

Edição
em língua portuguesa

Legislação

Índice

I Actos cuja publicação é uma condição da sua aplicabilidade

.....

II Actos cuja publicação não é uma condição da sua aplicabilidade

Comissão

2004/206/CE:

- ★ Decisão da Comissão, de 17 de Dezembro de 2002, relativa a um processo nos termos do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo COMP/C.37.671 — Intensificadores de sabor) ⁽¹⁾ [notificada com o número C(2002) 5091] 1

2004/207/CE:

- ★ Decisão da Comissão, de 16 de Julho de 2003, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland/O2 Germany: acordo-quadro relativo a partilha de infra-estruturas) ⁽¹⁾ [notificada com o número C(2003) 2432] . 32

2004/208/CE:

- ★ Decisão da Comissão, de 16 de Outubro de 2003, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processos COMP D3/35470 — ARA, COMP D3/35473 — ARGEV, ARO) ⁽¹⁾ [notificada com o número C(2003) 3703] 59

⁽¹⁾ Texto relevante para efeitos do EEE

Preço: 22,00 EUR

PT

Os actos cujos títulos são impressos em tipo fino são actos de gestão corrente adoptados no âmbito de política agrícola e que têm, em geral, um período de validade limitado.

Os actos cujos títulos são impressos em tipo negro e precedidos de um asterisco são todos os restantes.

II

(Actos cuja publicação não é uma condição da sua aplicabilidade)

COMISSÃO**DECISÃO DA COMISSÃO****de 17 de Dezembro de 2002****relativa a um processo nos termos do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE****(Processo COMP/C.37.671 — Intensificadores de sabor)***[notificada com o número C(2002) 5091]***(Apenas faz fé o texto em língua inglesa)****(Texto relevante para efeitos do EEE)***(2004/206/CE)*

ÍNDICE

Página**PARTE I — OS FACTOS**

A.	Resumo da infracção	3
B.	O sector dos nucleótidos	3
1.	O produto	3
2.	Os produtores	3
3.	O mercado	4
C.	Procedimento	6
D.	Descrição dos acontecimentos	7
1.	Participantes e organização	7
2.	Características essenciais do cartel	7
3.	Primeiros contactos	8
4.	Funcionamento do acordo de cartel	10

PARTE II — APRECIÇÃO JURÍDICA

A.	Competência (Aplicação do Tratado e do Acordo EEE)	16
1.	Relação entre o Tratado e o Acordo EEE	16
B.	Aplicação do artigo 81.º do Tratado e do artigo 53.º do Acordo EEE	17
1.	N.º 1 do artigo 81.º do Tratado e n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE.	17
2.	Acordos e práticas concertadas	17
3.	Infracção única e continuada	18
4.	Restrição da concorrência	18
5.	Efeitos sobre o comércio entre Estados-Membros e entre partes contratantes do Acordo EEE ..	19
6.	Regras de concorrência aplicáveis à Áustria, à Finlândia, à Islândia, ao Liechtenstein, à Noruega e à Suécia	20
C.	Destinatários	20
1.	Princípios aplicáveis	20
2.	Destinatários da decisão	20
D.	Duração da infracção	21
E.	Medidas correctivas	22
1.	Artigo 3.º do Regulamento n.º 17	22
2.	N.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17	23

A COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em contra o Tratado que institui a Comunidade Europeia,

Tendo em conta o Acordo sobre o Espaço Económico Europeu,

Tendo em conta o Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado (1), com a última redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003 (2), e, nomeadamente, os seus artigos 3.º e 15.º,

Tendo em conta a decisão da Comissão de 10 de Julho de 2002 de dar início a um procedimento neste caso,

Após ter dado às empresas em causa a oportunidade de se pronunciarem sobre as questões em relação às quais a Comissão formulou objecções, em conformidade com o n.º 1 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17 e com o Regulamento (CE) n.º 2842/98 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1998, relativo às audições dos interessados directos em certos processos, nos termos dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE (3),

Após consulta do Comité Consultivo em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas e de posições dominantes,

Tendo em conta o relatório do auditor relativo ao presente caso (4),

Considerando o seguinte:

PARTE I — OS FACTOS

A. RESUMO DA INFRACÇÃO

- (1) As empresas:
- Ajinomoto Company Incorporated,
 - Takeda Chemical Industries Limited,
 - Daesang Corporation,
 - Cheil Jedang Corporation, são destinatárias da presente decisão.
- (2) A infracção consiste na participação destes produtores de nucleótidos num acordo continuado, contrário ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e ao n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE e abrangendo todo o território da Comunidade e do EEE, através do qual fixaram os preços deste produto, aplicaram aumentos de preços, repartiram clientes e criaram um mecanismo de controlo da aplicação dos seus acordos.

- (3) As empresas participaram nesta infracção entre Novembro e Junho de 1998 (5).

B. O SECTOR DOS NUCLEÓTIDOS

1. O PRODUTO

- (4) O ácido nucleico ou nucleótido é produzido a partir da glucose, através de um processo de fermentação, separação, cristalização e filtragem.
- (5) Existem dois nucleótidos, que são utilizados como intensificadores de gosto, o disódium 5' -inosinate (IMP) e o disódium 5' -guanylate (GMP). São igualmente comercializados sob a forma de misturas dos dois produtos, como o I+G, que contém 50 % de cada.
- (6) O IMP foi o primeiro nucleótido que se descobriu possuir capacidades para realçar o sabor de certos alimentos. Mais tarde, descobriu-se que o GMP tinha as mesmas propriedades. Os dois produtos são usados apenas em pequenas quantidades. Apenas podem intensificar o sabor dos alimentos quando em presença de um glutamato, quer este seja adicionado, como o glutamato monosódico (MSG), quer seja natural, como o glutamato contido no tomate. Entre outras aplicações, o IMP e o GMP são eficazes nos preparados pobres em sódio. Os nucleótidos intensificadores de sabor são utilizados pelos grandes fabricantes de produtos alimentares para dar mais gosto aos alimentos, quer isoladamente (quando o alimento já contém glutamato natural), quer, o que é mais frequente, em combinação com o MSG.
- (7) São utilizados principalmente para substituir extractos de carne, para realçar os sabores doce e de carne, para «disfarçar» determinados sabores e para eliminar travos amargos.

2. OS PRODUTORES

- a) AJINOMOTO COMPANY, INC. (JAPÃO)
- (8) A Ajinomoto Company, Inc. («Ajinomoto») é a empresa-mãe de um grupo de fabricantes de produtos químicos, nomeadamente nucleótidos, e de produtos alimentares. Valendo-se das suas capacidades tecnológicas no domínio dos aminoácidos, o grupo desenvolve e fabrica igualmente produtos farmacêuticos. Para as suas actividades, a Ajinomoto conta com uma rede de produção e de comercialização com instalações em 21 países.
- (9) A Ajinomoto explora fábricas de nucleótidos no Japão.

(1) JO 13 de 21.2.1962, p. 204.

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

(3) JO L 354 de 30.12.1998, p. 18.

(4) JO C 64 de 12.3.2004.

(5) Ver, sob o título «Duração da infracção», as datas relativas a cada empresa.

(10) Na Europa, as suas filiais são a Ajinomoto Europe Sales GmbH (Hamburgo, Alemanha), a Ajinomoto Eurolysine (Paris, França), a OmniChem (Louvain-la-Neuve, Bélgica) e a Forum Holdings Ltd (Reino Unido).

(11) Em 2001, o conjunto das empresas do grupo Ajinomoto realizou, a nível mundial, um volume de negócios de 8 680 milhões de euros.

b) TAKEDA CHEMICAL INDUSTRIES LIMITED (JAPÃO)

(12) A Takeda Chemical Industries Ltd («Takeda») é a empresa-mãe de um grupo que fabrica produtos farmacêuticos, produtos químicos, vitaminas a granel, produtos fitossanitários e aditivos alimentares, nomeadamente os nucleótidos.

(13) A distribuição dos nucleótidos nos mercados do EEE é organizada pela Mitsui & Co. (Japão). No entanto, existem na Europa diversas filiais que promovem a comercialização a nível local: a Mitsui & Co. Deutschland GmbH (para as vendas destinadas à Europa Ocidental (incluindo a Alemanha, os Países Baixos, Portugal e a Suíça) à Europa do Norte, à Europa Oriental e à Turquia), a Mitsui & Co. UK Plc (para as vendas no Reino Unido e na Irlanda) e a Mitsui & Co. France SA (para as vendas em França).

(14) No exercício financeiro de 1 de Abril de 2001 a 31 de Março de 2002, a Takeda realizou, a nível mundial, um volume de negócios de 9 247 milhões de euros ⁽⁶⁾.

c) DAESANG CORPORATION (COREIA DO SUL)

(15) A Daesang Corporation («Daesang») é a empresa-mãe de um grupo que desenvolve as suas actividades a nível mundial. Entre estas actividades contam-se a produção de condimentos, de alimentos para animais e de aminoácidos. O grupo resulta da fusão da Daesang Industrial Limited e da Miwon Corporation Limited, que teve lugar em Novembro de 1997. A Daesang Industrial Limited era anteriormente conhecida pela designação de Sewon Corporation Limited e de Miwon Foods Corporation Limited (a seguir designadas «Daesang» ou «Miwon»).

(16) Desde Setembro de 1994, a Daesang Europe BV é a filial de vendas europeia da Daesang Corporation para os nucleótidos, cujos clientes são principalmente distribuidores independentes no EEE.

(17) Em 2001, a Daesang registou um volume de negócios, a nível mundial, de 1 382 milhões de euros ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Foi utilizada a seguinte taxa de câmbio: 1 euro = 108,682 JPY (base de dados de referência do Eurostat — taxa de câmbio de 2001).

⁽⁷⁾ 1 euro = 1 154,83 won (base de dados de referência do Eurostat — taxa de câmbio de 2001).

d) CHEIL JEDANG CORPORATION (COREIA DO SUL)

(18) A Cheil Jedang Corporation («Cheil») é a empresa-mãe de um grupo de empresas estabelecidas e a exercerem as suas actividades no mundo inteiro. Foi criada em 1953 pelo grupo sul-coreano Samsung, que fez dela a sua primeira filial de produção. A Cheil tornou-se independente em 1993. É uma empresa diversificada, que está presente nos mercados dos produtos farmacêuticos e dos produtos alimentares, entre outros. Entrou no mercado dos nucleótidos em 1977.

(19) A Cheil desenvolve a sua actividade no EEE por intermédio da CJ Europe GmbH, que detém a 100 %, e de diversos distribuidores independentes.

(20) Em 2001, o conjunto das empresas do grupo Cheil realizou um volume de negócios total de 1 976 milhões de euros ⁽⁸⁾.

3. O MERCADO

a) A OFERTA

1. Produção

(21) Os quatro maiores produtores de nucleótidos são a Ajinomoto, a Takeda, a Cheil e a Daesang. Durante o período da infracção, os outros produtores eram a Kyowa Hakko Kogyo Co. Ltd («Kyowa») (Japão) ⁽⁹⁾ e a Yamasa Corporation (Japão) ⁽¹⁰⁾.

(22) Em 1997, a capacidade mundial total de produção de nucleótidos era de cerca de 10 700 toneladas métricas («tm»), contra cerca de 6 660 tm em 1992.

(23) Nenhum dos produtores japoneses ou sul-coreanos de nucleótidos possui instalações de produção na Comunidade. A Cheil possui uma fábrica na Indonésia e a Kyowa construiu recentemente uma nos Estados Unidos.

2. Distribuição

(24) Os referidos produtores japoneses e sul-coreanos vendem nucleótidos no mercado do EEE por intermédio de filiais de vendas e de distribuidores independentes estabelecidos em vários Estados-Membros.

(25) Desde Setembro de 1994, a Daesang vende nucleótidos na Europa por intermédio da sua filial, detida a 100 %, Daesang Europe BV, que importa nucleótidos da Ásia e os vende principalmente a distribuidores independentes do EEE.

⁽⁸⁾ 1 euro = 1,13404 USD (base de dados de referência do Eurostat — taxa de câmbio de 2001).

⁽⁹⁾ Em 1992, a Kyowa Hakko deixou de exportar nucleótidos para a Europa.

⁽¹⁰⁾ Em 1994, a Yamasa Corporation deixou de fornecer intensificadores de sabor para a Europa.

- (26) A Ajinomoto vende nucleótidos no EEE por intermédio da sua filial de vendas Ajinomoto Europe Sales GmbH, estabelecida em Hamburgo, na Alemanha, e de distribuidores independentes.
- (27) A Cheil, por sua vez, apoia-se na sua filial, detida a 100 %, CJ Europe GmbH e em distribuidores independentes para vender nucleótidos no EEE.
- (28) A Takeda recorre a um distribuidor independente, que assegura a distribuição dos nucleótidos no EEE por intermédio das suas filiais estabelecidas na Alemanha, em França e no Reino Unido.
- b) A PROCURA
- (29) A procura de nucleótidos está directamente ligada à indústria alimentar. Tal como anteriormente referido, os nucleótidos são principalmente utilizados pelos grandes fabricantes de produtos alimentares para realçar o sabor dos alimentos.
- (30) Entre 1992 e 1999, o mercado dos nucleótidos conheceu um rápido crescimento: enquanto em 1992 o consumo mundial era de cerca de 4 465 tm, em 1999 já ultrapassava largamente 9 000 tm. Durante este período, calcula-se que o consumo de nucleótidos na Comunidade tenha passado de cerca de 200 tm para mais de 500 tm.
- (31) Segundo os cálculos da Comissão, o mercado total do EEE representava 12 milhões de euros em 1997. Em 2000, este valor tinha caído para cerca de 7,5 milhões de euros.
- (32) Calcula-se que os três principais clientes na Europa, a [*] (*), a [*] (incluindo a [*] que foi adquirida pela [*] na década de 1990) e a [*] representam entre 45 % e 55 % do total de nucleótidos vendidos anualmente na Europa. A [*] e a [*] compram, respectivamente, cerca de 20 % e de 15 % da totalidade de nucleótidos importados na Europa.
- c) INFORMAÇÃO SOBRE O MERCADO
- (33) O mercado dos nucleótidos é essencialmente mundial. Os principais produtores são grandes empresas multinacionais estabelecidas no Japão e na Coreia do Sul. Embora a produção se situe principalmente na Ásia, as vendas são mundiais (essencialmente em três grandes zonas geográficas: América do Norte, Europa e Ásia). Assim, o mercado geográfico relevante dos nucleótidos deve ser considerado mundial.
- (34) Todos os nucleótidos vendidos no EEE são importados de fora do EEE.
- (35) Os produtores sul-coreanos beneficiaram de um sistema comunitário de preferências generalizadas até 30 de Abril de 1998 ⁽¹⁾.
- (36) A base em que assenta essencialmente a produção de nucleótidos destinados a venda, assim como o próprio processo de produção, estão patenteados. Entre os factores que podem influenciar a escolha do fornecedor pelo cliente, as partes mencionaram a qualidade do produto, o preço, a entrega e a assistência técnica.
- (37) Desde o início de 1988 até ao final de 1997, o preço mensal médio dos nucleótidos no EEE manteve-se estável (aproximadamente entre 22 e 27 euros/kg). A seguir, o preço começou a registar grandes descidas (aproximadamente entre 12 e 16 euros em 1999 e entre 8 e 12 euros em 2000).
- d) COMÉRCIO ENTRE ESTADOS-MEMBROS
- (38) Durante o período considerado na presente decisão, o mercado dos nucleótidos foi caracterizado por fluxos consideráveis entre os actuais Estados-Membros e entre as partes contratantes do Acordo EEE.
- (39) Todas as empresas comercializaram este produto na quase totalidade dos Estados-Membros, por intermédio de filiais de venda ou de distribuidores estabelecidos na Comunidade.
- (40) A Daesang, por exemplo, vende nucleótidos em toda a Comunidade por intermédio da Daesang Europe BV, estabelecida nos Países Baixos. A Cheil e a Ajinomoto recorrem igualmente às suas filiais. Por seu turno, a Takeda comercializa os seus nucleótidos por intermédio de um distribuidor independente, que tem filiais na Alemanha, no Reino Unido e em França. O seu ponto de venda alemão cobre quase todo o território da Comunidade, à excepção da França, do Reino Unido e da Irlanda, onde tem outras filiais.

⁽¹⁾ De 1 de Janeiro de 1989 a 31 de Dezembro de 1989: 0 % (SPG ou Sistema de Preferências Generalizadas) — Regulamento (CEE) n.º 4257/88 do Conselho, de 19 de Dezembro de 1988, que aplica preferências pautais generalizadas para o ano de 1989 a certos produtos industriais originários de países em vias de desenvolvimento (JO L 375 de 31.12.1988, p. 1); de 1 de Janeiro de 1990 a 31 de Dezembro de 1990: 0 % (SPG) — Regulamento (CEE) n.º 3896/89 do Conselho, de 18 de Dezembro de 1989, que aplica preferências pautais generalizadas para o ano de 1990 a certos produtos industriais originários de países em vias de desenvolvimento (JO L 383 de 30.12.1989, p. 1); de 1 de Janeiro de 1991 a 31 de Dezembro de 1994: 0 % (SPG) — Regulamento (CEE) n.º 3831/90 do Conselho, de 20 de Dezembro de 1990, que aplica preferências pautais generalizadas para o ano de 1991 a certos produtos industriais originários de países em vias de desenvolvimento (JO L 370 de 31.12.1990, p. 1) e de 1 de Janeiro de 1995 a 30 de Abril de 1998: 0 % (SPG) — Regulamento (CE) n.º 3281/1994 do Conselho, de 19 de Dezembro de 1994, relativo à aplicação de um sistema plurianual de preferências pautais generalizadas no período 1995-1998 a certos produtos industriais originários de países em vias de desenvolvimento (JO L 348 de 31.12.1994, p. 1).

(*) Os parênteses rectos assinalados com asterisco representam informações confidenciais que foram suprimidas do texto.

- (41) Uma parte substancial das vendas de nucleótidos efectuadas na Comunidade foi constituída, portanto, por trocas entre Estados-Membros.
- (42) Durante o período da infracção e desde a criação do EEE, registaram-se igualmente vendas a utilizadores de nucleótidos estabelecidos no EEE, principalmente por intermédio de filiais e de distribuidores já estabelecidos na Comunidade.

