beroep gedaan op roaming, toch behoudt de exploitant van het homenetwerk de controle over zijn eigen core-netwerk, waardoor hij gedifferentieerde diensten aan kan bieden. Bovendien bepaalt artikel 5.6 van de overeenkomst dat de partijen, om de onderlinge concurrentie bij de dienstverlening te garanderen, ervoor moeten zorgen dat klanten bij roaming enkel toegang hebben tot het dienstenpakket en de derde partijen die op het homenetwerk beschikbaar zijn en dat zij dus geen toegang mogen krijgen tot de diensten die op het hostnetwerk beschikbaar zijn, noch via dit hostnetwerk toegang mogen krijgen tot derde partijen.

(139) Dankzij het gebruik van de CAMEL-technologie (Customised Application for Mobile network Enhanced Logic), met inbegrip van call-back-mogelijkheden, krijgt de exploitant van het homenetwerk betere mogelijkheden om controle te behouden over het verkeer dat wordt gegenereerd door klanten van buiten het homenetwerk en om toegang te verlenen tot diensten die niet beschikbaar zijn op het hostnetwerk. Dit wordt geïllustreerd door het feit dat voor klanten van O2 Germany bij roaming op het netwerk van T-Mobile momenteel diverse andere locatiegebaseerde 2G-diensten beschikbaar zijn dan voor T-Mobile-klanten op hetzelfde netwerk. Voor 3G-retaildiensten zal de controle over de diensten die bij roaming beschikbaar zijn voor eindgebruikers toenemen, omdat de gebruikers voor alle overdracht van data via hun homenetwerk zullen worden verbonden met het pakketgeschakelde datanetwerk.



- (140) Bovendien blijft de verantwoordelijkheid voor prijsstelling en facturering bij de exploitant van het honenetwerk rusten. Ook al levert de hostexploitant aan de hostexploitant informatie met het oog op facturering, toch is er geen direct verband tussen de commerciële voorwaarden voor het wholesale-roamingaanbod en voor de specifieke retaildiensten die op dit aanbod zijn gebaseerd. Een voorbeeld hiervan is de op „tikken” gebaseerde facturering bij O2 Germany voor haar 2,5 G-diensten, die bij T-Mobile ontbreekt.
- (141) De kosten van 3G-wholesale-roaming beperken zich tot — weliswaar hoge — transportkosten, waar de kosten voor content — die voor „content-rijke” 3G-datadiensten naar verwachting op termijn aan belang zullen winnen ten opzichte van de transportkosten — nog eens bovenop komen. Voor het core-netwerk zullen de kosten van de exploitanten verschillen naar gelang van de keuze van de leverancier van de apparatuur, de wijze van transmissie binnen het core-netwerk (bijvoorbeeld op basis van vaste huurlijnen of via een draadloos microgolf-netwerk), het verband tussen aantal gebruikers en beschikbare capaciteit, operationele kosten en onderhoud en operaties. Ten slotte valt, gezien het bestaan van een marge tussen de toepasselijke wholesale- en de verwachte retailtarieven, te verwachten dat er ruimte blijft voor een aanzienlijke mate van prijsdifferentiatie.
- (142) Het verdwijnen van de concurrentie van MVNO's bij de wederverkoop van roaming-capaciteit voor spraakdiensten door de partijen wordt dan ook in ruime mate gecompenseerd door de globale concurrentiebevorderende effecten van de aangemelde overeenkomst en daadwerkelijke mededinging tussen de partijen blijft mogelijk. Derhalve wordt de mededinging niet uitgeschakeld voor een wezenlijk deel van de markten waarvan gebleken is dat de overeenkomst daarop van invloed is.

#### 8.3.4. Conclusie

De conclusie van de Commissie luidt dat ten aanzien van de door de partijen gesloten overeenkomst inzake wholesale nationale 3G-roaming en de beperking aan de wederverkoop van roaming-capaciteit aan MVNO's aan alle voorwaarden voor een individuele vrijstelling op grond van artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag en artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst is voldaan.

#### 8.4. Duur van de vrijstelling

- (143) Overeenkomstig artikel 8 van Verordening nr. 17 en Protocol nr. 21 van de EER-overeenkomst moet de Commissie een beschikking tot toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, respectievelijk artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst voor een bepaalde termijn geven en kan zij aan de beschikking voorwaarden en/of verplichtingen verbinden.
- (144) Aangezien de markten waarop de beperkingen uit de overeenkomst van invloed zijn, opkomende markten zijn, kunnen de verwachte gevolgen van deze beperkingen niet worden beoordeeld voor een veel langere periode dan vijf jaar, en dus zeker niet tot na 31 december 2008. Overeenkomstig artikel 6 van Verordening nr. 17 kan de datum waarop de beschikking als bedoeld in artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag in werking treedt, niet vroeger zijn dan die van de aanmelding. De vrijstelling wordt daarom van kracht met ingang van 6 februari 2002. De duur van elk onderdeel van de vrijstelling wordt in het onderstaande gerechtvaardigd (overweging 145 en volgende).
- Roaming van O2 Germany op het T-Mobile-net binnen het 50 %-dekkingsgebied*
- (145) De 50 %-dekkingsverplichting geldt voor stedelijke gebieden met het grootste potentieel voor concurrentie op basis van infrastructuur. Daarom kan een vrijstelling voor roaming in dit gebied alleen worden gerechtvaardigd in de periode waarin de samenwerking helpt de concurrentie in de initiële uitrolfase van het netwerk te stimuleren en de commerciële start en snelle popularisering van 3G-retaildiensten te bevorderen.
- (146) Om ervoor te zorgen dat de stimuli voor O2 Germany om een eigen netwerk van hoge kwaliteit uit te bouwen behouden blijven, wordt de duur van de vrijstelling gebaseerd op een geleidelijke beëindiging van de roaming-mogelijkheid binnen het 50 %-dekkingsgebied volgens een vast tijdschema. Dit tijdschema is op de in punt 4.3.1 aangegeven wijze van toepassing op de regio's 1, 2 en 3. Het verbod gaat in op 31 december 2005 voor regio 1, die de belangrijkste stedelijke centra omvat die samen goed zijn voor circa [(\*)] van de Duitse bevolking. Vervolgens wordt roaming op 31 december 2007 afgeschaft voor regio 2, die bij benadering nog eens [(\*)] van de Duitse bevolking omvat en op 31 december 2008 voor regio 3, waarin [(\*)] van de Duitse bevolking woont. De steden en gebieden van de regio's 2 en 3 omvatten de kleinere steden die commercieel gezien van secundair belang zijn. In de ondergrondse gebieden mag O2 Germany gebruik blijven maken van roaming tot 31 december 2008. Belangrijke, onverwachte wijzigingen in het commerciële of regelgevingskader daargelaten, zal de economische rechtvaardiging voor de toepassing van artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag of artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst voor roaming in het 50 % dekkingsgebied na dat tijdstip niet langer bestaan.
- (147) Na het verstrijken van elk van de in punt 4.3.1 gespecificeerde termijnen zal de Commissie, na voorafgaande kennisgeving aan de partijen, de lijsten van steden en gebieden van de regio's 1, 2, respectievelijk 3 op passende wijze bekendmaken.

*Wederzijdse roaming buiten het 50 %-dekkingsgebied**Artikel 2*

- (148) Aangezien de delen van Duitsland buiten het gebied waarop de wettelijk verplichte dekkingsgraad van 50 % van de bevolking van toepassing is, minder dicht bevolkt en commercieel minder aantrekkelijk zijn, is een vrijstelling voor roaming hier voor een langere periode te rechtvaardigen, vooral omdat de partijen verder gaan dan zij wettelijk verplicht zijn door een deel van de commercieel minder aantrekkelijke platteland- en perifere gebieden van Duitsland te bestrijken.
- (149) De markten waarop de beperkingen uit de overeenkomst van invloed zijn, zijn echter opkomende markten, en de te verwachten gevolgen van deze beperkingen kunnen daarom niet worden beoordeeld voor een periode die veel langer duurt dan vijf jaar. Bijgevolg acht de Commissie het passend een vrijstelling te verlenen tot en met 31 december 2008. Dit sluit niet uit dat de situatie op de markten en in de regelgeving aan het eind van die periode zodanig kan zijn dat artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag of artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst nog steeds van toepassing is op roaming in delen van het gebied buiten het gebied waarop de wettelijk verplichte dekkingsgraad van 50 % van de bevolking van toepassing is.

*Beperking van de wederverkoop aan spraak-MVNO's*

- (150) De wederverkoop aan „spraak-MVNO's” hangt nauw samen met het aanbieden van roaming, aangezien de beperking op de wederverkoop zonder roaming-aanbod geen zin zou hebben en de partijen zonder de beperking op de wederverkoop geen overkomst over roaming-rechten zouden hebben gesloten. Om de logica van de beperking op de wederverkoop en het commerciële evenwicht tussen de partijen, zoals opgenomen in de overeenkomst, te behouden, dient deze koppeling te worden gehandhaafd voor de duur van de vrijstelling. Bijgevolg acht de Commissie het passend een vrijstelling voor de beperking op de wederverkoop aan „spraak-MVNO's” te verlenen tot en met 31 december 2008.
- (151) Deze beschikking laat de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag en artikel 54 van de EER-overeenkomst onverlet,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

*Artikel 1*

Op basis van de feiten waarover de Commissie beschikt, zijn er geen redenen om uit hoofde van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag of artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst op te treden ten aanzien van de bepalingen van de overeenkomst van 20 september 2001 en van de aanvullende overeenkomsten van 20 september 2002, 22 januari 2003 en 21 mei 2003, met betrekking tot (uitgebreide) site-sharing tussen T-Mobile en O2 Germany, ten aanzien van de uitwisseling van informatie die nodig is om site-sharing mogelijk te maken en ten aanzien van de in de overeenkomst opgenomen beperking op de wederverkoop van nationale roamingcapaciteit aan andere netwerkexploitanten met een licentie.

Overeenkomstig artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag en artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst en met inachtneming van de artikelen 3 en 4 van deze beschikking worden de bepalingen van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst buiten toepassing verklaard wat betreft de levering van 3G nationale roaming door T-Mobile aan O2 Germany binnen het gebied waarvoor de wettelijke verplichting geldt om uiterlijk op 31 december 2005 een dekkingsgraad van 50 % van de bevolking te bereiken, voor de volgende periodes:

- van 6 februari 2002 tot en met 31 december 2005 voor de steden van regio 1<sup>(61)</sup>, met uitzondering van de ondergrondse gebieden;
- van 6 februari 2002 tot en met 31 december 2007 voor de gebieden van regio 2<sup>(62)</sup>, met uitzondering van de ondergrondse gebieden;
- van 6 februari 2002 tot en met 31 december 2008 voor de gebieden van regio's 3<sup>(63)</sup> en in alle ondergrondse gebieden van de steden en gebieden van de regio's 1, 2 en 3.

„Ondergrondse gebieden” zijn gebieden binnen steden of gebieden van de regio's 1, 2 en 3 die deel uitmaken van het ondergrondse openbaarvervoersysteem (zoals trein en metro), ondergrondse winkelcentra, ondergrondse parkeergarages, tunnels voor voertuigen en voetgangers, en alle andere vergelijkbare ondergrondse gebieden, alsmede de gebieden daar onmiddellijk boven (op straatniveau) doch slechts in zoverre deze ondergrondse gebieden en deze gebieden op straatniveau voor roaming-doeleinden technisch niet van elkaar te scheiden zijn.

*Artikel 3*

Overeenkomstig artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag en artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst worden de bepalingen van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst, voor de periode van 6 februari 2002 tot en met 31 december 2008 buiten toepassing verklaard wat betreft:

- de levering van 3G nationale roaming tussen T-Mobile en O2 Germany buiten het gebied waarvoor de wettelijke verplichting geldt om uiterlijk op 31 december 2005 een dekkingsgraad van 50 % van de bevolking te bereiken, zoals in hoofdstuk 3 van de overeenkomst (punten 5 tot en met 11) is bepaald;

<sup>(61)</sup> Regio 1 omvat [belangrijke stedelijke (\*)] gebieden die samen ongeveer [(\*)] van de Duitse bevolking omvatten, waarin O2 Germany zich ertoe verbindt niet meer te zullen roamen en T-Mobile zich ertoe verbindt roaming per 31 december 2005 onmogelijk te zullen maken. Regio 1 omvat: [(\*)].

<sup>(62)</sup> Regio 2 omvat [kleinere stedelijke (\*)] gebieden [commercieel gezien van secundair belang (\*)] die samen ongeveer [(\*)] van de Duitse bevolking omvatten, waarin O2 Germany zich ertoe verbindt niet meer te zullen roamen en T-Mobile zich ertoe verbindt roaming per 31 december 2007 onmogelijk te zullen maken. Regio 2 omvat: [(\*)].

<sup>(63)</sup> Regio 3 omvat [kleinere stedelijke (\*)] gebieden [commercieel gezien van secundair belang (\*)] die samen ongeveer de laatste [(\*)] van de Duitse bevolking omvatten, waarin O2 Germany zich ertoe verbindt niet meer te zullen roamen en T-Mobile zich ertoe verbindt roaming per 31 december 2008 onmogelijk te zullen maken. Regio 3 omvat: [(\*)].

b) de beperking van de wederverkoop van 3G nationale roamingrechten aan MVNO's van de artikelen 11.1.b en 11.1.c van de overeenkomst.

*Artikel 4*

Deze beschikking is gericht tot:

T-Mobile Deutschland  
Landgrabenweg 151  
D-53227 Bonn

en

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

Gedaan te Brussel, 16 juli 2003.

*Voor de Commissie*

Mario MONTI

*Lid van de Commissie*

---

**BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE****van 16 oktober 2003****inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-overeenkomst (Zaken COMP D3/35470 — ARA en COMP D3/35473 — ARGEV, ARO)***(Kennisgeving geschied onder nummer C(2003) 3703)***(Slechts de tekst in de Duitse taal is authentiek)****(Voor de EER relevante tekst)**

(2004/208/EG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap,

Gelet op de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte,

Gelet op de Akte van Toetreding van Oostenrijk, Finland en Zweden,

Gelet op Verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag <sup>(1)</sup>, laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1/2003 <sup>(2)</sup>, en met name op de artikelen 2, 6 en 8,

Gezien de verzoeken om een negatieve verklaring of een vrijstelling van de overeenkomsten van Altstoff Recycling Austria AG (ARA) en ARGEV VerpackungsverwertungsgesmbH (ARGEV) van 30 juni 1994 en van ARA, ARGEV en Altpapier-Recycling-Organisations GmbH van 31 augustus 2001 waarop het ARA-systeem is gebaseerd,

Gezien de door FRS Folien-Rücknahme-Service GmbH &amp; Co. KG en Raiffeisen Umweltgesellschaft m.b.H. op 8 mei geformuleerde bezwaren dat inbreuk wordt gemaakt op de artikelen 81 en 82 van het Verdrag alsmede op hun verzoek dat de Commissie een einde zou doen maken aan die inbreuken, en die door EVA Erfassen und Verwerten von Altstoffen GmbH op 27 april 2000 werd overgenomen en aangevuld,

Gezien het besluit van 24 juli 2002 om in deze zaak de procedure in te leiden,

Na alle belanghebbenden overeenkomstig artikel 19, lid 3, van Verordening nr. 17 te hebben verzocht hun standpunt kenbaar te maken <sup>(3)</sup>,

Na raadpleging van het Raadgevend Comité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities,

Gezien het eindverslag van de raadadviseur-auditeur in deze zaak <sup>(4)</sup>,

Overwegende hetgeen volgt:

## DE FEITEN

## I. INLEIDING

- (1) Op 30 juni 1994 meldden Altstoff Recycling Austria AG (hierna: „ARA”) en ARGEV Verpackungsverwertungsges.m.b.H. (hierna: „ARGEV”), beide gevestigd in Wenen, Oostenrijk, enkele overeenkomsten aan bij de Toezicht houdende Autoriteit van de EVA, waarbij zij verzochten om hetzij een negatieve verklaring, hetzij een vrijstelling van het kartelverbod.
- (2) Bij schrijven van 21 maart 1995 droeg de EVA de bevoegdheid voor het onderzoek van de aangemelde overeenkomsten over aan de Commissie.
- (3) ARA organiseert een inzamelings- en terugwinnings-systeem voor verpakkingen dat zich over heel Oostenrijk uitstrekt en dat is bedoeld om aan de bepalingen van de Verordnung des österreichischen Bundesministers für Umwelt, Jugend und Familie über die Vermeidung und Verwertung von Verpackungsabfällen und bestimmten Warenresten und die Einrichtung von Sammel- und Verwertungssystemen <sup>(5)</sup> (hierna: „VerpackVO”) te voldoen. In het kader van dit systeem sluit ARA afvalverwijderingsovereenkomsten met zogenaamde Branchenrecyclinggesellschaften (hierna: „BRG's”), recyclingbedrijven in elke bedrijfstak, waarbij de organisatie van de inzameling, het sorteren, het transport en het terugwinnen van de verpakkingen op deze bedrijven wordt overgedragen. De BRG's, waartoe ook ARGEV behoort, zijn telkens verantwoordelijk voor bepaalde verpakingsmaterialen of groepen verpakingsmaterialen. Ze sluiten op hun beurt overeenkomsten met ondernemingen of regionale overheden die daadwerkelijk zorgen voor de inzameling, het sorteren, het transport en het terugwinnen. ARA en de BRG's vormen samen het ARA-systeem.

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

- (4) Bij schrijven van 28 augustus 2001 meldde ARA nog meer overeenkomsten bij de Commissie aan, met het oog op het verkrijgen van een negatieve verklaring of vrijstelling van het kartelverbod. Bovendien verzochten ARA en ARGEV om samenvoeging van hun aanmeldingsprocedures. Tegelijkertijd deelde de Altpapier-Recycling-Organisation GmbH (hierna: „ARO”) mee dat zij zich bij de bestaande kennisgeving wenste aan te sluiten omdat zij eveneens overeenkomsten wenste aan te melden.
- (5) De aanmelding betreft overeenkomsten waarop de werking van het ARA-systeem gebaseerd is.
- (6) Op 8 mei 1996 deponeerden FRS Folien-Rücknahme-Service GmbH & Co. KG en Raiffeisen Umweltgesellschaft m.b.H. een klacht bij de Commissie (zaak COMP/A.36.011/D3) met betrekking tot de voorgenomen oprichting van een gemeenschappelijke onderneming voor het opzetten van een inzamelings- en terugwinningssysteem voor verpakkingen. Deze klacht werd echter vervolgens door de oorspronkelijke klagers niet doorgezet omdat deze hun gezamenlijke voornemen om aan de ontwikkeling van het systeem deel te nemen, hadden laten varen. Bij schrijven van 27 april 2000 nam EVA Erfassen und Verwerten von Altstoffen GmbH, gevestigd in Wenen (hierna: „EVA”), de inmiddels opgerichte gemeenschappelijke onderneming, de klachten tegen de ondernemingen van het ARA-systeem over en vulde deze aan onder verwijzing naar de reeds door de eerdere klagers genoemde aspecten. EVA is thans een 100 % dochteronderneming van de in Keulen gevestigde Interseroh AG die zich bezighoudt met de terugwinning van secundaire grondstoffen.
- (7) Voorts wendde de „Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte” (Bondskamer voor arbeiders en werknemers) zich op 24 maart 1994 met een klacht tot de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA en richtte — na overdracht van de zaak aan de Commissie — een op deze klacht betrekking hebbend schrijven van 19 februari 1996 tot de Commissie (directoraat-generaal Concurrentie), waarin zij opmerkingen over het ARA-systeem kenbaar maakte; zij werkte deze, met name in een brief van 22 maart 2002, nog verder uit.

## II. DE PARTIJEN

- (8) Het ARA-systeem wordt in heel Oostenrijk gebruikt voor de inzameling en terugwinning van alle verpakingsmaterialen en verpakkingen (met uitzondering van biogene verpakkingen) afkomstig van huishoudens, bedrijfsleven en industrie, voorzover deze onderworpen zijn aan de VerpackVO. Het werd in 1993 op initiatief van het Oostenrijkse bedrijfsleven in het leven geroepen met het oog op de omzetting van de VerpackVO. Het ARA-systeem zonder winstoogmerk bestaat uit ARA en acht economisch zelfstandige BRG's.

- (9) ARA organiseert en coördineert samen met de BRG's de inzameling, sortering en terugwinning van transport- en verkoopverpakkingen in Oostenrijk. ARA biedt haar diensten aan alle Oostenrijkse en buitenlandse ondernemingen aan die rechtstreeks onder de VerpackVO vallen.

### 1. ARA

- (10) ARA is een open vennootschap in particuliere eigendom die in 1993 werd opgericht. Eigenaar en enige aandeelhouder van ARA is de Altstoff Recycling Austria Verein (hierna: „ARA-Verein”). Elke onderneming die rechtstreeks onder de VerpackVO valt, alsmede verenigingen van deze ondernemingen, kan lid van deze vereniging worden. Dit betreft ondernemingen uit de sector van de verpakkingindustrie, de afval- en inpakbedrijven en de handel. Om belangenconflicten te voorkomen, zijn ondernemingen uit de afvalverwijderings- en recyclingbranche van het lidmaatschap uitgesloten. De ARA-Verein bestaat — overeenkomstig de belangengroepen van de onder de VerpackVO vallende ondernemingen — uit drie afdelingen, te weten afvullers/inpakkers/importeurs, handel en verpakkingbedrijven. De drie afdelingen zijn gelijkelijk vertegenwoordigd in het verenigingsbestuur, dat tevens de raad van bestuur van ARA vormt. Op dit moment heeft de ARA-Verein ongeveer 240 leden.

### 2. De BRG's

- (11) ARA neemt de gebruikte verpakkingen niet zelf terug en onderwerpt die ook niet zelf aan recycling. Zij maakt hiervoor gebruik van BRG's, waarmee zij zogenaamde afvalverwijderingsovereenkomsten heeft gesloten. Door deze afvalverwijderingsovereenkomsten zijn de BRG's verplicht om de inzameling, sortering en/of terugwinning van de gebruikte verpakkingen overeenkomstig de VerpackVO op zich te nemen.
- (12) De volgende bij het ARA-systeem aangesloten ondernemingen fungeren tegenover het bevoegde Oostenrijkse ministerie als systeemexploitanten overeenkomstig artikel 45, lid 11, van het Oostenrijkse Abfallwirtschaftsgesetz<sup>(6)</sup> (hierna: „AWG”) resp. artikel 7, onder a), van het AWG: ARGEV voor metalen verpakkingen (ferro, aluminium) en voor zogenaamde lichte verpakkingen (hout, keramiek, kunststoffen, composietmaterialen, textielvezels), de Österreichischer Kunststoff Kreislauf AG (ÖKK) voor verpakkingen van kunststof en textielvezels, ARO voor verpakkingen van papier, karton en golfkarton en de Austria Glas Recycling GmbH (AGR) voor verpakkingen van glas.
- (13) Het bevoegde Oostenrijkse ministerie heeft wat ARO, ÖKK, ARGEV en AGR alsmede wat de met het ARA-systeem samenwerkende Öko-Box Sammel GmbH betreft, bij besluit ingevolge artikel 7, onder e), van het AWG het bestaan van een monopolie resp. een quasi-monopoliepositie vastgesteld.

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

- (14) Dankzij de exploitatie van het inzamelings- en terugwinningssysteem kunnen de licentiepartners van ARA voor de gecontracteerde verpakkingen gebruikmaken van de „onthefing” volgens artikel 3, lid 5, van de VerpackVO. De rechten van de licentiepartner tegenover de BRG's worden door ARA als trustee uitgeoefend.
- (15) Ook de BRG's nemen hun inzamelings- en terugwinningstaken niet rechtstreeks op zich, maar sluiten voor de vervulling van hun taken voor alle Oostenrijkse regio's, d.w.z. politieke districten, overeenkomsten met particuliere ondernemingen (zogenaamde regionale partners), die met de daadwerkelijke afvalverwijdering worden belast. De regionale partners kunnen voor de vervulling van hun taken onderaannemers inschakelen. Soms treden, vooral in grotere steden, ook gemeenten als regionale partners op. BRG's zijn:
- ARGEV Arbeitsgemeinschaft Verpackungsverwertungs-GesmbH,
- ÖKK Österreichischer Kunststoff Kreislauf AG (ÖKK),
- Aluminium-Recycling GmbH (Alurec),
- Arbeitsgemeinschaft Verbundmaterialien GmbH (AVM),
- Verein für Holzpackmittel (VHP),
- Ferropack Recycling GmbH (Ferropack),
- Altpapier-Recycling-Organisations-gesellschaft mbH,
- Austria Glas Recycling GmbH (AGR).
- ARGEV Arbeitsgemeinschaft Verpackungsverwertungs-GesmbH
- (16) ARGEV is belast met de inzameling, sortering en conditionering van verpakkingen van kunststof, metaal, hout, textielvezels, keramiek en composietmaterialen. Vennoot van ARGEV zijn ARA (aandeel 11 %) en de ARGEV-Verein. De ARGEV-Verein heeft ongeveer 110 leden uit de vier ledengroepen (fabrikanten/importeurs, handel, verpakkingsbedrijven/BRG's, afvalverwijderings-/terugwinningsbedrijven). De afvalverwijderende industrie heeft geen stemrecht in de verenigingsorganen (bestuur, algemene vergadering).
- (17) De inzamelingsystemen van ARGEV omvatten een huishoudsysteem voor lichte verpakkingen, een huishoudsysteem voor metalen verpakkingen en een industrieel systeem voor lichte en metalen verpakkingen.
- (18) In 2000 exploiteerden 57 regionale partners — afvalverwijderingsbedrijven, gemeentelijke bedrijven en consortia — de inzamelingsystemen in opdracht van ARGEV. Regionaal waren 144 particuliere en gemeentelijke afvalverwijderingsbedrijven bij de inzameling en 47 sorteerrichtingen en shredderbedrijven bij de uitvoering van de diensten betrokken. Sinds 2002 bedraagt het aantal regionale partners 64.
- (19) ARGEV heeft samenwerkingsovereenkomsten met de volgende met terugwinning belaste BRG's gesloten.
- ÖKK Österreichischer Kunststoff Kreislauf AG (ÖKK)
- (20) ÖKK is belast met de terugwinning van kunststof- en textielverpakkingen. De aandelen van de ÖKK zijn voor 11 % in handen van ARA; de overige 89 % van de aandelen is eigendom van de vereniging „Österreichischer Kunststoffkreislauf”. Op 31 december 2000 had deze vereniging 51 leden. De leden van de vereniging kunnen worden onderverdeeld in producenten en distributeurs van kunststof, producenten en distributeurs van kunststofproducten, gebruikers van kunststofverpakkingen, systeempartners (d.w.z. ARGEV), organisaties en ondernemingen voor kunststofterugwinning, alsmede organisaties en ondernemingen voor afvalverwijdering. Ter vermijding van belangenconflicten zijn de organisaties en ondernemingen voor kunststofterugwinning en afvalverwijdering (die deels een zakelijke relatie met de ÖKK hebben) in het verenigingsbestuur niet stemgerechtigd en volledig uitgesloten van deelname aan vergaderingen waarin rechtshandelingen tussen leden van de vereniging en de ÖKK aan de orde komen.
- (21) Voor de uitvoering van de terugwinning heeft de ÖKK overeenkomsten met terugwinningsbedrijven en transportondernemingen gesloten. In 2001 waren er in Oostenrijk 16 terugwinningsbedrijven voor gesorteerde kunststoffen en acht terugwinningsbedrijven voor gemengde kunststoffen.
- Aluminium-Recycling GmbH (Alurec)
- (22) Aluminium-Recycling GmbH (hierna: „Alurec”) is belast met de terugwinning van de door ARGEV ingezamelde aluminiumverpakkingen. Vennoten van Alurec zijn de aluminiumproducenten Austria Metall AG (AMAG) en Salzburger Aluminium AG (SAG). De overige vennoten zijn verpakkingsproducenten.
- (23) De terugwinning van aluminiumverpakkingen geschiedt in de twee enige Oostenrijkse terugwinningsbedrijven, AMAG en SAG. De aluminiumopbrengst wordt jaarlijks opnieuw in de handel gebracht en is met een procentuele sleutel aan de notering voor aluminium aan de London Metal Exchange verbonden.
- Arbeitsgemeinschaft Verbundmaterialien GmbH (AVM)
- (24) Arbeitsgemeinschaft Verbundmaterialien GmbH (hierna: „AVM”) verzorgt de terugwinning van verpakkingen uit composietmaterialen met uitzondering van gemengde kartonnen verpakkingen voor drank. Aandeelhouders zijn ARO en ÖKK met ieder 50 %. De terugwinning van de materialen wordt door AVM in nauwe samenwerking met de ÖKK georganiseerd.