C. PROCEDIMENTO

a) PROCEDIMENTO INICIADO PELA COMISSÃO

- (43) Em 9 Setembro de 1999, a empresa japonesa Takeda apresentou um pedido ao abrigo da comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas ⁽¹²⁾ (a seguir designada por «Comunicação de não aplicação ou redução de coimas»), informando a Comissão da existência de um cartel no sector dos nucleótidos e da sua intenção de cooperar inteiramente com a Comissão. Em 14 de Setembro de 1999, a Takeda enviou à Comissão um *dossier* com documentos relacionados com o caso.
- (44) Em 1 de Fevereiro de 2000, a Daesang confirmou à Comissão a existência de um cartel no sector dos nucleótidos e informou-a da sua intenção de cooperar plenamente com o respectivo inquérito.
- (45) Em 21 de Fevereiro de 2000, a Comissão enviou um pedido de informações à Ajinomoto, à Cheil, à Daesang e à Kyowa, solicitando esclarecimentos detalhados sobre os contactos que estes concorrentes haviam mantido entre si de 1992 a 1999.
- (46) Das informações obtidas em 2000, concluiu-se que o cartel existia já antes de 1992, pelo que a Comissão enviou, em 11 de Junho de 2001, um novo pedido de informações à Takeda, à Ajinomoto, à Daesang e à Cheil a respeito do período entre 1988 e 1992.
- (47) Nas suas respostas ao primeiro pedido de informações da Comissão (de 3 de Abril e de 21 de Abril de 2000), a Daesang admitiu ter participado em reuniões entre concorrentes e forneceu documentos que especificavam o objecto e a data de diversas reuniões, bem como a identidade dos participantes. Em 10 de Maio de 2001, a empresa apresentou observações complementares.
- (48) A Ajinomoto respondeu ao pedido de informações da Comissão em 3 de Abril e 5 de Maio de 2000, enviando documentos relativos às reuniões e manifestou a sua intenção de cooperar plenamente com o procedimento iniciado pela Comissão. Na sua resposta ao pedido de informações da Comissão recebida em 17 de Abril de 2000, a Cheil reconheceu ter participado em reuniões entre concorrentes e forneceu outros pormenores e documentos relativos às mesmas. Manifestou igualmente a sua intenção de cooperar plenamente com o inquérito. Em 4 de Maio de 2000, a Kyowa respondeu ao pedido de informações da Comissão com uma declaração na qual admitia ter participado em reuniões entre concorrentes até ao final de 1993 e manifestava igualmente a sua intenção de cooperar plenamente com o inquérito. A Kyowa demonstrou ainda que, desde 1992, tinha deixado de vender na Europa nucleótidos utilizados como intensificadores de sabor.
- (49) Em 20 de Outubro de 2000, a Takeda enviou à Comissão uma declaração relativa a determinadas práticas anticoncorrenciais em que participara na Comunidade, completando assim os documentos entregues em 14 de Setembro de 1999. Nesta declaração, prestava esclarecimentos sobre o cartel, a sua estrutura e regras básicas e sobre as reuniões entre concorrentes.
- (50) Como já foi referido, a Comissão enviou, em 11 de Junho de 2001, um segundo pedido de informações respeitante ao período 1988-1992. Na sua resposta de 20 de Julho de 2001, a Takeda prestou esclarecimentos complementares sobre o funcionamento do cartel antes de 1992.
- (51) A Ajinomoto, por seu lado, afirmou na sua resposta de 30 de Julho de 2001 que não encontrou referências a reuniões com os concorrentes do sector dos nucleótidos no período entre 1988 e 1991. Admitiu, no entanto, que tenham sido realizadas algumas reuniões deste tipo.
- (52) A Daesang respondeu em 23 de Julho de 2001, confirmando a sua participação no cartel desde Outubro de 1988.
- (53) Na sua resposta de 14 de Agosto de 2001, a Cheil declarou que as reuniões realizadas entre 1988 e 1991 não tinham incidido sobre o mercado europeu.
- (54) Em 24 de Outubro e 20 de Dezembro de 2001, a Comissão enviou um pedido de informações à Yamasa. Na sua resposta de 17 de Janeiro de 2002, esta empresa demonstrou que deixara de vender na Europa nucleótidos utilizados como intensificadores de sabor desde Julho de 1994.
- (55) Em 24 de Outubro de 2001 e 31 de Janeiro de 2002, representantes da Ajinomoto reuniram-se com os serviços da Comissão para discutir sobre a sua cooperação e apresentaram duas notas complementares, respectivamente em 17 de Dezembro de 2001 e 31 de Janeiro de 2002.
- (56) Em 10 de Julho de 2002, a Comissão enviou uma comunicação de objecções à Ajinomoto, à Takeda, à Daesang e à Cheil.

(12) JO C 207 de 18.7.1996, p. 4.

D. DESCRIÇÃO DOS ACONTECIMENTOS

1. PARTICIPANTES E ORGANIZAÇÃO

- (57) As reuniões realizavam-se geralmente ao mais elevado nível (de directores-gerais e directores), como demonstram os elementos de prova do processo relativos às datas e locais da maior parte das reuniões do cartel e à identidade dos participantes⁽¹³⁾.
- (58) A Kyowa e a Yamasa cessaram as suas vendas fora do Japão respectivamente em 1992 e 1994, deixando a Ajinomoto, a Takeda, a Cheil e a Daesang como únicos operadores nos mercados mundiais (fora do Japão). Consequentemente, e como o demonstraram os elementos de prova contidos no processo da Comissão, as reuniões limitaram-se à Takeda, à Ajinomoto, à Cheil e à Daesang a partir de Outubro de 1994⁽¹⁴⁾.
- (59) Os participantes reuniam-se habitualmente na última metade de Agosto/Setembro, antes do envio das tabelas anuais de preços aos três (inicialmente quatro) grandes utilizadores comerciais europeus de nucleótidos, a []*, a []*, a []* e a []* (que foi adquirida a []* na década de 1990). Estes preços serviam, posteriormente, como referência para os preços de venda a aplicar aos outros clientes⁽¹⁵⁾ e para a repartição dos clientes entre as empresas visadas.
- (60) Habitualmente, os produtores convocavam uma reunião entre os meses de Janeiro e Março seguintes, para verificarem os resultados da negociação dos contratos anuais com os três grandes clientes e discutirem os preços a aplicar no mercado em geral⁽¹⁶⁾.
- (61) Os participantes organizavam igualmente reuniões bilaterais para preparação das reuniões multilaterais ou para verificarem a aplicação dos acordos relativamente, por exemplo, a clientes específicos.

2. CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS DO CARTEL

PRINCÍPIOS BÁSICOS

- (62) A estrutura, organização e funcionamento do cartel assentavam numa apreciação comum do mercado. Tal como anteriormente referido, os produtores reconheceram que, na Europa, o mercado era constituído essencialmente por três grandes utilizadores industriais de nucleótidos: a []*, a []* (que adquiriu a []* na década de 1990) e a []*. Só por si, estas empresas compravam anualmente entre 45 % e 55 % do total de nucleótidos vendidos na Europa.

- (63) As reuniões do cartel tinham por finalidade a análise das tendências gerais no mercado dos nucleótidos, a troca de informações sobre os preços e a repartição, entre os produtores, dos contratos de venda anuais com os referidos grandes utilizadores de nucleótidos da Comunidade. Os preços a que os nucleótidos eram vendidos a estas três empresas deveriam depois servir de referência para determinar os preços de venda aos outros clientes⁽¹⁷⁾.
- (64) No quadro do acordo, os produtores japoneses compravam os nucleótidos aos produtores coreanos que, em contrapartida, acordavam em limitar as suas vendas em certos mercados e a certos clientes (os chamados «acordos de compras compensatórias»). Assim, a Takeda fazia compras compensatórias à Cheil, enquanto a Ajinomoto as fazia à Daesang⁽¹⁸⁾.
- (65) Os princípios básicos do acordo estão muito claramente expostos na acta, redigida pela Takeda, de uma reunião realizada em 25 de Julho de 1997 entre esta empresa e a Ajinomoto⁽¹⁹⁾, na qual foi apresentado o novo []* desta última. Segundo os próprios termos da Takeda, foi na altura explicado a este responsável que as reuniões regulares entre concorrentes tinham por objectivos: «a) manter e alterar os preços no mercado internacional; b) respeitar os mercados de cada um; e c) repartir entre os produtores os grandes clientes europeus».

a) Fixação dos preços

- (66) Os membros do cartel combinavam os preços «mínimos» e «objectivo» a aplicar. Começavam por fixar os preços de venda aos três grandes clientes europeus, que depois lhes serviam de referência para determinar os preços a aplicar aos outros clientes. Uma vez por ano, discutiam o preço-objectivo a aplicar no ano seguinte aos seus três principais clientes⁽²⁰⁾ (ver, por exemplo, os considerandos 80, 87, 92, 94, 98, 108, 112 e 113, 118 a 120, 124, 127 a 129 e 139 a 141).
- (67) Os preços eram geralmente fixados em dólares americanos (USD) e em marcos alemães (DEM). No mercado europeu, o marco servia geralmente como divisa de referência. Os preços eram depois convertidos na moeda do país comprador, para serem anunciados e aplicados aos clientes nacionais.

⁽¹⁷⁾ Declaração da Takeda, página 2170 do processo da Comissão.

⁽¹⁸⁾ Ver página 303 e página 1962 do processo da Comissão.

⁽¹⁹⁾ Ver páginas 2158-2161 do processo da Comissão.

⁽²⁰⁾ Declaração da Takeda, páginas 2170-2171 do processo da Comissão; declaração da Daesang, página 1933 do processo da Comissão; observações complementares da Daesang, página 1963 do processo da Comissão; declaração da Kyowa, páginas 870-871 do processo da Comissão; declaração da Cheil, página 304 do processo da Comissão; nota da Ajinomoto, página 2, parágrafo 3 (página 2445 do processo da Comissão).

⁽¹³⁾ Ver páginas 1931-1947 e 1961-1974, páginas 316-319, página 1995 e páginas 2174-2175 do processo da Comissão.

⁽¹⁴⁾ Ver também páginas 2170-2171 do processo da Comissão.

⁽¹⁵⁾ A Ajinomoto refere-se a estes outros clientes (para além de []*, []* e []*) como «o mercado geral».

⁽¹⁶⁾ Ver páginas 2170-2171 do processo da Comissão.

b) **Repartição dos clientes (e partilha dos mercados)**

FUNCIONAMENTO

- (68) A []* e a []* eram tradicionalmente abastecidas pela Takeda, enquanto a []* era abastecida pela Ajinomoto ⁽²¹⁾. Segundo a Daesang, existia um acordo entre a Takeda e a Ajinomoto segundo o qual a Takeda não vendia nucleótidos aos clientes da Ajinomoto e vice-versa ⁽²²⁾.
- (69) Para proteger as suas vendas a estes três grandes clientes europeus de nucleótidos, a Takeda e a Ajinomoto estabeleceram igualmente acordos com os seus principais concorrentes, nos termos dos quais a Takeda e a Ajinomoto compravam nucleótidos aos seus concorrentes que, em contrapartida, limitavam as suas vendas aos três grandes utilizadores europeus ⁽²³⁾. Como escreve a Cheil ⁽²⁴⁾, «As empresas japonesas (Takeda e Ajinomoto) deveriam comprar nucleótidos à Cheil e à Miwon (Daesang), respectivamente. Em contrapartida, os produtores coreanos não venderiam os seus produtos aos [“três grandes”] europeus e limitariam as suas vendas no Japão» (ver, por exemplo, considerando 78, 81, 84, 86, 100 a 102, 108, 111 e 112, 114, 116 e 117 e 122 e 123).
- (70) Este mecanismo de compensação, corolário do sistema de repartição dos clientes, conduziu igualmente, na prática, a uma repartição dos mercados a nível mundial, como o confirma a Cheil ⁽²⁵⁾. Com efeito, para compensar o facto de os produtores coreanos não abastecerem determinados clientes, as empresas japonesas compravam-lhes uma parte da sua produção ⁽²⁶⁾. Uma vez que estes clientes estavam localizados em mercados distintos daqueles em que eram efectuadas as vendas compensatórias, isto conduzia, efectivamente, a uma repartição de mercados entre os produtores (ver, por exemplo, considerando 81 e 82, 85, 94 e 95, 100 a 102, 110, 112, 122, 124 e 134).
- (71) A Takeda confirma que «a repartição entre os produtores dos contratos de venda anuais concluídos com os três grandes utilizadores comerciais de nucleótidos da Comunidade, nomeadamente, []*, []* e []*» fazia parte integrante dos acordos constitutivos do cartel.

- (72) A realização de reuniões regulares e frequentes entre os destinatários da presente decisão constituía um elemento essencial do funcionamento do acordo. Entre 1989 e 1998, realizaram-se mais de vinte reuniões multilaterais (com a presença de todos os membros do cartel). Por outro lado, durante o mesmo período, as partes tiveram reuniões bilaterais (das quais foram registadas mais de 35). Estas reuniões permitiam às empresas, por exemplo, preparar as suas posições respectivas para as reuniões multilaterais. Além disso, contactavam-se ocasionalmente por telefone (foram identificadas cerca de 10 conversas telefónicas).
- (73) As reuniões do cartel eram geralmente convocadas pouco tempo antes da negociação dos contratos anuais com os três «grandes clientes europeus», para acordar os preços-objectivo a propor e para repartir os contratos ⁽²⁷⁾. As partes realizavam igualmente reuniões para verificar a aplicação dos preços-objectivo nas negociações ⁽²⁸⁾, ainda que a análise dos antigos preços-objectivo e a dos novos preços-objectivo a aplicar fosse frequentemente objecto de uma única e mesma reunião (ver, por exemplo, os considerando 93 e 94, 96, 103, 109, 118, 125 e 126, 130 e 131 e 141).
- (74) Os participantes trocavam também informações sobre os seus preços e volumes de vendas. Estas informações serviam de base, posteriormente, para a fixação dos preços-objectivo ⁽²⁹⁾ (ver, por exemplo, considerando 80, 96, 98, 103, 115, 133).

3. PRIMEIROS CONTACTOS

- (75) A Cheil admite que se realizaram algumas reuniões entre concorrentes a partir de Julho de 1988, embora tenha inicialmente declarado que as reuniões realizadas entre 1988 e 1991 não pareciam dizer respeito ao EEE, tendo incidido essencialmente sobre os mercados japonês e asiáticos ⁽³⁰⁾.
- (76) Um relatório da Cheil respeitante a uma viagem de negócios, de 16-28 de Julho de 1988 e anexo à sua declaração de 2001 (anexo 5), indica que «a Takeda declarou que estava a organizar uma reunião P ⁽³¹⁾ sobre os nucleótidos, para prevenir um endurecimento da concorrência decorrente da entrada da Miwon (Daesang) no mercado, e pediu-nos que a apoiássemos participando nessa reunião P».

⁽²¹⁾ Declaração da Takeda, página 2170 do processo da Comissão.
⁽²²⁾ Observações complementares da Daesang, página 4 (página 1963 do processo da Comissão).
⁽²³⁾ Declaração da Cheil, página 2, parágrafo 2 (página 301 do processo da Comissão); declaração da Kyowa, página 5, parágrafo 1 (página 870 do processo da Comissão); observações complementares da Daesang, páginas 1963-1964.
⁽²⁴⁾ Declaração da Cheil, página 5 (página 304 do processo da Comissão).
⁽²⁵⁾ Declaração da Cheil, página 4 (página 303 do processo da Comissão).
⁽²⁶⁾ Declaração da Cheil, página 5 (página 304 do processo da Comissão); ver também páginas 1963-1964 do processo da Comissão.

⁽²⁷⁾ Declaração da Takeda, página 2170-2171 do processo da Comissão.
⁽²⁸⁾ Declaração da Takeda, página 2171 do processo da Comissão.
⁽²⁹⁾ Declaração da Takeda, página 2170 do processo da Comissão.
⁽³⁰⁾ Ver páginas 1181-1182 do processo da Comissão.
⁽³¹⁾ A expressão “reuniões P” refere-se a reuniões entre produtores ou para fixação de preços.

- (77) Por seu lado, a Takeda situa por volta de 1989 o início das reuniões entre concorrentes ⁽³²⁾.
- (78) A Kyowa declarou, por seu turno, que as reuniões entre os produtores japoneses de nucleótidos teriam começado, pelo menos, em 1986, mas «[...] é provável que tenham mesmo começado antes» ⁽³³⁾. A Kyowa acrescenta que, a seu ver, «os principais operadores por trás destas reuniões eram a Takeda e a Ajinomoto, negociando a primeira com a Cheil e a segunda com a [Daesang]. A Takeda era também a coordenadora do grupo» ⁽³⁴⁾.
- (79) A Ajinomoto reconhece ter-se reunido, ocasionalmente, com representantes da Cheil, da Takeda, da Kyowa e da Yamasa, a partir de 1988. Embora tivesse inicialmente afirmado que não encontrara informações sobre as reuniões que teriam decorrido entre 1988 e 1991 ⁽³⁵⁾, juntou à sua nota complementar de 17 de Dezembro de 2001 diversos documentos internos relativos às reuniões realizadas durante esse período ⁽³⁶⁾.
- (80) Uma nota interna da Ajinomoto revela que representantes dos produtores japoneses de nucleótidos (Takeda, Ajinomoto, Kyowa e Yamasa) se reuniram em 8 e 10 de Novembro de 1988. No que se refere ao mercado europeu, trocaram informações sobre os preços aplicados ou a aplicar por cada empresa aos três grandes utilizadores finais europeus, []*, []* e []*, e discutiram ou acordaram também os preços-objectivo para o mercado geral europeu (que exclui os «três grandes») no ano civil de 1989 ⁽³⁷⁾.
- (81) A Daesang afirma ⁽³⁸⁾ que foi contactada pela primeira vez pelos produtores japoneses pouco depois de ter começado a produzir nucleótidos, em 1987: foi organizada uma reunião entre os produtores japoneses (a Daesang fala da «Associação» dos produtores japoneses) e os representantes da Miwon (agora Daesang) em Tóquio, em 5 de Outubro de 1988. Esta reunião tinha por finalidade limitar a participação da Miwon no mercado japonês e analisar as possibilidades de cooperação com os produtores coreanos. Estas conversações conduziram à celebração, em 19 de Dezembro de 1988, de um «acordo de compras compensatórias» entre a Ajinomoto e a Miwon. Embora fosse apresentado como um «contrato de fornecimento», a Daesang reconhece que este acordo estava subordinado à condição verbal de que a Miwon não aumentasse as suas vendas no Japão nem prejudicasse a cooperação entre os produtores japoneses em matéria de preços mundiais ⁽³⁹⁾.
- (82) Esta informação é corroborada por um fax interno da Miwon de 9 de Novembro de 1988, no qual é feita referência à negociação deste contrato de fornecimento com a Ajinomoto: «O contrato contém uma cláusula que proíbe novas vendas». A Daesang explica que isto significava que a Ajinomoto só estava disposta a comprar nucleótidos à Miwon na condição de esta não aumentar as suas vendas no Japão ⁽⁴⁰⁾.
- (83) A Daesang acrescenta que, na referida reunião de 5 de Outubro de 1988, a Ajinomoto afirmara claramente que fazia compras compensatórias à Miwon enquanto a Cheil fazia compras compensatórias à Takeda. A Ajinomoto comprava os produtos da Miwon por intermédio do distribuidor da Takeda, que assim lhe servia de cobertura ⁽⁴¹⁾.
- (84) A este respeito, a Daesang especifica que na origem do acordo estiveram os produtores japoneses ⁽⁴²⁾, o que confirma as supracitadas declarações da Kyowa [«Os principais actores por trás destas reuniões eram a Takeda e a Ajinomoto. [...] A Takeda era também a coordenadora do grupo» ⁽⁴³⁾]. A Cheil também considera que o acordo era dirigido pelos produtores japoneses: «O contexto comercial geral dos acontecimentos expostos é o de produtores em posição dominante que procuram proteger um duopólio efectivo contra novos concorrentes» ⁽⁴⁴⁾.
- (85) A este respeito, a Ajinomoto alega ⁽⁴⁵⁾ que o seu papel deve ser considerado como subordinado ao da Takeda, que teria estado na origem do acordo e teria orquestrado o seu desenvolvimento: «Não dispondo de uma rede de vendas bem organizada no EEE [...] e perante a chegada ao mercado de novos concorrentes sul-coreanos, a Takeda quis proteger a sua posição de líder em relação a []* e a [], repartindo os clientes entre os produtores e fixando os preços. As reuniões entre concorrentes eram iniciadas por [um representante da Takeda]* [...]. Era este que presidia às reuniões e pronunciava os discursos de abertura e de encerramento. Durante as reuniões, conduzia as discussões e desenhava gráficos num quadro branco. A Takeda protestava energicamente de cada vez que se apercebia de que outras empresas tinham aplicado preços inferiores aos que tinham sido acordados para a []* e a []* ⁽⁴⁶⁾».

⁽³²⁾ Ver página 2170 do processo da Comissão.

⁽³³⁾ Ver página 869 do processo da Comissão.

⁽³⁴⁾ Ver página 869 do processo da Comissão.

⁽³⁵⁾ Ver página 2030 do processo da Comissão.

⁽³⁶⁾ Ver páginas 2256-2299 do processo da Comissão.

⁽³⁷⁾ Ver páginas 2264-2269 do processo da Comissão.

⁽³⁸⁾ Observações complementares, página 2, ponto 1.

⁽³⁹⁾ Ver página 1962 e páginas 986-989 do processo da Comissão.

⁽⁴⁰⁾ Ver páginas 990-992 e página 1962 do processo da Comissão.

⁽⁴¹⁾ Declaração complementar da Daesang, página 3, e respectivos anexos K e L.