*Verein für Holzpackmittel (VHP)*

- (25) Verein für Holzpackmittel (hierna: „VHP”) is belast met de terugwinning, en voor een deel ook met de inzameling, van houten verpakkingen. De vereniging heeft op dit moment 16 leden. Dit zijn Oostenrijkse producenten van en handelaars in houten verpakkingen.

*Ferropack Recycling GmbH (Ferropack)*

- (26) Ferropack Recycling GmbH (hierna: „Ferropack”) is verantwoordelijk voor de terugwinning van de door ARGEV ingezamelde verpakkingen uit ferrometalen, dat wil zeggen blik en staal. Enige vennoot van Ferropack is de „Verein für Metallrecycling FerroPack”. De vereniging heeft op dit moment zes leden, allen Oostenrijkse fabrikanten van verpakkingen van blik en staal.

*Altpapier-Recycling-Organisations-gesellschaft m.b.H*

- (27) ARO is belast met de inzameling en terugwinning van verpakkingen van papier, karton en golfkarton (de zogenaamde „PPK-fractie”). De aandelen van ARO zijn voor 11 % in handen van ARA. De overige aandelen van de firma zijn voor ongeveer 28 % eigendom van papierproducerende ondernemingen, voor 27 % eigendom van de-inking-terugwinningsbedrijven en voor ongeveer 34 % in handen van de papierverwerkende industrie. Alle 17 aandeelhouders van ARO hebben een deelneming van minder dan 17 %.
- (28) ARO heeft in heel Oostenrijk overeenkomsten gesloten met 538 regionale overheden met betrekking tot de inzameling van verpakkingen van huishoudens en met 79 afvalverwijderingsbedrijven voor alle werkzaamheden met betrekking tot de inzameling van verpakkingen van handel, bedrijfsleven en industrie.

*Austria Glas Recycling GmbH (AGR)*

- (29) Austria Glas Recycling GmbH (hierna: „AGR”) is belast met de inzameling en terugwinning van verpakkingen van glas. De aandelen van AGR zijn voor 11 % in bezit van ARA. De overige 89 % is in gelijke delen in handen van de twee Oostenrijkse glasproducenten Vetropack Austria GmbH en Stölzle Oberglas GmbH.
- (30) Het in heel Oostenrijk operationele inzamelingsstelsel van AGR is in hoofdzaak als een brengstelsel opgezet met containers op centrale standplaatsen. AGR werkt nauw samen met gemeenten en met meer dan 30 particuliere afvalverwijderingsondernemingen.

**III. HET JURIDISCHE KADER**

- (31) Op 1 december 1996 trad de VerpackVO in werking. De verordening is gebaseerd op de AWG en dient tot omzetting van Richtlijn 94/62/EG van het Europees

Parlement en de Raad van 20 december 1994 betreffende verpakking en verpakkingsafval (7). Bij de VerpackVO gaat het om de herziene tekst van de eerste VerpackVO die in oktober 1993 van kracht is geworden (8).

- (32) De VerpackVO beoogt de schadelijke gevolgen van afvalstoffen en verpakkingen voor het milieu te voorkomen of te beperken. Volgens artikel 1, lid 1, van de verordening zijn fabrikanten, importeurs, verpakkers, distributeurs en eindverbruikers aan de VerpackVO onderworpen. Volgens artikel 3 zijn fabrikanten, importeurs, verpakkers en distributeurs van transport- en verkoopverpakkingen verplicht de door hen op de markt gebrachte verpakkingen na gebruik kosteloos terug te nemen en aan een zich hoger in de productieketen bevindende producent terug te geven, opnieuw te gebruiken of volgens de meest recente technologie te recycleren.
- (33) Volgens artikel 12 van de VerpackVO zijn ook de fabrikanten, importeurs, verpakkers en distributeurs van verzamelverpakkingen verplicht de door hen op de markt gebrachte verpakkingen, waarvan zij geen eindverbruiker zijn, na gebruik kosteloos terug te nemen en aan een zich hoger in de productieketen bevindende, tot terugname gehouden partij terug te geven, of opnieuw te gebruiken, of met gebruikmaking van de modernste technologie te verwerken. De verplichte onderneming kan voor de vervulling van haar taken gebruikmaken van de diensten van derden. De verplichtingen gelden vanaf de eindverkoper voor alle distributiestadia tot en met de binnenlandse producent of importeur. Verzamelverpakkingen kunnen door de eindverbruiker bij de aankoop van de verpakte goederen in of bij de plaats van levering worden achtergelaten. Laat de eindverbruiker de verzamelverpakking niet achter, dan gelden daarvoor de voorschriften voor verkoopverpakkingen.
- (34) Fabrikanten, importeurs, verpakkers en distributeurs zijn volgens artikel 3, lid 3, van de VerpackVO verplicht om de door de eindverbruiker gebruikte verkoopverpakkingen op de plaats van levering kosteloos terug te nemen; deze verplichting geldt slechts voor verpakkingen van goederen van dezelfde soort, vorm en grootte als die welke in omloop zijn gebracht.
- (35) Eigenaren van bedrijven waar bepaalde minimumhoeveelheden verpakkingsmateriaal ontstaan, kunnen zich laten inschrijven in een register voor grote afvalvolumes, hetgeen tot gevolg heeft dat zij moeten zorgen voor interne inzameling en hergebruik of terugwinning van de verpakkingen (artikel 8 van de VerpackVO).

(7) PB L 365 van 31.12.1994, blz. 10.

(8) BGBl. nr. 645/1992.

- (36) Volgens artikel 3, lid 5, van de VerpackVO gaat, indien producenten, importeurs en verpakkers aan een inzamelings- en terugwinningssysteem deelnemen, de verplichting tot terugname en terugwinning van transport- en verkoopverpakkingen ook wat de voorafgaande en volgende distributiestadia betreft over op de exploitant van dit systeem. Hetzelfde geldt volgens artikel 4 van de VerpackVO voor verkopers die transport- en verkoopverpakkingen aan eindverbruikers leveren (eindverkopers). Men spreekt in dit verband gewoonlijk van een „onthefing van verplichtingen” van de fabrikanten, de importeurs en de verpakkers door de exploitant van het systeem.
- (37) Volgens artikel 11 van de VerpackVO moet een dergelijk inzamelings- en terugwinningssysteem voor transport- en verkoopverpakkingen de inzameling en terugwinning van die verpakkingmaterialen waarborgen, ten aanzien waarvan overeenkomsten met de verplichte ondernemingen zijn gesloten.
- (38) Een wettelijke plicht tot deelneming aan een dergelijk systeem bestaat er in principe niet (vergelijk echter overweging 43 hieronder). Ondernemingen die niet deelnemen, zijn in beginsel nog steeds onderworpen aan de individuele terugnameplicht. De inzamelings- en terugwinningssystemen zijn echter gehouden om binnen hun werkterrein met elke verplichte onderneming overeenkomsten te sluiten, voorzover laatstgenoemde dit wenst en voorzover dit zakelijk gerechtvaardigd is. Het werkterrein van de inzamelings- en terugwinningssystemen strekt zich uit tot verpakkingen van particuliere huishoudens alsmede het bedrijfsleven en de industrie. Er bestaat geen verplichting om de aan het inzamelings- en terugwinningssysteem deelnemende verpakkingen afzonderlijk te merken.
- (39) Voor de invoering of een belangrijke wijziging van inzamelings- en terugwinningssystemen is volgens artikel 29, lid 1, van het AWG de toestemming van de bevoegde minister noodzakelijk. Na verlening van de toestemming blijven de systemen onder zijn toezicht (artikel 31, van het AWG). De minister wordt daarbij terzijde gestaan door een commissie van deskundigen (artikel 34, van het AWG) en een adviescollege (artikel 35, van het AWG). Voor huishoudelijke en industriële systemen bestaan deels verschillende wettelijke eisen.
- (40) Artikel 32, van het AWG bevat bijzondere plichten voor huishoudelijke inzamelings- en terugwinningssystemen. Deze moeten streven naar een zo hoog mogelijk deelnamequotum (artikel 32, lid 1, van het AWG), met iedere ingevolge de VerpackVO verplichte onderneming overeenkomsten sluiten, voorzover de verplichte onderneming dit wenst en dit zakelijk gerechtvaardigd is (artikel 32, lid 2, van het AWG) en zijn onderworpen aan bijzondere rapportagevereisten (artikel 32, lid 4, van het AWG). Ook zijn volgens artikel 35, van het AWG de toezicht- en controle mogelijkheden van de overheidsinstanties ten opzichte van deze systemen aanzienlijk intensiever van karakter dan ten aanzien van systemen die de inzameling en terugwinning slechts aanbieden voor het bedrijfsleven.
- (41) Artikel 32, lid 3, van het AWG heeft betrekking op de huishoudelijke inzamelings- en terugwinningssystemen die naast het huishoudelijke terrein ook activiteiten ontplooiën op het gebied van afval afkomstig van het bedrijfsleven. In dit geval mogen zij het bedrijfsleven geen kruissubsidie verlenen en moeten zij door een adequate organisatorische of boekhoudkundige scheiding van de werkterreinen de transparantie van de betalings- en dienstenstromen tussen deze werkterreinen waarborgen.
- (42) Zowel de tot terugname verplichte bedrijven die niet aan een systeem deelnemen, alsook de inzamelings- en terugwinningssystemen moeten aan bepaalde inzamelings- en terugwinningquota voldoen. Volgens artikel 11, lid 7, van de VerpackVO kunnen, voorzover dit aansluit bij de eisen van milieubescherming en economische doelmatigheid en het passend is, in de vergunning van inzamelings- en terugwinningssystemen bepaalde inzamelings- en terugwinningquota worden vastgelegd. Volgens artikel 3, lid 6, van de VerpackVO bestaan met betrekking tot de terugname en terugwinning voor fabrikanten, importeurs en verpakkers in de zin van artikel 3, lid 4, van de VerpackVO en eindverkopers in de zin van artikel 4 van de VerpackVO en alle volgende distributiestadia voor de verpakkingen die niet aan een inzamelings- en terugwinningssysteem deelnemen of waarvoor geen uitzondering overeenkomstig artikel 7 van de VerpackVO geldt, bepaalde bewijslasten en verpakkingsspecifieke inzamelings- en terugwinningquota.
- (43) Volgens artikel 3, lid 9, van de VerpackVO is tot deelneming aan een inzamelings- en terugwinningssysteem verplicht een ieder die geen stukken met betrekking tot zijn terugnameverplichtingen uit hoofde van artikel 3, lid 6, van de VerpackVO kan overleggen.
- (44) Na een verzoek om inlichtingen van de Commissie heeft Oostenrijk in zijn standpunt van 15 januari 2003 verklaard dat het op grond van de AWG, de VerpackVO en de daartoe genomen beslissingen mogelijk is om naast de reeds bestaande systemen andere systemen voor de inzameling en terugwinning van verpakkingafval afkomstig van particuliere huishoudens toe te laten.
- (45) Eveneens zou volgens de genoemde normen bij de inzameling van verpakkingafval van particuliere huishoudens medegebruik van de aanwezige containers door concurrenten van het ARA-systeem toegestaan zijn. Het plaatsen van extra containers bij de eindverbruikers door concurrenten van het ARA-systeem zou namelijk uit ruimtegebrek alsmede vanwege bescherming van steden en landschappen in de praktijk niet mogelijk zijn.



- (46) Oostenrijk is evenwel van mening dat ieder inzamelings- en terugwinningssysteem een bewijs moet leveren voor de inzameling en terugwinning van dat verpakkingsafval waarvoor deelname aan het systeem plaatsvindt. Derhalve moet na de inzameling in de gemeenschappelijke container een sortering plaatsvinden van de verpakkingen naar de verschillende systemen waartoe zij behoren.

#### IV. DE AANGEMELDE OVEREENKOMSTEN

- (47) ARA, ARGEV en ARO hebben de volgende overeenkomsten aangemeld:

- de dispensatie- en licentieovereenkomsten tussen ARA en de ingevolge de VerpackVO verplichte ondernemingen (zonder tariefoverzicht);
- de afvalverwijderingsovereenkomst tussen ARA en ARGEV als modelafvalverwijderingsovereenkomst, die tussen ARA en de volgende, in de bijlage bij de aanmelding vermelde BRG's werd gesloten: ARGEV, AVM, ARO, AGR, Alurec, Verein für Holzpackmittel, Ferropack, ÖKK;
- de afvalverwijderings- resp. samenwerkingsovereenkomst tussen ARGEV en ÖKK, alsmede tussen ARGEV en Alurec, als modelovereenkomsten van ARGEV met ÖKK, Alurec, Ferropack en VHP gesloten overeenkomsten, en
- de overeenkomsten van ARGEV en ARO met hun respectieve regionale verwijderingspartners.

#### 1. De dispensatie- en licentieovereenkomsten

- (48) De deelneming aan het ARA-systeem vindt plaats door het sluiten van de dispensatie- en licentieovereenkomst, waarmee de deelnemende onderneming haar verplichtingen uit hoofde van de VerpackVO tegen betaling van een vergoeding overdraagt op het ARA-systeem en aldus van haar verplichting wordt „ontheven”. Er zijn twee varianten op de standaardovereenkomst:
- een dispensatie- en licentieovereenkomst voor transport-, verkoop- en verzamelverpakkingen (hierna: „ELV”) en
  - een dispensatie- en licentieovereenkomst voor serviceverpakkingen.
- (49) Licentiepartners met een geringe jaarlijkse licentievergoeding kunnen de „aanvullende overeenkomst voor geringe hoeveelheden verpakkingsmateriaal” afsluiten. Ondernemingen die in lidstaten zijn gevestigd, kunnen door het sluiten van een „aanvullende overeenkomst voor buitenlandse licentiepartners uit EU-landen” licentiepartner van ARA worden.

#### 1.1. Dispensatie- en licentieovereenkomst voor transport-, verkoop- en verzamelverpakkingen (ELV)

- (50) In de ELV wordt in paragraaf 1, punt 1, de taak van ARA als trustee van de licentiepartner vastgelegd, die de belangen van de licentiepartner tegenover de BRG's behartigt. De licentiepartners geven ARA de opdracht en de volmacht om namens hen zo gunstig mogelijke verwijderingsovereenkomsten met de BRG's te sluiten. Deze overeenkomsten verplichten de BRG's tot een doelmatige en vakkundige inzameling en/of terugwinning (al naar gelang van de BRG), in overeenstemming met de VerpackVO, van alle verpakkingen ten aanzien waarvan inzamelings- en/of terugwinningssystemen bestaan. De rechten van de licentiepartner tegenover de BRG's worden uitsluitend door ARA als trustee, in haar eigen naam maar voor rekening en in het belang van de licentiepartner, uitgeoefend. Diensten van de BRG's ontvangt ARA als contractpartner van de BRG's weliswaar in eigen naam maar voor rekening en in het belang van de licentiepartner.
- (51) De licentiepartner is volgens paragraaf 1, punt 2, verplicht om tijdens de looptijd van de overeenkomst met alle verpakkingen, waarop de VerpackVO van toepassing is en waarvoor inzamelings- en terugwinningssystemen bestaan, aan de inzamelings- en terugwinningssystemen van het ARA-systeem deel te nemen. Een uitzondering wordt alleen gemaakt voor verpakkingen waarvoor kan worden aangetoond dat reeds in een andere economische fase dispensatie werd verleend of waarvoor door de licentiepartner zelf of door de door hem belaste bevoegde personen aantoonbaar inzameling en terugwinning wordt verricht overeenkomstig de wet zonder directe of indirecte gebruikmaking van het ARA-systeem.
- (52) ARA heeft meegedeeld dat als bewijs van gebruikmaking van een vergelijkbaar systeem, een dispensatieverklaring, die volgens artikel 3, lid 5, van de VerpackVO door de exploitant van erkende inzamelings- en terugwinningssystemen aan de licentiepartners moet worden verstrekt, voldoende is. Met betrekking tot in eigen beheer verwijderde verpakkingen is voor ARA het overleggen van het volgens artikel 3, lid 6, punt 2, van de VerpackVO door de afvalverwijderaar zelf te verstrekken terugnamebewijs, dat bij het ministerie van Milieu moet worden ingediend, toereikend.
- (53) Volgens paragraaf 1, punt 4, verleent ARA de licentiepartner tijdens de looptijd van de overeenkomst het recht, het beschermde merkteken van het Duale System Deutschland AG (hierna: „DSD”), „Der Grüne Punkt”, als bewijs van deelneming aan de inzamelings- en terugwinningssystemen van het ARA-systeem te gebruiken. Het recht op het gebruik van het teken kan door ARA te allen tijde worden ingetrokken, is beperkt tot het grondgebied van Oostenrijk en is niet overdraagbaar. Het merkteken op de verpakkingen mag niet misleidend zijn. Bij het gebruik moet altijd rekening worden gehouden met de belangen van het handelsmerk. De licentiepartner moet er nota van nemen dat het gebruik van het handelsmerk in het buitenland afhankelijk kan zijn van de toestemming van een bevoegde persoon ter plaatse. De betaling van licentievergoedingen aan ARA betekent niet dat DSD of een buitenlandse bevoegde persoon toestemming geeft voor het gebruik van het handelsmerk. Er bestaat geen verplichting om het merkteken „Der Grüne Punkt” op de aan het ARA-systeem deelnemende verpakkingen aan te brengen.

- (54) Paragraaf 2 regelt de vaststelling en betaling van de licentievergoeding. Volgens punt 1 wordt de hoogte van de door de licentiepartner te betalen vergoeding vastgesteld aan de hand van de door de licentiepartner in het binnenland op de markt gebrachte verpakkingen (vergelijk paragraaf 1, punt 2, zie overweging 51). De licentiepartner is verplicht om de onder de overeenkomst vallende verpakkingen per soort verpakking op te geven en de dienovereenkomstige waarden voor de berekening van de door hem te betalen licentievergoeding te gebruiken. De berekening van de licentievergoedingen geschiedt met gebruikmaking van de door ARA gepubliceerde tarieven van de licentievergoeding, die volgens punt 5 door ARA maximaal één maal per jaar, met inachtneming van een voorafgaande kennisgevingstermijn van drie maanden, gewijzigd kunnen worden. In geval van een belangrijke wijziging in de kostensituatie of van de hypothetische uitgangspunten voor de berekening van de licentievergoedingen zijn bijzondere aanpassingen van de licentievergoedingen mogelijk. Volgens punt 10 krijgt de licentiepartner uiterlijk op 1 maart van elk jaar een jaaroverzicht van ARA, waarin alle door de licentiepartner in het afgelopen kalenderjaar gemelde verpakkingen per soort verpakking zijn opgenomen. De licentiepartner heeft het recht om met terugwerkende kracht een correctie in zijn meldingen over het afgelopen kalenderjaar aan te brengen en om een dienovereenkomstige verrekening van de licentievergoeding te verzoeken. ARA heeft daarover verklaard dat het jaaroverzicht de licentiepartner aldus de mogelijkheid geeft om achteraf zijn meldingen aan te passen aan de werkelijke stand van zaken wat het door hemzelf verwijderde afval betreft. ARA behoudt zich het recht voor om uitsluitend tot verrekening van de licentievergoeding over te gaan indien relevante bewijsstukken met betrekking tot de correcties van het jaaroverzicht worden overgelegd.
- (55) Volgens ARA is de betalingsverplichting van de licentiepartners in paragraaf 2 nooit als vergoeding voor het gebruik van het merkteken bedoeld (dus als tegenprestatie voor het recht op het gebruik van „Der Grüne Punkt” op verpakkingen), maar alleen als vergoeding voor de door het systeem overgenomen verplichting. Derhalve moet paragraaf 2, punt 1, zo opgevat en toegepast worden dat de licentievergoeding alleen voor die verpakkingen betaald moet worden, waarvoor de licentiepartners een dispensatie via het systeem wensen. Dit principe wordt ten uitvoer gelegd doordat de licentiepartners ARA maandelijks of per kwartaal alleen die verpakkingen overeenkomstig paragraaf 2, punt 4, opgeven, waarvoor zij noch van een mogelijkheid voor verwijdering in eigen beheer gebruikmaken, noch aan een vergelijkbaar inzamelingssysteem deelnemen. Dit gaat zover dat er bij ARA ook „nulmeldingen” zijn, dat wil zeggen ondernemingen die hun ELV handhaven, maar die in een bepaalde periode niet met verpakkingen aan het ARA-systeem willen deelnemen en in hun meldingen van de in omloop gebrachte licentieverpakkingen „geen” opgeven.
- (56) Voorts heeft ARA meegedeeld dat zij er geen bezwaar tegen heeft indien „Der Grüne Punkt” op niet door ARA gelicentieerde verpakkingen wordt aangebracht, zolang deze aantoonbaar overeenkomstig de verordening worden ingezameld en teruggewonnen en ARA dit naar behoren kan controleren. ARA heeft daartoe de onder punt 5 genoemde tweede toezegging gedaan. De overeenkomst wordt volgens paragraaf 3 voor onbepaalde tijd gesloten. De licentiepartner heeft het recht de overeenkomst aan het einde van elk kalenderjaar, met inachtneming van een opzegtermijn van zes maanden, te beëindigen. ARA ziet af van het gewone recht van opzegging. In geval van een gewichtige reden beschikken beide partijen over een buitengewoon recht tot opzegging.
- (57) Paragraaf 4 voorziet in informatie- en controlerechten resp. -plichten van ARA. ARA houdt toezicht op de dispensatie van de licentiepartner door de BRG's en hun afvalverwijderingspartners. Zij kan de juistheid van de meldingen van de licentiepartners verifiëren, bijvoorbeeld door inzage in de desbetreffende bedrijfsstukken.
- 1.2. *Dispensatie- en licentieovereenkomst voor serviceverpakkingen*
- (58) De dispensatie- en licentieovereenkomst voor serviceverpakkingen verschilt van de standaardovereenkomst voor transport- en verkoopverpakkingen in die zin dat, zoals in paragraaf 1, punt 2, van de dispensatie- en licentieovereenkomst voor serviceverpakkingen wordt bepaald, de licentiepartner verplicht is om met alle onder de VerpackVO vallende verpakkingen, waarvoor enerzijds de BRG's inzamelings- en/of terugwinningsgaranties hebben afgegeven en waarvoor anderzijds zijn klanten een dispensatie via hem wensen, aan het ARA-systeem deel te nemen. De licentiepartner kan derhalve naar gelang van de wensen van zijn klanten ook slechts voor een gedeelte van zijn serviceverpakkingen een dispensatie- en licentieovereenkomst sluiten, zonder voor verpakkingen, waarvoor reeds in een andere economische fase dispensatie werd verleend of waarvoor inzameling en terugwinning overeenkomstig de wet zonder gebruikmaking van het ARA-systeem plaatsvindt, een bewijs overeenkomstig paragraaf 1, punt 2, tweede zin, van de ELV te moeten overleggen. De dispensatie- en licentieovereenkomst voor serviceverpakkingen is dus ruimer geformuleerd.
- 1.3. *Aanvullende overeenkomst voor geringe verpakkingshoeveelheden*
- (59) Wanneer ARA en de licentiepartner verwachten dat de jaarlijkse licentievergoeding van de licentiepartner overeenkomstig paragraaf 2, van de ELV minder dan 1 817 EUR (exclusief omzetbelasting) bedraagt, kan een „aanvullende overeenkomst voor geringe verpakkingshoeveelheden” worden gesloten. Hiermee wordt een vereenvoudiging van de administratieve procedures met betrekking tot de opgave van verpakkingshoeveelheden en de betaling van de licentievergoeding overeenkomen.

#### 1.4. Aanvullende overeenkomst voor buitenlandse licentiepartners uit EU-landen

- (60) Volgens paragraaf 5 van de aanvullende overeenkomst voor buitenlandse licentiepartners uit EU-landen heeft ARA ook het recht om de ELV op te zeggen (paragraaf 3, punt 1, van de ELV). Als reden hiervoor voert ARA aan dat licentiepartners in het buitenland moeilijker kunnen worden gecontroleerd. Bovendien zou ook de rechtshandhaving in het buitenland moeilijker zijn. De gewone opzegging dient als hulpmiddel in gevallen waarin ARA een concrete reden heeft om te veronderstellen dat de partij bij de overeenkomst haar contractuele verplichtingen niet naar behoren nakomt, maar dit, gezien de moeilijkere aantoonbaarheid in het buitenland, niet kan bewijzen, zoals voor een buitengewone opzegging overeenkomstig de ELV vereist is.

## 2. De afvalverwijderingsovereenkomsten

### 2.1. Betrekkingen tussen ARA en BRG's

- (61) ARA heeft tussen 25 augustus en 30 september 1993 met elk van de BRG's een afvalverwijderingsovereenkomst gesloten die heel Oostenrijk omvatten. Als model heeft zij de overeenkomst met ARGEV aangemeld.
- (62) Onderwerp van de overeenkomst is volgens artikel 1, lid 1, de verwijdering van de voor elke BRG in de garantieverklaringen (bijlage 2 bij de overeenkomst) opgenomen verpakkingen. Deze verwijdering omvat de inzameling, het transport alsmede de sortering en conditionering van het verpakkingsmateriaal volgens de VerpackVO, met inachtneming van de kaderovereenkomst die ARA met de regionale overheden heeft gesloten (bijlage 3 bij de overeenkomst); in het bijzonder moeten — op zijn minst — de in de VerpackVO en aangegeven doelstellingen en quota proportioneel worden bereikt. ARA ontvangt de afvalverwijderingsdiensten van de BRG's overeenkomstig artikel 1, lid 3, op eigen naam, maar in het belang en voor rekening van de licentienemers; zij treedt dus op als trustee van de licentienemers. De BRG's zijn overeenkomstig artikel 1, lid 5, verplicht tot kosteloze terugname resp. overname van alle verpakkingen waarvoor een overeenkomst tussen de ARA en licentienemers is gesloten. Ter staving van de betaling van de licentievergoeding geldt het door ARA verleende, als handelsmerk beschermde merkteken „Der Grüne Punkt”. ARA verklaart hierbij ter verduidelijking dat artikel 1, lid 5, geen praktische betekenis heeft. De ondernemingen van het ARA-systeem gebruiken heel andere methoden dan „Der Grüne Punkt” om te beslissen of een verpakking in het ARA-systeem opgenomen kan worden of niet. Aan de bepaling zijn geen juridische consequenties verbonden.
- (63) Wanneer de BRG's bij het verrichten van hun afvalverwijderingsdiensten gebruikmaken van de diensten van onderaannemers, moeten deze onderaannemers volgens artikel 4 de desbetreffende contractuele verplichtingen van de BRG nakomen. Nieuwe opdrachten aan onderaannemers moeten door de BRG's volgens de beginselen

van vrije mededinging en met inachtneming van economisch doorzichtige criteria worden verleend. Daarbij moet echter rekening worden gehouden met de bepalingen van de door ARA met de regionale overheidsinstanties gesloten kaderovereenkomsten inzake de keuze van de inzamelaar/sorteerder. Bovendien mag de BRG nieuwe opdrachten aan onderaannemers slechts na voorafgaande aanbesteding gunnen. ARA heeft het recht van inzage in de aanbestedingsstukken en aanbiedingen.

- (64) Krachtens artikel 5 heeft de BRG voor de duur van de overeenkomst op het door de overeenkomst bestreken gebied, te weten heel Oostenrijk, exclusiviteit. De BRG verbindt zich ertoe buiten het ARA-systeem geen ander inzamelings- of terugwinningssysteem in de zin van de VerpackVO op te richten, te exploiteren of daaraan deel te nemen, en evenmin actieve afvalverwijderingswerkzaamheden te verrichten die onder de bevoegdheid van andere BRG's vallen. De BRG erkent de rol van ARA als enige bemiddelaar tussen de BRG en de licentienemers, maar dit belet haar niet om met de licentienemers rechtstreeks gesprekken te voeren en overeenkomsten te sluiten, voorzover dit voor de nakoming van haar contractuele verplichtingen nodig is; de BRG mag geen overeenkomsten met licentienemers sluiten die een dispensatie van de licentienemer met zich brengen.
- (65) Overeenkomstig artikel 6 bestaat de vergoeding voor de afvalverwijderingsdiensten van de BRG's uit een door ARA voor hun diensten berekend percentage van de licentievergoedingen, verminderd met een toeslag voor ARA. In concreto wordt de vergoeding berekend op basis van de kosten die bij de afvalverwijdering van het gebruikte verpakkingsmateriaal onvermijdelijk ontstaan. Volgens artikel 6, lid 4, mag bij de berekening per soort verpakkingsmateriaal geen kruissubsidie plaatsvinden tussen de BRG's en ARA. Kruissubsidies worden gedefinieerd als de vaststelling van een vergoeding die niet in overeenstemming is met de daadwerkelijke kosten en die ertoe leidt dat een verpakkingsmateriaal ten opzichte van een ander verpakkingsmateriaal bevoordeeld of benadeeld wordt (artikel 6, lid 4). De vergoeding wordt op voorstel van de BRG door ARA van tevoren en in principe telkens voor een kalenderjaar vastgesteld. Artikel 6, lid 13, bevat een zogenoemde meestbegunstigingsclausule, volgens welke de BRG ARA voorrang verleent in die zin, dat zij diensten die met de contractuele afvalverwijderingsdiensten vergelijkbaar zijn of gedeelten van dergelijke diensten niet tegen gunstiger voorwaarden aan een derde zal aanbieden of voor een derde zal uitvoeren dan voor ARA of haar licentienemers.
- (66) De overeenkomsten tussen ARA en de BRG worden voor onbepaalde tijd gesloten. De BRG is verplicht om de contractuele afvalverwijderingsdiensten vanaf 1 december 1993 uit te voeren. De overeenkomst kan volgens artikel 7B door elke deelnemende partij met een opzegtermijn van 12 maanden aan het einde van een kalenderjaar worden opgezegd. Het gewone recht van opzegging van de partijen geldt pas vanaf 31 december 2000. Voor het geval een andere onderneming goedkopere diensten aan ARA aanbiedt, beschikte ARA al vóór 31 december 2000 over het recht van opzegging onder bepaalde voorwaarden.

- (67) Met de overeenkomst van 23 januari 2001 heeft ARA zowel met ARGEV als met ARO afgesproken dat de met beide BRG's tussen 24 augustus 1993 en 30 september 1993 gesloten afvalverwijderingsovereenkomsten niet vóór 31 december 2003 gewoon kunnen worden opgezegd. Artikel 7C voorziet in het recht van onmiddellijke opzegging om zwaarwegende redenen. De overeenkomst wordt bijvoorbeeld onmiddellijk beëindigd wanneer voor de overeenkomst of het ARA-systeem niet de noodzakelijke kartelrechtelijke vergunning wordt verleend.
- (68) Volgens artikel 11 krijgt ARA tijdens reguliere kantooruren na voorafgaande kennisgeving recht van inzage in de inzamelings- en terugwinningplaatsen of andere contractueel bepaalde bedrijfsruimten van de BRG. Ook tegenover de onderaannemers van de BRG beschikt ARA over dergelijke rechten. Een recht van inzage bestaat na voorafgaande kennisgeving ook met betrekking tot de zakelijke documenten van de BRG, voorzover ARA dit ter controle van de correcte uitvoering van de overeenkomst door de BRG noodzakelijk acht. Volgens artikel 12 hebben ook de BRG's recht op informatie en inzage.
- (69) Artikel 13 voorziet in de wederzijdse meldingsplicht van de contractpartijen: de BRG's moeten aan ARA kwartaal- en jaarverslagen over hun afvalverwijderingsdiensten uitbrengen; ARA is verplicht de BRG voortdurend in kennis te stellen van het aantal en de omvang van de met de licentienemers gesloten overeenkomsten alsmede van de door de licentienemers in omloop gebrachte verpakkingshoeveelheid.
- (70) Bij meningsverschillen tussen de partijen beslist volgens artikel 14 een arbitragedeskundige of een hof van arbitrage.
- (71) Volgens artikel 15 moet de terugwinning van de verpakkingen door de met de terugwinning van de betreffende materiaalsoort belaste BRG plaatsvinden. Daartoe is ARA verplicht om met elke BRG een afvalverwijderingsovereenkomst met grotendeels dezelfde inhoud te sluiten, waarin als afvalverwijderingsdienst van de BRG de terugwinning van de genoemde verpakkingen wordt vastgelegd. Bovendien is erin voorzien dat tussen ARGEV en de met de terugwinning belaste BRG een overeenkomst wordt gesloten die de onderlinge verhouding tussen de twee ondernemingen regelt wat de afvalverwijderingsdiensten betreft waartoe ARGEV enerzijds en de desbetreffende BRG anderzijds tegenover ARA verplicht zijn. Met deze overeenkomst moet met name worden gewaarborgd dat ARGEV en de BRG's samen voor een volledige afvalverwijdering zorgen — van de inzameling, het transport en de sortering tot en met de terugwinning — en dat tussen ARGEV en de BRG's geen hiaten in de afvalverwijdering ontstaan.
- 2.2. *Onderlinge betrekkingen tussen de BRG's*
- (72) Omdat ARGEV slechts bevoegd is voor de organisatie van de inzameling en de sortering, heeft ARGEV samenwerkingsovereenkomsten gesloten met andere BRG's (ÖKK, Alurec, Ferropack, AVM en VHP), die verantwoordelijk zijn voor de organisatie van de terugwinning. Als modelovereenkomsten werden de overeenkomsten van ARGEV met ÖKK en Alurec aangemeld.
- a) *Samenwerkingsovereenkomst tussen ARGEV en ÖKK*
- (73) De op 9 maart 1994 gesloten overeenkomst regelt de betrekkingen tussen ARGEV en ÖKK met het oog op de omschrijving en volledige uitvoering van de door ARGEV enerzijds en ÖKK anderzijds aan ARA verschuldigde afvalverwerkingdiensten.
- (74) Volgens paragraaf 1, punt 1.2, organiseert ARGEV de invoering en voortdurende exploitatie van een inzamelings-, sorteer- en conditioneringssysteem voor verpakkingen in heel Oostenrijk; ARGEV verbindt zich ertoe ÖKK alle gesorteerde verpakkingen ter beschikking te stellen die in het kader van het inzamelingssysteem van ARGEV worden ingezameld. ÖKK zorgt voor voldoende en geschikte terugwinningscapaciteiten of mogelijkheden voor tussenopslag alsmede voor het transport tussen de desbetreffende partner van ARGEV en de terugwinningsfaciliteit resp. de tussenopslag.
- (75) ÖKK garandeert ARGEV, volgens paragraaf 2, de afname van de door ARGEV resp. diens contractpartners krachtens de overeenkomst geleverde verpakkingen. Verder regelt de overeenkomst de verplichtingen betreffende de levering en overname van gebruikte materialen en de kwaliteit van de verpakkingen, het bewijs van licentie, de grondslag voor de berekening van de licentievergoedingen van ARA, een informatie- en zwijgplicht alsmede een overeenkomst over arbitrage.
- (76) In paragraaf 4 wordt bepaald dat ARGEV eigenaar wordt van de via haar systeem ingezamelde verpakkingen. Bij de ontvangst van de verpakkingen volgens de specificaties door de tussenopslag- of terugwinningsfaciliteit gaat de eigendom van de verpakkingen op ÖKK over.
- (77) Krachtens paragraaf 15 verbinden de partijen zich ertoe om gedurende de looptijd van de overeenkomst buiten het ARA-systeem geen ander inzamelings- en terugwinningssysteem in de zin van de VerpackVO op te richten, te exploiteren of daaraan deel te nemen, tenzij met uitdrukkelijke toestemming van de andere partij. ARGEV verplicht zich bovendien om tijdens de looptijd van de overeenkomst de verpakkingen zonder toestemming van ÖKK niet aan een derde door te geven. Dienovereenkomstig verplicht ÖKK zich om verpakkingen van een derde niet zonder toestemming van ARGEV in ontvangst te nemen. Deze clausule geldt uitdrukkelijk niet voor onderlinge overeenkomsten met bedrijven die in eigen beheer hun afval verwerken, voorzover dit in overeenstemming is met de met ARA gesloten afvalverwijderingsovereenkomsten. Bovendien verplichten de partijen zich om geen actieve afvalverwijderingsdiensten te leveren die onder de bevoegdheid van de andere partij vallen.

(78) Volgens paragraaf 16 is de overeenkomst vanaf 1 oktober 1993 voor onbepaalde tijd geldig. De overeenkomst kan door elke partij met een opzegtermijn van twaalf maanden aan het einde van een kalenderjaar worden opgezegd. Vóór 31 december 2000 was een gewone opzegging niet mogelijk. Volgens paragraaf 17 is een ontbinding van de overeenkomst om zwaarwegende redenen mogelijk.

b) Samenwerkingsvereenkomst tussen ARGEV en Alurec

(79) De op 20 januari 1994 gesloten overeenkomst regelt de nakoming van de contractuele verplichtingen van ARGEV en Alurec tegenover ARA. De overeenkomst lijkt qua inhoud en looptijd sterk op de overeenkomst tussen ARGEV en ÖKK.

(80) Volgens paragraaf 2 is ARGEV verplicht om alle door haar of door haar onderaannemers ingezamelde verpakkingen beschikbaar te stellen. Alurec verbindt zich er volgens paragraaf 3 toe om de door ARGEV of de sorteerondernemingen ontvangen verpakkingen naar behoren te recycleren.

(81) Volgens paragraaf 5 is ARGEV verplicht om, tijdens de looptijd van de overeenkomst, alle door haar of haar onderaannemers ingezamelde verpakkingen uitsluitend aan Alurec over te dragen. Alurec is op haar beurt verplicht om de ingezamelde verpakkingen uitsluitend van ARGEV resp. haar onderaannemers af te nemen en terug te winnen.

(82) Met betrekking tot de eigendom geldt — ook al is deze in de overeenkomst tussen ARGEV en Alurec niet uitdrukkelijk geregeld — hetzelfde als in de samenwerkingsovereenkomst tussen ARGEV en ARO. Eerst verkrijgt ARGEV de eigendom van de ingezamelde verpakkingen, die vervolgens met de levering van de verpakkingen aan Alurec op laatstgenoemde overgaat.

(83) Ingevolge paragraaf 6 is de overeenkomst vanaf 1 oktober 1993 voor onbepaalde tijd van kracht. Zij kan door elke partij met een opzegtermijn van 12 maanden aan het einde van een kalenderjaar worden opgezegd. Vóór 31 december 2000 is een gewone opzegging niet mogelijk. Volgens paragraaf 7 kan de overeenkomst om zwaarwegende redenen worden ontbonden.

2.3. *Betrekkingen tussen BRG's en regionale partners*

(84) Dit betreft de overeenkomsten van ARGEV en ARO met de regionale afvalverwijderingsondernemingen of regionale overheidsinstanties. De overeenkomsten regelen de feitelijke verwijdering van gebruikte verpakkingen.

Overeenkomst van ARGEV

(85) In de oorspronkelijke tekst van de overeenkomst van ARGEV met de regionale partner (zogenoemde „partnerovereenkomst”) uit 1994 verplicht de regionale partner zich, in paragraaf 2.2, om een inzamelings-, sorteeren conditionersysteem op te zetten met inachtneming van de voorwaarden van de overeenkomst. Per inzamelingsregio wordt slechts één regionale partner gecontracteerd.

(86) De inzameling van verpakkingsafval van huishoudens en inrichtingen die een vergelijkbare stroom verpakkingsafval genereren wordt door de regionale partner in overleg met de regionale overheid georganiseerd. Uitbesteding aan onderaannemers is volgens paragraaf 2.3 met toestemming van ARGEV mogelijk. De inzameling vindt volgens paragraaf 2.7 plaats in inzamelingscontainers die hetzij door de regionale partner, hetzij door de regionale overheid beschikbaar dienen te worden gesteld. Volgens paragraaf 3 worden de kosten voor de inzamelingscontainers en voor de opbouw van een inzamelingsinfrastructuur via een vergoeding door ARGEV terugbetaald.

(87) In paragraaf 2.10 wordt bepaald dat de regionale partner het afval voor ARGEV inzamelt en daarom door de inzameling uitsluitend namens ARGEV de eigendom over dit afval verkrijgt. De regionale partner mag om die reden het afval niet anders behandelen dan in de overeenkomst is voorzien. Anders ontstaat voor ARGEV een zwaarwegende reden om de overeenkomst onmiddellijk te ontbinden.

(88) Volgens paragraaf 2.16 waarborgt ARGEV de regionale partner, door de bilaterale overeenkomsten met de bedrijven die garant staan voor terugwinning, de afname van de door hem conform de overeenkomst beschikbaar gestelde gebruikte materialen. De regionale partner moet de materialen in zijn opslagruimte ter afhaling gereedhouden en ARGEV en/of het door ARGEV of door het bedrijf dat borg staat voor de terugwinning aangewezen terugwinningsbedrijf onmiddellijk meedelen dat het afval ter afhaling klaarstaat.

(89) Volgens paragraaf 2.18 is overeenstemming met de bevoegde regionale overheidsinstantie vereist; bij meningsverschillen moet volgens paragraaf 2.21 een arbitrage deskundige worden geraadpleegd.

(90) De overeenkomst is voor het eerst in 1994 gesloten en is voor onbepaalde tijd van kracht; zij kan door elke partij aan het einde van een kalenderjaar worden opgezegd met een opzegtermijn van 12 maanden. Een gewone opzegging was vóór 31 december 2000 niet mogelijk. Voor het geval een andere onderneming ARGEV dezelfde dienst goedkoper zou aanbieden, had ARGEV onder bepaalde voorwaarden recht op gewone opzegging vóór 31 december 2000. Paragraaf 4.2 regelt het recht op onmiddellijke opzegging om zwaarwegende redenen.

- (91) Alle in paragraaf C van de preambule van deze overeenkomst genoemde wettelijke en contractuele verplichtingen van ARGEV gelden ook voor de regionale partner.
- (92) In het kader van aanvullende overeenkomsten en aan de bestaande afvalverwijderingsovereenkomsten toegevoegde clausules was ARGEV meestbegunstigingsclausules overeengekomen met praktisch alle afvalverwerkende ondernemingen waarmee zij contractuele betrekkingen onderhoudt. Deze clausules houden in dat de afvalverwijderingsonderneming haar diensten niet tegen gunstigere voorwaarden aan een derde mag aanbieden of voor een derde niet tegen gunstigere voorwaarden mag uitvoeren dan voor ARGEV. Met de in overweging 139 vermelde toezegging 1 heeft ARGEV vanaf 29 november 2000 afgezien van de toepassing van deze meestbegunstigingsclausules.
- (93) In de nieuwe tekst van de overeenkomsten tot regeling van de betrekkingen met de afvalverwijderaars wordt thans een onderscheid gemaakt tussen sorteer- en inzamelingspartners; er bestaat voor elk een afzonderlijke standaardovereenkomst. De beide overeenkomsten zijn grotendeels vergelijkbaar met de oorspronkelijke overeenkomst, maar zijn gedetailleerder van opzet.
- (94) Beide standaardovereenkomsten zijn op 1 januari 2002 van kracht geworden, met uitzondering van de overeenkomsten met drie gemeenten (Wenen, Linz en Salzburg) die reeds vóór deze datum in werking waren getreden en die inhoudelijk op belangrijke punten met de standaardovereenkomsten overeenkomen. De overeenkomsten uit 1993/1994 zijn niet meer geldig.
- ARGEV — inzamelingspartners
- (95) De overeenkomst met de inzamelingspartners regelt de concrete uitwisseling van diensten tussen ARGEV en de inzamelingspartner in het kader van de uitvoering van de VerpackVO voor de deelgebieden „inzameling”, „overladen” en „individuele afvalverwijdering door bedrijven”. Per inzamelingsregio wordt slechts één inzamelingspartner aangewezen.
- (96) Voorwerp van de overeenkomst is volgens paragraaf 1.2 de opzet en probleemloze exploitatie van een inzamelingsstelsel voor gebruikte verpakkingen in een bepaalde inzamelingsregio. ARGEV behoudt zich volgens paragraaf 1.6 het recht voor om binnen het inzamelingsstelsel ook afval in te zamelen dat geen verpakkingsafval is; de bepalingen van de overeenkomst zijn hierop mutatis mutandis van toepassing.
- (97) Afval van huishoudens wordt volgens paragraaf 2.2 samen met afval uit inrichtingen met een vergelijkbare stroom verpakkingsafval ingezameld. Inrichtingen met een vergelijkbare stroom verpakkingsafval kunnen bedrijven of instellingen zijn; zij moeten zich jaarlijks voor de inzameling aanmelden en daarbij aantonen dat zij de volledige ARA-licentie voor de in te zamelen verpakkingen bezitten; bij minder dan een volledige licentie moet afvalverwijdering als bij bedrijfsafval plaatsvinden.
- (98) Volgens paragraaf 2.2.3 moet ARGEV in een afzonderlijke overeenkomst met de regionale overheid de beschikbaarstelling van de benodigde terreinen vaststellen. De inzamelingscontainers en -zakken worden door de inzamelingspartner of de regionale overheid in overleg met ARGEV beschikbaar gesteld. De kosten hiervoor draagt ARGEV volgens paragraaf 2.2.4 alleen met betrekking tot de containers voor huishoudens, maar niet voor inrichtingen die een vergelijkbare stroom verpakkingsafval genereren.
- (99) De inzamelingsdiensten omvatten volgens paragraaf 2.2.5 de systematische lediging van de inzamelingscontainers en het ophalen van de inzamelingszakken, alsmede het transport van de ingezamelde goederen naar de vastgestelde sorteerinrichting of een overlaadstation in het door de overeenkomst bestreken gebied. Het volume van het door de inzamelingspartners verzamelde afval wordt naar behoefte aangeboden, dat wil zeggen overeenkomstig het inzamelingsgedrag van de bevolking resp. bedrijven met inachtneming van een gemiddelde bezettingsgraad van de inzamelingscontainers en -zakken van 80 % en een maximaal percentage van verkeerd weggegooid afval van 20 % tussen de ingezamelde goederen. In het geval van mede-inzameling van bedrijfsverpakkingen in het kader van de huishoudelijke inzameling moeten deze bedrijfsverpakkingen overeenkomstig de voorwaarden van ARGEV (bijlage 2 bij de overeenkomst) worden gescheiden.
- (100) Voor het bedrijfsleven is een individuele afvalverwijdering voor bedrijven van toepassing. De inzamelingspartner exploiteert volgens paragraaf 2.4.1 op dit gebied een regionaal ontvangstpunt voor de kosteloze terugname van ARGEV-verpakkingen uit het bedrijfsleven, de gecontroleerde ontvangst van containerparken en de inzameling van probleemstoffen. Vooral in industriegebieden biedt de inzamelingspartner volgens paragraaf 2.4.2 naast de basisinfrastructuur van de regionale ontvangstpunten systemen aan voor het ophalen van licentieverpakkingen op de plaats waar deze ontstaan.
- (101) Volgens paragraaf 2.5.1 moet het uitbesteden van diensten aan derden conform deze overeenkomsten vooraf door ARGEV worden goedgekeurd.
- (102) Paragraaf 2.5.2 stelt dat de inzamelingspartner de verpakkingen namens ARGEV in ontvangst neemt en hiervan dus nooit eigenaar wordt. De inzamelingspartner mag daarom het inzamelingsafval en de verpakkingen van ARGEV slechts op de in de overeenkomst bepaalde wijze behandelen. Anders ontstaat voor ARGEV een zwaarwegende reden om de overeenkomst onmiddellijk te ontbinden.

- (103) Als antwoord op een verzoek om inlichtingen van de Commissie heeft ARGEV verklaard dat de afvalverwijderaar bij de huishoudelijke inzameling niet wordt belet volume in dezelfde container voor een ander systeem beschikbaar te houden, voorzover daardoor geen afbreuk wordt gedaan aan de vervulling van zijn verplichtingen tegenover ARGEV. Met name moet het contractueel overeengekomen minimale inzamelingsvolume, overeenkomstig de door ARGEV vastgestelde specificaties, voor de inzameling van door ARA gelicentieerde verpakkingen zonder beperking tot een bepaald quotum ter beschikking staan. Als de afvalverwijderaars door het toestaan van medegebruik de dispensatie van de licentiepartners van ARA in gevaar brengen, zou dit in strijd zijn met de overeenkomst.
- (104) Voor het industrieel systeem stelt ARGEV geen eisen aan de inzamelingscontainers. Het staat de afvalverwijderaars en/of de plaatsen waar afval ontstaat vrij in de inzamelingscontainers ook door andere bedrijven gelicentieerde verpakkingen in te zamelen. Door nauwkeurige registratie moet evenwel voor iedere plaats waar afval ontstaat, worden gewaarborgd dat aan het ontvangtpunt van ARGEV slechts verpakkingen worden overgedragen die qua hoeveelheid en kwaliteit overeenstemmen met de door ARA gelicentieerde verpakkingen die daar daadwerkelijk ontstaan.
- (105) De inzamelingspartner krijgt volgens paragraaf 3.1 voor de door hem ter beschikking gestelde en geregistreerde inzamelingscontainers en -zakken per kwartaal een vergoeding afhankelijk van de grootte van de containers en de zakken. Voor het ledigen van de inzamelingscontainers en het ophalen van de inzamelingszakken van huishoudens en vergelijkbare inrichtingen alsmede het transport en het ledigen van de ingezamelde goederen bij een sorteerinrichting of overlaadstation en voor de administratiewerkzaamheden ontvangt de inzamelingspartner een van de hoeveelheid afhankelijke vergoeding. Voor het overladen van ingezamelde goederen van huishoudens en vergelijkbare inrichtingen uit het door de overeenkomst bestreken gebied en voor de verslaglegging ontvangt de inzamelingspartner een van de hoeveelheid afhankelijke vergoeding. De met ARGEV jaarlijks te verrekenen diensten inzake inzameling en overlading zijn gebonden aan een plafond per inzamelingsregio en inzamelingsfractie. Het volume voor de jaren 2002 tot en met 2004 werd op basis van de verwachte bruto inzamelingsvolumes van huishoudens en vergelijkbare inrichtingen over 2001 berekend. Voor de overname en inzameling van bedrijfsverpakkingen met inbegrip van inputcontrole, sortering achteraf, conditionering, tussenopslag, beschikbaarstelling, verlading enzovoorts van de door het terugwinningsbedrijf overgenomen fracties van bedrijven, industrie en instellingen alsmede van gecontroleerde overname en de inzameling van probleemstoffen, ontvangt de inzamelingspartner volumeafhankelijke outputvergoedingen.
- (106) Volgens paragraaf 3.5 garandeert ARGEV de regionale partner door middel van de bilaterale overeenkomsten met de bedrijven die de terugwinningsgarantie verlenen, de afname van alle door hem conform de overeenkomst beschikbaar gestelde gebruikte materialen zoals overeengekomen.
- (107) Volgens paragraaf 5.1 nemen de betrekkingen in het kader van de overeenkomst op 1 januari 2002 een aanvang. De overeenkomst wordt voor onbepaalde tijd gesloten en kan door elke partij, met inachtneming van een opzegtermijn van 6 maanden, echter niet eerder dan vanaf 31 december 2004, worden opgezegd. Daarnaast hebben beide partijen recht op buitengewone opzegging bij een zwaarwegende reden; een dergelijke reden is bijvoorbeeld een grove overtreding van de verplichting om bedrijfsafval van huishoudelijk afval te scheiden.
- (108) Voor de looptijd van de overeenkomst heeft ARGEV de in overweging 139 weergegeven toezegging 4 gedaan.
- (109) Voorts heeft ARGEV meegedeeld dat de overeenkomsten met de inzamelingspartners de afvalverwijderaars geen exclusiviteitsverplichtingen opleggen noch op huishoudelijk noch op industrieel gebied. De afvalverwijderende ondernemingen zijn vrij om soortgelijke diensten ook ten behoeve van andere inzamelingsystemen of in het kader van afvalverwijdering in eigen beheer te verrichten. Met betrekking tot het medegebruik van de inzamelingscontainers heeft ARGEV de in overweging 139 vermelde toezegging 3 gedaan.

#### ARGEV — sorteerparkers

- (110) De standaardovereenkomst voor de sorteerparker is in hoge mate identiek aan de overeenkomst voor de inzamelingspartner.
- (111) Volgens paragraaf 1.5 belast ARGEV in specifieke inzamelingsregio's in het hele land (doorgaans politieke districten of grote steden) de aldaar verantwoordelijke inzamelingspartners met de exploitatie van inzamelingsystemen voor lichte en metalen verpakkingen van huishoudens en vergelijkbare inrichtingen. De door de inzamelingspartners ingezamelde hoeveelheden worden rechtstreeks of met inschakeling van een transporteur aan de sorteerparker overgedragen. Per inzamelingsregio wordt slechts één sorteerparker aangewezen.
- (112) Volgens paragraaf 1.6 worden met het oog op de optimalisering van het systeem van inzamelings-, sorteer- en transportdiensten de ingezamelde hoeveelheden van bepaalde inzamelingspartners of uit bepaalde inzamelingsregio's toegewezen aan bepaalde sorteerparkers of bepaalde sorteerinrichtingen. Door soortgelijke bepalingen in de afzonderlijke met de inzamelingspartners te sluiten overeenkomsten op te nemen, zal ARGEV ervoor zorgen dat de in bepaalde inzamelingsregio's (volgens bijlage 5 bij de overeenkomst) door de inzamelingspartners verzamelde verpakkingen van huishoudens of vergelijkbare inrichtingen uitsluitend in de sorteerinrichting van de sorteerparker worden gesorteerd.

- (113) De sorteerparker is volgens paragraaf 2.1.1 verplicht tot overname en sortering van alle door de inzamelingspartner(s) in de inzamelingsregio's beschikbaar gestelde dan wel opgehaalde inzamelingshoeveelheden van verpakkingen van huishoudens (module 1) en vergelijkbare inrichtingen (module 2). De sorteerparker accepteert niet-gesorteerde inzamelingsgoederen van inzamelingsmodule 1/2 van ARGEV uitsluitend van inzamelingspartners of uit inzamelingsregio's overeenkomstig bijlage 5 bij de overeenkomst. Volgens paragraaf 2.2 moet de sorteerparker op het terrein van de sorteerinrichting een regionaal ontvangstpunt exploiteren, waar hij verpakkingen van bedrijven (module 3), van containerparken (module 4) en ingezamelde probleemstoffen (module 5) kosteloos in ontvangst neemt.
- (114) Volgens paragraaf 2.4.2 neemt de sorteerparker de verpakkingen voor ARGEV in ontvangst en wordt hij derhalve nooit eigenaar van de verpakkingen. De sorteerparker mag daarom de verpakkingen niet anders behandelen dan in deze overeenkomst is bepaald. Anders vormt dit voor ARGEV een zwaarwegende reden om, conform paragraaf 5.5.2, onder a), de overeenkomst onmiddellijk te ontbinden.
- (115) Als antwoord op een verzoek om informatie van de Commissie heeft ARGEV verklaard dat de eigendomsclausule niet leidt tot een verbod op de gebruikmaking van sorteerinrichtingen voor derden. Als de afvalverwijderaars evenwel door het toestaan van medegebruik de dispensatie van de licentiepartners van ARA in gevaar brengen, zou dit in strijd zijn met de overeenkomst.
- (116) De regelingen voor uitbesteding aan een onderaannemer (paragraaf 2.4.1) en de looptijd/beëindiging van de overeenkomst (paragraaf 5) komen overeen met de regelingen in de overeenkomst met de inzamelingspartners.
- (117) Volgens paragraaf 3.1 ontvangt de sorteerparker de in bijlage 6 bij de overeenkomst genoemde inputvergoedingen binnen de aangegeven kwantitatieve marges. De inputvergoedingen vormen de vergoeding voor het in ontvangst nemen van de ingezamelde goederen uit het huishoudensysteem en het met de huishoudens vergelijkbare systeem van ARGEV, de inputcontrole, een percentage van de vaste kosten van de inrichting op basis van de overeengekomen jaarlijkse inpuhoeveelheden, de scheiding van probleemstoffen uit de ingezamelde goederen en de correcte verwijdering daarvan alsmede de conditionering, tussenopslag, beschikbaarstelling en verlading van alle van ongewenste stoffen ontdane of positief gesorteerde outputfracties. Op het jaarlijks met ARGEV te verrekenen sorteerinputvolume is een plafond van toepassing; dit is de som van de ingezamelde huishoudelijke hoeveelheden uit bepaalde inzamelingsregio's. Voor de positieve sortering van outputfracties van huishoudens en vergelijkbare inrichtingen ontvangt

de sorteerparker vergoedingen op basis van het soort materiaal. Deze outputvergoedingen gelden ook voor het in ontvangst nemen van leveringen, inputcontrole, sortering achteraf, conditionering, tussenopslag, beschikbaarstelling, verlading enzovoorts van specifieke fracties van inzamelplaatsen, containerparken en van ingezamelde probleemstoffen.