⁽⁴²⁾ Ver páginas 1961-1962 do processo da Comissão.

⁽⁴³⁾ Ver página 4 da declaração da Kyowa, página 869 do processo da Comissão.

⁽⁴⁴⁾ Ver página 2, parágrafo 2 da declaração da Cheil, página 301 do processo da Comissão.

⁽⁴⁵⁾ Ver páginas 2557-2558 do processo da Comissão.

⁽⁴⁶⁾ Isto é desmentido pelos elementos factuais contidos no processo da Comissão. Numa nota interna da Ajinomoto [ver anexo 11 da nota da Ajinomoto de 30 de Junho de 2000, ou páginas 2496-2499 do processo da Comissão, afirma-se: «Como produtor líder do mercado, nós (Ajinomoto) devemos, juntamente com a Takeda, tomar a iniciativa em matéria de aumentos de preços, pelo que teremos, muito provavelmente, de enfrentar ventos contrários. No entanto, é inevitável que tenhamos de assumir riscos»; ver também anexos 7 e 8 à nota da Ajinomoto, páginas 2483-2488 do processo da Comissão].

(86) Segundo a Daesang, teria sido celebrado, no início de Março de 1989, um outro contrato de compras compensatórias entre a Takeda e a Miwon. Este contrato teria sido negociado pela Ajinomoto em representação da Miwon. A Comissão tem em conta o facto de a Ajinomoto negar, na sua resposta à comunicação de objecções, ter negociado um contrato com a Takeda em representação da Miwon. As condições deste contrato com a Takeda eram as seguintes: a Miwon (agora Daesang) não deveria aumentar as suas vendas no Japão, deveria cooperar com os produtores japoneses no aumento do preço dos nucleótidos a nível mundial e deveria abster-se de vender os seus produtos aos «três grandes» clientes (a [*], a [*] e a [*]).

4. FUNCIONAMENTO DO ACORDO DE CARTEL

(87) Segundo um relatório relativo a uma viagem de negócios⁽⁴⁷⁾, teve lugar entre 7 e 23 de Março de 1989 uma reunião de produtores de nucleótidos (na qual participou a Cheil). Este relatório indica que os participantes combinaram reunir-se de novo em Kyung Ju, na Coreia, em 7 de Junho de 1989 (segundo a Daesang, foi nesta reunião que se fixaram os preços-objectivo para 1989).

(88) Um fax interno da Miwon Japan à Mitra⁽⁴⁸⁾, de 30 de Maio de 1989⁽⁴⁹⁾, refere, além do fornecimento de produtos à Ajinomoto, a próxima realização de uma reunião com os concorrentes sobre os nucleótidos, em 6 e 7 de Junho de 1989, em Kyung Ju, na Coreia, à qual deveriam assistir representantes da Takeda, da Ajinomoto, da Miwon e de outros dois produtores.

(89) A Daesang julga que os preços-objectivo de 1989 foram fixados nesta reunião de produtores, em 6 e 7 de Junho de 1989⁽⁵⁰⁾.

(90) Um fax interno da Ajinomoto de 9 de Junho de 1989 confirma a realização desta reunião: «Numa reunião efectuada anteontem na Coreia, a Takeda informou os coreanos de que a [...] solicitara a redução do seu preço CIF de 27,50 USD para o preço prevalecente no mercado»⁽⁵¹⁾.

(91) Um fax interno da Ajinomoto, de 13 de Julho de 1989, indica que foi pedido à sua filial de vendas europeia que investigasse e confirmasse as informações em seu poder sobre o preço de venda de nucleótidos aplicado pela Takeda à [...], e à [...] e certas informações sobre o baixo preço de venda e os volumes de vendas da Takeda e de outros produtores na Alemanha Ocidental, em França, no Reino Unido, na Suíça e em Espanha, com vista a uma próxima reunião com os produtores de nucleótidos, quatro japoneses e dois coreanos, prevista para 7 de Agosto de 1989, em Taiwan. A Comissão não dispõe de qualquer outra informação que confirme se esta reunião efectivamente se realizou.

⁽⁴⁷⁾ Anexo 5 da declaração da Cheil de 2001.

⁽⁴⁸⁾ Miwon Trading and Shipping Company, filial da Miwon.

⁽⁴⁹⁾ Ver páginas 1963-1965 do processo da Comissão.

⁽⁵⁰⁾ Ver página 1965 do processo da Comissão.

⁽⁵¹⁾ Ver página 2259 e páginas 2270-2272 do processo da Comissão (página 3 e elemento de prova n.º 2 da declaração complementar da Ajinomoto de 17 de Dezembro de 2001).

(92) Em 5 de Outubro de 1989, representantes da Takeda, da Ajinomoto, da Cheil, da Miwon e de dois outros produtores reuniram-se no Hotel ANA, em Tóquio, para discutir os preços na perspectiva das próximas negociações com os grandes clientes, incluindo os do mercado europeu, para 1990, e controlar a aplicação dos acordos de fixação de preços de 1989⁽⁵²⁾.

(93) No entanto, segundo a Daesang, esta reunião de 5 de Outubro de 1989 consistiu, de facto, em várias reuniões. Os preços de 1989 e 1990 aplicáveis aos clientes europeus foram objecto de reuniões bilaterais, por um lado, entre a Takeda e a Miwon e, por outro lado, entre a Takeda e a Cheil. A Takeda informou a Miwon de que «basicamente, a Cheil coopera, o que indica que a Takeda reuniu previamente com a Cheil»⁽⁵³⁾. Às 17 horas do mesmo dia teve lugar uma reunião final, mas que tratou essencialmente de questões relativas ao mercado [...].

(94) Concluiu-se, por fim, que existia uma diferença considerável entre o preço-objectivo e o preço real dos nucleótidos. Os preços-objectivo (inclusivamente para a Europa) relativos a 1990 foram analisados com base em «orientações para a fixação de preços no mercado europeu em 1990», apresentadas pela Takeda, e que previam três preços-objectivo diferentes, em função do volume encomendado pelo cliente (grande, médio ou pequeno cliente). Além disso, a Daesang alega que, na perspectiva de uma provável vinda à Coreia de um responsável de compras da [...], a Takeda instruiu a Miwon no sentido de lhe oferecer um preço de acordo com estas orientações (reproduzidas no quadro abaixo).

A) Mercado europeu — Recomendações propostas para 1990

Preço (CIF)	Cliente — objectivo	Observações
30 USD/kg	Mais de 1 000 kg (grande cliente)	Um lote
31 USD/kg	500-1 000 kg (cliente médio)	Um lote
32 USD/kg	Menos de 500 kg (pequeno cliente)	Um lote

Fonte: Anexos J e L às observações complementares da Daesang⁽⁵⁴⁾.

(95) Na reunião de 5 de Outubro de 1989, a Takeda declarou igualmente que «a Europa é território da Takeda»⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵²⁾ Ver, respectivamente, páginas 2174, 1009-1015, 1016-1024 e 1025-1032 do processo da Comissão.

⁽⁵³⁾ Ver página 1965 do processo da Comissão.

⁽⁵⁴⁾ Observações complementares da Ajinomoto de 17 de Dezembro de 2001, página 4 (página 2260 do processo da Comissão).

⁽⁵⁵⁾ Ver página 1009 do processo da Comissão.

- (96) O anexo M às observações complementares da Daesang ⁽⁵⁶⁾ consiste num fax interno da Miwon, que refere a reunião de 5 de Outubro de 1989 e informa que a posição da sede (da Miwon) é a de procurar respeitar o quadro de base das empresas japonesas em matéria de cooperação. Refere-se a seguir que «os produtores japoneses venderam os seus produtos (em 1989) a um preço muito inferior ao preço-objectivo para o mercado europeu [...]. Por conseguinte, pode-se questionar se as empresas japonesas irão respeitar as supracitadas recomendações em matéria de preços nos contratos aplicáveis em 1990».
- (97) As referidas orientações são confirmadas por um fax interno da Ajinomoto de 6 de Outubro de 1989, que informa que estas foram comunicadas aos produtores coreanos. No entanto, foi igualmente difundida uma outra série de orientações relativas aos preços a aplicar em 1990, mas destinada aos produtores japoneses: 28 USD/kg (52,20 DEM/kg) para os grandes clientes e 30 USD/kg (55,80 DEM/kg) para os restantes clientes (grandes clientes do mercado geral) ⁽⁵⁷⁾.
- (98) Um fax interno da Ajinomoto, de 19 de Dezembro de 1989, refere-se a uma reunião realizada no mesmo dia entre os produtores japoneses sobre os preços a aplicar na Europa em 1990. Segundo este documento, a Takeda teria declarado que iniciara conversações com a [*] e a [*] em duas recentes viagens à Europa, mas estes clientes não teriam aceite os preços propostos. A Takeda teria feito uma oferta à [*] de 27,50 USD/kg, mas pretendia baixá-la para 26 USD/kg. As suas negociações com a [*] estariam ainda em curso ⁽⁵⁸⁾.
- (99) Como já foi referido, os membros do cartel também mantinham, ocasionalmente, contactos bilaterais entre si. Os documentos anexos às observações complementares da Daesang (anexos N e O) constituem um bom exemplo.
- (100) O anexo N das declarações complementares da Daesang ⁽⁵⁹⁾ consiste num fax interno da Mitra para a Miwon Japan, de 22 de Novembro de 1989, que refere expressamente que a Takeda propusera que, se a Miwon aceitasse limitar as suas vendas à [*] e à [*], a Takeda aceitaria desta produtos de qualidade inferior, no quadro do seu acordo de compras compensatórias.
- (101) O anexo O das declarações complementares da Daesang ⁽⁶⁰⁾ consiste num telex da Takeda, de 28 de Novembro de 1989, só recebido pela Miwon alguns dias mais tarde, que enunciava as condições de compra da Takeda à Miwon em 1990 e lhe pedia que oferecesse um determinado preço à [*] e à [*] e que lhe confirmasse seguidamente a sua aceitação.
- (102) Segundo a Daesang, esta só se dispusera a cooperar em 1991, ou seja, a oferecer um determinado preço à [*] e à [*] na condição de que a Takeda lhe comprasse pelo menos 20 toneladas de nucleótidos e só aplicaria um determinado preço à [*] mediante a compra de um volume total de 40 toneladas. No seu fax de 10 de Novembro de 1990 ⁽⁶¹⁾, refere-se que esta questão foi abordada com o [*] da Takeda, aquando da visita deste às instalações da Mitra em 7 de Novembro de 1990. Refere-se que «a Mitra aceita plenamente cooperar para aumentar os preços do mercado mundial». «No entanto, no futuro, exportará livremente para certos clientes na Europa, e em 1991 só estaria disposta a cooperar em relação à [*] e à [*]». «Além disso, a [*] e outros clientes continuam actualmente a solicitar ofertas e procuram confirmar contratos. Se continuarmos a fazer o que a Takeda nos pede e propusermos um preço mais elevado, seguramente não teremos nenhum contrato». Um fax interno, de 19 de Novembro de 1990 ⁽⁶²⁾, refere-se à mesma questão. Os termos precisos dos acordos de compras compensatórias foram igualmente objecto de uma reunião entre a Ajinomoto, o distribuidor da Takeda e a Miwon, realizada em Tóquio em 1 de Maio de 1991 ⁽⁶³⁾.
- (103) Segundo a declaração da Kyowa ⁽⁶⁴⁾, o [*] da Takeda anunciou-lhe, numa reunião de Janeiro de 1991, os preços aplicados pela sua empresa à [*] e à [*], depois de comunicar telefonicamente ao seu homólogo da Kyowa que a Takeda pretendia aumentar estes preços até um determinado nível a partir de Outubro de 1991.
- (104) A Ajinomoto apresentou uma nota interna sobre a situação das negociações com a Takeda relativamente a 1992, redigida, provavelmente, em 21 de Novembro de 1991. Segundo esta nota, a Takeda informou a Ajinomoto, a respeito do contrato de 1992, do facto de «a Takeda estar a tentar aumentar o seu preço em 2 USD (para o fixar em 28,50 USD), mas as negociações estarem a ser muito difíceis, porque este aumento seria muito significativo na moeda local, devido à taxa de câmbio». Além disso, a Takeda lamentou que a Ajinomoto estivesse a fazer ofertas mais vantajosas do que as suas à [*] (17,20 USD, contra os 17,70 USD da Takeda) e pediu-lhe que fizesse, para 1992, uma oferta de 18 USD, o que seria superior ao seu preço ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁵⁶⁾ Ver páginas 1033-1036 do processo da Comissão.

⁽⁵⁷⁾ Ver página 2260 do processo da Comissão.

⁽⁵⁸⁾ Nota complementar da Ajinomoto de 17 de Dezembro de 2001, página 4 (página 2260 do processo da Comissão).

⁽⁵⁹⁾ Ver páginas 1037-1038 do processo da Comissão.

⁽⁶⁰⁾ Ver páginas 1039-1040 do processo da Comissão.

⁽⁶¹⁾ Ver páginas 1041-1044 do processo da Comissão.

⁽⁶²⁾ Ver páginas 1045-1050 do processo da Comissão.

⁽⁶³⁾ Ver páginas 1051-1054 do processo da Comissão.

⁽⁶⁴⁾ Ver página 871 do processo da Comissão.

⁽⁶⁵⁾ Prova n.º 7 anexa à nota complementar da Ajinomoto de 17 de Dezembro de 2001, ou páginas 2285-2287 do processo da Comissão; ver também prova n.º 8, ou páginas 2288-2290. O preço de 28,50 USD corresponde ao I+G (mistura de IMP e GMP), enquanto que os 17,20-18 USD se referem ao IMP isolado.

- (105) Por vezes, para reduzir o risco de serem detectadas, as reuniões eram limitadas a um pequeno número de empresas, que intervinham em representação de outros concorrentes. A Daesang, por exemplo, adianta ⁽⁶⁶⁾ que foi organizada em 27 e 28 de Abril de 1992 uma reunião de alto nível entre os presidentes da Daesang, da Cheil e da Ajinomoto, que representavam igualmente outros produtores japoneses, porque — como declarou a Ajinomoto — «teria parecido suspeito que todos os produtores japoneses se tivessem deslocado ao mesmo tempo a um mesmo local na Coreia».
- (106) Nesta reunião, foi abordada, nomeadamente, a cooperação em matéria de nucleótidos. A Daesang considera que a Ajinomoto participou nesta reunião igualmente em representação de outros produtores japoneses, incluindo a Takeda ⁽⁶⁷⁾.
- (107) A Daesang afirma que representantes da Miwon assistiram a uma reunião na Coreia, em 30 de Junho de 1992, com representantes da Takeda. No entanto, não é dada qualquer informação sobre o objecto desta reunião ⁽⁶⁸⁾.
- (108) Os preços-objectivo de 1993 foram discutidos numa reunião realizada em Tóquio em 20 de Agosto de 1992. Segundo a declaração da Daesang, a agenda desta reunião incluía a cooperação em matéria de fixação de preços dos nucleótidos no mercado internacional, as «compras compensatórias» e a limitação das vendas no mercado []*. O objectivo final, tal como o exprimiu a Takeda, era chegar a um preço mundial único, inclusivamente no mercado japonês, comprando os produtores japoneses uma parte considerável da produção coreana. O preço-objectivo mundial ([]*) apresentado nesta reunião situava-se entre os 30 e os 32 USD. Após uma suspensão da reunião, os participantes chegaram a um acordo sobre o preço-objectivo mundial. Segundo a Daesang, «era evidente que as empresas japonesas tinham analisado todas as questões entre si antes da reunião e que tinham combinado uma posição comum» ⁽⁶⁹⁾. Em apoio desta afirmação, a Daesang apresentou uma cópia da lista de preços-objectivo elaborada pela Takeda para esta reunião de 20 de Agosto de 1992. Esta lista contém os seguintes preços-objectivo para a Europa: 48 DEM/kg e 45 DEM/kg para os três grandes clientes ⁽⁷⁰⁾. Segundo a Cheil, os produtores japoneses solicitaram, nesta reunião, que os preços para a Europa fossem expressos apenas em moedas locais ⁽⁷¹⁾.
- (109) Em 28 de Janeiro de 1993, os participantes reuniram-se de novo em Tóquio para analisarem os esforços desenvolvidos para atingir o preço-objectivo fixado em 20 de Agosto de 1992. Nesta reunião, as partes discutiram se o

preço-objectivo fixado em 1992 deveria ser ajustado e ponderaram várias possibilidades. A Daesang explica que, para os dois produtores coreanos, era muito difícil aumentar os preços e que estes pediram aos produtores japoneses autorização para aplicarem um preço mais baixo. Estes recusaram, argumentando, nomeadamente, que os coreanos já podiam vender os seus produtos a um preço mais baixo na Europa, porque estavam isentos de direitos aduaneiros, ao abrigo do sistema comunitário de preferências generalizadas (SPG). Embora, aparentemente, as partes não tenham chegado a um acordo sobre a forma de atingir este preço-objectivo, todas elas o reafirmaram ⁽⁷²⁾.

- (110) Foram ainda analisados os preços regionais, para verificar se as empresas respeitavam o preço-objectivo mundial acordado na reunião de 20 de Agosto de 1992. Foi dada especial atenção aos preços praticados em []*, em []* e na Europa. Foi igualmente abordada, de uma maneira geral, a cooperação relativamente aos três grandes clientes europeus ⁽⁷³⁾.

- (111) A Ajinomoto, a Takeda, a Miwon e a Cheil reuniram-se de novo em Fukuoka (Japão), em 2 de Março de 1993. Nesta reunião, foram ajustados os preços-objectivo a aplicar nas diferentes regiões em 1993. A discussão teve ainda por objecto clarificar os termos dos acordos de compras compensatórias, uma vez que a cooperação nem sempre funcionara tão bem como pretendiam os produtores japoneses. A Cheil declara que a tentativa feita nesta reunião de fixar o preço para a zona da Comunidade falhou, porque os produtores coreanos pretendiam propor outro preço, uma vez que beneficiavam do SPG. A Cheil conclui que «de facto, foi o comportamento das empresas coreanas que impediu os acordos de funcionarem mais eficazmente» ⁽⁷⁴⁾.

- (112) A acta desta reunião redigida pela Daesang ⁽⁷⁵⁾ fornece, no entanto, uma versão mais detalhada dos acontecimentos. Segundo a Daesang, a reunião fora inicialmente conduzida pelo subdirector-geral da Ajinomoto, que ameaçara pôr fim aos acordos de compras compensatórias se as empresas coreanas continuassem a ficar para trás na cooperação em relação aos três grandes clientes, na manutenção do preço mundial acordado e na limitação das suas vendas no Japão. A Cheil e a Daesang consideraram que as compras compensatórias deveriam ser mantidas e aceitaram fazer mais esforços em matéria de cooperação. A Daesang declara que aceitou cooperar face aos «três grandes», mas que pretendia que a Ajinomoto e a Takeda aumentassem a quantidade de nucleótidos que lhe compravam. Por último, discutiu-se a forma como a cooperação poderia ser aplicada, regulada e controlada.

⁽⁶⁶⁾ Ver páginas 1970-1971 do processo da Comissão.

⁽⁶⁷⁾ Ver páginas 1061-1066 do processo da Comissão.

⁽⁶⁸⁾ Ver páginas 1067-1068 do processo da Comissão.

⁽⁶⁹⁾ Ver páginas 1069, 1070 e 1071 do processo da Comissão; ver também as páginas 392-393 do processo da Comissão.

⁽⁷⁰⁾ A Daesang explica que estes valores são relativos ao I+G. Na base do mesmo quadro figura uma taxa de conversão dos preços do IMP e do GMP, separadamente.

⁽⁷¹⁾ Declaração da Cheil, página 4, n.º 2.

⁽⁷²⁾ Ver páginas 1072-1073 do processo da Comissão.

⁽⁷³⁾ Ver páginas 1072-1073 do processo da Comissão.

⁽⁷⁴⁾ Declaração da Cheil, página 5, n.º 5.

⁽⁷⁵⁾ Ver páginas 395-396 do processo da Comissão.