- (118) ARGEV heeft meegedeeld dat de overeenkomsten met de sorteerparkers geen exclusiviteitsverbintenissen voor de sorteerparkers bevatten. De afvalverwijderingsondernemingen zijn vrij om vergelijkbare diensten ook aan andere inzamelingsystemen of in het kader van afvalverwijdering in eigen beheer te leveren. Voorts heeft ARGEV de in overweging 139 vermelde toezegging 3 gedaan alsmede toezegging 4 over de looptijd van de overeenkomsten.

#### Overeenkomst van ARO

##### ARO-inzamelingspartners

- (119) De overeenkomst betreft de exploitatie van een inzamelingsstelsel voor papieren verpakkingen waarmee de uit de AWG, de VerpackVO, de afvalverwijderingsovereenkomst ARA/ARO en de vergunningen voortvloeiende verplichtingen worden nagekomen. Per inzamelingsregio wordt maar één inzamelingspartner aangewezen.
- (120) De overeenkomst heeft volgens paragraaf 1.1 geen betrekking op de inzameling van oud papier en papieren verpakkingen van huishoudens en inrichtingen die een vergelijkbare afvalstroom genereren. De overeenkomst is veeleer gericht op de afvalverwijdering van winkelstraten (paragraaf 2.4), de afvoer van verpakkingen van containerparken (paragraaf 2.5), alsmede de individuele afvalverwijdering van bedrijven (paragraaf 2.6).
- (121) Volgens paragraaf 1.5 is de terugnameplicht van ARO beperkt tot de bij ARA gelicentieerde hoeveelheid verpakkingen van papier, karton en golfkarton. ARO is echter bereid om de bij het inzamelings- en terugwinningssysteem aangeboden verpakkingsvolume volledig in ontvangst te nemen. Indien daarmee de verplichtingen uit hoofde van de vergunningen, namelijk de beschikbaarstelling van voldoende ontvangstcapaciteit voor papieren verpakkingen met een dekkingpercentage van 90 % in het bedrijfsleven en 80 % in de huishoudens alsmede een terugwinningspercentage van 85 % in het bedrijfsleven en 75 % in de huishoudens, worden overschreden en dit in strijd is met de economische en juridische belangen van de licentiepartners, behoudt ARO zich het recht voor om zijn afnamegarantie alsmede de daarmee samenhangende betalingen van de vergoeding weer aan de vereisten van de vergunningen aan te passen; zij stelt de inzamelingspartners hiervan tijdig in kennis.



- (122) De afvalverwijdering in winkelstraten betreft de verwijdering van louter papieren verpakkingen bij kleine bedrijven. De zogenoemde inrichtingen voor ontvangst onder toezicht (containerparken, inzamelingscentra voor afval enzovoorts) worden door de regionale overheid geëxploiteerd en nemen verpakkingen van particulieren en kleine bedrijven in ontvangst. De inzamelingspartner van ARO neemt de verpakkingen van de containerparken in ontvangst en voert het transport uit. Voor de individuele afvalverwijdering van bedrijven exploiteert de verwijderingspartner van ARO zogenoemde ARO-ontvangstpunten, waar bedrijven hun verpakkingen kosteloos bij het inzamelings- en terugwinningssysteem kunnen inleveren.
- (123) Volgens paragraaf 2.7 is de inzamelingspartner verplicht alle papieren verpakkingen die onder de overeenkomst vallen op de ARO-ontvangstpunten in ontvangst te nemen. Het desbetreffende bedrijf moet volgens paragraaf 2.7.4 op passende wijze bevestigen dat de overgedragen verpakkingen bij ARA in licentie zijn. Aanvullende ontvangstpunten kunnen slechts met toestemming van ARO worden opgericht.
- (124) Krachtens paragraaf 2.8 beslist ARO over de terugwinningsonderneming en de modaliteiten van het transport van de verpakkingen. De partner moet derhalve terzake een schriftelijke overeenkomst met ARO sluiten. De inzamelingspartner garandeert ARO een zekere minimumkwaliteit van de papieren verpakkingen die aan het terugwinningsbedrijf worden geleverd (paragraaf 2.9).
- (125) In paragraaf 2.10 wordt bepaald dat de partner de papieren verpakkingen voor ARO inzamelt en dat de ingezamelde goederen derhalve uitsluitend eigendom van ARO zijn. Daarom moeten de ingezamelde goederen alleen op de door ARO voorgeschreven manier worden behandeld. Anders beschikt ARO over een zwaarwegende reden om de overeenkomst onmiddellijk te ontbinden.
- (126) Ingevolge paragraaf 2.15 garandeert ARO de inzamelingspartner door middel van de bilaterale overeenkomsten met de terugwinningsbedrijven de afname en terugwinning van de aangeboden papieren verpakkingen overeenkomstig de VerpackVO. Indien de aan ARO gegeven terugwinninggaranties worden ingetrokken, moet ARO voor een adequate vervanging van de terugwinningsondernemingen zorgen.
- (127) Volgens paragraaf 4 wordt de overeenkomst op 1 januari 2002 van kracht en wordt zij voor onbepaalde tijd gesloten. Met inachtneming van een opzegtermijn van 6 maanden kan de overeenkomst ten vroegste op 31 december 2004 worden opgezegd. In geval van zwaarwegende redenen kan de overeenkomst onmiddellijk worden beëindigd.
- (128) Voor de looptijd van de overeenkomst heeft ARO de in overweging 139 genoemde toezegging 4 gedaan.
- (129) Voorts heeft ARO meegedeeld dat de overeenkomsten met de inzamelingspartners geen exclusiviteitsverbintenis
- sen voor de verwijderingsbedrijven bevatten. De inzamelingspartners zijn vrij om vergelijkbare diensten ook voor andere inzamelingsystemen of in het kader van afvalverwijdering in eigen beheer te verrichten.
- ARO-regionale overheid
- (130) De overeenkomst betreft de samenwerking tussen ARO en de regionale overheid bij de exploitatie van gemeentelijke oudpapiersystemen voor papieren verpakkingen van huishoudens en inrichtingen die een vergelijkbare stroom verpakkingafval genereren in het gebied dat door de overeenkomst wordt bestreken. Daarbij wordt rekening gehouden met de verplichtingen uit hoofde van de AWG, de VerpackVO, de afvalverwijderingsovereenkomst ARA-ARO alsmede de vergunningen.
- (131) Volgens paragraaf 2.1 is de terugnameplicht van ARO uit hoofde van de VerpackVO beperkt tot de bij ARA gelicentieerde verpakkingen van papier, karton en golfkarton. ARO is bereid om de aan het systeem aangeboden verpakkinghoeveelheden volledig over te nemen, echter onder voorbehoud van een latere hernieuwde aanpassing aan de vereisten van de vergunningen, waarvan de regionale overheden tijdig in kennis moeten worden gesteld.
- (132) Bij de door de regionale overheid geëxploiteerde gemeentelijke inzameling van oud papier worden volgens paragraaf 2.2 systematisch verpakkingen samen met andere voorwerpen van hetzelfde materiaal (kranten, tijdschriften, catalogi enzovoorts) ingezameld. Het gedeelte van de kosten voor de inzameling van verpakkingen van papier, karton en golfkarton wordt door ARO gedragen; de overige kosten van de gemeentelijke inzameling van oud papier komen voor rekening van de regionale overheid.
- (133) Volgens paragraaf 2.4 moeten fundamentele wijzigingen in het in het inzamelingsplan beschreven inzamelingsstelsel (bijvoorbeeld omschakeling van breng- op ophaalsysteem) in overleg tussen de regionale overheid en ARO worden vastgelegd, indien deze tot aanzienlijke kostenstijgingen voor ARO leiden. De regionale overheid gaat over tot aanbesteding of het opnieuw toewijzen van de inzamelingsdiensten na voorafgaand overleg met ARO. De regionale overheidsinstantie kiest de afvalverwijderaar (inzamelaar).
- (134) De volgende diensten moeten door de regionale overheid worden verricht: de inzameling van de papieren verpakkingen in het kader van de gemeentelijke inzameling van oud papier (paragraaf 3.1); de beschikbaarstelling van standplaatsen voor de inzamelingscontainers evenals van de vereiste vergunningen (paragraaf 3.2); de beschikbaarstelling en het onderhoud van inzamelingscontainers (paragraaf 3.3); de inontvangstneming van de verpakkingen door onder toezicht staande containerparken, afvalbedrijven enzovoorts (paragraaf 3.4); de kwaliteitsgarantie van de verpakkingen en, in samenhang daarmee, de kosten indien sortering achteraf van de door de containerparken ontvangen verpakkingen noodzakelijk is (paragraaf 3.5). ARO garandeert op haar beurt, door middel

van de bilaterale overeenkomsten met de afvalverwijderaars, terugwinning conform de VerpackVO (paragraaf 3.6).

- (135) Paragraaf 3.7 regelt de eigendomsoverdracht van de verpakkingen: wat betreft de inzameling van huishoudens en inrichtingen die een vergelijkbare verpakkingstroom genereren, gaat de eigendom daarvan bij aflevering van de verpakkingen bij het ontvangspunt van ARO van de regionale overheid op ARO over. De eigendom van de in de containerparken, afvalbedrijven enzovoorts onder toezicht ingezamelde materialen gaat met het ophalen door de afvalverwijderingspartner van ARO op ARO over; wanneer het transport door de regionale overheid geschiedt, gaat de eigendom van de regionale overheid pas bij de levering op het ontvangspunt van ARO op ARO over.
- (136) De regionale overheid mag daarom de papieren verpakkingen slechts op de door ARO bepaalde manier behandelen. Anders ontstaat voor ARO een zwaarwegende reden om de overeenkomst onmiddellijk te ontbinden. De papieren verpakkingen kunnen gescheiden van andere voorwerpen van hetzelfde materiaal of ermee gemengd worden teruggewonnen.
- (137) De looptijd van de overeenkomst neemt volgens paragraaf 5.1 op 1 januari 2002 een aanvang; de overeenkomst wordt voor onbepaalde tijd gesloten en kan, met inachtneming van een opzegtermijn van 6 maanden, ten vroegste op 31 december 2003 worden opgezegd. Indien zich een zwaarwegende reden voordoet, kan de overeenkomst onmiddellijk worden beëindigd.
- (138) De overeenkomst bevat geen bepaling die uitsluit dat een ander inzamelings- en terugwinningssysteem de containers voor de gemeentelijke inzameling van oud papier ook gebruikt. ARO heeft verklaard dat zij op het gebied van de huishoudelijke papierinzameling in principe alleen materiaal van de gemeentelijke inzameling inkoop. Er bestaat geen duidelijke reden waarom de regionale overheid geen vergelijkbare overeenkomsten met andere inzamelingsystemen zou sluiten.

## V. GEDANE TOEZEGGINGEN

- (139) Ten aanzien van enkele onderdelen van de aangemelde overeenkomsten heeft de Commissie, in het licht van de mededingingsregels, bezwaren naar voren gebracht. In de loop van de procedure hebben de partijen tegenover de Commissie de volgende toezeggingen gedaan:
- toezegging 1: ARGEV en ARO zien met ingang van 29 november 2000 af van de toepassing van de meestbegunstigingsclausules, die in het kader van aanvullende overeenkomsten of toegevoegde clausules bij de afvalverwijderingsovereenkomsten met de afvalverwijderingsbedrijven, waarmee de desbetreffende onderneming contractuele betrekkingen onderhoudt, werden overeengekomen;
  - toezegging 2: ARA verplicht zich om haar licentierechten van het handelsmerk „Der Grüne Punkt” (hierna: „Punkt”) niet te gebruiken ten aanzien van

ondernemingen die binnen of buiten Oostenrijk a) met de gemerkte of soortgelijke verpakkingen aan inzamelings- en terugwinningssystemen in de zin van Richtlijn 94/62/EG betreffende verpakking en verpakkingafval deelnemen, die de toepassing van de „Punkt” verplicht stellen; of b) wettelijk verplicht zijn de „Punkt” op de verpakking aan te brengen. Deze verplichting geldt onder de voorwaarde dat de desbetreffende onderneming de met de „Punkt” gekenmerkte verpakkingen in Oostenrijk aantoonbaar in overeenstemming met de VerpackVO (verordening BGBl. 648/1996 als gewijzigd) inzamelt en terugwint (hetzij door middel van afvalverwijdering in eigen beheer in de zin van de VerpackVO hetzij door deelname aan een erkend inzamelings- en terugwinningssysteem) en ARA contractueel de daarmee samenhangende controlerechten toekent. De controlerechten mogen niet verder reiken dan de controlebevoegdheden ingevolge de standaardovereenkomst van ARA. ARA zal bij de uitoefening van deze controlerechten geen strengere eisen stellen aan het bewijs van inzameling en terugwinning overeenkomstig de verordening dan de verplichtingen van de desbetreffende ondernemingen tegenover de met de uitvoering van de VerpackVO belaste autoriteiten;

- toezegging 3: ARGEV belet openbare lichamen en/of afvalverwijderingsondernemingen niet om voor concurrenten van het ARA-systeem te gaan werken. Bovendien zal ARGEV regionale overheden en/of afvalverwijderingsondernemingen niet beletten om met concurrenten van het ARA-systeem overeenkomsten met betrekking tot het medegebruik van containers of andere inrichtingen voor de inzameling en/of sortering van gebruikte verpakkingen van huishoudens of vergelijkbare inrichtingen te sluiten en uit te voeren. Deze toezegging doet geen afbreuk aan het recht van ARGEV om het medegebruik van zijn inzamelings- en terugwinningssysteem door middel van overeenkomsten te regelen en alle vereiste maatregelen te nemen om ondanks het medegebruik aan zijn verplichtingen als inzamelings- en terugwinningssysteem, zowel wettelijk als uit hoofde van de vergunningen, te voldoen. Bovendien geldt de verbintenis uitsluitend in geval:
  - a) de regionale overheden en/of de afvalverwijderaars zich bereid verklaren om de aan ARGEV voor de beschikbaarstelling en de exploitatie van inrichtingen voor inzameling/sortering en/of voor de inzameling/sortering te betalen vergoedingen proportioneel — overeenkomstig het gebruik van de containers en andere inrichtingen — te verminderen en ARGEV de rechtstreeks aan de inzameling/sortering toe te schrijven overige kosten (dat zijn de kosten voor de techniek en het beheer van het medegebruikte inzamelingsysteem, kosten voor afvaldeskundigen, kosten voor onderzoek en ontwikkeling enzovoorts) evenredig te vergoeden; ten aanzien van de hoogte en toerekenbaarheid van de verrekenende kosten zal ARGEV het attest van een onafhankelijke accountant overleggen;

- b) de regionale overheden en/of de afvalverwijderaars zich bereid verklaren om ARGEV de bijkomende kosten te vergoeden die bij de ondernemingen van het ARA-systeem en/of hun contractpartners ontstaan ten gevolge van het medegebruik (bijvoorbeeld bijkomende analysekosten of sorteerkosten voor het behoud van de kwaliteit van de in opdracht van ARGEV ingezamelde en ter terugwinning aangeboden verpakkingen). Over de hoogte en toerekenbaarheid van de verrekenbare kosten zal ARGEV het attest van een onafhankelijke accountant overleggen. Er wordt geen rekening gehouden met bijkomende kosten die voor de firma's van het ARA-systeem en/of de contractpartners enkel op grond van een daling van de licentiehoeveelheden ontstaan. Deze verbintenis zal per geval ten uitvoer worden gelegd door middel van aanvullende clausules in de afzonderlijke dienstverleningsovereenkomsten;
- toezegging 4: ARGEV en ARO zullen hun overeenkomsten met de verwijderingspartners aan het einde van een looptijd van drie jaar opzeggen, wanneer de partijen geen overeenstemming bereiken over een verlenging van de overeenkomst voor maximaal twee jaar. Uiterlijk na een looptijd van vijf jaar zullen ARGEV en ARO de overeenkomsten opnieuw sluiten na een concurrerende, transparante en objectieve procedure (allerlei soorten aanbestedingen, offerteaanvragen enz.).

## VI. DE RELEVANTE MARKT

- (140) De relevante markten worden met het oog op de beoordeling van de overeenkomsten waarop deze procedure betrekking heeft, zowel vanuit het oogpunt van de betrokken dienstverlening als uit geografisch oogpunt, afgebakend.

### Productmarkt

- (141) De relevante productmarkt omvat alle producten en/of diensten die door de gebruiker als substitueerbaar worden beschouwd op grond van hun kenmerken, hun prijs of het doel waarvoor zij zijn bestemd.
- (142) De bedrijfsdoelstelling van het ARA-systeem is het organiseren en exploiteren van een systeem voor de terugname van gebruikte verpakkingen in geheel Oostenrijk. De aan het ARA-systeem ten grondslag liggende overeenkomsten hebben economische gevolgen op verschillende niveaus waarop toegevoegde waarde wordt gerealiseerd. Bovendien wordt er in het kader van de overeenkomsten binnen het ARA-systeem onderscheid gemaakt tussen zowel afzonderlijke verpakkingsoorten als verschillende inzamelplaatsen van de te verwijderen verpakkingen. De toetsing van de afzonderlijke overeenkomsten en de specifieke inzamelplaats van de verpakkingen aan artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag

dient op basis van verschillende, zelfstandige relevante markten plaats te vinden.

1. *Markten voor systemen of verwijderingssystemen in eigen beheer voor de inzameling en terugwinning van gebruikte verpakkingen*
- (143) Dankzij de exploitatie van het inzamelings- en terugwinningssysteem stelt ARA haar licentiepartners in staat om voor de overeengekomen verpakkingen gebruik te maken van de „onthefing” van de verplichtingen van de VerpackVO (zogenoemd bevrijdingssysteem) en treedt zij aldus op als trustee van haar licentiepartners tegenover de tot terugname en terugwinning verplichte BRG's. Afnemers zijn de ingevolge de VerpackVO verplichte ondernemingen.
- (144) Aangezien ARA als trustee optreedt voor de verplichte ondernemingen, is zij tegelijkertijd afnemer van de organisatiedienstverlening van een bevrijdingssysteem. De exploitatie van een bevrijdingssysteem wordt aangeboden door de BRG's, die in het bezit zijn van de publiekrechtelijke vergunningen. In de keten waarmee toegevoegde waarde wordt gerealiseerd, moeten vanuit de aanbodzijde zowel de werkzaamheden van ARA als trustee als de exploitatie van het bevrijdingssysteem door de BRG's tot hetzelfde niveau worden gerekend. Wanneer ARA als trustee geen tussenschakel zou vormen, zouden de BRG's de inzamelingsdienstverlening ook rechtstreeks aan de verplichte ondernemingen aan kunnen bieden. Aangezien ARA en de BRG's in dit opzicht actief zijn op een geïntegreerde markt, wordt hierna gesproken van de inzamelingsdienstverlening door het ARA-systeem.
- (145) Ondernemingen die zich niet willen aansluiten bij een inzamelings- en terugwinningssysteem voor geheel Oostenrijk, blijven zelf verantwoordelijk voor de nakoming van de verplichtingen die voortvloeien uit de VerpackVO. Hetzelfde geldt voor geregistreerde bedrijven met een groot afvalvolume als het gaat om hun verpakkingen. Met de uitvoering van de op hen rustende verplichting tot verwijdering van de gebruikte verpakkingen kunnen de niet aan systemen deelnemende ondernemingen echter derden belasten. Dit leidt ertoe dat deze derden de organisatie aanbieden van de individuele nakoming van de uit de VerpackVO voortvloeiende verplichtingen op het gebied van de inzameling en terugwinning van gebruikte verpakkingen (het zogenaamde verwijderingssysteem in eigen beheer).
- (146) Het is niet nodig om definitief te bepalen of bevrijdingssystemen en verwijderingssystemen in eigen beheer op dezelfde markt of op verschillende, maar aangrenzende markten actief zijn. Want zoals wordt uiteengezet, leidt geen van deze twee afbakeningen van de productmarkt met het oog op de hier te toetsen overeenkomsten tot een beperking van de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag. In zoverre kan de precieze afbakening van de markt voor de organisatie van de terugname en terugwinning van gebruikte verpakkingen achterwege worden gelaten.

- (147) De markt waarop de bevrijdingssystemen en verwijderingssystemen in eigen beheer actief zijn, kan onder de noemer „systeemmarkt” worden samengevat. De systeemmarkt is beperkt tot verpakkingsafval, aangezien dit op grond van de specifieke, in de VerpackVO voor de afnemers bedoelde verplichtingen van het overige afval kan worden afgebakend.
- (148) Binnen deze „systeemmarkt” kunnen de relevante markten op basis van de specifieke inzamelplaats als volgt worden onderscheiden.
- (149) Het ARA-systeem is enerzijds aanbieder van de deelname aan een systeem voor de verwijdering van gebruikte verpakkingen die in huishoudens van de particuliere eindverbruiker en in met de huishoudens vergelijkbare inrichtingen worden gegenereerd. Anderzijds is het ARA-systeem aanbieder van de deelname aan een systeem voor de verwijdering van verpakkingen die in grote bedrijven en de industrie worden gegenereerd. Aan het ARA-systeem zijn aparte vergunningen verstrekt voor zijn huishoud- en industriesysteem.
- (150) Een onderneming waar vraag bestaat naar een ontheffing van de verplichtingen van de VerpackVO, brengt verpakkingen in omloop die in de huishoudelijke sector, de sector grote bedrijven/industrie of in af te bakenen hoeveelheden in beide sectoren worden gegenereerd. Zij kan derhalve slechts aan één inzamelings- en terugwinningssysteem deelnemen, dat is opgezet voor de betrokken sector. Uit het standpunt van de onderneming aan de vraagzijde is derhalve de deelname met verpakkingen aan een systeem voor huishoudverpakkingen en aan een systeem voor verpakkingen uit de sector grote bedrijven en industrie voor het verkrijgen van een ontheffing van de verplichtingen van de VerpackVO niet substituëerbaar.
- (151) Van de aanbodzijde gezien, moet de organisatie van een bevrijdingssysteem voor de „ontheffing” van de licentiepartners zich in essentie richten naar de wettelijke vereisten, die een onderscheid maken tussen huishouden en industriële systemen en hieraan verschillende eisen stellen. De werkterreinen moeten organisatorisch of ten minste boekhoudkundig worden gescheiden (overweging 41) en uitsluitend huishoudsystemen moeten streven naar een zo hoog mogelijk deelnamequotum, hebben een verplichting tot het sluiten van overeenkomsten, moeten vaker verslag uitbrengen en zijn onderworpen aan uitgebreidere controle mogelijkheden (overweging 40).
- (152) Gelet op het bovenstaande komt de Commissie tot de bevinding dat uit het oogpunt van de systeemexploitant de aan een onderneming in het kader van een systeem voor huishoudverpakkingen aangeboden bevrijdingsdiensten niet functioneel uitwisselbaar zijn met de bevrijdingsdiensten die de onderneming worden aangeboden in het kader van een systeem voor verpakkingen uit de sector grote bedrijven en industrie.
- (153) Een differentiëring van de beide relevante markten naar afzonderlijke materiaalfracties (bv. papier, glas etc.) die verdergaat dan de beschreven onderverdeling, kan hier achterwege blijven, aangezien dit niet zou leiden tot een andere mededingingsrechtelijke beoordeling krachtens artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag.
- (154) De Commissie constateert derhalve dat ten aanzien van de organisatie van systemen voor de verwijdering van gebruikte verpakkingen („systeemmarkt”) een onderscheid moet worden gemaakt tussen de markt voor de systemen voor huishoudverpakkingen en de markt voor systemen voor verpakkingen uit de sector grote bedrijven en industrie.
2. *Markten voor de inzameling en sortering van gebruikte verpakkingen*
- (155) Binnen het ARA-systeem zijn enkele BRG's verantwoordelijk voor de organisatie van de inzameling en de sortering van de gebruikte verpakkingen. Aangezien zij de verwijdering niet zelf uitvoeren, bestaat er bij hen vraag naar deze diensten. Aanbieders van verwijderingsdiensten zijn verwijderingsondernemingen en gemeentelijke overheden (hierna „verwijderaars”).
- (156) Voor de inzameling en sortering van gebruikte verpakkingen moet worden onderzocht of er onderscheid moet worden gemaakt naar materiaalfracties enerzijds en huishouden en bedrijfsleven anderzijds.
- (157) Door huishoudens gegenereerde verpakkingen van papier of karton worden tezamen met andere voorwerpen van hetzelfde materiaal (kranten, tijdschriften etc.) ingezameld. De inzameling wordt door de regionale overheden geëxploiteerd. Deze sluiten derhalve ook de overeenkomsten met de verwijderingsondernemingen. ARO koopt slechts bepaalde hoeveelheden bij de gemeentelijke inzameling van oud papier in. De gemeentelijke inzameling van oud papier bestond al voor de invoering van het ARA-systeem. Oud papier heeft voor het overgrote deel een positieve marktprijs. In de regel wordt het papier- en kartonafval ingezameld op basis van een brengsysteem in inzamelingscontainers die staan opgesteld op gemeentegrond. Indien achteraf een sortering moet plaatsvinden, is deze relatief eenvoudig. Op grond van deze kenmerken gaat de Commissie ervan uit dat er een af te bakenen markt bestaat voor de inzameling en sortering van door huishoudens gegenereerd oud papier, die bestaat uit verpakkingen van papier en karton, maar ook uit kranten, tijdschriften en overig oud papier. In het bedrijfsleven gegenereerde verpakkingen van papier en karton worden hetzij in containerparken, hetzij in inzamelingscentra voor gebruikte materialen in ontvangst genomen, bij door de systemen gecreëerde ontvangtpunten ingezameld of rechtstreeks opgehaald bij bedrijven die een groot volume aan verpakkingsafval genereren. De verwijderaars sluit overeenkomsten met ARO, met concurrerende systemen of met bedrijven die een groot afvalvolume genereren. Overlappenden met de huishoudelijke inzameling doen zich slechts op kleine schaal voor.

- (158) De materiaalfractie glas heeft kenmerken waardoor ook een afbakening van deze materiaalfractie voor de hand ligt. De inzameling van oud glas bestond al voor de invoering van het ARA-systeem. In de regel wordt glas ingezameld op basis van een brengsysteem in inzamelingscontainers die staan opgesteld op gemeentegrond. Indien achteraf een sortering moet plaatsvinden, is deze relatief eenvoudig. Oud glas heeft een positieve marktprijs. De inzameling van oud glas beperkt zich overwegend tot door huishoudens gegenereerd oud glas.
- (159) De inzameling van de lichte verpakkingen (met name kunststof, composietmaterialen, aluminium, blik en staal) vond pas sinds de invoering van het ARA-systeem los van de inzameling van het huisvuil plaats. De inzameling vindt hoofdzakelijk plaats als ophaalsysteem in bij de huishoudens geplaatste bakken of zakken. Lichte verpakkingen van kunststof en composietmaterialen hebben voor het overgrote deel een negatieve marktprijs. Dit betekent dat de voorwaarden voor de inzameling en sortering van huishoudverpakkingen van deze materiaalfracties qua verwijderingslogistiek wezenlijk verschillen van zowel de voorwaarden voor de huishoudelijke inzameling van oud papier en oud glas als de voorwaarden voor de inzameling en sortering van verpakkingen uit de sector grote bedrijven en industrie.
- (160) Aangezien lichte verpakkingen van huishoudens normaal gesproken bij alle huishoudens rechtstreeks moeten worden ingezameld, ontstaan uitgesproken netvoordelen, d.w.z. omvangrijke economische schaal- en toepassingsvoordelen. Deze specifieke omstandigheden aan de aanbodzijde hebben tot gevolg dat huishoudens in de regel slechts door een beperkt aantal verwijderaars zonder al te hoge kosten kunnen worden bediend. Bovendien kan bij huishoudens gewoonlijk slechts één inzamelingscontainer per materiaalsoort ter beschikking worden gesteld. Het aantal inzamelplaatsen bij de industrie en de grote bedrijven is daarentegen beter te overzien en vanwege het grote verwijderingsvolume kunnen de diensten ook door verschillende verwijderaars worden verleend.
- (161) Bovendien verschillen de bij de particuliere eindverbruikers in te zamelen verkoopverpakkingen, wat het recyclebaar materiaal betreft, aanzienlijk van de bij de industrie en de grote ondernemingen in te zamelen verpakkingen. Want bij de particuliere eindverbruiker worden verschillende materiaalfracties samen in geringe hoeveelheden gegenereerd en ingezameld, wat ertoe leidt dat zij vervolgens met behulp van relatief kapitaalintensieve sorteerinstallaties moeten worden gesorteerd. Voor verpakkingen afkomstig van grote bedrijven en de industrie, die in de regel uit grote hoeveelheden bestaan en al zijn gesorteerd in afzonderlijke materiaalfracties, zijn sorteerinstallaties met een dergelijke technische configuratie niet noodzakelijk.
- (162) Gelet op het bovenstaande bestaat er geen functionele onderlinge verwisselbaarheid van de inzamelings- en sorteerdiensten op het gebied van de bij de particuliere eindverbruiker ingezamelde verpakkingen en overeenkomstige diensten in de sector industrie en grote bedrijven.
- (163) De markt voor de inzameling en sortering van gebruikte huishoudverpakkingen moet afgebakend worden van de ophaling van huishoudelijk afval en restafval, die ook na het aannemen van de VerpakVO onder de verantwoordelijkheid van de verwijderingsplichtige regionale overheden bleef vallen. De inzameling en sortering van gebruikte huishoudverpakkingen onderscheidt zich van de ophaling van huishoudelijk afval en restafval door een aanzienlijk breder dienstverleningsgamma. De op de markt van huishoudverpakkingen uitgevoerde sortering van de ingezamelde verpakkingen op materiaal, waarbij specifieke vereisten in acht moeten worden genomen, en de beschikbaarstelling van de gesorteerde recycleerbare materialen voor herverwerking behoren namelijk tot een zelfstandige toegevoegde waarde scheppende keten, die in de regel aanzienlijke en van de specifieke vraag afhankelijke investeringen in een adequate sorteerinfrastructuur vereist. Bovendien bestaat er voor elk van deze afvalsoorten een aparte inzamelingsinfrastructuur, aangezien huishoudelijk afval en restafval in particuliere huishoudens in andere containers worden ingezameld dan gebruikte verpakkingen.
- (164) In de huishoudelijke sector kunnen derhalve de volgende markten worden onderscheiden: de markt voor de inzameling van oud papier, de markt voor de inzameling van oud glas en de markt voor de inzameling en sortering van lichte verpakkingen.
- (165) In het bedrijfsleven zijn afnemers van verwijderingsdiensten de met de inzameling belaste BRG's (ARGEV en ARO) en concurrerende systemen. Bij systemen bestaat slechts vraag naar verwijderingsdiensten van verpakkingen en zij kunnen deze vraag op grond van de wettelijke eisen niet door andere verwijderingsdiensten substitueren. Daarnaast komen als afnemers de volgende bedrijven in aanmerking: verwijderaars in eigen beheer en bedrijven die een groot volume aan afval genereren. Door hen wordt zowel verpakingsafval als overig bedrijfsafval gegenereerd. Vanwege het bijzondere karakter van de wettelijke verplichtingen voor de verwijdering van verpakkingen is deze uit het oogpunt van de afnemers echter niet met de verwijdering van overig bedrijfsafval uitwisselbaar.
- (166) Ook uit het oogpunt van de aanbieders van verwijderingsdiensten bestaan er aanzienlijke verschillen tussen de inzameling en sortering van bedrijfsverpakkingen en de verwijdering van overig bedrijfsafval. Weliswaar zijn de eisen die worden gesteld aan de verwijderingslogistiek (plaats waar het afval wordt gegenereerd, inzamelingsritme, kenmerken van het afval) deels vergelijkbaar, maar de afwijkende wettelijke verplichtingen hebben gevolgen op het niveau van de inzameling en sortering. De inzameling van verpakingsafval is onderworpen aan regels en de inzamelings- en sorteerbe-drijven zijn verantwoordelijk voor de naleving ervan. Zij moeten derhalve tegenover hun opdrachtgevers de inzameling en voorbereiding voor de terugwinning van minimumhoeveelheden aantonen en documenteren. Dit vereist een planning die niet alleen uitgaat van het gegenereerde afval, maar bovendien een gestage levering van toereikende hoeveelheden afval moet waarborgen. De eisen ten aanzien van de bewijsvoering bemoeilijken

bovendien de inzameling van verpakkingen en andere voorwerpen van dezelfde materiaalfractie in dezelfde container. Dit wordt ofwel door de opdrachtnemer uitgesloten of er moet een proportionele verdeling plaatsvinden, die moet voldoen aan de wettelijke eisen voor het aantonen van de quota.

- (167) Er moet derhalve van worden uitgegaan dat de markt voor de inzameling en sortering van in het bedrijfsleven gegenereerde verpakkingen moet worden afgebakend van de markt voor de verwijdering van overig bedrijfsafval. Onbeslist kan blijven of op de markt voor de inzameling en sortering van bedrijfsverpakkingen onderscheid moet worden gemaakt naar materiaalfracties, aangezien dit voor de mededingingsrechtelijke beoordeling krachtens artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag niet belangrijk is.
- (168) Op basis van dat alles kan, naast de huishoudelijke markten, een markt voor de inzameling en sortering van gebruikte verpakkingen uit de sector grote bedrijven en de industrie worden afgebakend. Een verdere differentiëring naar elementaire ketens waarmee een toegevoegde waarde wordt gerealiseerd (bv. verzamelen, transporteren, sorteren) kan wegens het ontbreken van een afwijkende mededingingsrechtelijke beoordeling conform artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag achterwege blijven.

### 3. *Markten voor terugwinningsdiensten en secundaire grondstoffen*

- (169) Het ARA-systeem heeft in zoverre gevolgen voor de markten voor terugwinningsdiensten en/of secundaire grondstoffen dat de BRG's (met uitzondering van ARGEV) voor de in het kader van het systeem ingezamelde recycleerbare materialen op permanente basis en onafhankelijk van de heersende marktsituatie een aan de voorwaarden van de VerpackVO beantwoordende materiaalrecycling van de gesorteerde recycleerbare materialen organiseren. De terugwinningsondernemingen zorgen als contractpartners van de BRG's voor recyclage van de ter beschikking gestelde recycleerbare materialen conform de VerpackVO.
- (170) Er moet van worden uitgegaan dat het gaat om naar recycleerbare materiaalfracties gescheiden markten. Voorts wordt op het niveau van de terugwinning geen onderscheid gemaakt tussen huishoudelijke en industriële verpakkingen van een materiaalfractie, aangezien de technische en economische eisen die aan de terugwinning worden gesteld grotendeels identiek zijn. Om dezelfde reden kunnen andere voor terugwinning bestemde producten van dezelfde materiaalfractie bij de terugwinningsmarkt worden betrokken. Voor papier en karton zouden dit bijvoorbeeld kranten en tijdschriften zijn.
- (171) Voorts gaat het bij louter de organisatie van de terugwinning van een bepaalde materiaalfractie door de BRG's en de daadwerkelijke uitvoering van de terugwinning van het recycleerbare materiaal resp. de aanbidding van secundaire grondstoffen steeds om verschillende niveaus van één productmarkt.

## Geografische markt

- (172) De relevante geografische markt is het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen producten of diensten aanbieden, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden bestaan.
- (173) Er moet worden van uitgegaan dat de objectieve voorwaarden op het gebied van vraag en aanbod op de hier relevante markten duidelijk verschillend zijn van de voorwaarden in andere gebieden van de gemeenschappelijke markt. Bij de toepassing van de communautaire mededingingsregels op de productmarkten die door het ARA-systeem worden bestreken, moet derhalve, voorzover het systeemmarkten en de markten voor de inzameling en sortering betreft, het gebied Oostenrijk als uitgangpunt worden genomen.
- (174) Wat de markten voor terugwinningsdiensten en secundaire grondstoffen betreft, gaat de Commissie ervan uit dat deze markten deels al duidelijk door internationale ringstendensen en grensoverschrijdende elementen worden gekenmerkt en er derhalve uitgegaan moet worden van het gebied van de Europese Economische Ruimte als relevante geografische markt. In zoverre kan echter de precieze bepaling van de relevante geografische markt uiteindelijk open worden gelaten.

## VII. MARKTSTRUCTUUR

- (175) Het aantal licentiepartners van het ARA-systeem bedroeg in 1997 10 994, in 1998 11 479, in 1999 12 027, in 2000 12 295 en in 2001 12 652. De inkomsten van ARA uit licenties bedroegen in 1997 2 608,1 miljoen ATS/189,6 miljoen EUR, in 1998 2 673,0 miljoen ATS/194,2 miljoen EUR, in 1999 2 694,2 miljoen ATS/195,8 miljoen EUR, in 2000 2 543,3 miljoen ATS/184,8 miljoen EUR en in 2001 162,7 miljoen EUR.
- (176) Wat huishoudens betreft, is het ARA-systeem het enige inzamelings- en terugwinningsstelsel in Oostenrijk dat het gehele land en alle materiaalfracties (met uitzondering van gemengde drankkartons) omvat.
- (177) In de huishoudelijke sector exploiteert naast ARA uitsluitend Ökō-box Sammel GmbH een inzamelings- en terugwinningsstelsel voor gebruikte lichte drankverpakkingen in geheel Oostenrijk en werkt daarbij samen met ARGEV om de inzameling in heel Oostenrijk te kunnen waarborgen. Bovendien exploiteert het Bonus Holsystem für Verpackungen GmbH & Co. KG een afvalverwijderingssysteem voor verpakkingen die in de bouw op bouwterreinen van particuliere eindverbruikers en in de agrarische sector bij landbouwers achterblijven.

- (178) Wat de huishoudelijke sector betreft, wordt niet noemenswaardig gebruikgemaakt van afvalverwijdering in eigen beheer overeenkomstig artikel 3, lid 6, van de VerpackVO.
- (179) Op het gebied van bedrijfs- en industriële verpakkingen heeft het ARA-systeem enkele concurrenten, die echter qua economisch belang niet vergelijkbaar zijn met het ARA-systeem. Het betreft:
- EVA Erfassen und Verwerten von Altstoffen GmbH (hierna: „EVA”), een dochteronderneming van de Intereroh Gruppe in Duitsland, voor de verwijdering van metaal, kunststof, papier, hout, composietmaterialen,
  - het Bonus Holsystem für Verpackungen GmbH & Co. KG (hierna: „Bonus”) (voorheen: FRS Folien-Rücknahme-Service GmbH & Co. KG), Kufstein, voor de verwijdering van verpakkingen van metaal, kunststof, papier, hout en textiel, echter beperkt tot verpakkingen die bij een bedrijf als eindverbruiker achterblijven (in de bouw ook op bouwterreinen
- van particuliere eindverbruikers en in de landbouw ook bij de boer),
- RUG Raiffeisen Umweltgesellschaft m.b.H., Kornneuburg, voor de verwijdering van voor hergebruik geschikte wijnflessen en landbouwfolie,
  - GUT Dr. Klaus Galle Umwelttechnik & Ökoconsulting (hierna: „GUT”), Klosterneuburg, voor de verwijdering van metaal, kunststof, papier, hout, composietmaterialen, biogene verpakkingen,
  - Pape Entsorgung GmbH & Co. KG, Hannover in Duitsland, voor de verwijdering van verpakkingen van reserveonderdelen van motorvoertuigen.
- (180) Alleen de ondernemingen EVA, Bonus en GUT beschikken over een systeemvergunning voor het gehele bedrijfsleven.
- (181) Daarnaast zijn er verwijderingssystemen in eigen beheer, onder andere voor bedrijven die een groot volume aan afvalverpakkingen genereren („Großanfallstellen”).
- (182) Tabellen over licentie- en ingezamelde hoeveelheden

#### Licentiehoeveelheden/systeemhoeveelheden verpakkingsafval 2001 <sup>(9)</sup>

	Markthoeveelheid (totale hoeveelheid van de in Oostenrijk op de markt gebrachte verpakkingen) in ton	Licentiehoeveelheid andere systemen in ton	Licentiehoeveelheid ARA in ton	Aandeel door ARA gelicentieerde verpakkingen op de totale hoeveelheid van de in Oostenrijk op de markt gebrachte verpakkingen
Papier/karton	535 000	13 300	[...]* (*)	[... 50-60 % ...]*
Glas	230 000	0	[...]*	[... 80-90 % ...]*
Hout	70 000	1 600	[...]*	[... 65-75 % ...]*
Keramik	28	0	[...]*	[... 90-100 % ...]*
Metaal	85 000	900	[...]*	[... 50-60 % ...]*
Textiel	—	34	[...]*	[... 15-25 % ...]*
Kunststof	210 000	7 100	[...]*	[... 50-60 % ...]*
CM <sup>(10)</sup>	40 000	23 600	[...]*	[... 15-25 % ...]*
Overige	—	54	0	[... 0-10 % ...]*
Totaal	1 170 028	46 700	[...]*	[... 55-65 % ...]*

— = Geen opgave mogelijk.

(\*) De vierkante haken die met een asterisk gemarkeerd zijn, staan voor vertrouwelijke informatie die uit de tekst verwijderd is.

<sup>(9)</sup> Gegevens in deze tabel overeenkomstig informatie van het Oostenrijkse Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, situatie 2001.

<sup>(10)</sup> Composietmaterialen.

Ingezamelde hoeveelheden verpakkingsafval 2001 <sup>(1)</sup>

	Totale door ARA ingezamelde hoeveelheid in ton	Ingezamelde hoeveelheid overige systemen	Ingezamelde hoeveelheden bijlage 3 (= bedrijfsleven)	Vuilstortplaats en verbranding	Totaal	Aandeel ARA in het totale ingezamelde verpakkingsafval in procent
Papier/karton	297 400	11 500	102 200	92 000	503 100	59 %
Glas	174 400	0	900	39 000	214 300	81 %
Hout	15 600	600	12 100	40 000	68 300	23 %
Keramik	9	0	0	0	9	100 %
Metaal	29 500	700	4 600	27 000	61 800	48 %
Textiel	7	27	300	0	334	2 %
Kunststof	102 800	6 000	6 900	78 000	193 700	53 %
CM <sup>(12)</sup>	5 000	17 200	100	5 000	27 300	18 %
Overige	0	45	200	0	245	0 %
Totaal	624 716	36 072	127 300	281 000	1 069 088	58 %

## VIII. OPMERKINGEN VAN DERDEN

(183) Na publicatie van de bekendmaking overeenkomstig artikel 19, lid 3, van Verordening nr. 17 en artikel 3 van Protocol nr. 21 bij de EER-overeenkomst hebben in totaal acht belanghebbende derden de Commissie hun opmerkingen doen toekomen. Deze hadden betrekking op de volgende punten.

(184) Derden hebben voorgesteld om de door ARA gedane toezeggingen door voorwaarden te waarborgen. Dit had met name betrekking op het medegebruik van de

inzamelingsinfrastructuur in de huishoudelijke sector. Bovendien beschouwden zij de reikwijdte van de toezeggingen als niet toereikend.

(185) Voorts werd opgemerkt dat het ARA-systeem een kruis-subsidiëring aan het bedrijfsleven zou verlenen op kosten van de huishoudelijke sector om concurrenten uit de markt te stoten. Er zou noch bij de tarieven noch bij de calculatie een duidelijke scheiding tussen de beide sectoren bestaan. Derhalve zou het ARA verboden moeten worden om in het bedrijfsleven actief te zijn.

(186) Tot slot werd gesteld dat ARA bepaalde groepen licentienemers zou bevoordelen, doordat zij doelbewust bijdragen aan hen zou restitueren, terwijl andere licentienemers slechts zouden profiteren van de algemene verlagingen van de tarieven.

(187) Het tariefoverzicht werd door ARA niet aangemeld. Derhalve zijn het tariefoverzicht en mogelijke kruis-subsidiëring geen onderwerp van deze beschikking.

(188) De Commissie heeft de opmerkingen van derden nauwgezet onderzocht en, voorzover nodig, in het kader van deze beschikking in aanmerking genomen.

<sup>(1)</sup> Gegevens in deze tabel overeenkomstig informatie van het Oostenrijkse Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, situatie 2001. Volgens mondelinge informatie van de verantwoordelijke medewerker in het Oostenrijkse Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft van juni 2003 is de door ARA ingezamelde hoeveelheid papier en karton voor ongeveer  $\frac{1}{3}$  afkomstig van de huishoudelijke sector en voor ongeveer  $\frac{2}{3}$  van het bedrijfsleven; de door ARA ingezamelde hoeveelheden kunststof zijn voor ongeveer  $\frac{7}{10}$  afkomstig van de huishoudelijke sector en voor  $\frac{3}{10}$  van het bedrijfsleven.

<sup>(12)</sup> Composietmaterialen. Tot de composietmaterialen behoren ook gemengde kartonnen verpakkingen voor drank. Öko-Box heeft 16 600 ton gemengde kartonnen verpakkingen voor drank ingezameld, het ARA-systeem heeft geen gemengde kartonnen verpakkingen voor drank ingezameld.



**IX. ARTIKEL 81, LID 1, VAN HET EG-VERDRAG EN ARTIKEL 53, LID 1, VAN DE EER-OVEREENKOMST**

(189) Overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, zijn onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden.

**Overeenkomsten tussen ondernemingen**

(190) ARA en de ingevolge de VerpackVO verplichte ondernemingen oefenen een economische activiteit uit. Dientengevolge vormen de tussen ARA en de verplichte ondernemingen gesloten dispensatie- en licentieovereenkomsten een overeenkomst tussen ondernemingen.

(191) De BRG's oefenen een eigen economische activiteit uit. Aangezien de aandelen van enkele BRG's elk voor slechts 11 % in handen zijn van ARA, heeft zij in vennootschapsrechtelijk opzicht geen zeggenschap over deze BRG's. Aangezien tussen de aan het ARA-systeem deelnemende vennootschappen noch een concernverhouding noch een moeder-dochterverhouding bestaat — met uitzondering van AVM, waarvan de aandelen voor ieder 50 % in handen zijn van ÖKK en ARO —, zijn zowel de tussen ARA en de BRG's gesloten verwijderingsovereenkomsten als de tussen ARGEV en ÖKK, Alurec, Ferropack en VHP gesloten samenwerkingsovereenkomsten overeenkomsten tussen ondernemingen in de zin van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag.

(192) Met het oog op de daadwerkelijke uitvoering van de inzamelings-, sorteer- en terugwinningsdiensten sluiten de BRG's op hun beurt overeenkomsten met verwijderingsondernemingen. Deels treden gemeentelijke overheden als verwijderingsondernemingen op. Deze oefenen in dat opzicht ook een economische activiteit uit. Alle overeenkomsten tussen de BRG's en inzamelings-/sorteer- en terugwinningsondernemingen zijn derhalve overeenkomsten tussen ondernemingen in de zin van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag.

**Beperking van de mededinging**

*1. Systeemmarkt voor huishoudverpakkingen*

*1.1. Beperking van de mededinging door de dispensatie- en licentieovereenkomst*

(193) ARA heeft invloed op de markt voor huishoudverpakkingen doordat zij met ondernemingen dispensatie- en licentieovereenkomsten sluit, waardoor deze ondernemingen voor de overeengekomen verpakkingen, die vervolgens in de huishoudens van particuliere eindverbruikers worden ingezameld, worden ontheven van hun uit de VerpackVO voortvloeiende terugname- en terugwinningsverplichtingen.

(194) ARA maakt gebruik van verschillende varianten van de dispensatie- en licentieovereenkomsten. Als modelovereenkomst wordt hierna de „dispensatie- en licentieovereenkomst voor transport-, verkoop- en verzamelverpakkingen” („ELV”) nader onderzocht.

Bewijs voor de gebruikmaking van een vergelijkbaar bevrijdingssysteem of een verwijderingssysteem in eigen beheer

(195) Volgens paragraaf 1, punt 2, van de ELV bestaat er slechts dan een uitzondering op de verplichting van de licentiepartner om met alle verpakkingen aan de inzamelings- en terugwinningsystemen van het ARA-systeem deel te nemen, wanneer hij een bewijs van gebruikmaking van een vergelijkbaar bevrijdingssysteem of een verwijderingssysteem in eigen beheer levert. Met betrekking tot de eisen die aan dit bewijs worden gesteld, heeft ARA meegedeeld dat als bewijs van gebruikmaking van een vergelijkbaar bevrijdingssysteem een overeenkomstig artikel 3, lid 5, van de VerpackVO door de systeemexploitant te verstrekken verklaring en als bewijs van gebruikmaking van een verwijderingssysteem in eigen beheer het overeenkomstig artikel 3, lid 6, punt 2, van de VerpackVO te verstrekken terugnamebewijs, dat bij het ministerie van Milieu moet worden ingediend, toereikend is (overweging 52).

(196) Volgens paragraaf 2, punt 1, van de ELV wordt de hoogte van de door de licentiepartner te betalen vergoeding vastgesteld aan de hand van de door hem in het binnenland op de markt gebrachte verpakkingen. ARA heeft echter medegedeeld dat paragraaf 2, punt 1, van de ELV zodanig toegepast wordt dat de licentievergoeding alleen voor die verpakkingen betaald moet worden, waarvoor de licentiepartner een dispensatie via het ARA-systeem wenst en waarvan de hoeveelheid daarom door de licentiepartners aan het ARA-systeem conform paragraaf 2, punt 4, als basis voor de berekening van de licentievergoeding wordt gemeld (overweging 55). Bovendien kan de licentiepartner met terugwerkende kracht een correctie in zijn meldingen over het afgelopen kalenderjaar aanbrenge en om een dienovereenkomstige verrekening van de licentievergoeding verzoeken wanneer hij bepaalde hoeveelheden elders heeft verwijderd. Dit flexibele systeem voor de berekening van de licentievergoeding brengt het gevaar met zich mee dat ondernemingen die aan het ARA-systeem deelnemen een bepaalde hoeveelheid verpakkingsmateriaal naderhand uitsluiten van de berekening van de licentievergoeding zonder verwijdering elders te waarborgen. Aangezien ARA met name ook accepteert dat de meldingen van de verpakkingsmaterialen met terugwerkende kracht worden gecorrigeerd, lijkt het naar het oordeel van de Commissie gerechtvaardigd wanneer ARA door het eisen van een bewijs verhindert dat het flexibele meldingssysteem door licentienemers wordt omzeild.

(197) Gezien het bovenstaande is de in paragraaf 1, punt 2, van de ELV geformuleerde bewijsplicht niet in strijd met artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag.

## Gebruik van het merkteken „Der Grüne Punkt”

- (198) Er zou sprake kunnen zijn van een beperking van de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag wanneer de licentienemers een licentievergoeding moeten betalen voor alle verpakkingen die het merkteken „Der Grüne Punkt” dragen. In dit geval zouden problemen ontstaan voor een licentienemer die slechts voor een gedeelte van zijn verpakkingen gebruikmaakt van de bevrijdingsdienst van ARA of in Oostenrijk geheel van de bevrijdingsdienst afziet, maar in andere lidstaten van de EER een uniform vormgegeven verpakking met „Der Grüne Punkt” verkoopt. Hij zou dan gedwongen zijn om voor de hoeveelheden waarmee hij niet aan het ARA-systeem deelneemt, ofwel een licentievergoeding aan ARA te betalen naast de licentievergoeding die al aan de concurrent wordt betaald, ofwel gescheiden verpakking- en distributielijnen in te voeren, wat praktisch noch economisch zinvol zou zijn.
- (199) De ELV bevat geen regeling op grond waarvan verpakkingen die aan het ARA-systeem deelnemen en in Oostenrijk in omloop worden gebracht, het merkteken „Der Grüne Punkt” moeten dragen. Evenmin is in de VerpackVO voorzien in een dergelijke merkplicht voor verpakkingen die aan een inzamelings- en verwijderings-systeem deelnemen.
- (200) Bovendien moet paragraaf 2 van de ELV volgens ARA zo worden opgevat dat de betalingsverplichting van de licentiepartners geen tegenprestatie voor het gebruik van het teken „Der Grüne Punkt” is, maar integendeel de vergoeding voor de door het ARA-systeem overgenomen verplichting. Het betreft hier derhalve geen vergoeding voor het gebruik van het merkteken, maar een vergoeding voor de dienstverlening.
- (201) Dit betekent dat ondernemingen met een gedeelte of het totaal van hun met het teken „Der Grüne Punkt” gemerkte verpakkingen aan een concurrerend bevrijdingssysteem of aan een verwijderingssysteem in eigen beheer kunnen deelnemen, zonder dat zij tegenover ARA verplicht zijn tot betaling van een licentievergoeding, voorzover zij tegenover ARA aantonen dat deze verpakkingen conform de VerpackVO worden verwijderd.
- (202) Teneinde te waarborgen dat ARA geen andere maatregelen neemt tegen ondernemingen die geen licentienemer van ARA zijn, maar op basis van een overeenkomst met een inzamelings- en terugwinningssysteem uit een andere lidstaat of op grond van de nationale wetgeving van een andere lidstaat verplicht zijn het merkteken „Der Grüne Punkt” aan te brengen op de door hen in omloop gebrachte verpakkingen, heeft ARA de toezegging gedaan dat van haar kant geen bezwaar bestaat indien het merkteken „Der Grüne Punkt” op niet door ARA gelicentieerde verpakkingen is aangebracht, voorzover deze aantoonbaar conform de VerpackVO worden teruggewonnen en dit tegenover ARA wordt aangetoond. Dit geldt zowel bij gedeeltelijke als bij volledige niet-deelname aan het ARA-systeem. Ook bij volledige niet-deelname aan het ARA-systeem wordt niet geëist dat dit op de verpakking wordt vermeld.

- (203) In het licht van deze feiten dient er van uit te worden gegaan dat de bepalingen in de ELV ten aanzien van het gebruik van het merkteken „Der Grüne Punkt” op in omloop gebrachte verpakkingen niet tot een belemmering van huidige of potentiële concurrerende inzamelings- en terugwinningssystemen resp. verwijderings-systemen in eigen beheer voor huishoudverpakkingen leiden en dientengevolge geen beperking van de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag vormen.

Gewoon recht van opzegging voor buitenlandse licentienemers uit andere lidstaten

- (204) Artikel 7 van de Richtlijn 94/62/EG bepaalt dat terugnamesystemen ook moeten openstaan voor ingevoerde producten, die niet benadeeld mogen worden. Bij de regels en eventuele tarieven voor de toegang mag niet worden gediscrimineerd. Dienovereenkomstig schrijft artikel 32, lid 2, van het AWG voor de huishoudelijke sector een verplichting tot het sluiten van overeenkomsten voor. Derhalve mag ARA het recht van opzegging in principe niet uitoefenen. Voorzover dit in de door ARA beschreven uitzonderingsgevallen (overweging 60) toch mocht gebeuren, is ARA onderworpen aan een controle op misbruik. Gelet op het bovenstaande dient de contractuele vastlegging van een gewoon recht van opzegging voor buitenlandse licentienemers niet als merkbare beperking van de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag te worden aangemerkt.

## 1.2. Beperking van de mededinging door de verwijderingsovereenkomsten tussen ARA en de BRG's

- (205) De tussen ARA en ARGEV gesloten verwijderingsovereenkomst, die als modelovereenkomst voor de door ARA met alle BRG's gesloten overeenkomsten werd aangemeld, houdt volgens artikel 5 exclusiviteitsclausules ten gunste van zowel ARA als de BRG's in. Voorts bevat de overeenkomst in artikel 6, lid 13, een meestbegunstigingsclausule ten gunste van ARA.

### Exclusiviteit ten gunste van ARA

- (206) De exclusiviteitsverbintenissen ten gunste van ARA tijdens de looptijd van de overeenkomst, waarin door artikel 5, lid 2, van de verwijderingsovereenkomst tussen ARA en de BRG's is voorzien, hebben tot gevolg dat potentiële concurrenten van ARA geen overeenkomsten kunnen sluiten met de BRG's, die de systeemvergunning bezitten. Dit is echter geen mededingingsrechtelijk vereiste voorwaarde voor de toegang tot de systeemmarkt. Veeleer is het van belang dat concurrenten overeenkomsten kunnen sluiten met ondernemingen die de daadwerkelijke inzameling en sortering uitvoeren. Deze markt, die zich in de productieketen na de systeemmarkt bevindt, wordt hierna nog nader onderzocht.

(207) Uit het onderzoek van de exclusiviteitsovereenkomst in artikel 5 van de verwijderingsovereenkomst blijkt dat deze niet leidt tot een merkbare beperking van de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag.

#### Exclusiviteit ten gunste van de BRG's

(208) De exclusiviteit ten gunste van de BRG's voor de looptijd van de overeenkomst krachtens artikel 5, lid 1, leidt ertoe dat andere ondernemingen geen BRG in het ARA-systeem kunnen worden en derhalve geen gebruik kunnen maken van de diensten van ARA als trustee. Aangezien concurrenten in plaats van met ARA juist overeenkomsten met de verplichte ondernemingen willen sluiten, is er geen merkbare belangstelling voor gebruikmaking van de diensten van ARA. De Commissie komt derhalve ook hier tot de conclusie dat er geen sprake is van een merkbare beperking van de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag.