- (113) Até ao final de 1993, a Miwon recebeu várias visitas de representantes da Takeda e da Ajinomoto. Nestas visitas foram abordadas as mesmas questões, ou seja, a cooperação face aos «três grandes» clientes e os preços no mercado mundial ⁽⁷⁶⁾.
- (114) Foram realizadas outras reuniões em Seul e Tóquio, e as partes mantiveram contactos telefónicos regulares (isto é, reuniões entre a Takeda e a Cheil em 7 e 26 de Maio de 1993 e em 30 de Agosto de 1993; uma reunião entre a Ajinomoto, a Takeda, a Cheil e a Miwon em 7 de Julho de 1993). A maior parte destes contactos disseram respeito ou à execução dos acordos de compras compensatórias (ou seja, preços e quantidades) ou a queixas ligadas ao desrespeito dos preços-objectivo por um dos participantes (coreanos).
- (115) Os preços a aplicar a determinados clientes também eram discutidos: em 13 de Setembro de 1993, por exemplo, a Takeda telefonou à Cheil para a informar dos preços a propor aos três grandes clientes europeus ([]*, []* e []*). Foi também abordada a questão da relação entre os preços do IMP, do GMP e I+G (ver a declaração da Cheil).
- (116) Em 25 de Janeiro de 1994, a Cheil e a Takeda reuniram-se para discutir a renovação do seu contrato de compras compensatórias. Acordaram manter a mesma quantidade e o mesmo preço de 1993. Segundo a Cheil, a Takeda criticou-a por não ter respeitado os acordos existentes para a Europa, []* e []*. A Takeda tê-la-á acusado, por exemplo, de ter proposto à []* um preço de 16,5 USD/kg pelo IMP, após o que este cliente teria pedido à Takeda para baixar o seu preço para o mesmo nível.
- (117) A Cheil alega que as suas actas desta reunião indicam claramente que os produtores japoneses desempenhavam o papel principal. Após conversações entre a Cheil e a Takeda a respeito das «compras compensatórias» por parte dos produtores japoneses, a Takeda teria declarado que uma decisão definitiva a este respeito seria tomada numa reunião entre a Takeda e a Ajinomoto ⁽⁷⁷⁾.
- (118) Em 25 de Agosto de 1994 ⁽⁷⁸⁾, teve lugar uma reunião em Tóquio. As actas da Cheil e da Miwon relativas a esta reunião revelam que foram discutidos os preços do mercado internacional e os preços de venda dos nucleótidos. As partes trocaram pontos de vista sobre os novos preços-objectivo a propor aos clientes. Os japoneses pretendiam aumentar os preços internacionais. Segundo a acta desta reunião redigida pela Cheil ⁽⁷⁹⁾, a Takeda propôs que as partes aumentassem o preço, de uma só vez, para 30 USD/kg, enquanto os restantes propuseram aumentá-lo gradualmente, em fracções de um a 2 USD/kg. A Cheil refere que os japoneses se queixaram de incumprimento por parte das empresas coreanas.
- (119) Por último, as partes discutiram a sua cooperação face aos três grandes clientes europeus. Especificamente, a Ajinomoto solicitou à Cheil e à Daesang que não vendessem os seus produtos à []*. No final desta reunião, os participantes acordaram em convocar uma outra reunião para Seul, em meados de Setembro de 1994, para debater as seguintes questões: a) aumento de preços: fixação do preço-objectivo em 30 USD/kg; b) definição da atitude da Cheil e da Miwon face aos «três grandes» (em especial a []*) ⁽⁸⁰⁾.
- (120) Anteriormente, em 7 e 8 de Julho de 1994, os produtores japoneses e coreanos tinham-se reunido para analisar os preços a propor para a Europa em 1995. Da acta desta reunião redigida pela Cheil, depreende-se que os produtores japoneses insistiram fortemente num aumento de preços em 1995. Os produtores coreanos deveriam oferecer um preço inferior em 2 USD/kg ao dos produtos japoneses. A acta é complementada por uma nota interna que contém uma mensagem muito clara: «Por favor, procurem aumentar os preços aproveitando a escassez de produção dos fabricantes coreanos e a apreciação do yen» ⁽⁸¹⁾.
- (121) A Cheil afirma que se realizou outra reunião, em 6 de Outubro de 1994, entre a Ajinomoto, a Takeda e ela própria, no Hotel Lotte, em Seul, que teve por tema a cooperação dos coreanos na Europa face aos «três grandes». A cooperação coreana no mercado []* e uma panorâmica do mercado []* (incluindo as vendas da Cheil a um cliente []*, que haviam já estado na origem de diferendos entre a Cheil e os produtores japoneses) figuravam igualmente na agenda desta reunião. A Cheil declara que não ofereceu qualquer compromisso durante a reunião, a pretexto da ausência da Miwon ⁽⁸²⁾.
- (122) Um fax interno da Ajinomoto de 17 de Outubro de 1994 faz referência a uma conversa telefónica que esta teve com a Miwon e a Cheil, na qual a Ajinomoto solicitou a esta última que apresentasse uma proposta à []* Europe uma semana antes de apresentar a sua. A Cheil respondeu que aceitaria se a Miwon também aceitasse. No que se refere à proposta de preços, a Cheil declarou que pediria ao seu pessoal que propusesse a venda a 49,50 DEM/kg, mas recusou-se a propor 50 DEM/kg. Por sua vez, a Miwon declarou que aceitaria propor um preço elevado à []*, como pretendia a Ajinomoto, na condição de esta lhe comprar uma quantidade adicional de nucleótidos.
- (123) A Takeda e a Miwon reuniram-se em Seul em 6 de Fevereiro de 1995 ⁽⁸³⁾ para discutirem os preços mundiais dos nucleótidos e as condições das compras compensatórias.

⁽⁷⁶⁾ Ver página 1935 do processo da Comissão.

⁽⁷⁷⁾ Ver página 306 do processo da Comissão.

⁽⁷⁸⁾ A Daesang declara que os produtores japoneses teriam organizado uma «reunião prévia», em 24 de Agosto de 1994, para preparar a reunião que teria lugar no dia seguinte com os dois produtores coreanos (Declaração da Daesang, página 5, página 1935 do processo da Comissão).

⁽⁷⁹⁾ Ver páginas 392-393 do processo da Comissão.

⁽⁸⁰⁾ Ver páginas 397-404 do processo da Comissão.

⁽⁸¹⁾ Declaração da Cheil, página 6 e anexo 5.

⁽⁸²⁾ Ver página 307 do processo da Comissão.

⁽⁸³⁾ Ver página 1937 e páginas 405-410 do processo da Comissão.

- (124) Em 16 e 17 de Outubro de 1995, realizou-se uma reunião na sede da Takeda, em Tóquio. Participaram a Ajinomoto, a Takeda, a Cheil e a Daesang. Segundo esta última, foram objecto da reunião os mercados mundiais de nucleótidos e a situação relativa aos «três grandes». Os participantes analisaram os preços praticados nos vários países e regiões (inclusivamente na Europa), para verificar se os preços-objectivo estavam a ser atingidos ou deveriam ser ajustados. A Ajinomoto indicou os preços que os outros produtores deveriam oferecer à [*], tendo estes concordado. Também a Takeda terá indicado os preços a aplicar à [*] e à [*], e os outros produtores, incluindo a Ajinomoto, terão concordado ⁽⁸⁴⁾.
- (125) Antes desta, já se haviam realizado diversas reuniões entre as partes, quer bilaterais quer entre os quatro produtores. A Daesang declara ter assistido, entre Abril de 1995 e 16 de Outubro de 1995, a cerca de três ou quatro reuniões com a Ajinomoto na sede da Mitra, em Seul, e a uma ou duas reuniões com a Takeda, no mesmo local. Duas ou três reuniões tiveram lugar numa sala de conferências do Hotel Lotte, com a presença dos quatro produtores. Em todas estas reuniões, as partes analisaram os preços praticados nas várias regiões, para determinarem se os preços-objectivo anteriormente acordados estavam a ser atingidos ou deviam ser mantidos, reduzidos ou aumentados. Alguns preços-objectivo foram aumentados (isto é, o preço-objectivo [*] foi mantido, apesar de ter sido convertido em preço por libra, em vez de preço por quilograma). As partes discutiram igualmente a possibilidade de elevar os preços do mercado em diversas regiões, com vista a aumentar o preço aplicado aos três grandes clientes europeus, tendo decidido fazê-lo ⁽⁸⁵⁾.
- (126) Os participantes no cartel reuniram-se em Dezembro, em Seul, para analisar o funcionamento da cooperação em 1995. Segundo a acta desta reunião ⁽⁸⁶⁾, a Ajinomoto conduziu a reunião e agradeceu a todos os presentes a sua cooperação em 1995, que permitira a aplicação efectiva dos aumentos de preços dos nucleótidos. Solicitou que continuassem a cooperar em 1996, para ser possível elevar ainda mais os preços dos nucleótidos. C. H. Kim, da Daesang, teria declarado que continuaria a cooperar e os outros participantes «exprimiram o seu acordo por acenos de cabeça ou palavras».
- (127) Segundo a declaração da Daesang ⁽⁸⁷⁾, os quatro produtores (Takeda, Ajinomoto, Daesang e Cheil) reuniram-se em 7 de Março de 1996, em Seul, para fixar o preço-objectivo a aplicar aos «três grandes» em 1996. A Ajinomoto propôs um preço-objectivo mundial de 35 USD/kg. Para o mercado europeu em geral, a Takeda sugeriu a aplicação de um novo preço a partir do fim de Agosto de 1996. A Ajinomoto propôs a fixação deste preço em 51 DEM/kg. A Takeda forneceu à Comissão uma cópia das suas notas desta reunião ⁽⁸⁸⁾.
- (128) Segundo estas notas, todos os participantes eram favoráveis a um aumento de preços em 1996. Todas as empresas confirmaram que continuariam a fornecer a mesma quantidade de nucleótidos e concordaram em que a prioridade seria o aumento de preços. De acordo com as notas, os participantes discutiram a política de aumento de preços a desenvolver em 1996, tendo em mente os preços a aplicar em 1997 aos três grandes clientes (europeus). Acordaram que o preço-objectivo a aplicar aos «três grandes» deveria ser de 35 USD/kg (o que representava um aumento de cerca de 10 %). Os produtores de nucleótidos iriam programar aumentos de preços no mercado em geral de forma a atingir este preço em Setembro/Outubro (de 1996).
- (129) Em 21 de Maio de 1996, a Miwon e a Ajinomoto tiveram uma reunião, a pedido desta última, para discutirem as vendas a baixo preço da Miwon na Europa. A Ajinomoto informou que estava a negociar com os clientes europeus o preço a aplicar no segundo semestre de 1996, mas que seria muito difícil promover um aumento de preços na Alemanha e em Espanha. Observou que o nível de preços em Espanha estava em 44-45 DEM/kg, quando deveria estar, com base nos preços de 1995, em 49 DEM/kg. Foi acordada a aplicação de um preço-objectivo europeu de 50 DEM/kg a partir de Junho de 1996, salvo nas vendas aos «três grandes clientes» ⁽⁸⁹⁾.
- (130) No mesmo dia, a Ajinomoto teve ainda um encontro com a Cheil, para discutir a aplicação dos aumentos de preços acordados. A Cheil teria declarado que estes aumentos de preços não seriam possíveis na Europa antes de Julho de 1996. A Ajinomoto teria insistido na sua aplicação a partir de fins de Agosto de 1996 ⁽⁹⁰⁾.
- (131) Segundo as observações complementares da Daesang ⁽⁹¹⁾, as conversações sobre os preços a aplicar aos «três grandes» em 1997 tiveram início numa reunião realizada em 3 de Julho de 1996. Nesta reunião, a Takeda propôs um novo preço-objectivo para a Europa, tendo as outras partes comentado esta proposta.

⁽⁸⁴⁾ Ver página 1075 do processo da Comissão.

⁽⁸⁵⁾ Ver páginas 405-423 e 1937-1939 do processo da Comissão.

⁽⁸⁶⁾ Ver página 1076 do processo da Comissão.

⁽⁸⁷⁾ Declaração da Daesang, página 10 (página 1940 do processo da Comissão); ver também anexo 12 da declaração, páginas 426-427 do processo da Comissão.

⁽⁸⁸⁾ A Takeda declarou na sua resposta à comunicação de objecções que, embora a acta indique a data de 17 de Março, em vez de 7 de Março, ela refere-se, na realidade, à reunião de 7 de Março. (De facto, a acta, que foi redigida em 12 de Março de 1996, menciona as conclusões dessa reunião).

⁽⁸⁹⁾ Ver página 1941 do processo da Comissão.

⁽⁹⁰⁾ Anexo 5 da declaração da Cheil (páginas 2610-2612 do processo da Comissão).

⁽⁹¹⁾ Ver páginas 12-13 da declaração da Daesang (páginas 1942-1943 do processo da Comissão).

- (132) A Miwon e a Takeda reuniram-se de novo em 9 de Julho de 1996, em Nova Jersey, nos Estados Unidos, para discutir o preço de mercado dos nucleótidos a nível mundial. A Takeda pediu a cooperação da Daesang em matéria de fixação de preços ⁽⁹²⁾.
- (133) Durante o Verão de 1996, a Ajinomoto, a Takeda, a Miwon e a Cheil reuniram-se uma vez mais para discutir a situação existente nos mercados dos nucleótidos, incluindo o europeu, e trocar informações relativas aos preços de venda ⁽⁹³⁾.
- (134) Numa reunião em Seul, em 29 de Agosto de 1996, a Takeda informou os outros participantes ⁽⁹⁴⁾ do preço que tencionava propor à []* em 1997 e pediu-lhes que fizessem propostas superiores (54 DEM/kg). Solicitou-lhes igualmente que a prevenissem no caso de a []* lhes pedir propostas de preços. Sugeriu ainda diversos argumentos que poderiam ser invocados perante os clientes para justificar o aumento de preços ⁽⁹⁵⁾.
- (135) Importa referir que as reuniões bilaterais serviam igualmente para influenciar os resultados das reuniões «gerais» entre concorrentes. Por exemplo, a Ajinomoto e a Miwon reuniram-se em 28 de Agosto de 1996, ou seja, um dia antes da reunião efectiva dos concorrentes, na qual a Ajinomoto preconizou um aumento de preços a aplicar à []* em 1997. A Daesang considera que a Ajinomoto desejava garantir o apoio prévio da Miwon ⁽⁹⁶⁾.
- (136) A este respeito, a Takeda declara que, devido ao inquérito aberto nos Estados Unidos relativamente à presumível participação da Ajinomoto num cartel mundial da lisina, esta empresa evitara (desde Agosto de 1996) participar nas reuniões quadripartidas com os outros produtores de nucleótidos, embora, na prática, continuasse a tomar parte nos acordos relativos a este produto. Em contrapartida, manteve os seus contactos bilaterais directos com a Takeda, geralmente antes ou depois destas reuniões. Segundo a Takeda, a Ajinomoto esperava que a Takeda se apoiasse nas informações que lhe transmitia como base para as negociações com os produtores coreanos ⁽⁹⁷⁾. Na sua resposta à comunicação de objecções, a Ajinomoto sustenta que estas alegações são inexactas e não são corroboradas por qualquer elemento de prova. A duração exacta da participação da Ajinomoto nos acordos de cartel é tratada em detalhe sob o título «Duração da infracção».
- (137) Segundo a Daesang, esta teria sido informada pela Takeda de que todas as partes haviam chegado a um acordo sobre os preços a aplicar aos «três grandes clientes», por ocasião de uma partida de golfe organizada entre representantes da Miwon e da Takeda em Nova Jersey, em 10 de Setembro 1996.
- (138) Segundo um relatório apresentado pela Takeda, esta reuniu-se com a Cheil e a Daesang em Março de 1997, tendo aí sido acordado um preço-objectivo de 30 USD ⁽⁹⁸⁾.
- (139) Os preços-objectivo fixados para 1997 parecem ter sido difíceis de manter. Foi organizada uma reunião em Seul, de 26 a 28 de Maio de 1997. Segundo a acta desta reunião redigida pela Takeda ⁽⁹⁹⁾, os participantes decidiram fixar o preço a aplicar em 1997 fora da Ásia em 25 USD/kg, ou seja «um pouco menos do que o preço de 30 USD acordado na reunião de Março de 1997». A acta refere ainda que «partindo do princípio de que convém aumentar os preços antes das negociações com os principais clientes europeus no Outono, trocámos pontos de vista com as duas empresas (Cheil e Daesang) sobre o nível do aumento a aplicar e sobre a sua programação (calendário)».
- (140) Por último, acordaram em elevar os preços para 29-31 USD/kg no ano seguinte. Chegaram igualmente a acordo sobre os preços a aplicar à []*, um dos clientes europeus. Segundo a acta redigida pela Takeda ⁽¹⁰⁰⁾, o preço contratual acordado para a []* para 1997 era de 48 DEM/kg ou 32 USD/kg. Procurar-se-ia impor um aumento de cerca de 6 % (51 DEM/kg), mas a Takeda reconheceu que este seria difícil de aplicar.
- (141) A Takeda e a Miwon reuniram-se em Amesterdão em 3 de Junho de 1997. Os temas desta reunião foram o mercado dos nucleótidos na Europa, as vendas da Miwon à []*, à []* e à []* e a troca de informações sobre os preços praticados na Europa, bem como os aumentos de preços possíveis. Em 9 de Junho de 1997, realizou-se uma reunião similar em Francoforte, entre a Takeda e a Cheil. Estas trocaram igualmente informações sobre os preços praticados na Europa e sobre a possibilidade de aumentar estes preços ⁽¹⁰¹⁾.
- (142) A Takeda encontrou-se de novo com a Miwon em Nova Jersey, nos Estados Unidos, em 10 de Julho e 16 de Setembro de 1997, para analisar o mercado dos nucleótidos em geral ⁽¹⁰²⁾.
- (143) Segundo a declaração da Takeda, o seu []* encontrou pela primeira vez o seu novo homólogo da Ajinomoto em 25 de Julho de 1997. Nesta reunião, que teve lugar num restaurante de Tóquio, falou-se sobre a forma como, nos anos anteriores, o mercado dos nucleótidos fora organizado entre os produtores e os pontos de vista das duas empresas sobre a estratégia a aplicar em matéria de preços. Por outro lado, a Ajinomoto afirma que, pelo que é do seu conhecimento, «nem os preços-objectivo nem os clientes europeus foram discutidos» nesta e em posteriores reuniões.

⁽⁹²⁾ Declaração da Daesang, página 1943 do processo da Comissão.

⁽⁹³⁾ Ver a declaração da Daesang na página 1944 do processo da Comissão.

⁽⁹⁴⁾ Cheil, Daesang e Ajinomoto.

⁽⁹⁵⁾ Ver página 1945 do processo da Comissão.

⁽⁹⁶⁾ Ver página 1944 do processo da Comissão.

⁽⁹⁷⁾ Ver páginas 2171-2172 do processo da Comissão.

⁽⁹⁸⁾ Ver página 2146 do processo da Comissão.

⁽⁹⁹⁾ Ver página 2146 do processo da Comissão.

⁽¹⁰⁰⁾ Ver página 1946 do processo da Comissão.

⁽¹⁰¹⁾ Ver páginas 2217-2220 do processo da Comissão.

⁽¹⁰²⁾ Declaração da Daesang, página 1947 do processo da Comissão.

(144) As informações fornecidas pela Takeda a respeito desta reunião, tal como da reunião de Setembro de 1997, descrevem uma realidade um pouco diferente. Com efeito, a acta desta reunião redigida pela Takeda ⁽¹⁰³⁾ indica, entre outras coisas, que a Ajinomoto a informou de que «já tinha proposto aos seus distribuidores um aumento de 10 % do preço expresso em DEM (para cerca de 51 DEM?) no próximo ano [...]». A Takeda terá dito à Ajinomoto que «entendera o seu aumento de preços em DEM como um aumento de preços em USD, mas que isso dependia da forma como este aumento fora comunicado às outras empresas, a Takeda, a Cheil e a Miwon». Informou-a ainda de que fixaria o preço a aplicar à []* e à []* com base no estudo do mercado europeu previsto para o princípio de Outubro ⁽¹⁰⁴⁾.