(209) Bovendien worden aan elk van de BRG's bepaalde materiaalsoorten en verwijderingsstappen toegewezen. Krachtens artikel 5, lid 3, van de verwijderingsovereenkomst verbindt iedere BRG zich ertoe geen actieve afvalverwijderingswerkzaamheden te verrichten die onder de bevoegdheid van andere BRG's vallen. Dit leidt ertoe dat de BRG's elkaar onderling niet kunnen beconcurreren, wat op de eerste plaats gevolgen heeft voor de organisatie binnen het ARA-systeem. Buiten het ARA-systeem heeft deze regeling geen effect dat verder reikt dan de bovengenoemde exclusiviteit. Binnen het ARA-systeem wordt weliswaar de vrijheid van handelen van de BRG's extra beperkt, maar dit kan worden gerechtvaardigd met de noodzaak tot een duidelijke toewijzing van taken en een zinvolle specialisatie binnen het systeem. Op systeemniveau zouden zonder een duidelijke afbakening van de verantwoordelijkheidssterreinen de taken, zoals bijvoorbeeld de aanbesteding van de overeenkomsten met inzamelings-, sorteer- en terugwinningssystemen of de waarborging van de naleving van de quotaregels, niet doeltreffend kunnen worden uitgevoerd. Van belang is ook dat de vastlegging van het werkterrein van de BRG's geen gevolgen heeft voor de tijd na het aflopen van de overeenkomst. De regeling van artikel 5, lid 3, van de verwijderingsovereenkomst is derhalve niet in tegenspraak met artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag.

#### Meestbegunstigingsclausule

(210) Voorts moet worden onderzocht of de meestbegunstigingsclausule van artikel 6, lid 13, van de verwijderingsovereenkomst tussen ARA en de BRG's, volgens welke de BRG's hun diensten niet tegen gunstigere voorwaarden aan derden zullen aanbieden of voor derden zullen uitvoeren dan voor ARA of haar licentienemers, een merkbare beperking van de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag op de systeemmarkt vormt. De meestbegunstigingsclausule heeft naast de exclusiviteitsclausule zelf geen effect, aangezien het de BRG op grond van laatstgenoemde verboden is om met een ander inzamelingsstelsel dan ARA samen te werken. Er is derhalve in principe geen

behoefte aan gunstigere voorwaarden. Daarom kan de meestbegunstigingsclausule ook op zichzelf geen merkbare beperking van de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag vormen.

#### 1.3. Beperking van de mededinging door de samenwerkingsovereenkomst ARGEV-BRG's

(211) Er zou sprake kunnen zijn van een beperking van de mededinging in de tussentijd tussen ARGEV en ÖKK/Alurec gesloten exclusiviteitsclausule ten gunste van ARGEV, wanneer potentiële concurrenten daardoor belemmerd worden de markt te betreden. Krachtens paragraaf 15 van de verwijderingsovereenkomst van ARGEV met ÖKK, die verantwoordelijk is voor de organisatie en terugwinning van plastic verpakkingen, verbinden de partijen zich ertoe om gedurende de looptijd van de overeenkomst buiten het ARA-systeem geen ander inzamelings- en terugwinningssysteem in de zin van de VerpakVO op te richten, te exploiteren of daaraan deel te nemen, tenzij met toestemming van de andere contractpartij. De overeenkomst tussen ARGEV en Alurec voorziet in paragraaf 5 in een exclusiviteitsverplichting met een soortgelijke inhoud.

(212) Aldus blijft voor potentiële concurrenten het organisatorische niveau van de terugwinning resp. het op de markt brengen van secundaire grondstoffen gesloten, maar niet de algemene toegang tot deze markt. De organisatiestructuur kan door een concurrent zelf worden opgebouwd. Met name bestaan er ook geen aanknopingspunten voor het feit dat er voor eventuele concurrenten van het ARA-systeem belemmeringen zouden bestaan bij het sluiten van overeenkomsten met de terugwinningsovereenkomsten. Er is geen sprake van een beperking van de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag door de exclusiviteitsclausule ten gunste van ARGEV.

#### 2. Systeemmarkt voor verpakkingen uit de sector grote bedrijven en industrie

##### 2.1. Beperking van de mededinging door de dispensatie- en licentieovereenkomsten (ELV)

(213) De ELV is zowel van toepassing op de licentieverlening van huishoudverpakkingen als op verpakkingen uit de sector grote bedrijven en industrie.

(214) Derhalve geldt de onder punt 1.1 (overweging 193 e.v.) beschreven analyse van de bepalingen van de ELV met betrekking tot het bewijs voor de gebruikmaking van een vergelijkbaar bevrijdingssysteem of een verwijderingssysteem in eigen beheer evenzeer voor verpakkingen uit de sector grote bedrijven en industrie. De toezegging over het gebruik van „Der Grüne Punkt” is van toepassing, voorzover een verpakking in een andere lidstaat althans ook in de huishoudelijke sector wordt gegenereerd en derhalve „Der Grüne Punkt” moet dragen.

(215) Op grond hiervan komt de Commissie tot de conclusie dat de relevante bepalingen in de ELV niet leiden tot een beperking van de mededinging op de systeemmarkt voor verpakkingen uit de sector grote bedrijven en industrie en als zodanig niet vallen onder artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag.

## 2.2. Beperking van de mededinging door de verwijderingsovereenkomsten tussen ARA en de BRG's

(216) De verwijderingsovereenkomsten van ARA met de BRG's, waarvoor de tussen ARA en ARGEV gesloten overeenkomst als model werd aangemeld, hebben betrekking op de verwijdering van de verpakkingen uit zowel de huishoudelijke sector als het bedrijfsleven. In zoverre zij verwezen naar de in overweging 206 e.v. beschreven juridische beoordeling van de problematische exclusiviteitsbepalingen in de huishoudelijke sector. Evenals in de huishoudelijke sector leiden de onderzochte clausules ook in het bedrijfsleven alles bij elkaar genomen niet tot een beperking van de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag.

## 2.3. Beperking van de mededinging door de samenwerkingsovereenkomsten tussen ARGEV en de BRG's

(217) In de samenwerkingsovereenkomsten van ARGEV met de BRG's, waarvoor de overeenkomsten tussen ARGEV en ÖKK en tussen ARGEV en Alurec als model werden aangemeld, wordt geen onderscheid gemaakt tussen de huishoudelijke sector en het bedrijfsleven. Er zijn geen verschillen met de juridische beoordeling in het kader van het onderzoek naar de markt voor inzameling en sortering van huishoudelijke verpakkingen (overweging 211 e.v.). Om de daar genoemde redenen vormen de in de overeenkomsten opgenomen wederzijdse exclusiviteitsbepalingen geen beperking van de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag.

## 3. Markt voor de inzameling en sortering van gebruikte huishoudverpakkingen

(218) Op de markt voor de inzameling en sortering van gebruikte lichte verpakkingen die door huishoudens worden gegenereerd, heeft het ARA-systeem met name invloed door de regionale-partnerovereenkomst van ARGEV met inzamelings- en sorteerondernemingen.

(219) In de overeenkomsten van ARGEV die vanaf 1 januari 2002 van kracht zijn, heeft deze met de verwijderaars aparte overeenkomsten gesloten voor de inzameling en de sortering van verpakkingen.

## 3.1. Beperking van de mededinging door de regionale-partnerovereenkomst tussen ARGEV en de inzamelingspartners

### Exclusiviteit ten gunste van de inzamelingspartners

(220) De overeenkomsten met de inzamelingspartners worden gesloten tussen ARGEV en telkens één inzamelingspartner met betrekking tot een bepaalde inzamelingsregio, waarvoor de inzamelingspartner op exclusieve basis verantwoordelijk is.

(221) Wegens de door ARGEV aangegane verplichting om alle inzamelingsdiensten tijdens de contractperiode in het betrokken contractgebied uitsluitend bij één verwijderaar te betrekken, worden, gezien de sterke marktpositie van de afnemer ARGEV (zie overweging 182), aan andere aanbieders van inzamelingsdiensten belangrijke mogelijkheden tot het aanbieden van diensten ontnomen.

(222) Het contracteren van slechts één inzamelingspartner per verwijderingsregio leidt tot een zelfbeperking van ARGEV in de vraag naar inzamelingsdiensten voor lichte huishoudverpakkingen. Deze beperking heeft tot gevolg dat concurrerende aanbieders van inzamelingsdiensten voor lichte huishoudverpakkingen ten opzichte van de belangrijkste afnemer van dergelijke diensten worden geweerd en dat daardoor de concurrentie tussen de inzamelingspartners in de door de overeenkomsten bestreken gebieden vanuit de aanbodzijde gezien wordt beperkt. Hoewel in de overeenkomsten die van kracht zijn sinds 2002, de inzameling contractueel gescheiden werd van de sortering, is er sprake van een bundeling van de vraag door het ARA-systeem. Daarbij komt dat de inzamelingsondernemingen op grond van een uniforme inzamelingspartnerovereenkomst tegelijkertijd ook nog in het bedrijfsleven actief worden voor het ARA-systeem.

(223) De overeenkomsten van ARGEV met de inzamelingspartners bevatten in principe geen tijdsbegrenzing en uitsluitend een mogelijkheid tot gewone opzegging na drie jaar. In het kader van de in overweging 139 genoemde toezegging 4 heeft ARGEV zich ertoe verbonden haar overeenkomsten met de verwijderingspartners aan het einde van een looptijd van drie jaar op te zeggen, wanneer de partijen geen overeenstemming bereiken over een verlenging van de overeenkomst voor maximaal twee jaar. In ieder geval zal ARGEV na een looptijd van vijf jaar de dienstverleningsovereenkomsten opnieuw sluiten na een objectieve procedure. Ofschoon door deze toezegging wordt verhinderd dat de contractpartijen zich voor onbepaalde tijd binden, is een looptijd van maximaal 5 jaar mogelijk. Aldus wordt aan de uitgesloten verwijderaars de belangrijkste afnemer binnen een periode van drie tot vijf jaar ontnomen, wat de concurrentie in het door de overeenkomst bestreken gebied merkbaar beperkt.

## Merkbaarheid

- (224) De exclusiviteit ten gunste van de inzamelingspartners is echter slechts in strijd met artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag indien zij de mededinging op merkbare wijze beperkt. Daarbij wordt de merkbaarheid van de beperking vooral bepaald door de positie van de contractpartijen op de relevante markt en de duur van de exclusiviteitsverbintenissen.
- (225) ARGEV heeft in totaal voor 64 contractgebieden een overeenkomst met een inzamelingspartner gesloten en daardoor een netwerk van overeenkomsten opgebouwd dat zich over heel Oostenrijk uitstrekt. Alleen het ARA-systeem beschikt daarmee momenteel over een inzamelings- en terugwinningssysteem op het gebied van huishoudelijke verpakkingen in Oostenrijk dat het gehele grondgebied en alle materiaalfracties omvat en is daarmee in geheel Oostenrijk en in elk van de inzamelingsregio's de belangrijkste afnemer van dergelijke verwijderingsdiensten. Op het gebied van lichte huishoudverpakkingen heeft alleen Öko-Box een concurrerend systeem opgezet. Dit is echter beperkt tot gemengde kartonnen verpakkingen voor drank, die ongeveer 20 % uitmaken van de totale bij huishoudens ingezamelde hoeveelheid lichte verpakkingen (vergelijk overweging 182).
- (226) Aangezien ARGEV de gehele relevante geografische markt met een netwerk van soortgelijke overeenkomsten bestrijkt, zorgt de bundeling van de daarin opgenomen exclusiviteitsverbintenissen ervoor dat derden de toegang tot de markt voor de looptijd van de overeenkomsten onmogelijk wordt gemaakt. Het cumulatieve effect van alle overeenkomsten leidt ertoe dat de uitgesloten verwijderingsondernemingen van de markt worden geweerd.
- (227) Aan de aanbodzijde zij bovendien opgemerkt dat vooral ruimtelijke beperkingen en redenen met betrekking tot de afvalverwijderingslogistiek de opbouw van een tweede inzamelingsstelsel naast de door de inzamelingspartners van ARGEV geëxploiteerde inzamelingsstructuur bij de particuliere eindverbruiker in de weg staan (vgl. overweging 160, 281 e.v.). Ook Öko-Box is deels medegebruiker van de inzamelingsinfrastructuur van de verwijderingsondernemingen van ARGEV. Alternatieve mogelijkheden voor uitgesloten afvalverwijderaars om hun diensten aan te bieden moeten daarom momenteel als veeleer onwaarschijnlijk worden aangemerkt. Het zou daarentegen realistischer zijn als een potentieel met ARA concurrerend bevrijdingssysteem zou samenwerken met de inzamelingspartners die momenteel reeds de inzameling van de verpakkingen voor het ARA-systeem in het kader van de inzamelingspartnerovereenkomst verrichten. Gezien die omstandigheden is het onwaarschijnlijk dat er tijdens de contractduur van de inzamelingspartnerovereenkomst in de betrokken contractgebieden merkbare nieuwe mogelijkheden, dat wil zeggen mogelijkheden van aanzienlijke omvang, op de relevante markt ontstaan voor de uitgesloten afvalverwijderaars om hun diensten aan te bieden.
- (228) Voor de beoordeling van de gevolgen van de exclusiviteitsverbintenis voor de mededinging speelt de looptijd ervan een grote rol. Op basis van de door ARGEV gedane toezegging 4 (overweging 139) moeten de overeenkomsten met inzamelingspartners voortaan na een looptijd van maximaal vijf jaar opnieuw worden aanbested. Dit leidt tot een dienovereenkomstig lange uitsluiting van centrale mogelijkheden tot het aanbieden van diensten voor andere, bij de verlening van opdrachten niet in aanmerking genomen aanbieders van inzamelingsdiensten.
- (229) Derhalve komt de Commissie tot de conclusie dat de in de overeenkomsten met de inzamelingspartners opgenomen exclusiviteit ten gunste van de betrokken verwijderingspartners de mededinging op merkbare wijze beperkt.
- Toegang tot de inzamelingsinstallaties van de inzamelingspartners
- (230) Vanwege het in overweging 227 beschreven knelpunt in de inzamelingsinfrastructuur van huishoudelijk afval is de ongehinderde en vrije toegang van de concurrenten van het ARA-systeem tot deze installaties van bijzonder belang voor de mededinging. Er zou in het bijzonder sprake zijn van een beperking van de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag indien de overeenkomst met de inzamelingspartners zodanig zou zijn geformuleerd dat de concurrenten van het ARA-systeem uitgesloten zouden zijn van de toegang tot de afvalverwijderingsinfrastructuur.
- (231) De dienstverleningsovereenkomsten bevatten geen exclusiviteitsclausule ten gunste van ARGEV, zodat de afvalverwijderaars hun diensten ook aan andere bevrijdingssystemen of in het kader van verwijderingsystemen in eigen beheer kunnen aanbieden. ARGEV heeft in de in overweging 139 beschreven toezegging bevestigd dat zij afziet van een exclusiviteitsclausule ten gunste van haarzelf.
- (232) Wel moet nog getoetst worden of de overeenkomst met de inzamelingspartners een medegebruik van de inzamelingscontainers van de inzamelingspartners door concurrenten van het ARA-systeem in de weg staat.
- (233) De eigendomsclausule in paragraaf 2.5.2 van de overeenkomst met de inzamelingspartners zou in dit opzicht problematisch kunnen zijn. Volgens deze overeenkomst neemt de inzamelingspartner de verpakkingen voor ARGEV in ontvangst en mag daarom het inzamelingsafval van ARGEV slechts op de in de overeenkomst bepaalde wijze behandelen. Voorts betaalt ARGEV een vergoeding ter compensatie van de kosten van de inzamelingscontainers en maakt zij het voorbehoud dat de plaatsing in overleg met haar dient plaats te vinden. Uit deze bepalingen zou ARGEV een bepaalde zeggenschap over de inzamelingscontainers kunnen afleiden, maar zij sluiten een medegebruik niet uitdrukkelijk uit. Bovendien heeft ARGEV verklaard dat de afvalverwijderaar bij de huishoudelijke inzameling niet wordt belet

volume in dezelfde container voor een ander systeem beschikbaar te houden, voorzover daardoor geen afbreuk wordt gedaan aan de vervulling van zijn verplichtingen tegenover ARGEV (overweging 103). Met betrekking tot de eigendomsclausule heeft ARGEV duidelijk gemaakt dat deze slechts betrekking heeft op de voor ARA gelicentieerde verpakkingshoeveelheden en derhalve niet verhindert dat concurrenten van het ARA-systeem onbeperkt de voor hen in het kader van het medegebruik van de verwijderingsinstallaties ingezamelde verpakkingen kunnen aanspreken. De eigendomsclausule dient derhalve zo te worden uitgelegd dat zij een verdeling van de in een container voor verscheidene systemen ingezamelde verpakkingshoeveelheden niet in de weg staat.

- (234) Bijgevolg kan niet worden gesteld dat bepalingen in de overeenkomst met de inzamelingspartners afvalverwijderaars beletten met concurrenten van het ARA-systeem overeenkomsten te sluiten over het medegebruik van de inzamelingscontainers en deze na te komen. De voorbehouden van toezegging 3 over het medegebruik houden echter het risico in dat ARGEV, zonder zich concreet te baseren op een bepaling in de overeenkomst met de inzamelingspartners, zou kunnen proberen de inzamelingspartners het openstellen van de inzamelingscontainers voor concurrenten te bemoeilijken. Met dit risico moet rekening worden gehouden wanneer een besluit wordt genomen over de vraag of de exclusiviteitsverbintenis ten gunste van de inzamelingspartners voldoet aan de voorwaarden voor vrijstelling (zie overweging 278 e.v.).

### 3.2. Beperking van de mededinging door de regionale-partnerovereenkomst tussen ARGEV en de sorteerparkers

- (235) Vanwege de aangebrachte scheiding in overeenkomsten met inzamelings- en sorteerparkers sinds 1 januari 2002 kunnen inzamelings- en sorteerparkers telkens verschillende ondernemingen zijn. Inhoudelijk lijken de overeenkomsten van ARGEV met de sorteerparkers op de overeenkomsten met de inzamelingspartners.
- (236) Lid 5 van de overeenkomst met de sorteerparkers voorziet in dezelfde looptijd als de overeenkomst met de inzamelingspartners. Voorts wordt per inzamelingsregio door ARGEV eveneens slechts één sorteerparker belast met de sortering van gebruikte verkoopverpakkingen. De in overweging 139 vermelde toezegging 4 met betrekking tot de looptijd van de overeenkomst en de aanbesteding na een looptijd van maximaal vijf jaar geldt ook voor de overeenkomst met de sorteerparkers. Voor de juridische beoordeling van deze exclusiviteitsverbintenis ten gunste van de sorteerparkers wordt verwezen naar het betoog over de overeenkomst met de inzamelingspartners. Alles bij elkaar genomen, vormt ook de in de overeenkomst met de sorteerparkers opgenomen exclusiviteit een merkbare beperking van de mededinging op de relevante markt in de zin van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag.

### 3.3. Beperking van de mededinging door overeenkomsten van ARO met de regionale overheden

- (237) ARO heeft met de regionale overheden een overeenkomst gesloten over de exploitatie van de gemeentelijke systemen voor oud papier met betrekking tot papieren verpakkingen afkomstig van huishoudens en van inrichtingen met een vergelijkbare hoeveelheid verpakkingafval. Volgens deze overeenkomst voeren de regionale overheden echter hun inzamelingsdiensten niet uit voor ARO, maar exploiteren zij ieder een eigen gemeentelijke inzameling en verwijdering van oud papier, die ook voorwerpen van hetzelfde materiaal (bv. kranten en tijdschriften) omvat. Op het gebied van de huishoudelijke inzameling van verpakkingen van papier en karton beperkt ARO zich ertoe hoeveelheden papierafval afkomstig van de gemeentelijke inzameling in te kopen. In de overeenkomst met de regionale overheden zijn geen bepalingen opgenomen die uitsluiten dat een ander inzamelings- en terugwinningssysteem mede gebruikt van de containers voor de gemeentelijke inzameling van oud papier. Het staat de regionale overheden derhalve vrij ook met concurrenten van ARO overeenkomsten te sluiten over de inzameling en terugwinning van papieren verpakkingen.
- (238) Gelet op deze feiten komt de Commissie tot de conclusie dat de door ARO met de regionale overheden gesloten overeenkomst geen clausules bevat die de mededinging beperken en derhalve niet in strijd is met artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag.

### 4. Markt voor de inzameling en sortering van bedrijfsverpakkingen

- (239) Het ARA-systeem beïnvloedt de markt voor de inzameling en sortering van bedrijfsverpakkingen met name door de tussen de BRG's en de inzamelings-/sorteerparkers gesloten regionale-partnerovereenkomsten.
- (240) De door ARGEV en ARO met de inzamelings- en sorteerparkers gesloten overeenkomsten voor de daadwerkelijke omzetting van de in de VerpackVO vastgelegde eisen aan inzamelings- en terugwinningssystemen omvatten de bedrijfsverpakkingen.
- #### 4.1. Beperking van de mededinging door de regionale-partnerovereenkomst tussen ARGEV en de inzamelingspartners
- (241) De exclusiviteitsverbintenis in artikel 4.1 ten gunste van de inzamelingspartners dient ook voor het terrein van de inzameling van bedrijfsverpakkingen te worden getoetst op haar verenigbaarheid met artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag.

- (242) Vanwege de door ARGEV aangegane verplichting om alle inzamelingsdiensten, ook in het bedrijfsleven, uitsluitend bij één verwijderaar te betrekken, worden aan andere concurrerende aanbieders van inzamelingsdiensten voor bedrijfsverpakkingen mogelijkheden tot het aanbieden van diensten ontnomen en wordt aldus de mededinging tussen de inzamelingspartners/verwijderingsondernemingen in het bedrijfsleven beperkt.
- (243) Anders dan op het gebied van de verwijdering van huishoudverpakkingen is ARGEV op de markt voor bedrijfsverpakkingen en overig bedrijfsafval echter niet de belangrijkste afnemer van afvalverwijderingsdiensten. Wat bedrijfsverpakkingen betreft, bestaan er nog meer systemen, die eveneens op de markt als afnemer van verwijderingsdiensten optreden. De afvalverwijderingsondernemingen kunnen hun inzamelingsdiensten ook aanbieden aan de bedrijven waar veel afval wordt gegenereerd.
- (244) Hoewel ARGEV niet de belangrijkste afnemer van afvalverwijderingsdiensten in het bedrijfsleven is, zijn op het gebied van bedrijfsverpakkingen de concurrerende inzamelings- en terugwinningssystemen en de bedrijven waar veel afval wordt gegenereerd qua economisch belang toch niet vergelijkbaar met het ARA-systeem (vgl. overweging 182). Er moet derhalve van worden uitgegaan dat de exclusiviteitsverbintenis aan de afvalverwijderingsondernemingen niet onbelangrijke mogelijkheden tot het aanbieden van diensten ontnemt en dat zij derhalve merkbare gevolgen heeft voor de gemeenschappelijke markt voor de verwijdering van bedrijfsverpakkingen.
- (245) Aangezien de overeenkomst met de inzamelingspartners zowel voor de inzameling van verpakkingen uit de huishoudelijke sector als uit het bedrijfsleven voorziet in een uniforme overeenkomst, kunnen afvalverwijderingsondernemingen slechts inzamelingspartner van ARGEV op het gebied van bedrijfsverpakkingen worden als de onderneming tegelijkertijd in staat is de infrastructuur voor de huishoudelijke inzameling ter beschikking te stellen. Kleine afvalverwijderingsondernemingen die daartoe minder goed in staat zijn, worden derhalve belemmerd in het aanbod aan diensten die zij ARGEV kunnen leveren. Een dergelijke regeling versterkt de hierboven beschreven beperking van de mededinging.
- (246) Voorts speelt voor de beoordeling van de gevolgen van de exclusiviteit voor de mededinging ook de looptijd van de overeenkomsten met de inzamelingspartners een grote rol. Op grond van de door ARGEV gedane toezegging moeten deze overeenkomsten uiterlijk na een looptijd van vijf jaar opnieuw worden aanbesteed. Dit leidt ertoe dat aanbieders van afvalverwijderingsdiensten voor deze periode van niet onbelangrijke mogelijkheden tot het aanbieden van diensten worden uitgesloten.
- (247) Derhalve dient ook hier te worden opgemerkt dat deze exclusiviteitsverbintenis voor de bovengenoemde contractperiode een merkbare beperking van de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag vormt op de markt voor de inzameling en sortering van bedrijfsverpakkingen.
- 4.2. Beperking van de mededinging door de regionale-partnerovereenkomst van ARGEV met de sorteerparkers
- (248) Ook de overeenkomst met de sorteerparkers regelt zowel de huishoudelijke sector als het bedrijfsleven.
- (249) Met betrekking tot de exclusiviteitsverbintenis ten gunste van de sorteerparkers kan worden verwezen naar de hierboven in overweging 241 e.v. gemaakte opmerkingen. Alles bij elkaar genomen, kan bevestigd worden dat hier sprake is van een overtreding van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag.
- 4.3. Beperking van de mededinging door de overeenkomst tussen ARO en de inzamelingspartners
- (250) De overeenkomst van ARO met de inzamelingspartners voor in het bedrijfsleven in te zamelen papieren en kartonnen verpakkingen bevat een exclusiviteitsverbintenis ten gunste van de inzamelingspartners voor een contractperiode die door de toezegging tot maximaal vijf jaar is beperkt. Door deze clausule is aan de uitgesloten aanbieders voor inzamelingsdiensten in het bedrijfsleven ARO als belangrijke afnemer ontnomen. Weliswaar bestaan er ook nog andere systemen voor de inzameling van verpakkingen van papier en karton, die eveneens op de markt optreden als afnemer van verwijderingsdiensten, maar ook voor de verwijdering van papieren en kartonnen verpakkingen geldt dat de concurrerende inzamelings- en terugwinningssystemen qua economisch belang niet vergelijkbaar zijn met het ARA-systeem (vgl. overweging 182). Er moet derhalve van worden uitgegaan dat door de exclusiviteitsverbintenis aan de verwijderingsondernemingen niet onbelangrijke mogelijkheden tot het aanbieden van diensten zijn ontnomen. Aldus is er sprake van een merkbare beperking van de mededinging op de relevante productmarkt in de zin van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag.
5. Markten voor terugwinning en verhandeling van secundaire grondstoffen
- (251) ARA beïnvloedt de markt voor terugwinning en verhandeling van secundaire grondstoffen doordat de desbetreffende BRG's de recyclage van het door het systeem ingezamelde verpakkingsmateriaal organiseren. Daarbij is ARGEV verantwoordelijk voor lichte en metalen verpakkingen afkomstig van huishoudens en vergelijkbare inrichtingen alsmede voor verpakkingen van kunststof, samenstellingen met metaal, hout, textielvezels en keramiek afkomstig van bedrijven en ARO voor verpakkingen van papier, karton en golfkarton afkomstig van huishoudens en het bedrijfsleven.

(252) Er dient te worden onderzocht in hoeverre de in de overeenkomsten tussen ARGEV resp. ARO en de inzamelingspartners opgenomen sturing van de verpakingsstroom gevolgen heeft voor de terugwinnings- en verhandelingsmarkt en of zij verenigbaar is met artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag.

#### 5.1. Overeenkomst van ARGEV/ARO met de inzamelingspartners

(253) Volgens de overeenkomsten van ARGEV en ARO met de inzamelingspartners mogen de inzamelingspartners de verpakkingen slechts behandelen zoals in de overeenkomst is voorzien, wat de beslissingsbevoegdheid over de keuze van de sorteerinstallaties, overlaadstations en terugwinningsondernemingen inhoudt (paragraaf 2.5.2 juncto 2.2.5 van de overeenkomst van ARGEV en paragraaf 2.8 van de overeenkomst van ARO).

(254) Volgens de door ARO met de regionale overheden gesloten overeenkomst, die hoofdzakelijk betrekking heeft op de inzameling van verpakkingen afkomstig van huishoudens, mag de regionale overheid de papieren verpakkingen slechts behandelen op de door ARO bepaalde wijze (paragraaf 3.7).

(255) De in de overeenkomsten tussen ARGEV resp. ARO en de inzamelingspartners opgenomen sturing van de verpakingsstroom beperkt de inzamelingspartners niet in hun beschikkings- of terugwinningsmogelijkheden, aangezien zij nooit eigenaar van de verpakkingen worden. ARGEV en ARO beschikken over de verpakkingen die hun eigendom zijn.