(145) Cerca de um mês mais tarde, a Takeda encontrou-se com representantes da Cheil e da Miwon, separadamente, no quadro de reuniões bilaterais realizadas de 27 a 29 de Agosto de 1997. Segundo as declarações da Takeda, nestas reuniões discutiram-se essencialmente os acordos de compras compensatórias, mas é possível que as empresas tenham igualmente abordado a negociação dos próximos contratos anuais com os três grandes clientes. A Daesang afirma ter-se encontrado igualmente com a Takeda nos Estados Unidos, em 10 de Julho e 16 de Setembro de 1997, tendo discutido o mercado dos nucleótidos em geral ⁽¹⁰⁵⁾.

(146) A Takeda e a Ajinomoto reuniram-se de novo em Setembro de 1997. A Takeda refere que a Ajinomoto a informou na altura da sua intenção de aplicar, em 1998, um aumento de preços de 15 % e, no mínimo, de 10 % ⁽¹⁰⁶⁾. Um documento da época respeitante a esta reunião, apresentado pela Takeda ⁽¹⁰⁷⁾, indica que «a sede de cada empresa parece ter decidido o preço a oferecer pela A [Ajinomoto], a C [Cheil] e a MW (Miwon/Daesang) à []* e o preço a oferecer pela T [Takeda] à []* e à []* nas negociações dos contratos do próximo ano, no pressuposto de que os produtos da C [Cheil] e da MW (Miwon) beneficiarão do SPG na Europa» ⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰³⁾ Ver página 2223 do processo da Comissão.

⁽¹⁰⁴⁾ Na sua resposta à comunicação de objecções, a Ajinomoto contesta a versão dos acontecimentos apresentada pela Takeda (ver «Duração da infracção»).

⁽¹⁰⁵⁾ Ver página 1947 e página 1974 do processo da Comissão.

⁽¹⁰⁶⁾ Ver página 2176 do processo da Comissão. A Ajinomoto contesta esta versão dos acontecimentos, questão que é aprofundada adiante (ver «Duração da infracção»).

⁽¹⁰⁷⁾ Ver página 2224 do processo da Comissão.

⁽¹⁰⁸⁾ Na tradução inglesa fornecida pela Ajinomoto na sua declaração de 29 de Novembro de 2002 lê-se: «Seems that the head office of each company has studied and tentatively decided on the price to be proposed at the negotiation for the next year contract scheduled for October and November by A, C, MW with []* and by T with []* and []* groups. On the premise that C's and MW's product will continue to enjoy GSP in Europe next year».

(147) Segundo a Daesang, a Miwon e a Takeda reuniram-se em Outubro de 1997, em Seul, onde tiveram uma discussão geral sobre a descida dos preços dos nucleótidos no mercado mundial ⁽¹⁰⁹⁾.

(148) A Cheil declara que teve reuniões com a Takeda em 24 e 26 de Março de 1998, em Seul. Nestas reuniões ⁽¹¹⁰⁾, foram discutidos o mercado mundial e a produção mundial de nucleótidos. Estas duas empresas voltaram a reunir-se em 2 de Junho de 1998. A Cheil declara que esta reunião teve por tema a descida do preço dos nucleótidos e as vendas a baixo preço da Cheil no mercado japonês.

(149) Não foi identificada a realização de qualquer outra reunião do cartel.

PARTE II — APRECIACÃO JURÍDICA

A. COMPETÊNCIA (APLICAÇÃO DO TRATADO E DO ACORDO EEE)

1. RELAÇÃO ENTRE O TRATADO E O ACORDO EEE

(150) Os acordos acima referidos estavam em aplicação na maior parte dos Estados-Membros e do EEE (a Noruega e, antes da sua adesão à Comunidade, a Áustria).

(151) O Acordo EEE, que contém disposições em matéria de concorrência análogas às do Tratado, entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1994. A presente decisão tem em conta, portanto, a aplicabilidade destas regras (principalmente o n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE), a partir desta data, aos acordos em relação aos quais são formuladas as objecções.

(152) Na medida em que estes acordos afectaram a concorrência e o comércio entre Estados-Membros, é aplicável o artigo 81.º do Tratado. Na medida em que as operações do cartel tiveram efeito sobre o comércio entre a Comunidade e os países da EFTA ou entre os países da EFTA que eram membros do EEE, é aplicável o artigo 53.º do Acordo EEE.

(153) No caso de um acordo ou uma prática afectar apenas o comércio entre Estados-Membros, a Comissão é competente e aplica o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado. Se um acordo afectar apenas o comércio entre os Estados da EFTA/do EEE, o Órgão de Fiscalização da EFTA (OFE) tem competência exclusiva e aplicará as regras de concorrência do EEE, nomeadamente o n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE ⁽¹¹¹⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ Declaração da Daesang, páginas 1947-1948 do processo da Comissão.

⁽¹¹⁰⁾ Ver página 309 do processo da Comissão.

⁽¹¹¹⁾ Nos termos do n.º 1, alínea b), do artigo 56.º do Acordo EEE, e sem prejuízo da competência da Comissão Europeia quando é afectada a concorrência entre os Estados-Membros da CE, o Órgão de Fiscalização da EFTA é igualmente competente nos casos em que o volume de negócios das empresas em causa no território dos Estados da EFTA seja igual ou superior a 33 % do seu volume de negócios no território do EEE.

(154) No presente caso, a autoridade competente que deve aplicar tanto o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado como o n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE, com base no artigo 56.º do mesmo acordo, é a Comissão, uma vez que o cartel afectou sensivelmente o comércio entre os Estados-Membros ⁽¹¹²⁾.

B. APLICAÇÃO DO ARTIGO 81.º DO TRATADO E DO ARTIGO 53.º DO ACORDO EEE

1. N.º 1 DO ARTIGO 81.º DO TRATADO E N.º 1 DO ARTIGO 53.º DO ACORDO EEE

(155) Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 81.º do Tratado, são incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção, limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos ou repartir os mercados ou as fontes de abastecimento.

(156) O n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE (que é redigido segundo o modelo do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado, contém uma proibição idêntica, mas as referências ao comércio «entre Estados-Membros» e à concorrência «no mercado comum» são aí substituídas, respectivamente, por referências ao comércio «entre as partes contratantes» (neste contexto, entende-se por «partes contratantes» os Estados-Membros da Comunidade e os vários Estados que, na altura, faziam parte da EFTA) e à concorrência «no território abrangido pelo presente acordo» (isto é, o acordo EEE).

2. ACORDOS E PRÁTICAS CONCERTADAS

(157) O n.º 1 do artigo 81.º do Tratado e o n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE proíbem os acordos, as decisões de associações e as práticas concertadas.

(158) Pode-se considerar que existe um acordo quando as partes aderem a um plano comum que limite ou seja susceptível de limitar o seu comportamento comercial respectivo, determinando as orientações da sua acção ou omissão de acção recíproca no mercado. O acordo não tem necessariamente de ser formal ou escrito nem prever qualquer sanção contratual ou medida de imposição. O acordo pode ser explícito ou decorrer implicitamente do comportamento das partes.

(159) No seu acórdão proferido nos processos apensos T-305/94 etc., *Limburgse Vinyl Maatschappij NV e outros/Comissão (PVC II)* ⁽¹¹³⁾, o Tribunal de Primeira Instância estatui (fundamento 715): «Segundo jurisprudência constante, para que haja acordo, na acepção do n.º 1 do

artigo 81.º do Tratado, basta que as empresas em causa tenham manifestado a sua vontade comum de se comportar no mercado de um modo determinado».

(160) Para efeitos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado, um «acordo» pode também não apresentar o grau de segurança que seria exigido para a execução de um contrato comercial em direito civil. Além disso, no caso de um acordo complexo ou de longa duração, a designação de «acordo» pode igualmente ser aplicada não só a um plano global ou a condições expressamente acordadas, mas também à execução daquilo que foi acordado com base nos mesmos mecanismos e visando o mesmo objectivo comum.

(161) Como o Tribunal de Justiça (confirmando o acórdão do Tribunal de Primeira Instância) precisou no processo C-49/92P, *Comissão/Anic Participazioni SpA* ⁽¹¹⁴⁾, no fundamento 81, decorre dos próprios termos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado que as violações desse artigo podem resultar não apenas de um acto isolado, mas igualmente de uma série de actos ou mesmo de um comportamento continuado.

(162) Um acordo complexo pode, portanto, ser apropriadamente considerado como uma só infracção, praticada ao longo de toda a sua existência. O acordo pode ser alterado, ou os seus mecanismos adaptados ou reforçados em função de novos factos. A validade da presente apreciação em nada é afectada pela possibilidade de um ou vários elementos de uma série de actos ou de um comportamento continuado constituírem, individualmente e por si sós, uma violação do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE.

(163) Ainda que um cartel seja um empreendimento conjunto, cada participante no acordo pode ter nele um papel específico. Um ou vários participantes podem exercer o papel dominante de chefe(s) do grupo. Podem existir conflitos e rivalidades internas. Alguns membros podem mesmo chegar a enganar os restantes. No entanto, nenhum destes elementos impede este conluio de constituir um acordo/uma prática concertada na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado, quando existe um objectivo comum único e continuado.

(164) O simples facto de cada participante num cartel poder desempenhar um papel específico não exclui a sua responsabilidade pela infracção no seu conjunto, incluindo os actos praticados pelos outros participantes, mas que partilham o mesmo objectivo ilícito e o mesmo efeito anticoncorrencial. Uma empresa que participe no empreendimento ilícito comum através de comportamentos que contribuam para a realização da infracção, no seu conjunto, é igualmente responsável, relativamente a todo o período em que participar na referida infracção, pelos comportamentos postos em prática por outras empresas no âmbito da mesma infracção. É o que se passa, com efeito, quando se prova que a empresa em questão conhecia os comportamentos ilícitos dos outros participantes ou podia razoavelmente prevê-los e estava pronta a aceitar o risco (acórdão do Tribunal de Justiça no processo *Comissão/Anic*, fundamento 83).

⁽¹¹²⁾ Ver capítulo 5: «Efeitos sobre o comércio entre Estados-Membros da União Europeia e entre partes contratantes do Acordo EEE».

⁽¹¹³⁾ Col. 1999, p. II-931.

⁽¹¹⁴⁾ Col. 1999, p. I-4125.

(165) O artigo 81.º do Tratado⁽¹¹⁵⁾ distingue o conceito de «prática concertada» do de «acordos entre empresas» ou de «decisões de associações de empresas», a fim de incluir nas proibições deste artigo qualquer forma de coordenação entre empresas que, embora não tendo atingido o estágio de celebração de um acordo propriamente dito, substitui ciente os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre elas. Mesmo que as partes não tenham subscrito explicitamente um plano comum que defina a sua actuação no mercado, mas tenham adoptado ou aderido deliberadamente a mecanismos colusivos que facilitassem a coordenação das suas políticas comerciais, este comportamento pode ser abrangido pelo âmbito do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado, enquanto «prática concertada»⁽¹¹⁶⁾.

(166) No entanto, não é necessário, especialmente quando se trate de uma infracção complexa e prolongada, que a Comissão qualifique essa infracção exclusivamente como uma ou outra forma de comportamento ilícito⁽¹¹⁷⁾. Os conceitos de acordo e de prática concertada são fluidos e podem sobrepor-se. Na verdade, distingui-los poderá mesmo revelar-se realisticamente impossível, uma vez que uma infracção pode apresentar simultaneamente características de ambas as formas de comportamento ilícito, se bem que, consideradas isoladamente, algumas das suas manifestações possam corresponder mais a um comportamento do que a outro. Do ponto de vista analítico, no entanto, seria artificial subdividir aquilo que, de forma evidente, constitui um empreendimento comum e continuado, com um único objectivo global, materializado em diversas formas distintas de infracção. Um cartel pode ser ao mesmo tempo, portanto, um acordo e uma prática concertada. O artigo 81.º não prevê uma qualificação específica para este tipo de infracção complexa⁽¹¹⁸⁾.

⁽¹¹⁵⁾ A jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância analisada a este respeito, para a interpretação dos termos «acordos» e «práticas concertadas» que figuram no artigo 81.º do Tratado CE, enuncia princípios bem conhecidos antes da assinatura do Acordo EEE. Aplica-se igualmente, portanto, a estes termos quando são utilizados no artigo 53.º do Acordo EEE. As referências ao artigo 81.º do Tratado aplicam-se também, portanto, ao artigo 53.º do Acordo EEE.

⁽¹¹⁶⁾ Ver acórdão do Tribunal de Primeira Instância no processo T-7/89 Hercules/Comissão, Col. 1991, p. II-1711, ponto 256. Ver igualmente o processo 48/69, Imperial Chemical Industries/Comissão, Col. 1972, p. 619, ponto 64, e os processos apensos 40-48/73, etc. Suiker Unie e outros/Comissão, Col. 1975, p. 1663.

⁽¹¹⁷⁾ Ver igualmente a posição do Tribunal de Primeira Instância no acórdão PVC II, onde se lê que «no âmbito de uma infracção complexa, que implicou vários produtores durante vários anos prosseguindo um objectivo de regulação em comum do mercado, não se pode exigir da Comissão que qualifique precisamente a infracção, para cada empresa ou a cada momento dado, de acordo ou de prática concertada, uma vez que, de qualquer modo, ambas essas formas de infracção são visadas pelo artigo 85.º do Tratado».

⁽¹¹⁸⁾ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância no processo T-7/89 Hercules/Comissão, Col. 1991, p. II-1711, ponto 264.

3. INFRACÇÃO ÚNICA E CONTINUADA

(167) No caso em apreço, os produtores de nucleótidos participaram, durante um longo período de tempo, num sistema comum que definiu as linhas da sua actuação no mercado e fixou limites ao seu comportamento comercial individual. Assim, os seus comportamentos configuram as características de um acordo, na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado, ainda que alguns elementos factuais desses comportamentos ilícitos possam igualmente ser qualificados como práticas concertadas.

(168) Desde finais de 1988 até Junho de 1998, numerosos elementos de prova demonstram a existência, no mercado EEE dos nucleótidos, desta colusão única e continuada entre a Takeda⁽¹¹⁹⁾, a Ajinomoto⁽¹²⁰⁾, a Daesang⁽¹²¹⁾ e a Cheil⁽¹²²⁾ que, em conjunto, representavam a quase totalidade do mercado. Com efeito, as partes manifestaram reciprocamente a sua vontade comum de se comportarem no mercado de uma forma determinada e aderiram a um plano comum destinado a limitar o seu próprio comportamento comercial. Pode-se considerar, portanto, que a decisão de participar neste plano com vista a restringir a concorrência remonta, pelo menos, a 1988. A colusão tinha um único objectivo económico anticoncorrencial: impedir a concorrência a nível dos preços, combinando preços-objectivo e aumentos de preços.

(169) Tendo em conta a concepção e o objectivo comuns que os produtores permanentemente prosseguiram de eliminar a concorrência no mercado dos nucleótidos, a Comissão considera que o comportamento em questão constitui uma única infracção continuada ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado, pela qual cada participante deve assumir a sua responsabilidade relativamente à duração da sua adesão ao sistema comum. Estes acordos são descritos em detalhe na parte da presente decisão consagrada aos factos. A descrição é apoiada por numerosos elementos de prova, sistematicamente referidos ao longo do texto.

4. RESTRIÇÃO DA CONCORRÊNCIA

(170) No caso em apreço, o conjunto de acordos teve por objectivo e por efeito restringir a concorrência na Comunidade e no EEE.

⁽¹¹⁹⁾ No caso da Takeda, entre 8 de Novembro de 1988 e 2 de Junho de 1998.

⁽¹²⁰⁾ No caso da Ajinomoto, entre 8 de Novembro de 1988 e Setembro de 1997.

⁽¹²¹⁾ No caso da Daesang, entre 19 de Dezembro de 1988 e 31 de Dezembro de 1997.

⁽¹²²⁾ No caso da Cheil, entre fins de Março de 1989 e 2 de Junho de 1998.

(171) O n.º 1 do artigo 81.º do Tratado e o n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE qualificam expressamente como acordos restritivos da concorrências os acordos que consistam em:

«a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção; b) limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) repartir os mercados ou as fontes de abastecimento».

Esta lista não é exaustiva.

(172) No conjunto de acordos examinados no caso em apreço, podem ser considerados relevantes para provar a existência de uma violação do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado e do n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE os seguintes elementos:

- repartição dos clientes,
- repartição dos mercados,
- acordo sobre preços-objectivo e preços mínimos,
- acordo sobre aumentos de preços concertados,
- troca de informação sobre os volumes de vendas, para controlar a aplicação dos preços-objectivo,
- participação em reuniões regulares e outros contactos destinados a combinar as referidas restrições, a sua aplicação e/ou, quando necessário, a sua alteração.

(173) Este tipo de acordos tem por objectivo restringir a concorrência na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado e do n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE. Sendo o preço o principal instrumento da concorrência, os produtores, recorrendo a diversos acordos e mecanismos colusivos, tinham por objectivo último inflacionar os preços em seu benefício e elevá-los a um nível superior ao que resultaria do jogo da livre concorrência.

(174) Para determinar se são aplicáveis o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado e do n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE, não é necessário examinar os efeitos reais de um acordo sobre a concorrência, desde que esteja provado que o acordo tinha por objectivo restringir a concorrência ⁽¹²³⁾.

⁽¹²³⁾ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância nos processos apensos Cimenteries CBR e outros/ Comissão, Col. 2000, p. II-491, ponto 3927. Ver igualmente o acórdão do TPI nos processos T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, European Night Services e outros/Comissão, Col. 1998, p. II-3141, ponto 136, em que o Tribunal confirmou este princípio no quadro, precisamente, de acordos de fixação de preços.

(175) Contudo, o cartel teve igualmente um efeito restritivo sobre a concorrência. Com efeito, o cartel envolveu os maiores produtores mundiais de nucleótidos e foi concebido, dirigido e incentivado ao mais alto nível das empresas participantes ⁽¹²⁴⁾. Os preços-objectivo, os aumentos de preços e a repartição de clientes, que constituíam os principais objectivos do acordo, eram combinados, anunciados aos compradores e aplicados em todo o EEE.

(176) Nas suas respostas à comunicação de objecções, a Cheil e a Ajinomoto alegam que as restrições à concorrência imputáveis ao acordo eram muito limitadas. A Ajinomoto acrescenta ainda que a conclusão da Comissão se baseia em provas não concludentes, insuficientes para demonstrar a incidência dos acordos sobre o mercado. O efeito restritivo dos acordos em questão é demonstrado detalhadamente nos considerandos 224-238.

5. EFEITOS SOBRE O COMÉRCIO ENTRE ESTADOS-MEMBROS E ENTRE PARTES CONTRATANTES DO ACORDO EEE

(177) O acordo continuado entre produtores teve um efeito considerável sobre o comércio entre Estados-Membros e entre partes contratantes do Acordo EEE.

(178) O n.º 1 do artigo 81.º do Tratado visa os acordos susceptíveis de comprometer a realização do mercado único entre os Estados-Membros, quer fechando os mercados nacionais, quer afectando a estrutura da concorrência no mercado comum. Do mesmo modo, o n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE proíbe os acordos que comprometam a realização de um Espaço Económico Europeu homogéneo.

(179) Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, «um acordo entre empresas, para ser susceptível de afectar o comércio entre Estados-Membros, deve, com base num conjunto objectivo de elementos de direito ou de facto, permitir encarar, com um grau de probabilidade bastante, que ele possa exercer uma influência directa ou indirecta, real ou potencial, nos contratos de trocas comerciais entre os Estados-Membros» ⁽¹²⁵⁾. De qualquer modo, o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado «não exige que os acordos visados nesta disposição tenham afectado sensivelmente as trocas entre Estados-Membros, mas sim que se demonstre que estes acordos são susceptíveis de produzir este efeito» ⁽¹²⁶⁾.