(256) De mogelijkheid tot afscherming van de markt door de overeenkomsten moet, gezien de marktpositie van de betrokken BRG's op de desbetreffende markten voor terugwinning en verhandeling van secundaire grondstoffen en gelet op de structuur van de markten, worden ontkend.

(257) Het marktaandeel van Ferropack Recycling GmbH voor verpakkingen van ferrometalen (blik en staal) ligt onder de 10 % en dat van Alurec voor aluminiumverpakkingen bedraagt slechts 1,7 %. De jaarlijks door ARO teruggewonnen hoeveelheid verpakkingen van papier, karton en golfkarton bedraagt 22 % van de totale in geheel Oostenrijk gegenereerde hoeveelheid. Op grond van deze lage marktaandelen kan niet worden uitgegaan van een marktafsluitend effect voor deze materiaalsoorten.

(258) Slechts voor de materiaalfractie kunststof heeft de verantwoordelijke BRG, ÖKK, een marktaandeel van ongeveer 40 % van de jaarlijks teruggewonnen hoeveelheid. Daarbij moet echter rekening worden gehouden met het feit dat deze materiaalfractie, in tegenstelling tot andere, zoals bijvoorbeeld glas of papier, tot de vaststelling van de VerpackVO en de oprichting van het ARA-systeem deel uitmaakte van de traditionele inzameling van het huisvuil en niet afzonderlijk werd ingezameld en terug-

gewonnen. De VerpackVO heeft derhalve een nieuw, door milieuoverwegingen ingegeven werkkerrein voor ondernemingen op het gebied van de inzameling en de terugwinning van kunststofverpakkingen doen ontstaan. De meeste in het kader van het ARA-systeem ingezamelde kunststoffracties hebben echter geen positieve marktprijs, zodat ÖKK voor de terugwinning van deze materialen overeenkomstig de VerpackVO moet bijbetalen. Vanwege deze structuur van de terugwinningsmarkt voor de materiaalfractie kunststof kan een beperking van de mededinging door het marktaandeel van ÖKK niet worden vastgesteld.

(259) Voorts zij opgemerkt dat de afvalverwijderingssector, voorzover deze deel uitmaakt van het verenigingsbestuur van ARGEV, niet stemgerechtigd is en uitgesloten is van deelname aan vergaderingen waarin rechtshandelingen tussen de terugwinnings-BRG en leden van de vereniging aan de orde komen. In dit opzicht is geen beïnvloeding van de afvalverwijderingssector in zijn voordeel mogelijk.

(260) Op grond van deze feiten komt de Commissie tot de conclusie dat de relevante bepalingen in de overeenkomsten tussen ARGEV resp. ARO en de inzamelingspartners niet leiden tot een merkbare beperking van de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag op de relevante productmarkt voor terugwinning en verhandeling van secundaire grondstoffen.

#### 5.2. Overeenkomsten tussen ARGEV en de BRG's

(261) In de overeenkomsten tussen ARGEV en ÖKK/Alurec is ook steeds een exclusiviteitsclausule ten gunste van de laatstgenoemde opgenomen, volgens welke ARGEV zich ertoe verbindt de ingezamelde verpakkingen tijdens de looptijd van de overeenkomst niet aan een derde onderneming over te dragen. Het gevolg is dat op het niveau van de organisatie van de terugwinning geen enkele andere onderneming voor ARGEV actief kan worden. De verrichting van de daadwerkelijke terugwinningsdiensten voor het ARA-systeem wordt daardoor echter niet uitgesloten. De overeenkomsten van de terugwinnings-BRG's met de terugwinningsondernemingen die de eigenlijke terugwinning uitvoeren, worden elk jaar na aanbestedingsprocedures gesloten. Voorts pleiten de geringe marktaandelen van de terugwinnings-BRG's in de totale markt voor terugwinning en verhandeling van secundaire grondstoffen voor de veronderstelling dat de bovengenoemde exclusiviteitsclausules geen afscherming van de markt tot gevolg hebben.

(262) De in de overeenkomsten van ARGEV met ÖKK en Alurec opgenomen exclusiviteitsclausule ten gunste van de terugwinnings-BRG's leidt derhalve niet tot een merkbare beperking van de mededinging op de markt voor terugwinning en verhandeling van secundaire grondstoffen in de zin van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag.



Gevolgen voor de handel tussen lidstaten

- (263) Aangezien de exclusiviteitsverbintenissen ten gunste van de inzamelings- en sorteerparkers in de overeenkomsten van ARGEV en ARO met de inzamelings- en sorteerparkers een beperking van de mededinging vormt, dient te worden getoetst of deze in staat is de handel tussen de lidstaten merkbaar te belemmeren.
- (264) ARGEV en ARO hebben voor 64 contractgebieden inzamelingspartnerovereenkomsten met een exclusiviteitsverbintenis gesloten en daardoor een netwerk voor de inzameling van gebruikte verpakkingen opgebouwd dat zich over geheel Oostenrijk uitstrekt. Daardoor wordt tijdens de contractduur de toetreding tot de markt voor andere inzamelingsbedrijven, in het bijzonder uit andere lidstaten van de Europese Economische Ruimte, aanzienlijk bemoeilijkt. De exclusiviteitsverbintenis heeft uitermate negatieve gevolgen voor de mogelijkheid van buitenlandse afvalverwijderaars om zich op de relevante markten voor inzameling en sortering van huishoudverpakkingen en bedrijfsafval te vestigen. Derhalve kan de in de overeenkomst met de inzamelingspartners opgenomen exclusiviteitsverbintenis de handel tussen de lidstaten merkbaar beperken.
- (265) Om de genoemde redenen kan ook de in de overeenkomst met de sorteerparkers opgenomen exclusiviteitsverbintenis de handel tussen de lidstaten merkbaar beperken.

Resultaat

- (266) Uit het onderzoek van de exclusiviteitsverbintenis in de overeenkomst met de inzamelings- en sorteerparkers ten gunste van de ondernemingen die inzamelings- en sorteerdiensten verlenen, blijkt dat de toetreding van binnen- en buitenlandse afvalverwijderaars tot de relevante markt in belangrijke mate wordt bemoeilijkt, wat aanzienlijk bijdraagt tot de afscherming van een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt. Derhalve is artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag van toepassing op de in de overeenkomst met de inzamelings- en sorteerparkers opgenomen exclusiviteitsverbintenis.

**X. TOEPASSING VAN ARTIKEL 81, LID 3, VAN HET EG-VERDRAG EN ARTIKEL 53, LID 3, VAN DE EER-OVEREENKOMST**

- (267) Aangezien de exclusiviteitsverbintenis ten gunste van de inzamelings- en sorteerparkers in de overeenkomst met de inzamelings- en sorteerparkers onder artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag valt, moet worden getoetst of de bepaling voldoet aan de voorwaarden voor de toepassing van artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag. Hierna worden de positieve gevolgen die de op grond van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag onrechtmatige exclusiviteitsverbintenis in de overeenkomst met de inzamelingspartners kan hebben, afgewogen tegen de concurrentiebeperkende effecten van deze verbintenis.

**1. Markt voor de inzameling en sortering van gebruikte lichte huishoudverpakkingen**

1.1. *Regionale-partnerovereenkomst van ARGEV met de inzamelingspartners*

Verbetering van de productie of van de verdeling der producten of verbetering van de technische of economische vooruitgang

- (268) ARA exploiteert momenteel het enige inzamelings- en terugwinningssysteem voor huishoudverpakkingen in Oostenrijk en heeft als bedrijfsdoelstelling de verwezenlijking van het nationale en communautaire milieubeleid op het gebied van het voorkomen, het herverwerken en het terugwinnen van verpakkingsafval. De overeenkomst met de inzamelingspartners dient derhalve zowel tot omzetting van de vereisten van de Oostenrijkse Verpakkings-VO als tot omzetting van de communautaire Richtlijn 94/62/EG. Deze wetteksten hebben ten doel de gevolgen van verpakkingsafval voor het milieu te voorkomen of te beperken en zo een hoog milieubeschermingsniveau te waarborgen.
- (269) De tussen ARGEV en de inzamelingspartners gesloten inzamelingspartnerovereenkomst beoogt de doeltreffende uitvoering van deze milieubeleidsdoelstellingen op het gebied van de inzameling van gebruikte lichte verpakkingen. De overeenkomst vormt er een voorwaarde voor dat ARA en ARGEV de verplichtingen die zij in het kader van hun systeemactiviteiten hebben overgenomen, kunnen nakomen. Daarvoor vereist de inzamelingspartnerovereenkomst de opbouw van een inzamelingslogistiek die met aanzienlijke investeringen gepaard gaat (overweging 160 e.v.). De regelmatige inzameling per soort materiaal van gebruikte verkoopverpakkingen bij de particuliere eindverbruiker heeft derhalve de rechtstreekse uitvoering van de milieureisten ten doel.
- (270) De hierboven onderzochte exclusiviteitsverbintenis stelt de contractpartijen in staat hun diensten op lange termijn te plannen en te organiseren. Vanwege de hierboven in overweging 160 genoemde positieve netwerkeffecten op het gebied van de inzameling van gebruikte lichte huishoudverpakkingen kunnen aanzienlijke schaal- en toepassingsvoordelen worden gerealiseerd. Daardoor leidt het feit dat per contractperiode en per contractgebied slechts een overeenkomst wordt gesloten met één afvalverwijderaar, tot een grotere efficiëntie. Tegelijkertijd wordt aan ARA/ARGEV, die de diensten afnemen, gegarandeerd dat hun behoeften in deze gevoelige, voorheen publiekrechtelijk georganiseerde sector op regelmatige en betrouwbare wijze worden bevredigd.
- (271) Gezien het bovenstaande komt de Commissie tot de conclusie dat de in de dienstverleningsovereenkomsten opgenomen exclusiviteitsverbintenis ten gunste van de inzamelingspartners bijdraagt tot een verbetering van de productie en een verbetering van de technische of economische vooruitgang.

### Voordelen voor de verbruiker

- (272) Het doel van de overeenkomst met de inzamelingspartners is de praktische uitvoering van een zich over het gehele gebied uitstrekkende, per materiaal gescheiden inzameling van de bij het ARA-systeem aangesloten verkoopverpakkingen bij de particuliere eindverbruiker. Dit komt enerzijds overeen met de bestaande gewoonten van de eindverbruiker op het gebied van de inzameling, waardoor het als bijzonder gebruikersvriendelijk kan worden aangemerkt. Anderzijds kan voor de betrokken producenten en verkopers met een terugname- en terugwinningsverplichting de deelname aan een zich over geheel Oostenrijk uitstrekkend bevrijdingssysteem realistisch gezien tot kostenbesparingen leiden, dankzij de in overweging 160 genoemde schaal- en toepassingsvoordelen die kunnen worden gerealiseerd in vergelijking met de vervulling van deze verplichting op individuele basis. Aangenomen moet worden dat de in de contractperiode gerealiseerde kostenbesparingen bij concurrentie op de markten voor verpakte producten op billijke wijze worden doorgegeven aan de verbruikers.
- (273) De Commissie komt derhalve tot de slotsom dat de overeenkomst met de inzamelingspartners ten goede komt aan de verbruiker en dat deze op billijke wijze meeprofiteert van de daaruit voortvloeiende voordelen.

### Noodzakelijkheid van de beperking

- (274) Bij de toetsing van de in de overeenkomst met de inzamelingspartners opgenomen exclusiviteitsverbintenis is de Commissie, steunend op toezegging 4 in overweging 139, uitgegaan van de nieuwe looptijd van de overeenkomsten inclusief de aanbesteding na een contractperiode van maximaal vijf jaar, en concludeert zij dat deze als noodzakelijk moet worden beschouwd.
- (275) De beoordeling van de noodzakelijkheid van de exclusiviteitsbepaling is afhankelijk van de economische en juridische voorwaarden op grond waarvan de onderzochte overeenkomst werd gesloten. Uit het oogpunt van ARA pleiten beheers- en efficiëntieredenen, maar vooral de duurzame en betrouwbare garantie dat de voor het succes van het systeem noodzakelijke afvalverwijdering zal plaatsvinden, ervoor om slechts één afvalverwijderaar per contractgebied tijdens de contractduur met de inzameling te belasten.
- (276) Voor de beoordeling van de noodzakelijkheid van de overeengekomen exclusiviteit is de noodzaak tot plannings- en investeringszekerheid voor de in het kader van de tenuitvoerlegging van de overeenkomst met de inzamelingspartners te verrichten investeringen van doorslaggevend belang. Voor de instandhouding van het systeem moeten de inzamelingspartners van ARA aanzienlijke investeringen doen in de opbouw en het onderhoud van de inzamelingsinfrastructuur voor gebruikte verpakkingen. Met name moeten geschikte inzamelingsvoertuigen en inzamelingscontainers ter beschikking staan.

- (277) De Commissie komt derhalve tot de conclusie dat, gezien de bijzondere omstandigheden met betrekking tot de nakoming van de in de VerpackVO opgenomen vereisten en de daarmee samenhangende opbouw van een terugname- en bevrijdingssysteem voor geheel Oostenrijk, de exclusiviteitsverbintenis van ten minste drie jaar om economische redenen onmisbaar is. Dit is daarentegen niet meer het geval na een contractperiode van vijf jaar, om welke reden vanaf dit moment het opnieuw aanbesteden van de overeenkomsten in de zin van de toezegging gerechtvaardigd is en voor een vrijstelling van het kartelverbod krachtens artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag ook vereist is.

### De mededinging wordt niet uitgeschakeld

- (278) Ook met inachtneming van de marktpositie van het ARA-systeem op de betrokken markten leidt de in de overeenkomst met de inzamelingspartners opgenomen exclusiviteitsverbintenis er niet toe dat de concurrentie op de markt voor de inzameling en sortering van huishoudverpakkingen wordt uitgeschakeld.
- (279) Bij de beoordeling van de vraag of de concurrentie al dan niet wordt uitgeschakeld, moet aandacht worden besteed aan de specifieke voorwaarden aan de aanbodzijde van de betrokken markt. Zoals reeds in overweging 160 werd vermeld, wordt de markt voor de inzameling en sortering van lichte verpakkingen afkomstig van de particuliere eindverbruiker aan de aanbodzijde gekenmerkt door duidelijke netvoordelen, d.w.z. schaal- en toepassingsvoordelen. Uit economisch oogpunt is het derhalve in ieder geval binnen één bevrijdingssysteem zinvol dat er een overeenkomst wordt gesloten met slechts één afvalverwijderaar per contractgebied.
- (280) Hoewel concurrentie van de inzamelingsondernemingen in het afvalverwijderingsgebied om de zojuist genoemde redenen onwaarschijnlijk is, kan toch worden verwacht dat de in de toezegging vermelde nieuwe regeling, volgens welke ARGEV haar dienstverleningsovereenkomsten uiterlijk na een looptijd van vijf jaar na een open, transparante en objectieve procedure opnieuw zal sluiten, ten minste tot een „concurrentie om afvalverwijderingsgebieden” in het kader van een dergelijke aanbestedingsprocedure leidt. Aldus wordt rekening gehouden met het feit dat de markt voor de inzameling en sortering van huishoudverpakkingen aan specifieke voorwaarden van de aanbodzijde is onderworpen.
- (281) Met het oog op de concurrentie tussen afnemers op de markt voor de inzameling en sortering van huishoudverpakkingen moet er rekening mee worden gehouden dat het praktisch en economisch nauwelijks mogelijk zou zijn om in geheel Oostenrijk de inzamelingsinfrastructuur in de huishoudelijke sector te dupliceren. Dit ligt zowel aan ruimtelijke beperkingen als aan de gewoonten die bij de eindverbruikers op het gebied van de afvalverwijdering zijn gegroeid.

- (282) De opbouw van een tweede ophaalsysteem zou vooralsnog niet economisch verantwoord zijn. De kosten van de opbouw van nog één of zelfs meerdere vergelijkbare ophaalsystemen zouden economisch gezien in geen enkele verhouding staan tot de op het moment van de toetreding tot de markt relatief geringe hoeveelheden materiaal van de verbruikers, zodat voor concurrenten de noodzakelijke stimulansen om tot de markt toe te treden zouden ontbreken. Een verdubbeling van de systemen zou vanuit economisch oogpunt slechts een verhoging van de kosten betekenen, terwijl, ook als concurrenten van het ARA-systeem tot de markt zouden toetreden, de te verwijderen hoeveelheden materiaal niet in belangrijke mate zouden stijgen. Enerzijds worden deze hoeveelheden bepaald door de consumptie van de eindverbruiker, anderzijds is te verwachten dat concurrenten althans deels de huidige klanten van het ARA-systeem zouden weglukken.
- (283) Daarnaast maken de plaatselijke omstandigheden en ook de gewoonten die bij de eindverbruiker op het gebied van de afvalverwijdering zijn gegroeid, de opbouw van een tweede vergelijkbaar ophaalsysteem in de praktijk onmogelijk. In particuliere huishoudens is vaak geen plaats voor extra inzamelingscontainers voor lichte verpakkingen. De invoering van inzameling in zakken zou daaraan evenmin veel veranderen, aangezien gevulde zakken evenveel plaats innemen als vaste inzamelingscontainers. Hetzelfde zou gelden bij de opbouw van een alternatief brengsysteem voor de openbare locaties voor glas- en papiercontainers. Deze ruimtelijke beperking wordt met name duidelijk bij de toetreding van een derde of vierde concurrent: locaties voor de inzamelingscontainers van drie of vier bevrijdingssystemen voor de inzameling van identieke materiaalfracties staan noch op particuliere noch op openbare grond ter beschikking.
- (284) Voorts zouden er door de verdubbeling van het verwijderingssysteem ernstige acceptatieproblemen ontstaan. Voor de eindverbruikers zou het moeilijk te begrijpen zijn en niet overeenkomen met hun bestaande gewoonten op het gebied van de afvalverwijdering, indien zij verpakkingen van dezelfde materiaalfractie in verschillende containers zouden moeten inzamelen. Ook zou onduidelijk zijn op basis van welke criteria de eindverbruikers zouden moeten concluderen naar welk inzamelingsysteem een verpakking moet gaan.
- (285) Oostenrijk wijst er in zijn standpunt van 15 januari 2003<sup>(13)</sup> op dat de plaatsing van extra containers in de nabijheid van de eindverbruikers uit plaatsgebrek, vanwege de bescherming van steden en landschappen, door het verhoogde verkeersaanbod (separaat vervoer naar en legen van de containers) en een grotere ecologische belasting in de praktijk moet worden uitgesloten. Voorts twijfelt Oostenrijk aan een zinvolle scheiding door het complexer maken van de inzameling en grotere inspanningen voor de consument om het afval te scheiden. De aspecten van een grotere ecologische belasting en grotere inspanningen om het afval te scheiden, gelden ook voor een aparte inzameling in zakken.
- (286) De opbouw van zowel een tweede vergelijkbaar ophaalsysteem als een alternatief brengsysteem wordt derhalve belemmerd door aanzienlijke feitelijke, juridische en economische restricties. Gezien deze bijzondere voorwaarden aan de aanbodzijde van de relevante markt vormen de inzamelingscontainers voor gebruikte verkoopverpakkingen die in de nabijheid van de huishoudens worden geplaatst, vaak een knelpunt uit het oogpunt van de mededinging. Realistisch gezien kan ervan worden uitgegaan dat bevrijdingssystemen die toetreden tot de markt, meestal zullen samenwerken met de afvalverwijderaars die nu reeds de inzamelingsdiensten voor ARGEV verrichten. Derhalve vormt de vrije en ongehinderde toegang tot de aanwezige infrastructuur voor de inzameling een beslissende voorwaarde, zowel voor de intensivering van de concurrentie tussen afnemers van inzamelingsdiensten voor gebruikte verkoopverpakkingen bij de particuliere eindverbruiker als voor de intensivering van de concurrentie op de upstream-markt van de organisatie van de terugname en terugwinning van bij de particuliere eindverbruiker ingezamelde gebruikte verkoopverpakkingen.
- (287) Concurrentie tussen afnemers van inzamelingsdiensten voor gebruikte verkoopverpakkingen kan bijgevolg slechts ontstaan wanneer ARGEV de inzamelingspartners niet verbiedt om met concurrenten van het ARA-systeem overeenkomsten te sluiten over het medegebruik van de inzamelingscontainers. Derhalve mag ARGEV de inzamelingspartners noch op grond van concrete bepalingen in de overeenkomst met de inzamelingspartners (zie overweging 230) noch om andere redenen hinderen in het toestaan van medegebruik.

#### V o o r w a a r d e n

- (288) ARGEV heeft weliswaar verklaard dat zij de afvalverwijderaars niet belet om volume in dezelfde container beschikbaar te stellen aan concurrerende systemen, maar wil aan het medegebruik aanzienlijke beperkingen verbinden (zie toezegging 3, overweging 139). Gezien het grote belang van een ongehinderde toegang tot de inzamelingsinfrastructuur voor de ontwikkeling van de concurrentie op deze door bijzondere voorwaarden op het gebied van het aanbod gekenmerkte markt, is het derhalve noodzakelijk aan de onderhavige beschikking voorwaarden te verbinden. Het doel is te waarborgen dat de verwachte mededingingseffecten daadwerkelijk optreden, dat concurrentie tussen afnemers op deze markt mogelijk wordt en dat bijgevolg wordt voldaan aan de voorwaarden voor een vrijstelling op grond van artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag.

<sup>(13)</sup> Zie de bijlage, blz. 4 en 5.

- (289) ARGEV wordt de verplichting opgelegd dat zij de afvalverwijderaars niet zal beletten met concurrenten van ARA en ARGEV overeenkomsten te sluiten en na te komen over het medegebruik van containers of andere installaties voor het inzamelen en sorteren van gebruikte verkoopverpakkingen (voorwaarde a)).
- (290) Voorts mag ARGEV van de afvalverwijderaars slechts het bewijs eisen voor de verpakkingshoeveelheden die overeenkomen met het aandeel van het ARA-systeem in de totale hoeveelheid verpakkingen van bepaalde materiaalfracties waarvoor in de huishoudelijke sector door systemen een licentie is verstrekt (voorwaarde b)). ARGEV mag niet van de afvalverwijderaars verlangen dat zij ten aanzien van haar bewijzen moeten leveren betreffende verpakkingen die niet voor het ARA-systeem werden ingezameld. Deze voorwaarde is noodzakelijk om te waarborgen dat ARGEV niet de totale hoeveelheid ingezamelde verpakkingen voor zich opeist en zo de naleving van de quotavereisten door concurrenten onmogelijk maakt, maar dat de concurrenten van het ARA-systeem onbeperkt gebruik kunnen maken van de hoeveelheden verkoopverpakkingen die voor hen werden ingezameld.
- (291) In dit geval kan ARGEV de vergoeding krachtens paragraaf 3.1.1 van de overeenkomst met de inzamelingspartners in de in voorwaarde b) genoemde verhouding verminderen. Voor de vergoedingen krachtens de paragrafen 3.1.2 en 3.1.3 van de overeenkomst met de inzamelingspartners zijn de tegenover ARGEV aangebrachte hoeveelheden beslissend. Daardoor moet worden verhinderd dat aantoonbaar voor derden verrichte diensten van de inzamelingspartners aan ARGEV worden aangerekend. Om die reden kan ARGEV een passende vermindering van de vergoeding aan de inzamelingspartners toepassen.
- (292) Voorwaarde b) heeft geen betrekking op de afvalverwijderaars die het medegebruik toestaan, maar op alle afvalverwijderaars met wie ARGEV een inzamelingspartnerovereenkomst heeft gesloten. Dit geldt voorzover in het betrokken inzamelingsgebied een concurrerend systeem medegebruik krachtens voorwaarde a) wenst en vanaf het tijdpunt waarop het systeem erkend is. Daarmee worden de afvalverwijderaars gestimuleerd een overeenkomst te sluiten met het concurrerende systeem, terwijl toch de garantie bestaat dat het concurrerende systeem dan toegang heeft tot de verpakkingshoeveelheden wanneer zulks voor het behalen van zijn quota noodzakelijk is.
- (293) Deze verplichtingen zijn noodzakelijk om te voorkomen dat de mededinging op de relevante markten wordt uitgeschakeld en vormen een de rechtszekerheid bevorderende concretisering van de door ARGEV en haar inzamelings- en sorteerpartners aangegane contractuele betrekkingen. De verplichtingen vormen geen beperking van de overige contractuele mogelijkheden van ARGEV

ten opzichte van haar inzamelings- en sorteerpartners. Met name staan zij niet in de weg aan het recht van ARGEV om de voor haar in te zamelen materiaalfracties te bepalen.

- (294) ARGEV is van mening dat er voor de voorwaarden geen rechtsgrond bestaat, de voorwaarden onuitvoerbaar en onevenredig zijn en inbreuk maken op de rechtspositie van derden.

#### Ontbreken van een rechtsgrond

- (295) ARGEV benadrukt nogmaals dat er geen exclusief recht op de in de aanwezige containers ingezamelde verpakkingen bestaat. Aangezien de overeenkomsten van ARGEV met de sorteer- en inzamelingspartners derhalve geen beperkingen van de mededinging bevatten, zou de voorwaarde ongeoorloofd zijn.
- (296) De beperking van de mededinging vloeit voort uit de exclusiviteitsverbintenis ten gunste van de inzamelings- en sorteerpartners (overweging 229 en 236). Teneinde deze beperking van de mededinging in aanmerking te laten komen voor vrijstelling, mag de mededinging op de markt voor de inzameling en sortering van huishoudverpakkingen niet worden uitgeschakeld. Concurrentie tussen afnemers is op deze door bijzondere voorwaarden gekenmerkte markt slechts mogelijk wanneer ARGEV de inzamelings- en sorteerpartners niet belet om met concurrenten van het ARA-systeem overeenkomsten te sluiten over het medegebruik van de inzamelingscontainers (overweging 281 en 287). ARGEV verbindt aan het medegebruik echter aanzienlijke beperkingen, die een medegebruik in de weg kunnen staan (overweging 288 en 304 e.v.). De voorwaarde is derhalve noodzakelijk om aan de voorwaarden voor vrijstelling te kunnen voldoen en vindt haar rechtsgrond in artikel 8, lid 3, onder b), van Verordening nr. 17.

#### Onuitvoerbaarheid en onevenredigheid

- (297) ARGEV is van mening dat de voorwaarden onuitvoerbaar zijn, aangezien het noch aan ARGEV noch aan de afvalverwijderaars bekend is hoe hoog het aandeel van het ARA-systeem is in de totale hoeveelheid verpakkingen van bepaalde materiaalfracties waarvoor door systemen in de huishoudelijke sector een licentie is verleend.
- (298) Concurrerende systemen zullen de afvalverwijderaar medelen voor welke licentiehoeveelheden zij een medegebruik wensen. De afvalverwijderaar zal deze hoeveelheid (geanonimiseerd) aan ARGEV doorgeven. Op basis van deze informatie kan ARGEV haar licentiepercentage berekenen.