⁽¹²⁴⁾ Ver acima, sob o título «Participantes».

⁽¹²⁵⁾ Acórdão de 21 de Janeiro de 1999 nos processos apensos C-215/96 e C-216/96, Bagnasco/Banca Popolare di Novale e outros, Col. 1999, p. I-135, pontos 47 e 48.

⁽¹²⁶⁾ Acórdão de 28 de Abril de 1998 no processo C-306/96 Javico/Yves Saint Laurent, Col. 1998, p. I-1983, pontos 16 e 17; ver também acórdão de 15 de Setembro de 1998 no processo T-374/94, European Night Services e outros/Comissão, Col. 1998, p. II-3141, ponto 136.

(180) Como se demonstra sob o título «Comércio entre Estados-Membros», o mercado dos nucleótidos é caracterizado por um importante volume de trocas entre os Estados-Membros da União Europeia. Embora alguns dos produtores de nucleótidos não tivessem capacidade de produção instalada no EEE durante o período em questão, os nucleótidos foram comercializados na quase totalidade dos Estados do EEE, fosse por intermédio de filiais de vendas detidas a 100 %, fosse por intermédio de distribuidores estabelecidos em apenas alguns Estados-Membros. As trocas foram igualmente consideráveis entre os países da Comunidade e os países da EFTA membros do EEE. A Noruega importa 100 % do seu consumo, essencialmente da Comunidade e, antes da sua adesão, a Áustria, a Finlândia e a Suécia importavam a totalidade das suas necessidades em nucleótidos.

(181) No entanto, a aplicação do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado e do n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE a uma prática concertada não se limita à parte das vendas dos participantes no acordo que implique efectivamente uma transferência física de um país para outro. Também não é necessário, para que estas disposições sejam aplicáveis, demonstrar que os comportamentos individuais de cada participante, por oposição ao cartel no seu conjunto, afectaram o comércio entre Estados-Membros ⁽¹²⁷⁾.

(182) No caso em apreço, os acordos constitutivos do cartel cobriam a quase totalidade das trocas efectuadas a nível mundial, inclusivamente na Comunidade e no Espaço Económico Europeu. A existência de mecanismos de fixação de preços e de repartição de clientes deveria ter por efeito, ou era susceptível de ter por efeito, o desvio sistemático dos fluxos comerciais da orientação que, de outro modo, teriam tido ⁽¹²⁸⁾.

6. REGRAS DE CONCORRÊNCIA APLICÁVEIS À ÁUSTRIA, À FINLÂNDIA, À ISLÂNDIA, AO LIECHTENSTEIN, À NORUEGA E À SUECIA

(183) O Acordo EEE entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1994. Para o período de funcionamento do cartel anterior a esta data, a única disposição aplicável para efeitos do presente processo é o artigo 81.º do Tratado. Na medida em que, durante este período, restringiram a concorrência na Áustria, na Finlândia, na Islândia, no Liechtenstein, na Noruega e na Suécia (então membros da EFTA), os acordos constitutivos do cartel não são abrangidos por esta disposição.

(184) No período entre 1 de Janeiro e 31 de Dezembro de 1994, as disposições do Acordo EEE eram aplicáveis à Áustria, à Finlândia, à Islândia, ao Liechtenstein, à Noruega e à Suécia. O cartel constituía, por conseguinte, uma infracção ao n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE e ao n.º 1

do artigo 81.º do Tratado, sendo a Comissão competente para aplicar ambas as disposições. A restrição de concorrência nestes seis Estados da EFTA durante este período de um ano é abrangida pelo âmbito do n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE.

(185) Após a adesão, em 1 de Janeiro de 1995, da Áustria, da Finlândia e da Suécia à Comunidade, o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado passou a ser aplicável ao cartel, na medida em que este afectou a concorrência nesses mercados. O funcionamento do cartel na Noruega, na Islândia e no Liechtenstein continuou a violar o n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE.

(186) Do que precede, decorre que, na medida em que o cartel funcionou na Áustria, na Finlândia, na Islândia, no Liechtenstein, na Noruega e na Suécia, ele constitui, a partir de 1 de Janeiro de 1994, uma infracção às regras de concorrência comunitárias e /ou do EEE.

C. DESTINATÁRIOS

1. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

(187) Para determinar a identidade dos destinatários da presente decisão, é necessário definir a que entidades jurídicas se deverá imputar a responsabilidade da infracção.

(188) O objecto das regras de concorrência aplicáveis na Comunidade e no EEE é a «empresa», noção que não é idêntica à de pessoa colectiva no direito comercial, no direito das sociedades e no direito fiscal nacional. O termo «empresa» não é definido no Tratado. No entanto, pode aplicar-se a qualquer entidade que exerça uma actividade comercial.

(189) Quando se verifica a existência, durante um dado período, de uma infracção ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado e/ou ao n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE, importa determinar qual a pessoa singular ou colectiva que era responsável pela exploração da empresa no momento em que foi cometida a infracção, para que responda por esta.

(190) Uma alteração da forma jurídica ou da razão social não exime a empresa da sua responsabilidade e de incorrer em sanções por comportamento anticoncorrencial. Quando a pessoa colectiva que cometeu a infracção deixou de ter existência jurídica, é o seu sucessor que se torna passível de sanção, em seu lugar.

2. DESTINATÁRIOS DA DECISÃO

(191) No presente processo, não se coloca a questão da identidade do destinatário da decisão, pelo que esta será dirigida directamente às entidades jurídicas que participaram na infracção.

⁽¹²⁷⁾ Ver acórdão do Tribunal de Primeira Instância no processo T-13/89, Imperial Chemical Industries/Comissão, Col. 1992, p. II-1021, ponto 304.

⁽¹²⁸⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça nos processos apensos 209 a 215 e 218/78, Van Landewyck e outros/Comissão, Col. 1980, p. 3125, ponto 170.

(192) No caso da Miwon Corporation⁽¹²⁹⁾, se bem que tenha mudado de estatuto jurídico em Novembro de 1997, a presente apreciação está em conformidade com a prática habitual da Comissão e com a actual jurisprudência⁽¹³⁰⁾. A fusão integral da Miwon Corporation Limited com a Sewon Co. Ltd, que deu origem a uma nova empresa, a Daesang Corporation⁽¹³¹⁾, implica uma transferência da responsabilidade para a nova entidade. Existe uma evidente continuidade entre a Miwon e a nova entidade na qual foi englobada. A Miwon cessou de existir juridicamente e a sua capacidade jurídica, tal como os seus activos e recursos humanos, foram transferidos para a Daesang Corporation.

D. DURAÇÃO DA INFRAÇÃO

(193) Embora certos elementos de prova apresentados à Comissão (ver considerando 77) indiquem que os primeiros contactos entre os produtores japoneses remontam a 1986, a Comissão limitará, para os efeitos do presente processo, a sua apreciação à luz das regras da concorrência e a aplicação de coimas ao período posterior a 8 de Novembro de 1988, data em que teve lugar a primeira reunião conhecida entre os produtores japoneses e em que se verificou um acordo, após conversações, sobre os preços a propor aos seus três grandes clientes nas próximas negociações (ver considerando 79). No que se refere à Takeda e à Ajinomoto, a data considerada para o início da infracção será, conseqüentemente, 8 de Novembro de 1988.

(194) Quanto à Daesang, esta reconhece ter celebrado um contrato de compras compensatórias com a Ajinomoto em 19 de Dezembro de 1988, tendo sido verbalmente acordado que a condição deste contrato era a de a Miwon se abster de aumentar as suas vendas a []* e não prejudicar a cooperação entre os produtores []* em matéria de preços a nível mundial⁽¹³²⁾. A Comissão considera, portanto, que a Daesang começou a participar na infracção em 19 de Dezembro de 1988.

(195) Segundo um relatório respeitante a uma viagem de negócios⁽¹³³⁾, a primeira reunião de produtores de nucleótidos na qual a Cheil participou terá tido lugar entre 7 e 23 de Março de 1989. O mesmo relatório indica que os participantes teriam combinado reunir-se de novo em Kyung Ju, na Coreia, em 7 de Junho de 1989 (segundo a Daesang, terá sido esta a reunião em que foram fixados os preços-objectivo para 1989).

(196) Quanto às referidas «reuniões P», um terceiro relatório respeitante a uma viagem de negócios, datado de 3-10 de Outubro de 1989⁽¹³⁴⁾, indica que o objectivo da reunião fora «discutir a forma de impedir a baixa dos preços no mercado mundial» e «ter uma reunião preliminar com a Takeda para tratar da questão do fornecimento de nucleótidos à Takeda em 1990».

(197) A acta de uma reunião organizada em 5 de Outubro de 1989 entre a Ajinomoto, a Takeda, a Daesang e a Cheil confirma igualmente que esta última participou na infracção antes de 1991. Esta reunião deu lugar a uma troca de pontos de vista sobre os preços-objectivo para 1990 e a uma avaliação da aplicação dos preços-objectivo de 1989⁽¹³⁵⁾.

(198) A Cheil confirma a realização desta reunião, embora inicialmente tenha afirmado dispor de poucos elementos quanto ao seu conteúdo⁽¹³⁶⁾.

(199) Na sua resposta à comunicação de objecções da Comissão, a Cheil confirma, no entanto, que se realizaram algumas reuniões entre concorrentes desde Julho de 1988 e reconhece a sua participação na infracção a partir de Março de 1989, embora acrescente que, até 1992, o assunto principal eram os mercados fora do EEE e que, entre 1989 e fins de 1991, a Cheil tinha pouca actividade no mercado europeu⁽¹³⁷⁾.

(200) Com base nos supracitados elementos de prova, a Comissão considera que a Cheil participou na infracção a partir de Março de 1989.

(201) Importa, naturalmente, referir que, na medida em que o cartel abrangia a Áustria, a Finlândia, a Noruega e a Suécia, só constitui uma infracção ao Acordo EEE a partir de 1 de Janeiro de 1994, data em que este entrou em vigor.

(202) Na sua resposta à comunicação de objecções da Comissão, a Ajinomoto afirma ter cessado a sua participação no acordo em Agosto de 1996. Declara, em apoio desta afirmação, que não só deixou de assistir às reuniões de produtores a partir dessa data, como renunciou também às compras compensatórias à Daesang. A Ajinomoto alega que os próprios elementos de prova contidos no processo da Comissão indicam que a sua retirada dos acordos relativos aos nucleótidos foi total, genuína e permanente; não existem provas de que a Ajinomoto tenha participado em reuniões de produtores posteriormente a Agosto de 1996 e todos os contactos com a Takeda se limitaram a tentativas infrutíferas por parte desta última para associar de novo a Ajinomoto aos acordos.

⁽¹²⁹⁾ A Miwon Corporation Limited participou na infracção por intermédio das suas filiais Miwon Japan Inc. e Mitra (Miwon Trading & Shipping Company), assim como directamente (ver por exemplo, anexos T e U das observações complementares da Daesang).

⁽¹³⁰⁾ Processo C-49/92 P, Comissão/Anic Partecipazioni SpA, ponto 145.

⁽¹³¹⁾ Ver atrás, sob o título «Os produtores».

⁽¹³²⁾ Ver página 1962 e páginas 986-989 do processo da Comissão.

⁽¹³³⁾ Anexo 5 da declaração de 2001 da Cheil, página 2617 do processo da Comissão.

⁽¹³⁴⁾ Anexo 5 da declaração de 2001 da Cheil, página 2618 do processo da Comissão.

⁽¹³⁵⁾ Anexos I, J, K, L e M às observações complementares da Daesang; ver também observações complementares da Daesang, página 6, e declaração da Takeda, página 7.

⁽¹³⁶⁾ Anexo 5 da declaração de 2001 da Cheil, página 2618 do processo da Comissão.

⁽¹³⁷⁾ Páginas 5 e 6, último parágrafo, da declaração de 2001 da Cheil e páginas 9 e 10 da sua resposta à comunicação de objecções da Comissão.

- (203) A Takeda, por seu lado, alega que a Comissão deveria considerar que a infracção cessara na data da última reunião de fixação de preços-objectivo conhecida.
- (204) A Daesang e a Cheil não contestam a duração da infracção tal como é estabelecida na presente decisão.
- (205) No que se refere à Ajinomoto, a Comissão reconhece que são insuficientes as provas da sua participação no acordo relativo aos preços-objectivo para 1997. No entanto, a Comissão não aceita a afirmação da Ajinomoto de que teria cessado de tomar parte na infracção desde a reunião de Agosto de 1996.
- (206) Na realidade, os elementos de prova apresentados na altura pela Takeda relativos às suas reuniões bilaterais com a Ajinomoto demonstram claramente que as duas empresas abordaram nessas ocasiões a questão do mercado dos nucleótidos e dos preços nele praticados. Nas notas relativas à reunião de Julho de 1997, por exemplo, a Takeda refere que a Ajinomoto lhe declarou que se iriam deslocar à Europa em Agosto e Setembro e propor aos seus distribuidores um aumento de preços de 10 %, o que sem dúvida suscitaria nestes fortes protestos. Na nota seguinte, referente à reunião de Setembro, a Takeda escreve, por exemplo, que «a política de base da Ajinomoto consiste num aumento de 15 % (ou 10 %, no mínimo). Em Agosto, numa reunião com sucursais europeias, depararam com grande resistência, como previam, mas decidiram começar por 53 DM, para chegar, pelo menos, aos 51 DEM (10 % de aumento)»⁽¹³⁸⁾. Consideradas no seu conjunto, estas duas notas demonstram, com toda a evidência, que a Ajinomoto não só anunciou o aumento de preço que iria procurar impor na Europa, mas também informou mais tarde sobre o desenrolar das negociações e sobre a forma de proceder a partir daí. Este comportamento constitui, manifestamente, mais do que meras tentativas infrutíferas por parte da Takeda para associar de novo a Ajinomoto aos acordos⁽¹³⁹⁾.
- (207) Por conseguinte, a Comissão considera que, ao prosseguir os seus encontros com a Takeda, nos quais eram discutidos os preços dos nucleótidos, a Ajinomoto continuou a participar na infracção depois da reunião de Agosto de 1996.
- (208) Mesmo que a Ajinomoto tenha cessado as suas compras compensatórias a partir de Agosto de 1996 e não tenha assistido a qualquer reunião multilateral depois dessa data, não se pode ignorar que esta empresa manteve a sua participação no sistema ilícito e que para ele contribuiu

activamente trocando informações sobre os preços. Embora tenha havido, eventualmente, uma alteração de forma, passando das reuniões multilaterais para os contactos bilaterais com a Takeda, a conclusão que se impõe é que a Ajinomoto tomou parte na infracção, pelo menos, até à última reunião conhecida em que foram discutidos os preços dos nucleótidos, nomeadamente a reunião que realizou com a Takeda em Setembro de 1997.

- (209) Quanto às outras partes, e uma vez que estas se associaram ao acordo sobre os preços-objectivo para 1997, a Comissão considera que a infracção durou até ao final de 1997, salvo quando se verificaram contactos ilícitos posteriores ao fim de 1997. No caso da Takeda e da Cheil, a última reunião conhecida em que foram discutidos os preços dos nucleótidos foi em 2 de Junho de 1998⁽¹⁴⁰⁾. Consequentemente, a Comissão conclui que estas duas empresas participaram na infracção até 2 de Junho de 1998.
- (210) A Comissão considera, portanto, que a infracção durou até Setembro de 1997, no caso da Ajinomoto, até fins de 1997 no caso da Daesang, e até 2 de Junho de 1998 nos casos da Cheil e da Takeda.

E. MEDIDAS CORRECTIVAS

1. ARTIGO 3.º DO REGULAMENTO N.º 17

- (211) Quando a Comissão verifica uma infracção ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado ou ao n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE, deve exigir às empresas envolvidas que ponham termo a essa infracção, nos termos do artigo 3.º do Regulamento n.º 17.
- (212) No caso em apreço, a Comissão referiu, na sua comunicação de objecções, que os participantes fizeram esforços consideráveis para dissimular os seus comportamentos ilícitos e que prestaram informações contraditórias sobre o período em que ocorreu a infracção. Nas suas respostas à comunicação de objecções, todas as empresas afirmam que puseram termo à sua participação antes do início da investigação da Comissão. A Ajinomoto declara que cessou a sua participação em Agosto de 1996.
- (213) Não obstante estas afirmações, e para dissipar todas as dúvidas, a Comissão exige às empresas que continuam activas no mercado dos nucleótidos que ponham termo à infracção, se ainda o não fizeram, e que a partir de agora se abstenham de qualquer acordo, prática concertada ou decisão de associação que possa ter objectivo ou efeito similar.
- (214) A proibição aplica-se a todas as reuniões secretas e a todos os contactos multilaterais ou bilaterais entre concorrentes destinados a restringir a concorrência entre si e a permitir-lhes coordenar o seu comportamento no mercado, nomeadamente em matéria de preços.

⁽¹³⁸⁾ Na tradução inglesa fornecida pela Ajinomoto na sua carta de 29 de Novembro de 2002, lê-se: «A's head office's basic policy about DEM price is 15 % (minimum 10 %) up adjustment. Met with strong opposition, as expected, at the meeting with European branches in August, but for the time being will start with 53 DEM and attempt to achieve minimum DEM 51 (10 % up)».

⁽¹³⁹⁾ Na sua carta de 29 de Novembro de 2002, a Ajinomoto reitera a sua contestação da descrição dos factos feita nas notas da Takeda e questiona o valor dessas notas como prova da participação continuada da Ajinomoto na infracção.

⁽¹⁴⁰⁾ Ver página 309 do processo da Comissão.

2. N.º 2 DO ARTIGO 15.º DO REGULAMENTO N.º 17

Natureza da infracção

a) CONSIDERAÇÕES GERAIS

- (215) Nos termos do n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17, a Comissão pode, mediante decisão, aplicar às empresas coimas entre mil e um milhão de euros, podendo este montante ser superior, desde que não exceda dez por cento do volume de negócios realizado, durante o exercício social anterior, por cada uma das empresas que tenha participado na infracção sempre que, deliberadamente ou por negligência, tenham cometido uma infracção ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado e/ou ao n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE.
- (216) Para determinar o montante da coima, a Comissão deve ter em consideração todas as circunstâncias do caso em apreço e, em especial, a gravidade e a duração da infracção, que são os dois critérios expressamente referidos no n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17.
- (217) O papel desempenhado por cada empresa participante na infracção é apreciado caso a caso. Na determinação do montante da coima, a Comissão terá em conta, nomeadamente, eventuais circunstâncias agravantes ou atenuantes e aplicará, se for caso disso, a comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas.
- (218) Para avaliar a gravidade da infracção, a Comissão toma em consideração a sua natureza, o seu impacto concreto no mercado, quando quantificável, e a dimensão do mercado relevante. O papel desempenhado por cada empresa participante na infracção será apreciado individualmente.

b) O MONTANTE DA COIMA

- (219) O cartel constitui uma infracção deliberada ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado e ao n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE: estando perfeitamente conscientes do carácter restritivo dos seus actos e, além disso, da sua ilicitude, os principais produtores de nucleótidos concertaram-se para criar um sistema secreto e continuado destinado a restringir a concorrência.

1. *O montante de base*

- (220) O montante de base de uma coima é determinado em função da gravidade e da duração da infracção.

Gravidade

- (221) Para avaliar a gravidade da infracção, a Comissão tem em conta a sua natureza específica, o seu impacto concreto no mercado, quando quantificável, e a dimensão do mercado geográfico relevante.

- (222) Decorre dos factos anteriormente descritos que a presente infracção consistiu, principalmente, em práticas de repartição de mercados e de fixação de preços que, pela sua própria natureza, constituem as violações mais graves do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado e do n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE.
- (223) Os acordos de cartel envolveram os principais operadores mundiais e foram concebidos, dirigidos e incentivados ao mais alto nível de cada uma das empresas participantes⁽¹⁴¹⁾. Pela sua natureza, a aplicação de um acordo do tipo acima descrito conduz necessariamente a uma significativa distorção da concorrência, em benefício exclusivo dos produtores membros do cartel e em prejuízo dos seus clientes e, em última instância, do público em geral.
- (224) A Comissão considera portanto que, pela sua natureza, esta constitui uma infracção muito grave ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado e ao n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE.
- (225) A Ajinomoto afirma que, no caso em apreço, um certo número de elementos indica que, não só a infracção teve uma incidência limitada no mercado, mas também que não se tratou de uma infracção tão grave como pretende a Comissão. Entre estes elementos contam-se o facto de o sector europeu do nucleótidos ser de dimensão reduzida, o facto de a infracção não ter sido integralmente aplicada, o facto de os nucleótidos representarem apenas uma parte muito pequena do custo dos produtos finais e de, portanto, o prejuízo causado aos consumidores ser reduzido, e ainda o facto de terem a possibilidade de opor os fornecedores uns aos outros ter limitado qualquer inconveniente para os clientes directos.
- (226) A Comissão não aceita estes argumentos. É óbvio que os acordos sobre os preços e a repartição de mercados, pela sua natureza, põem em risco o bom funcionamento do mercado único. Seria erróneo concluir que, pela pequena dimensão do mercado, a infracção não seria muito grave. O que importa é o facto de uma concertação sobre o preço do produto, que é a componente essencial da concorrência, se ter substituído ao jogo da concorrência que, normalmente, teria regido o funcionamento do mercado único dos nucleótidos. Por outro lado, e como os pontos acima o demonstram, os acordos foram realmente aplicados e tiveram um impacto concreto no mercado dos nucleótidos no EEE⁽¹⁴²⁾. Por conseguinte, a infracção ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado e ao n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE é considerada muito grave. Nos considerandos 241 e 242, a Comissão refere-se ao argumento sobre a reduzida dimensão do mercado.

⁽¹⁴¹⁾ Considerando 57 e seguintes.

⁽¹⁴²⁾ Os outros elementos referidos pela Ajinomoto são igualmente tratados sob o título «Impacto concreto da infracção no mercado dos nucleótidos no EEE».

O impacto concreto da infracção no mercado dos nucleótidos do EEE

- (227) A infracção foi cometida por empresas que, durante o período considerado, detinham a parte de leão dos mercados mundial e europeu de nucleótidos. Além disso, os acordos tinham especificamente por objectivo fazer subir os preços a um nível superior ao que de outro modo atingiriam e restringir as quantidades vendidas. Estes acordos foram postos em prática e tiveram um impacto tangível no mercado.
- (228) Não é necessário quantificar detalhadamente a amplitude da diferença entre os preços assim obtidos e os que poderiam ter sido praticados na ausência destes acordos. Com efeito, isto nem sempre é quantificável de forma fiável, dado que a evolução do preço de um produto pode ser influenciada por diversos factores externos em simultâneo, pelo que é extremamente difícil tirar conclusões sobre a importância relativa de todos os eventuais nexos de causalidade.
- (229) Seja como for, os acordos constitutivos do cartel foram levados à prática. Ao longo de toda a duração do cartel, as partes trocaram informações sobre os seus preços e o volume das suas vendas e, com base nestes dados, concertaram preços-objectivo (ver considerandos 80, 89, 91, 92 a 94, 97 e 98, 104, 108 a 111, 115 e 116, 118 a 131, 133, 135 e 138 a 141). Tal como demonstrado na parte factual da presente decisão, os preços-objectivo e os aumentos de preços foram decididos, anunciados aos clientes e aplicados em todo o EEE (ver considerandos 86, 104, 118 a 120, 122, 124, 126, 128, 134, 139 a 141 e 144). As partes controlavam atentamente a aplicação destes acordos, promovendo reuniões multilaterais e bilaterais regulares entre si. Nestas reuniões, as partes trocavam informações sobre os seus volumes de vendas, discutiam preços de venda (o que lhes permitia verificar se estavam a ser atingidos os objectivos decididos em matéria de preços) e, quando necessário, acordavam um ajustamento dos preços-objectivo (ver, por exemplo, os considerandos 92, 109, 111, 124 e 128 a 130).
- (230) Considerando o exposto e o esforço investido por cada participante na complexa organização do cartel, não restam dúvidas de que o acordo anticoncorrencial foi aplicado durante todo o período da infracção. Esta aplicação continuada durante um período de nove anos terá tido, necessariamente, impacto no mercado.
- (231) A Ajinomoto alega que são inconclusivos os elementos em que se baseia a Comissão para provar que a infracção teve um efeito significativo no mercado. Segundo a Ajinomoto, a referida infracção teve apenas um impacto reduzido. De facto, a empresa sustenta, não só que foi muito difícil concluir estes acordos sobre os preços-objectivo, mas também que, mesmo quando as empresas chegaram a acordos, estes nunca foram integralmente respeitados: os desvios em relação ao acordado eram frequentes e ficavam impunes, não existindo qualquer sistema eficaz de controlo. Deste modo, a empresa considera que a infracção nunca foi inteiramente concretizada.
- (232) Além disso, a Ajinomoto considera que o custo dos nucleótidos representa, em média, menos de 0,1 % do preço do produto final e que a possibilidade de opor os fornecedores uns aos outros limitou o prejuízo causado aos clientes directos. Por último, a empresa alega que uma análise das condições económicas durante o período em apreço confirma que a evolução dos preços era compatível com um comportamento concorrencial. Em apoio destas afirmações, a Ajinomoto apresentou um relatório elaborado pela RBB Economics que afirma que nada permite concluir que os preços foram excepcionalmente estáveis durante o período 1988-1997 ou que a queda de preços no final de 1998 e início de 1999 correspondeu ao fim da infracção. Os autores deste relatório põem em dúvida a eficácia dos acordos de repartição de clientela entre os produtores de nucleótidos e, por outro lado, consideram que a queda de preços verificada no final de 1998/início de 1999 não resultou da cessação das actividades do cartel, mas sim de alterações importantes de factores ligados ao mercado externo, que modificaram profundamente as condições de preços na Europa: um aumento significativo de capacidade de produção resultante da abertura de uma fábrica da Cheil na Indonésia, conjugado com uma estagnação da procura a partir de 1997, o que deu origem a um considerável excedente de capacidade. A desvalorização das divisas coreana e indonésia acentuou a pressão sobre os preços na Europa. Nas observações complementares à sua resposta à comunicação de objecções, a Ajinomoto afirma que as estimativas médias relativas à capacidade apresentadas pelas empresas à Comissão (e disponibilizadas) confirmam que a evolução dos preços no conjunto do período em causa era compatível com as condições concorrenciais e que a infracção teve um impacto reduzido no mercado.
- (233) Na sua resposta à comunicação de objecções, a Cheil tira as mesmas conclusões, sublinhando que foi a sua decisão de aumentar a capacidade de produção que fez descer sensivelmente os preços em fins de 1998/princípios de 1999. Esta empresa afirma igualmente que a reduzida dimensão do mercado diminuiu a incidência económica real do comportamento ilícito, o que justifica a fixação do montante da coima a um nível menos elevado. Além disso, a Cheil, corroborada pela Daesang⁽¹⁴³⁾, sustenta que, quando se pronunciar sobre a gravidade da infracção, a Comissão deverá ter em conta o facto de a sua incidência sobre os consumidores ter sido insignificante, bem como o facto de os coreanos se terem ligado a um mecanismo já existente.
- (234) A Takeda declara igualmente que mesmo a incidência potencial máxima sobre os consumidores finais teria sido muito reduzida, por diversas razões: a pequena dimensão do mercado europeu, o facto de serem os grandes fabricantes de produtos alimentares que compram os nucleótidos, e não os consumidores finais, e a reduzida parte que o custo dos nucleótidos representa no preço do produto final. A Takeda alega ainda em sua defesa que a Comissão não tentou quantificar com rigor a quaisquer aumentos de preços que a infracção pode ter ocasionado superior ao que se verificaria na sua ausência.

⁽¹⁴³⁾ Na sua resposta à comunicação de objecções e na sua carta de 27 de Novembro de 2002.

(235) Nenhum dos argumentos avançados pelas partes para minimizar a conclusão da Comissão segundo a qual o cartel teve uma incidência real sobre o mercado é conclusivo. As explicações relativas à estabilidade dos preços entre 1988 e 1997 e a queda dos preços em fins de 1998/princípios de 1999 poderiam ter alguma validade (especialmente no que se refere ao aumento de capacidade decorrente da abertura da nova fábrica da Cheil na Indonésia, próximo do fim do funcionamento do cartel), mas não demonstram de forma convincente que a existência do cartel não teve um papel na fixação e na flutuação dos preços no mercado dos nucleótidos. Com efeito, uma vez que as partes substituíram a incerteza de uma situação de livre concorrência por um comportamento concertado continuado, os preços foram necessariamente fixados a um nível diferente daquele que teria prevalecido num mercado concorrencial.

(236) O facto de, próximo do fim do cartel, e tal como sublinham a Ajinomoto e a Cheil, a capacidade de produção ter aumentado sensivelmente, num momento em que a procura tendia a baixar, o que se traduziu numa queda dos preços (e numa redução das taxas de utilização da capacidade dos produtores), ilustra, sem dúvida, as dificuldades encontradas pelas partes nessa ocasião para influenciar os preços numa situação difícil de mercado e pode ter mesmo constituído uma razão para o colapso do próprio cartel. No entanto, isto não prova que a prática ilícita não teve qualquer efeito sobre o mercado durante os nove anos de existência do cartel, nem que os preços não tenham sido mantidos a um nível superior ao da livre concorrência.

(237) Pelo contrário, a julgar pelos esforços conjugados dos membros do cartel (ver considerandos 75-149), pode-se concluir com razoabilidade que este conseguiram, durante toda a duração do acordo, manter os preços a um nível superior ao que teriam atingido na ausência de acordos ilícitos.

(238) O facto de os participantes no cartel não terem obtido todos os resultados pretendidos não prova que o acordo não afectou o mercado. Aliás, não é credível que, considerando, nomeadamente, os riscos que corriam, as partes tivessem combinado numerosos encontros em vários lugares do mundo ao longo do período da infracção, se considerassem que o cartel teria pouca ou nenhuma incidência sobre o mercado dos nucleótidos. A este respeito, recordemos, por exemplo, as especiais felicitações dirigidas pela Ajinomoto a todos os membros do cartel numa das suas reuniões, por terem aplicado com sucesso os preços-objectivo de 1995 (ver considerando 126 ou o anexo Z às observações complementares da Daesang⁽¹⁴⁴⁾).

(239) Nas suas respostas à comunicação de objecções, a Ajinomoto, a Cheil e a Daesang afirmaram igualmente que os próprios dados da Comissão revelam que estas empresas ignoraram frequentemente os acordos e agiram de forma autónoma no mercado. Este argumento, no entanto, não é aceitável. Não só porque a Comissão dispõe de numerosas provas de que a Ajinomoto, a Cheil e a Daesang continuaram, de facto, a tomar parte na infracção ao longo de toda a sua duração (o que, aliás, as partes não contestam, à excepção da Ajinomoto, em relação à sua participação posterior a Agosto de 1996), mas também porque o facto de as partes terem, eventualmente, «estratégias ocultas» que as levaram a desviar-se, em certa medida, dos compromissos assumidos com os outros participantes no cartel não significa que não tenham aplicado o acordo constitutivo do cartel. Tal como o Tribunal de Primeira Instância considerou no acórdão *Cascades*, «uma empresa que prossegue, apesar da concertação com os seus concorrentes, uma política mais ou menos independente no mercado pode simplesmente tentar utilizar o acordo em seu benefício»⁽¹⁴⁵⁾.

Dimensão do mercado geográfico relevante

(240) O cartel cobria a totalidade do mercado comum e, desde a sua criação, todo o EEE. Todo o território do mercado comum e do EEE estava sob a sua influência. Para a determinação da gravidade da infracção, a Comissão considera, portanto, que o cartel afectou a totalidade da Comunidade e, desde a sua criação, do EEE.

Conclusão da Comissão sobre a gravidade da infracção

(241) Tendo em conta a natureza do comportamento em análise, o seu impacto concreto no mercado dos nucleótidos e o facto de abranger a totalidade do mercado comum e, desde a sua criação, todo o EEE, a Comissão considera que as empresas destinatárias da presente decisão cometeram uma infracção muito grave ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado e ao n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE.

(242) Deve ser feita uma distinção clara entre a questão da dimensão do mercado do produto e a questão do impacto concreto da infracção no mesmo mercado. Não é prática da Comissão considerar a dimensão do mercado do produto como um critério relevante para avaliar a gravidade da infracção.

(243) No entanto, e sem prejuízo do carácter muito grave de uma infracção, a Comissão tomará em consideração, no caso em apreço, a limitada dimensão do mercado do produto.

⁽¹⁴⁴⁾ Ver página 1076 do processo da Comissão.

⁽¹⁴⁵⁾ Processo T-308/94, *Cascades*/Comissão, Col. 1998, p. II-925, ponto 230.

Classificação dos participantes no cartel

- (244) Dentro da categoria das infracções muito graves, a escala das coimas prevista permite aplicar às empresas um tratamento diferenciado, para ter conta a respectiva capacidade económica efectiva de provocar um prejuízo significativo à concorrência e para fixar o montante da coima a um nível que lhe assegure um carácter suficientemente dissuasivo. Este exercício afigura-se especialmente necessário quando, como no caso em apreço, as quotas de mercado das empresas participantes na infracção diferem consideravelmente.
- (245) Nas circunstâncias do caso em apreço, que envolve várias empresas, é necessário, na determinação do montante de base das coimas, tomar em consideração o peso específico de cada uma delas e, conseqüentemente, a incidência real do comportamento ilícito de cada empresa infractora sobre a concorrência
- (246) Para este efeito, é possível dividir as empresas em causa em diferentes categorias, segundo a sua importância relativa no mercado relevante, sem prejuízo, quando for caso disso, de um ajustamento que tenha em conta outros elementos, em especial a necessidade de assegurar um efeito dissuasivo apropriado.
- (247) Para comparar a importância relativa das empresas no mercado relevante, a Comissão considera apropriado, no caso em apreço, basear-se nas suas quotas respectivas no mercado mundial do produto. Com efeito, estes números dão a indicação mais fiável da capacidade das empresas participantes de provocar um prejuízo significativo aos outros operadores no mercado comum e/ou no EEE. Além disso, a quota do mercado mundial detida por um dado membro do cartel permite também ter uma ideia da sua contribuição para a eficácia do cartel no seu conjunto ou, inversamente, da instabilidade que se verificaria no cartel sem a sua participação. Esta comparação baseia-se nos dados relativos ao mercado mundial do produto no último ano civil completo da infracção (1997).
- (248) A Ajinomoto foi sempre o maior produtor de nucleótidos presente no mercado geográfico relevante. Em 1997 a sua quota do mercado mundial situava-se entre 40 % e 50 %.
- (249) A Takeda, a Cheil e a Daesang eram operadores menos importantes no mercado mundial dos nucleótidos. Em 1997, cada uma delas detinha uma quota de mercado situada entre 10 % e 20 %, um valor que não chega a metade do da Ajinomoto, o maior produtor.
- (250) A Ajinomoto integrará, portanto, uma primeira categoria, e a Takeda, a Cheil e a Daesang uma segunda categoria.
- (251) Com base no exposto, os montantes de base das coimas, determinados em função da gravidade das infracções, deverão ser os seguintes:
- Ajinomoto: 6 milhões de euros,
 - Takeda, Daesang et Cheil: 2,4 milhões de euros.

Efeito dissuasivo suficiente

- (252) Para assegurar que a coima tem um efeito suficientemente dissuasivo e para ter em conta o facto de as grandes empresas disporem de conhecimentos e de infra-estruturas jurídico-económicas que lhes permitem mais facilmente reconhecer o carácter ilícito do seu comportamento e as conseqüências dele decorrentes do ponto de vista do direito da concorrência, a Comissão determinará se é necessário ajustar o montante de base em relação a cada uma das empresas.
- (253) Com volumes de negócios à escala mundial de, respectivamente, 8,7 mil milhões de euros e 9,2 mil milhões de euros em 2001, a Ajinomoto e a Takeda são operadores muitos mais importantes do que a Daesang (1,4 mil milhões de euros em 2001) e a Cheil (1,9 mil milhões de euros em 2001). Assim, a Comissão considera adequado majorar o montante inicial calculado em função da importância relativa no mercado relevante para ter em conta a dimensão e os recursos globais respectivos da Ajinomoto e da Takeda.
- (254) Tendo em conta o que precede, a Comissão considera que, para assegurar um carácter dissuasivo, deverá ser aumentado em 100 % o montante inicial determinado no considerando 251, para 12 milhões de euros, no caso da Ajinomoto, e para 4,8 milhões de euros, no caso da Takeda.

Duração da infracção

- (255) A Comissão considera que a Daesang infringiu o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado desde 19 de Dezembro de 1988 até ao final de 1997 e o n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE desde 1 de Janeiro de 1994 até ao final de 1997.
- (256) A Comissão considera que a Cheil infringiu o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado entre Março de 1989 e 2 de Junho de 1998 e o n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE entre 1 de Janeiro de 1994 e 2 de Junho de 1998.
- (257) A Takeda pretende que a Comissão considere que a infracção cessou na data da última reunião conhecida do cartel. Como ficou atrás demonstrado, sob o título «Duração da infracção», os elementos de prova do processo mostram que o último contacto ilícito conhecido entre a Takeda e um membro do cartel teve lugar em 2 de Junho de 1998. A Comissão conclui, portanto, que a Takeda infringiu o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado entre 8 de Novembro de 1988 e 2 de Junho de 1998 e o n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE entre 1 de Janeiro de 1994 e 2 de Junho de 1998.

- (258) Por último, a Ajinomoto contesta a duração da infracção e só reconhece a sua participação até Agosto de 1996. Esta questão da duração da participação no cartel é tratada nos considerandos 202 a 210. A Comissão considera que a Ajinomoto infringiu o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado de 8 de Novembro de 1988 até, pelo menos, Setembro de 1997 e o n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE de 1 de Janeiro de 1994 até, pelo menos, Setembro de 1997.
- (259) A Comissão conclui, conseqüentemente, que a Takeda, a Ajinomoto, a Daesang e a Cheil participaram na infracção durante, respectivamente, nove anos e seis meses (Takeda), oito anos e nove meses (Ajinomoto), nove anos (Daesang) e nove anos e dois meses (Cheil), o que constitui uma longa duração (mais de cinco anos). Os montantes iniciais das coimas calculados em função da gravidade da infracção (ver considerandos 251 e 254) são, portanto, aumentados em 10 % por cada ano e em 5 % por cada seis meses, ou seja, em 95 % no caso da Takeda, 90 % no caso da Daesang e da Cheil e 85 % no caso da Ajinomoto.
- (260) Na sua resposta à comunicação de objecções, a Cheil alegou, no entanto, que, embora as orientações para o cálculo das coimas aplicadas nos termos do n.º 2 do artigo 15.º, do Regulamento n.º 17 e do n.º 5 do artigo 65.º do Tratado CECA⁽¹⁴⁶⁾ prevejam que uma infracção de «longa duração» possa justificar um aumento de 10 % por ano, isto não significa que este aumento deva aplicar-se a cada infracção. A Cheil considera que a sua participação pouco activa no infracção entre Março de 1989 e o início de 1992 (e o reduzido impacto no mercado daí decorrente), deveria levar a Comissão a considerar, para este período, um aumento inferior à norma de 10 % por ano aplicável em função da duração. Do mesmo modo, a Cheil considera que se justificaria a mesma atitude em relação aos factos posteriores a 1996, tendo em conta a sua muito menor intensidade e a decisão tomada pela Cheil, em 1996, de aumentar a sua capacidade (efectiva no fim da década de 1990).
- (261) Este argumento não pode ser aceite. A participação da Cheil na infracção ao longo de toda a sua duração ficou demonstrada na parte da presente decisão relativa aos factos. Foi igualmente demonstrado que a infracção teve impacto no mercado do EEE. O simples facto de um membro de um cartel poder desempenhar um papel apropriado às suas circunstâncias específicas não exclui a sua responsabilidade pela infracção no seu conjunto. Uma empresa que participe numa prática ilícita comum é igualmente responsável, em relação a todo o período da sua adesão a esse sistema comum, pelos comportamentos assumidos por outras empresas ao serviço do mesmo objectivo⁽¹⁴⁷⁾. Por conseguinte, a Comissão considera que a Cheil participou de igual forma na infracção ao longo de toda a sua duração.