- (299) ARGEV is voorts van mening dat de voorwaarden onevenredig zijn, aangezien zij er onvermijdelijk toe moeten leiden dat ARGEV niet meer kan voldoen aan haar vergunning voor de exploitatie van een inzamelings- en terugwinningssysteem. Indien een concurrerend systeem een licentie verstrekt voor extra verpakkingshoeveelheden, zou ARGEV haar inzamelingsquota niet halen, aangezien de aanwezige infrastructuur niet zomaar meer verpakkingafval zou kunnen opnemen. Indien een nieuw systeem geheel of gedeeltelijk eigen inzamelingsinstallaties installeert, zou ARGEV een vermindering van haar inzamelingshoeveelheid voor lief moeten nemen, hoewel het concurrerende systeem de in de door ARGEV geëxploiteerde installaties ingezamelde verpakkingen in het geheel niet nodig zou hebben.
- (300) ARGEV blijft ook in het geval van medegebruik van de containers in staat aan haar publiekrechtelijke plichten te voldoen. De VerpackVO bevat geen aanwijzingen dat inzamelingscontainers uitsluitend één systeem ter beschikking mogen worden gesteld. Ook heeft Oostenrijk in zijn standpunt van 15 januari van dit jaar verklaard dat het medegebruik van containers voor de huishoudelijke inzameling onder de voorwaarden van de systeemvergunning overeenkomstig het AWG van 2002 in principe is toegestaan. Verder dient er op te worden gewezen dat vanwege de invloed van de communautaire mededingingsregels bij de uitlegging van de VerpackVO rekening moet worden gehouden met het belang van het medegebruik voor de ontwikkeling van de concurrentie<sup>(14)</sup>.
- (301) Indien een concurrerend systeem licenties verleent voor extra verpakkingshoeveelheden, zou dit tot uitdrukking komen in de aan de systemen gestelde vereisten ten aanzien van de ingezamelde hoeveelheden. Eventueel zou het containervolume aangepast moeten worden om een grotere inzamelingshoeveelheid te kunnen opnemen. Indien een concurrerend systeem geen medegebruik wenst, maar eigen inzamelingsinstallaties installeert, zijn de voorwaarden niet van toepassing.
- (302) Bovendien voert ARGEV aan dat zij door de voorwaarden ernstig zou worden benadeeld, aangezien ARGEV geen vergoeding ontvangt voor de voortdurende optimalisering van het inzamelingsstelsel, hoewel deze prestaties gedeeltelijk ook ten goede zouden komen aan de concurrent. Voorts wordt aangenomen dat het gedrag van concurrerende systemen in de huishoudelijke sector op het gebied van verpakkingmateriaal overeenkomt met dat van het ARA-systeem, waarvoor geen empirische basis aanwezig is en wat in strijd is met de ervaringen tot dusver.
- (303) Doordat voorwaarde b) ARGEV de mogelijkheid geeft om de vergoeding aan de inzamelingspartners op billijke wijze te verminderen, wordt er rekening gehouden met het legitieme belang van ARGEV dat geen aantoonbaar voor derden verrichte diensten van de inzamelingspartners aan ARGEV worden aangerekend.
- (304) Het is evenwel niet noodzakelijk dat de afvalverwijderaars aan ARGEV eventuele rechtstreeks aan de inzameling toe te schrijven overige kosten vergoeden, zoals is voorzien in de door ARGEV gedane toezegging 3, onder a), (overweging 139). De genoemde overige kosten zijn systeemkosten die ARGEV heeft voor het onderhoud van haar systeem. De inzamelingsondernemingen verrichten als contractpartners van ARGEV bepaalde diensten en ontvangen daarvoor een vergoeding. De overige systeemkosten van ARGEV zijn voor hen niet relevant en maken geen deel uit van de partnerovereenkomst. Bij het toestaan van medegebruik zou een gedeeltelijke afwenteling van de kosten voor de afvalverwijderaars bovendien leiden tot een niet in te calculeren financieel risico. Voor de concurrenten ontstaat daardoor geen ongerechtvaardigd voordeel, aangezien zij eveneens kosten zullen hebben voor de opbouw van een eigen systeem. Voorts zouden concurrenten de mogelijkheid moeten hebben om met de regionale overheden rechtstreeks en zelfstandig overeenkomsten te sluiten, bijvoorbeeld over de betaling van afvaldeskundigen.
- (305) Voorts is het niet redelijk dat de afvalverwijderaars aan ARGEV bijkomende kosten vergoeden die bij de ondernemingen van het ARA-systeem en/of hun contractpartners ontstaan ten gevolge van het medegebruik (vergelijk toezegging 3, onder b), overweging 139). Dergelijke kosten vallen niet onder de verantwoordelijkheid van de afvalverwijderaars. De overname van deze kosten zou voor de afvalverwijderaars leiden tot een niet in te calculeren financieel risico.
- (306) Bovendien gaat de Commissie ervan uit dat bij medegebruik geen bijkomende analyse- en sorteerkosten ontstaan. Oostenrijk heeft in zijn standpunt van 15 januari van dit jaar weliswaar verklaard dat de quota aangetoond zouden moeten worden door de inzameling en terugwinning van dat verpakkingafval waarvoor ook wordt deelgenomen aan het systeem. Met name de technische recycleerbaarheid van de verpakking wordt bepaald door de producten die in de verpakkingen hebben gezeten, het formaat van de gebruikte etiketten en de verhouding waarin sprake is van kunststof verpakkingmateriaal. Derhalve zou een zo exact mogelijke analyse van de inzamelingshoeveelheden in de afzonderlijke containers en vervolgens een opsplitsing van de hoeveelheden noodzakelijk zijn. Dit zou leiden tot duidelijk hogere kosten, die op maximaal 25 % van de totale kosten worden geschat.

<sup>(14)</sup> Vgl. Beschikking 2001/463/EG van de Commissie van 20 april 2001 in de zaak COMP/D3/34493 — DSD e.a., (PB L 319 van 4.12.2001, blz. 1), overweging 171.

- (307) De VerpackVO bevat echter geen bepaling die het aantonen van de quota verbindt aan de inzameling en terugwinning van uitsluitend de verpakkingen die aan het desbetreffende systeem deelnemen. Krachtens artikel 11 van de VerpackVO moet een inzamelings- en terugwinningssysteem voor transport- en verkoopverpakkingen de inzameling en terugwinning van de verpakkingsmaterialen waarborgen waarvoor overeenkomsten met de producenten van verpakkingen werden gesloten. Verpakkingsmaterialen zijn volgens de juridische omschrijving in artikel 2, lid 6, van de VerpackVO bepaalde materiaalfracties waarvan verpakkingen worden vervaardigd, zoals bijvoorbeeld papier, karton, glas of kunststof.
- (308) Voorts zou een voorwaarde met betrekking tot medegebruik niet uitvoerbaar zijn als quota slechts zouden worden aangetoond door middel van de daadwerkelijk aan het systeem deelnemende verpakkingen. Dit uitgangspunt kan derhalve geen deel uitmaken van de voorwaarde. In plaats daarvan moet ervan worden uitgegaan dat de ingezamelde hoeveelheden per materiaalfractie op basis van de gelicentieerde hoeveelheden per materiaalfractie<sup>(15)</sup> proportioneel tussen de systemen worden verdeeld. Bijkomende analyse- en sorteerstappen zijn dan niet noodzakelijk. Vanwege het grote belang van het medegebruik voor het ontstaan van concurrentie dient ook Oostenrijk rekening te houden met deze toepassingswijze van de voorwaarde bij de uitlegging van de VerpackVO en de verstrekking van systeemvergunningen.
- (309) De mededingingsrechtelijk noodzakelijke toepassing van de voorwaarde leidt niet tot ongerechtvaardigde nadelen voor ARGEV. Er zijn geen aanwijzingen dat medegebruik zou kunnen leiden tot een kwaliteitsverandering van de ingezamelde fracties in hun totaliteit. Het is eerder te verwachten dat systemen die zich een plaats als belangrijkste concurrent in de huishoudelijke sector willen veroveren en derhalve medegebruik wensen, zullen trachten voor het gehele spectrum van de verpakkingen overeenkomsten aan te bieden. Het door ARGEV als voorbeeld genoemde bonussysteem houdt zich voornamelijk bezig met verpakkingen uit het bedrijfsleven en is in de huishoudelijke sector slechts actief bij zeer specifieke inzamelingsplaatsen in de marge van de markt (zie overweging 179). Bovendien maakt ook het ARA-systeem bij de licentieverlening volgens de bestaande tarieven slechts onderscheid naar materiaalfractie en formaat van de verpakking, maar niet naar inhoud of branche.

#### Inbreuk op de rechtspositie van derden

- (310) ARGEV voert tot slot aan dat de voorwaarden de rechten van de verwijderingspartners zouden beperken, aangezien de van de hoeveelheid afhankelijke vergoedin-

gen ook zouden kunnen worden gekort wanneer de verwijderaars geen andere geïnteresseerde vinden en aangezien de verwijderaars een proportionele vermindering van de vergoeding voor het ter beschikking stellen van de containers zouden moeten accepteren. Dit laatste zou weliswaar in principe legitiem zijn, maar de verwijderingspartners zouden tenminste een mogelijkheid moeten hebben om hun standpunt kenbaar te maken.

- (311) Voorwaarde b) heeft betrekking op alle verwijderaars, opdat — voorzover een medegebruik gewenst is — voor de verwijderaars een stimulans ontstaat om met concurrerende systemen contracten te sluiten. Indien een verwijderaar besloten heeft om medegebruik toe te staan, vormen de voorwaarden geen zwaardere belasting voor hem dan de in toezegging 3 omschreven voorwaarden (zie toezegging 3, onder a) en b), overweging 139).
- (312) De verwijderingspartners werd voor vaststelling van de beschikking de gelegenheid gegeven hun standpunt kenbaar te maken. Het Verband Österreichischer Entsorgungsbetriebe (VÖEB) heeft in een standpunt namens het merendeel van de inzamelings- en sorteerparters verklaard dat de organisatie positief stond tegenover medegebruik. Zij is evenwel van mening dat verplichting b) voor de afvalverwijderaars administratieve belasting meebrengt en kan leiden tot een korting op de vergoeding voor de afvalverwijderaars die geen overeenkomsten met de exploitanten van alternatieve systemen hebben gesloten.
- (313) Zoals in overweging 298 is uiteengezet, zullen concurrerende systemen de afvalverwijderaar de licentiehoeveelheid mededelen die deze dan weer aan ARGEV meedeelt. Dit brengt voor de afvalverwijderaars geen onevenredige inspanning mee. Het is echter ook denkbaar dat zowel ARGEV als de afvalverwijderaars de licentiehoeveelheden aan een onafhankelijke instantie melden, die het licentiepercentage vaststelt. Tot een korting van de vergoeding komt het enkel voorzover het concurrerende systeem in het betrokken inzamelingsgebied medegebruik nastreeft en dan nog pas enkel vanaf het tijdstip dat het systeem is erkend (overweging 301).

- (314) Voorts wijst VÖEB er op dat de inzamelings- en sorteerinfrastructuur ten dele door de gemeenten ter beschikking worden gesteld. Volgens VÖEB is dat voor alle voor de inzameling en het sorteren noodzakelijke infrastructuur medegebruik door het concurrerende systeem plaatsvindt, ongeacht wie deze infrastructuur ter beschikking stelt. De verdeling van de hoeveelheden kan pas na het sorteren plaatsvinden.

<sup>(15)</sup> Een verdere onderverdeling naar bepaalde verpakkingstypen binnen een materiaalfractie zou denkbaar zijn, indien deze bij de licentieverlening alsmede inzameling en/of sortering apart behandeld worden.

(315) De verplichtingen hebben betrekking op de verhouding tussen ARGEV en de inzamelings- en sorteerparkers. Een concurrerend systeem moet binnen het gebied waarvoor het verantwoordelijk is, de voorwaarden voor medegebruik scheppen. Een verdeling van de hoeveelheden na het sorteren lijkt met name dan zinvol wanneer binnen de materiaalfractie een verdere opsplitsing volgens soort verpakking plaatsvindt en deze opsplitsing pas na het sorteren plaatsvindt (zie overweging 308).

## 1.2. Overeenkomst tussen ARGEV en de sorteerparkers

### Voorwaarden voor vrijstelling

(316) De exclusiviteitsverbintenis in de overeenkomst met de sorteerparkers voldoet om de genoemde redenen eveneens aan de voorwaarden voor vrijstelling, met inachtneming van de met de vrijstelling verbonden voorwaarde. De sorteerparkers moeten aanzienlijke investeringen plegen voor de opbouw en uitbreiding van een sorteerinfrastructuur voor lichte verpakkingen. De scheiding van de lichte verpakkingen naar materiaalfracties vereist technisch veeleisende procédés. De voor de opbouw en uitbreiding noodzakelijke investeringen zijn slechts beperkt te gebruiken voor andere sorteerprocessen.

### Voorwaarde

(317) ARGEV heeft weliswaar verklaard dat zij de afvalverwijderaars niet belet om de sorteerinstallaties aan concurrerende systemen ter beschikking te stellen, maar wil aan het medegebruik aanzienlijke beperkingen verbinden (zie toezegging 3, overweging 139). Gezien het grote belang van een ongehinderde toegang tot de sorteerinstallaties voor de ontwikkeling van de concurrentie, acht de Commissie het noodzakelijk aan de onderhavige beschikking de voorwaarde te verbinden dat ARGEV de verwijderaars niet belet om met concurrenten van het ARA-systeem overeenkomsten te sluiten en na te komen over het medegebruik van installaties voor het sorteren van gebruikte verkoopverpakkingen. In dit verband moet hoofdzakelijk worden verwezen naar hetgeen zo-even is betoogd met betrekking tot de overeenkomsten van ARGEV met de inzamelingspartners. Ook hier beoogt de voorwaarde te waarborgen dat de verwachte mededingingseffecten daadwerkelijk optreden, dat concurrentie tussen afnemers op deze markt daadwerkelijk mogelijk wordt en dat bijgevolg wordt voldaan aan de voorwaarden voor een vrijstelling krachtens artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag.

(318) De concurrenten van het ARA-systeem zijn met name bij de start van hun activiteiten aangewezen op het medegebruik van de sorteerinstallaties om aan hun sorteer- en terugwinningsverplichtingen te kunnen voldoen. De opbouw van nieuwe sorteerinstallaties zou hoge investeringen vergen, die voor hen niet onaanzienlijke belemmeringen zouden vormen voor toetreding tot

de markt. Dit zou ten minste leiden tot een aanzienlijke vertraging van de invoering van concurrentie op de markt voor afvalverwijderingsdiensten. Voorts wordt de sorteerparkers van ARA, doordat zij hun diensten ook kunnen aanbieden aan concurrenten van het ARA-systeem, de mogelijkheid geboden om te profiteren van schaal- en toepassingsvoordelen die bestaan op de markt voor de sortering van bij de particuliere eindverbruiker ingezamelde verkoopverpakkingen.

## 2. Markt voor de inzameling en sortering van bedrijfsverpakkingen

### 2.1. Inzamelingspartnerovereenkomst tussen ARGEV en de inzamelingspartners

(319) Aangezien de exclusiviteitsverbintenis ten gunste van de inzamelingspartners in de overeenkomst met de inzamelingspartners ook voor de inzameling van bedrijfsverpakkingen onder artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag valt, moet worden getoetst of de bepaling voldoet aan de voorwaarden voor de toepassing van artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag.

Verbetering van de productie of van de verdeling der producten of verbetering van de technische of economische vooruitgang

(320) ARA stelt ook voor het bedrijfsleven in geheel Oostenrijk een inzamelings- en terugwinningsstelsel voor verpakkingen ter beschikking, dat zich richt naar de VerpakVO en de wet op het afvalbeheer, die Richtlijn 94/62/EG omzetten. De richtlijn geldt zowel voor huishoudverpakkingen als voor bedrijfsverpakkingen. De regelmatige inzameling per soort materiaal van gebruikte verpakkingen in het bedrijfsleven heeft derhalve de rechtstreekse uitvoering van de milieueisen ten doel.

(321) Evenals in de huishoudelijke sector stelt de onderzochte exclusiviteitsverbintenis de contractpartijen in staat de verrichting van hun diensten op lange termijn te plannen en te organiseren. De uitbreiding van de inzamelingslogistiek op het gebied van de inzameling van bedrijfsverpakkingen en -afval vergt niet onaanzienlijke investeringen. Een zekere periode voor de amortisatie is noodzakelijk als stimulans voor deze investeringen. Hoewel voor de bedrijfsverpakkingen de netwerkeffecten minder groot zijn dan bij in huishoudens ingezamelde verpakkingen, kunnen door het contracteren van slechts één afvalverwijderaar in de contractperiode aanzienlijke schaal- en toepassingsvoordelen worden gerealiseerd, wat leidt tot grotere efficiëntie. Voor het ARA-systeem, dat de diensten afneemt, is het gezien de van de verpakkingproducenten overgenomen verplichtingen uit de VerpakVO belangrijk dat een zekere planningszekerheid met het oog op een regelmatige en betrouwbare behoeftebevrediging wordt gegarandeerd. De planningszekerheid waarborgt aldus voor alle betrokkenen een betrouwbare nakoming van hun uit de VerpakVO voortvloeiende verplichtingen.

- (322) Gezien het bovenstaande komt de Commissie tot de conclusie dat de exclusiviteitsverbintenis ten gunste van de inzamelingspartners in de dienstverleningsovereenkomsten bijdraagt tot een verbetering van de productie en een verbetering van de technische of economische vooruitgang.

#### Voordelen voor de verbruiker

- (323) Het doel van de overeenkomst met de inzamelingspartners is de praktische uitvoering van een zich over het gehele gebied uitstrekkende, per materiaal gescheiden inzameling van de bij het ARA-systeem aangesloten verkoopverpakkingen, ook voor de sector grote bedrijven en industrie.
- (324) Verbruikers in de zin van artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag zijn niet alleen eindverbruikers als consumenten van de aangeboden diensten, maar alle directe of indirecte afnemers van de in aanmerking komende producten of diensten, dus ook de ondernemingen in de sector grote bedrijven en industrie. Voor hen levert de inzamelingspartnerovereenkomst een voordeel op, omdat zodoende van de verpakkingen die bij hen achterblijven, de regelmatige en verordeningconforme verwijdering gegarandeerd wordt.
- (325) De Commissie komt derhalve tot de conclusie dat de overeenkomst met de inzamelingspartners de verbruiker op billijke wijze in de zin van artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag ten goede komt.

#### Noodzakelijkheid van de beperking

- (326) Bij de toetsing van de in de overeenkomst met de inzamelingspartners opgenomen exclusiviteitsverbintenis is de Commissie ook voor het bedrijfsleven uitgegaan van de nieuwe looptijd van de overeenkomsten, zoals geformuleerd in overweging 139 beschreven toezegging 4, inclusief de aanbesteding na een contractperiode van maximaal vijf jaar, en concludeert zij dat deze als noodzakelijk moet worden beschouwd.
- (327) De beoordeling van de noodzakelijkheid van de exclusiviteitsbepaling is afhankelijk van de economische en juridische voorwaarden op grond waarvan de onderzochte overeenkomst werd gesloten. Voor de beoordeling van de noodzakelijkheid van de exclusiviteit is de plannings- en investeringszekerheid voor de in het kader van de tenuitvoerlegging van de overeenkomst met de inzamelingspartners noodzakelijke investeringen van doorslaggevend belang. Voor het bedrijfsleven moeten regionale ontvangstpunten en een ophaalsysteem worden ingericht en moet de logistiek van de transporten worden afgestemd. De inzamelingspartner is er derhalve op aangewezen dat hij zijn investeringen en activiteiten voor een bepaalde periode kan plannen. Evenzeer geldt ook voor de inzameling van bedrijfsverpakkingen dat het vanuit het standpunt van ARA voor de duurzame en betrouwbare garantie dat de voor het succes van het systeem noodzakelijke afvalverwijdering zal plaatsvinden, noodzakelijk is dat slechts één afvalverwijderaar per contractgebied voor het ARA-systeem tijdens de contractduur met de inzameling wordt belast. Voor het

bedrijfsleven zijn weliswaar enerzijds de voor de opbouw en uitbreiding van de infrastructuur noodzakelijke investeringen minder omvangrijk dan in de huishoudelijke sector, maar anderzijds is de uit de exclusiviteitsverbintenis voortvloeiende beperking van de mededinging minder groot vanwege de beperkte macht van ARGEV als afnemer. Een exclusiviteitsverbintenis bij een looptijd van ten minste drie jaar en ten hoogste vijf jaar wordt derhalve ook door het bedrijfsleven als noodzakelijk beschouwd. Ook hiervoor geldt dat dit niet meer het geval is na een contractperiode van vijf jaar, om welke reden vanaf dit moment het opnieuw aanbesteden van de overeenkomsten in de zin van de toezegging gerechtvaardigd is en voor een vrijstelling van het kartelverbod krachtens artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag ook vereist is.

#### De mededinging wordt niet uitgeschakeld

- (328) Ook met inachtneming van de marktpositie van ARGEV op de betrokken markten leidt de in de overeenkomst met de inzamelingspartners opgenomen exclusiviteitsverbintenis er niet toe dat de concurrentie op de markt voor de inzameling en sortering van huishoudverpakkingen wordt uitgeschakeld.
- (329) De door ARGEV uitgesloten aanbieders van inzamelingsdiensten kunnen hun verwijderingswerkzaamheden zowel aan andere inzamelings- en terugwinningssystemen voor het bedrijfsleven als aan verwijderingssystemen in eigen beheer en bedrijven met een groot afvalvolume aanbieden.
- (330) Ook moet er in het bedrijfsleven rekening mee worden gehouden dat het de verwijderaars toegestaan is in hun inzamelingscontainers bij concurrenten van het ARA-systeem gelicentieerde verpakkingen in te zamelen en dat anders dan in de huishoudelijke sector hier al een gezamenlijke inzameling plaatsvindt.
- (331) Wel dient nog getoetst te worden welke gevolgen de koppeling van de inzamelingsdienstverlening voor bedrijfsverpakkingen met de inzameling van verpakkingen in de huishoudelijke sector op de mededinging heeft. Onder deze omstandigheden kan een onderneming slechts als inzamelingspartner voor ARGEV in het bedrijfsleven actief worden, als zij in staat is ook de vereiste investeringen voor de opbouw van de inzamelingsinfrastructuur voor de huishoudelijke sector te plegen. Ook de eis tot beschikbaarstelling van een infrastructuur voor de huishoudelijke sector om als inzamelingspartner van ARGEV in het bedrijfsleven actief te worden, leidt echter niet tot een uitschakeling van de mededinging op de markt voor bedrijfsverpakkingen en overig bedrijfsafval. De verwijderingsondernemingen die niet in staat zijn eveneens een adequate infrastructuur voor de huishoudelijke inzameling op te bouwen, kunnen, zoals gezegd, hun inzamelingsdiensten aanbieden aan andere inzamelings- en terugwinningssystemen, waarvoor de opbouw van een inzamelingsinfrastructuur voor de huishoudelijke sector niet vereist is, alsmede aan verwijderingssystemen in eigen beheer en bedrijven met een groot afvalvolume.



(332) Ook dient er rekening mee te worden gehouden dat het ARA-systeem de afvalverwijdering gescheiden naar verschillende materiaalfracties heeft aanbesteed, zodat de aanbieders het aanbod van hun diensten tot bepaalde materiaalfracties kunnen beperken. In het bedrijfsleven geldt dit met name voor verpakkingen van de lichte fractie enerzijds en papier en karton anderzijds.

(333) De overige mededinging wordt door de exclusiviteitsverbintenis op de gemeenschappelijke markt voor de inzameling van lichte verpakkingen en PPK-verpakkingen derhalve niet uitgeschakeld.

(334) Aan de voorwaarden voor vrijstelling krachtens artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag wordt derhalve bij een looptijd van drie tot vijf jaar voldaan.

#### 2.2. *Sorteerpartnerovereenkomst tussen ARGEV en de sorteerparkers*

(335) Om de bovengenoemde redenen voldoet de exclusiviteitsverbintenis in de overeenkomst met de sorteerparkers in het licht van de mededingingsvoorwaarden op de markt voor de sortering van bedrijfsafval eveneens aan de voorwaarden voor vrijstelling.

#### 2.3. *Overeenkomst tussen ARO en de inzamelingspartners*

(336) De exclusiviteitsverbintenis in de overeenkomst tussen ARO en de inzamelingspartners garandeert de betrokken verwijderingsondernemingen een zekere plannings- en investeringszekerheid en bijgevolg alle betrokkenen ook een regelmatige betrouwbare nakoming van hun verplichtingen die voortvloeien uit de VerpackVO. Daarbij moet een looptijd van drie tot vijf jaar gezien het belang van de beperking van de mededinging door de onderhavige exclusiviteitsverbintenis als noodzakelijk worden beschouwd. De mededinging wordt op de betrokken markt om de bovengenoemde redenen (overweging 329 tot en met 332) niet uitgeschakeld. Derhalve wordt aan de voorwaarden voor een vrijstelling krachtens artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag bij een contractduur van maximaal vijf jaar voldaan.

### XI. **TERUGWERKENDE KRACHT, DUUR VAN DE VRIJSTELLING, VOORWAARDEN**

(337) De overeenkomsten van ARGEV en ARO met de inzamelings- en sorteerparkers werden op 30 juni 1994 aangemeld bij de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA en overeenkomstig artikel 172, lid 3, van de Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden naar de Commissie verwezen. Op 28 augustus 2001 werd die nieuwe versie van de overeenkomsten met de inzamelings- en sorteerparkers bij de Commissie aangemeld. De Commissie doet opmerken dat de overeenkomsten

met de inzamelings- en sorteerparkers sinds het tijdstip van hun aanmelding voldoen aan de voorwaarden voor de toepassing van artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag.

(338) Vrijstellingen moeten volgens artikel 8, lid 1, van Verordening nr. 17 voor een bepaalde termijn worden verleend en er kunnen voorwaarden en verplichtingen aan worden verbonden. Krachtens artikel 6 van die verordening kan de datum met ingang waarvan een dergelijke beschikking in werking treedt, niet vroeger zijn dan de datum waarop de aanmelding overeenkomstig de voorwaarden voor de toepassing van artikel 81, leden 1 en 3, van het EG-Verdrag werd verricht. De vrijstelling zal gelden vanaf het van kracht worden van de thans geldende overeenkomsten van ARGEV en ARO met de inzamelingspartners tot 31 december 2006, teneinde ARA, ARGEV, ARO en de afvalverwijderaars in het kader van de communautaire mededingingsregels voldoende rechtszekerheid te geven om hun investeringen te beschermen.

(339) Teneinde de toegang van derden tot de afvalverwijderingsinstallaties van de inzamelings- en sorteerparkers van ARGEV en ARO te waarborgen en om uitschakeling van de mededinging op de relevante markten te voorkomen, moeten aan ARGEV de bovengenoemde verplichtingen worden opgelegd. Deze verplichtingen zijn noodzakelijk om te voorkomen dat de mededinging op de relevante markten wordt uitgeschakeld. Deze verplichtingen blijven tijdens de gehele duur van de ontheffing van kracht. Overeenkomstig artikel 8, lid 3, onder b), van Verordening nr. 17 kan de Commissie de onderhavige beschikking intrekken indien de partijen niet aan de verplichtingen voldoen.

(340) Deze beschikking laat de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag onverlet.

(341) Deze beschikking laat voorts ook aanhangige of toekomstige procedures van de Commissie tegen de VerpackVO of andere nationale voorschriften onverlet.

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

#### *Artikel 1*

De Commissie stelt op grond van de informatie waarover zij thans beschikt, en rekening houdend met de toezeggingen van Altstoffrecycling Austria AG (ARA), van ARGEV Verpackungsverwertungs-Ges.m.b.H. (ARGEV) en van Altpapier-Recycling Organisationsgesellschaft m.b.H. (ARO), vast dat er voor haar overeenkomstig artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag en van artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst geen redenen zijn om op te treden tegen de dispensatie- en licentieovereenkomsten tussen ARA en de ingevolge de Oostenrijkse Verpackungsverordnung verplichte ondernemingen, tegen de afvalverwijderingsovereenkomst tussen ARA en de BRG's, tegen de afvalverwijderings- of samenwerkingsovereenkomst tussen ARGEV en de BRG's, noch tegen de overeenkomst tussen ARO en de regionale overheden.

*Artikel 2*

De bepalingen van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag en van artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst worden overeenkomstig artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag en artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst buiten toepassing verklaard voor individuele inzamelings- en sorteervereenkomsten van ARGEV en ARO met hun respectieve regionale verwijderingspartners, die een exclusiviteitsbepaling bevatten met een looptijd tot uiterlijk 31 december 2006.

Deze vrijstelling geldt voor het tijdvak van 30 juni 1994 tot en met 31 december 2006.

*Artikel 3*

Aan de in artikel 2 bedoelde ontheffing worden de volgende voorwaarden verbonden:

- a) ARGEV belet de afvalverwijderaars niet om met concurrenten van het ARA-systeem overeenkomsten te sluiten en na te komen inzake het medegebruik van containers of andere installaties voor het inzamelen en sorteren van gebruikte, door huishoudens gegenereerde verpakkingspakkingen;
- b) ARGEV mag van de afvalverwijderaars slechts het bewijs eisen voor de verpakkingshoeveelheden die overeenkomen met het aandeel van het ARA-systeem in de totale hoeveelheid verpakkingspakkingen van bepaalde materiaalfracties waarvoor in de huishoudelijke sector door systemen een

licentie is verstrekt. In dit geval kan ARGEV de vergoeding krachtens paragraaf 3.1.1 van de overeenkomst met de inzamelingspartners verminderen volgens de in alinea 1, onder b), van die paragraaf genoemde verhouding. Voor de vergoedingen krachtens de paragrafen 3.1.2 en 3.1.3 van de overeenkomst met de inzamelingspartners zijn de tegenover ARGEV aangetoonde hoeveelheden beslissend. Deze voorwaarde heeft betrekking op alle afvalverwijderaars met wie ARGEV een inzamelingspartnerovereenkomst heeft gesloten.

*Artikel 4*

Deze beschikking is gericht tot de volgende ondernemingen:

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.

Gedaan te Brussel, 16 oktober 2003.

*Voor de Commissie*

Mario MONTI

*Lid van de Commissie*