Conclusão sobre os montantes de base

- (262) Em consequência, a Comissão fixa os montantes de base das coimas do seguinte modo:
- Takeda: 9 360 000 euros,
 - Ajinomoto: 22 200 000 euros,
 - Daesang: 4 560 000 euros,
 - Cheil: 4 560 000 euros.

2. Circunstâncias agravantes

- (263) A Comissão não encontrou circunstâncias agravantes a ter em conta na presente decisão.

3. Circunstâncias atenuantes

Papel exclusivamente passivo nas infracções

- (264) A Cheil e a Daesang afirmam na sua resposta⁽¹⁴⁸⁾ que sempre desempenharam um papel passivo na infracção. Teriam sido envolvidas num acordo pré-existente dirigido pela Takeda e, em menor escala, pela Ajinomoto, que pretendiam proteger os seus próprios mercados e limitar a concorrência através de compras compensatórias. A Ajinomoto declara, a este respeito, que desempenhou um papel subordinado ao da Takeda, que deverá ser considerada como o verdadeiro mentor do cartel. Além disso, os produtores coreanos têm uma dimensão claramente menor do que a dos seus homólogos japoneses, o que igualmente demonstra o limitado impacto do seu comportamento no mercado.
- (265) Para calcular o valor de base da coima, foi tida em conta a real capacidade económica das empresas para poderem influenciar o mercado do EEE, avaliada em função do seu peso económico (ver considerandos 244 a 251).
- (266) Ainda que certos elementos do processo indiquem que as empresas japonesas teriam dado início ao cartel e tomado a iniciativa de organizar determinadas reuniões, a Comissão não tem qualquer razão para daí concluir que algum dos produtores coreanos desempenhou um papel meramente passivo ou seguidista na infracção. As duas empresas assistiram à grande maioria das reuniões conhecidas do cartel e tomaram parte directa e activa na infracção. Com efeito, ao longo de toda a sua participação, a Cheil e a Daesang estiveram presentes nas reuniões e trocaram informações sobre as vendas. Não podem, portanto, pretender ter desempenhado meramente um «papel passivo»⁽¹⁴⁹⁾.

⁽¹⁴⁶⁾ JO C 9 de 14.1.1998, p. 3.

⁽¹⁴⁷⁾ Ver acórdão do Tribunal de Justiça no processo Comissão/Anic, ponto 83.

⁽¹⁴⁸⁾ Ver também síntese dos argumentos enviados pela Daesang em 27 de Novembro de 2002.

⁽¹⁴⁹⁾ Ver, por exemplo, considerando 365 da decisão da Comissão no caso COMP/36.545/F3 — Aminoácidos (JO L 152 de 7.6.2001, p. 24).

(267) Por exemplo, a própria acta da Daesang relativa à reunião de Dezembro de 1995, sobre a análise da cooperação em 1995 ⁽¹⁵⁰⁾, revela claramente que todas as partes colaboraram na aplicação dos aumentos de preços de 1995 e que todas acordaram em prosseguir a sua colaboração em 1996. Como o demonstram os factos, a Cheil e a Daesang, cada uma por sua vez, também apresentaram propostas em matéria de preços-objectivo e reuniram-se para preparar posições comuns nas reuniões de produtores.

(268) Face a todas as provas reunidas neste processo, descritas na parte factual da presente decisão, a imagem que delas resulta é a de um cartel no qual todas as partes participaram activa e directamente na infracção, trocando informações sobre os seus volumes de vendas e revendo e discutindo os preços-objectivo. Todos os membros do cartel foram identificados como tendo participado na maior parte das suas reuniões e como tendo organizado rotativamente as reuniões em questão. Assim, nenhuma das empresas pode ser considerada como líder ou instigadora da infracção na aceção das orientações para o cálculo das coimas.

Não aplicação efectiva dos acordos ou práticas ilícitos

(269) Tal como exposto no considerando 229, a Comissão considera que os acordos anticoncorrenciais foram aplicados. Consequentemente, esta circunstância atenuante não é aplicável a qualquer dos destinatários da presente decisão. A Comissão observa que, em princípio, um acordo restritivo da concorrência é aplicado quando os membros do cartel determinam o seu comportamento no mercado em função da vontade comum que exprimiram. No caso de acordos repetidos, concluídos por um longo período, a Comissão considera que se pode presumir que cada um dos participantes o aplicou, porque, caso contrário, não teriam acordado encontrar-se repetidamente por um período tão longo em diferentes partes do mundo para fixar os seus preços e repartir os clientes. Nenhum dos argumentos invocados pelas partes pode refutar validamente as provas aduzidas pela Comissão.

(270) Tal como já afirmado no considerando 239, uma empresa que prossegue, apesar da concertação com os seus concorrentes, uma política mais ou menos independente no mercado pode simplesmente tentar utilizar o acordo em seu benefício ⁽¹⁵¹⁾. O facto, invocado pelas partes, de se terem regularmente absterido de respeitar os acordos concluídos não pode, portanto, ser considerado como constituindo uma prova suficiente da ausência de aplicação dos acordos.

⁽¹⁵⁰⁾ Anexo Z das observações complementares da Daesang, na página 1076 do processo da Comissão.

⁽¹⁵¹⁾ Processo T-308/94 Cascades SA/Comissão, Col. 1998, p. II-925, ponto 230.

Outras circunstâncias atenuantes

(271) Na sua resposta à comunicação de objecções, a Ajinomoto afirma ainda que a Comissão deveria considerar como circunstância atenuante o facto de ter cessado unilateral e voluntariamente a sua participação na infracção, antes de qualquer intervenção da Comissão, e de ter contribuído, através da sua retirada unilateral, para fazer luz sobre a infracção.

(272) A Ajinomoto refere, em apoio destas afirmações, as notas internas da Takeda de 28 de Maio e de 9 de Junho de 1997 ⁽¹⁵²⁾ e a declaração da Takeda ⁽¹⁵³⁾ em que esta alude às preocupações suscitadas entre os membros do cartel pela decisão da Ajinomoto de deixar de participar nas reuniões multilaterais a partir de Agosto de 1996 e às consequências desta decisão para as reuniões em questão.

(273) Este argumento não pode ser aceite. Sob o título «Duração da infracção», ficou demonstrado que a decisão da Ajinomoto de deixar de assistir às reuniões multilaterais a partir de Agosto de 1996 não podia ser considerada como prova de esta ter posto unilateralmente termo à sua participação na infracção a partir dessa data. Pelo contrário, a Comissão considera que esta empresa continuou a tomar parte na infracção, mantendo contactos bilaterais com a Takeda, nos quais trocavam informações sobre o mercado e os preços dos nucleótidos. Nestas circunstâncias, a Comissão considera que a não participação da Ajinomoto nas reuniões multilaterais só pode ter dado um contributo secundário, se algum deu, para «fazer luz» sobre a infracção.

(274) A Cheil considera que a Comissão deveria ter em conta o facto de já lhe ter sido aplicada uma coima nos Estados Unidos por esta mesma infracção, alegando que as empresas não devem ser sujeitas a uma «dupla sanção» e que a Comissão deveria fixar o montante da coima apenas em função dos efeitos da infracção num mercado comunitário de dimensão relativamente reduzida.

(275) Este argumento deve ser rejeitado. As coimas aplicadas noutras jurisdições, incluindo os Estados Unidos, não devem ser tidas em consideração para o cálculo do montante das coimas a aplicar por uma infracção às regras comunitárias da concorrência. O exercício, pelos Estados Unidos (ou qualquer outro país terceiro), das suas competências contra uma prática de cartel não pode, de forma alguma, limitar ou excluir a competência da Comissão para aplicar o direito comunitário da concorrência. Por força do princípio da territorialidade, o artigo 81.º do Tratado limita-se às restrições de concorrência no mercado comum e o artigo 53.º do Acordo EEE limita-se às restrições de concorrência no mercado do EEE. Do mesmo modo, as autoridades *anti-trust* americanas apenas são competentes quando o comportamento em causa tenha efeito directo e intencional nos Estados Unidos.

⁽¹⁵²⁾ Ver páginas 2147 e 2151, respectivamente, do processo da Comissão.

⁽¹⁵³⁾ Ver página 2173 da declaração da Takeda.

(276) A Takeda afirma que a Comissão deveria ter em conta o facto de a empresa já ter pago uma coima substancial no caso das vitaminas⁽¹⁵⁴⁾. A Ajinomoto avança um argumento similar relativamente à coima paga no processo da lisina⁽¹⁵⁵⁾. A Comissão refuta este argumento, porque estes processos não se referem à infracção cometida pela Takeda e pela Ajinomoto no mercado dos nucleótidos e não podem, portanto, ser tidos em consideração para efeitos da presente decisão.

(277) A Cheil e a Daesang alegam ainda que nem sempre respeitaram os acordos e que adoptaram mesmo um comportamento incompatível com estes, que consistia, por exemplo, em aumentar a sua capacidade de produção e em praticar preços inferiores aos preços-objectivo.

(278) A Comissão sublinha uma vez mais que o facto de uma empresa, cuja participação numa concertação relativa aos preços com os seus concorrentes está comprovada, não se comportar sempre no mercado da forma acordada com os outros participantes não constitui necessariamente um elemento a ter em consideração como circunstância atenuante na determinação da coima a aplicar. Como já anteriormente foi referido, uma empresa que prossegue, apesar da concertação com os seus concorrentes, uma política mais ou menos independente no mercado pode simplesmente tentar utilizar o acordo em seu benefício⁽¹⁵⁶⁾.

(279) A Ajinomoto, a Cheil e a Takeda alegam igualmente que tomaram medidas para impedir qualquer infracção às regras *anti-trust*. Adoptaram ou reforçaram programas neste sentido. A Comissão congratula-se por estas empresas terem adoptado uma política de cumprimento da legislação *anti-trust*. No entanto, considera que esta iniciativa foi demasiado tardia e não poderia servir, enquanto instrumento de prevenção, para dispensar a Comissão da sua obrigação de sancionar uma infracção às regras de concorrência anteriormente cometida por estas empresas. Tendo em conta o exposto, a Comissão não considera que a adopção de um programa de cumprimento da legislação constitua uma circunstância atenuante que justifique uma redução do montante da coima.

(280) Assim, a Comissão conclui que não é aplicável qualquer circunstância atenuante às empresas autoras desta infracção que afecta o mercado dos nucleótidos.

4. **Aplicação da comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas**

(281) Os destinatários da presente decisão cooperaram com a Comissão em diversas fases do inquérito, com o objectivo de beneficiarem do tratamento favorável previsto na comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos,

decisões e práticas concertadas. Para corresponder às legítimas expectativas das empresas em questão relativamente à não aplicação ou redução das coimas, com base na sua cooperação, a Comissão analisa, no capítulo seguinte, se as partes em questão cumprem as condições definidas naquela comunicação.

Não aplicação ou redução muito substancial da coima (título B)

(282) A Takeda requereu o benefício da redução máxima. A este respeito, afirma que deverá beneficiar das alterações introduzidas em 2002 à política de clemência pela comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis⁽¹⁵⁷⁾ e alega que nada fez para coagir quaisquer outras empresas a participar na infracção. A Takeda conclui daí que se encontra em condições de beneficiar da redução máxima, em aplicação das novas regras. A empresa sustenta que o direito comunitário admite o princípio segundo o qual, em certos casos, pode ser dado efeito retroactivo às alterações ocorridas no tratamento das sanções com efeito dissuasivo e que este princípio pode, mais genericamente, aplicar-se em matéria de decisões administrativas, como acontece em alguns Estados-Membros.

(283) A comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, de 2002, estipula que esta não é aplicável a empresas que já tenham requerido à Comissão o tratamento favorável previsto na comunicação anterior. Consequentemente, a Comissão tratará todos os pedidos de redução de coimas à luz das disposições da comunicação de 1996 sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas, que continua a ser aplicável para os efeitos da presente decisão.

(284) A Comissão reconhece que a Takeda foi a primeira a fornecer elementos determinantes para provar a existência da infracção e que manteve uma cooperação permanente e total ao longo de toda a investigação. A Takeda foi a primeira a informar a Comissão, em 9 de Setembro de 1999, sobre a existência do cartel, apresentando, em 14 de Setembro de 1999, um *dossier* contendo elementos de prova contemporâneos. Nessa altura, a Comissão não tinha ainda recebido de qualquer outra fonte quaisquer informações relativas ao cartel.

(285) Na sua avaliação da cooperação da Takeda, a Comissão tem em conta que as provas documentais não referiam actividades do cartel anteriores a 1992. No entanto, na sua declaração, a Takeda informou que o cartel se constituía, de facto, em 1989. A Comissão não tem qualquer indicação de que a Takeda possuísse outros documentos ou informações relativas ao cartel. Consequentemente, deverá concluir-se que a cooperação da Takeda foi total.

⁽¹⁵⁴⁾ Processo 37.512, ainda não publicado.

⁽¹⁵⁵⁾ Processo 36.545 (JO L 152 de 7.6.2001, p. 24).

⁽¹⁵⁶⁾ Processo T-308/94 Cascades SA/Comissão, Col. 1998, p. II-925, ponto 230.

⁽¹⁵⁷⁾ JO C 45 de 19.2.2002, p. 3.

- (286) Apesar da existência no processo de elementos que indicam que, em certas ocasiões, a Takeda desempenhou um papel de coordenação do cartel, a Comissão admite que a Takeda não coagiu qualquer outra empresa a participar nele nem agiu como instigadora no seu seio, tal como não teve papel determinante na actividade ilícita na aceção da comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas. A Comissão considera igualmente provado que a Takeda pôs termo ao seu envolvimento na infracção antes de se dirigir à Comissão.
- (287) Tendo em conta a sua cooperação total na investigação, a Comissão considera que a Takeda reúne as condições previstas no título B da comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas, pelo que lhe concede uma redução de 100 % da coima que lhe teria sido aplicada se não tivesse cooperado com a Comissão.

Redução substancial da coima (Título C)

- (288) A Daesang, a Cheil e a Ajinomoto requerem o benefício de uma redução de coima nos termos do título C da comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas. A Comissão considera que, na altura em que a Daesang, a Cheil e a Ajinomoto começaram a cooperar com a Comissão, a Takeda já fornecera informações suficientes para provar a existência do cartel. Consequentemente, a Comissão conclui que a Daesang, a Cheil e a Ajinomoto não foram as primeiras a fornecer à Comissão elementos determinantes para provar a existência do cartel dos nucleótidos, como é previsto na alínea b) do título B da referida comunicação. Por conseguinte, nenhuma destas empresas preenche as condições previstas no título C.

Redução significativa da coima (Título D)

- (289) A Daesang considera que não só se propôs cooperar com a Comissão antes de esta lhe enviar o seu primeiro pedido de informações como também manteve com a Comissão uma cooperação total e permanente ao longo da investigação. A empresa afirma igualmente que habilitou a Comissão a provar a existência da infracção durante todo o período em que foi cometida, ou seja, a partir de Outubro de 1988, pelo que foi a primeira a fornecer elementos determinantes para provar a existência da infracção na sua totalidade, tal como é descrita na comunicação de objecções.
- (290) A Comissão reconhece que, embora só a tenha contactado depois de a Takeda se ter manifestado, a Daesang tomou, no entanto, a iniciativa de se dirigir à Comissão antes de receber qualquer pedido de informações. Além disso, a Daesang cooperou plenamente com a Comissão ao longo de todo o inquérito. A Daesang forneceu informações que contribuíram para confirmar os factos relativos à existência dos acordos do cartel antes de 1992.
- (291) A informação prestada pela Daesang antes de a Comissão lhe enviar um pedido de informações foi largamente utilizada pela Comissão na sua investigação. Especificamente,

mas não de forma exclusiva, a Daesang forneceu informação valiosa sobre as actividades do cartel anteriores a 1992. Depois de receber a comunicação de objecções, a Daesang não contestou substancialmente os factos em que a Comissão baseou as suas conclusões. Assim, a Daesang preenche as condições previstas no primeiro e segundo travessões do n.º 2 do título D da comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas, pelo que lhe é concedida uma redução de 50 % da coima.

- (292) A Cheil forneceu numerosas actas das reuniões e dos contactos realizado na época, contribuindo assim para confirmar a existência do cartel. A informação fornecida pela Cheil foi largamente utilizada pela Comissão. Além disso, a Cheil não contestou a materialidade dos factos apresentados na comunicação de objecções. Deve, portanto, concluir-se que a Cheil preenche as condições previstas no primeiro e segundo travessões do n.º 2 do título D da comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas, como pretende a empresa. Consequentemente, tendo em conta a cooperação total prestada pela Cheil ao inquérito da Comissão, é-lhe concedida uma redução de 40 % do montante da coima que lhe teria sido aplicada se não tivesse cooperado com a Comissão.
- (293) A Ajinomoto cooperou plenamente com a Comissão ao longo de todo o inquérito, contribuindo para confirmar a materialidade da existência da infracção, fornecendo documentos que foram largamente utilizados pela Comissão e prestando esclarecimentos sobre o funcionamento dos acordos. Consequentemente, a Ajinomoto preenche as condições previstas no primeiro travessão do n.º 2 do título D da comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas.
- (294) No entanto, a Ajinomoto contesta os factos descritos na comunicação de objecções relativos à duração da infracção. Por este motivo, a Ajinomoto não preenche as condições para beneficiar de uma redução do montante da coima nos termos do segundo travessão do n.º 2 do título D da comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas. Com base no que precede, conclui-se que a Ajinomoto preenche as condições previstas no primeiro travessão do n.º 2 do título D da comunicação, pelo que lhe é concedida uma redução de 30 % do montante da coima.

Conclusão sobre a aplicação da comunicação

- (295) Em conclusão, tendo em conta a natureza da sua cooperação e nos termos da comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas, são concedidas aos destinatários da presente decisão as seguintes reduções às respectivas coimas:
- Takeda: uma redução de 100 %,
 - Ajinomoto: uma redução de 30 %,
 - Daesang: uma redução de 50 %,
 - Cheil: uma redução de 40 %.

5. Montantes finais das coimas aplicadas pela presente decisão

(296) Em conclusão, as coimas a aplicar, nos termos do n.º 2, alínea a), do artigo 15.º do Regulamento n.º 17, serão as seguintes:

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

ADOPTOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo 1.º

A Ajinomoto Company Incorporated, a Takeda Chemical Industries Limited, a Daesang Corporation e a Cheil Jedang Corporation infringiram o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado e o n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE, participando, da forma e na medida expostas nos pontos anteriores, num conjunto de acordos e práticas concertadas no sector dos nucleótidos.

A infracção foi cometida nos períodos seguintes:

- a) Ajinomoto Company Incorporated, de 8 de Novembro de 1988 a Setembro de 1997;
- b) Takeda Chemical Industries Limited, de 8 de Novembro de 1988 a Junho de 1998;
- c) Daesang Corporation, de 19 de Dezembro de 1988 até ao final de 1997;
- d) Cheil Jedang Corporation, de Março de 1989 a Junho de 1998.

Artigo 2.º

As empresas referidas no artigo 1.º deverão pôr imediatamente termo à infracção de que são acusadas, se ainda não o fizeram.

Abster-se-ão, no futuro, nas suas actividades relativas aos nucleótidos, de qualquer acordo ou prática concertada susceptível de ter objectivo ou efeito idêntico ou similar ao da infracção em questão.

Artigo 3.º

São aplicadas as seguintes coimas às empresas referidas no artigo 1.º, relativamente à sua participação na infracção verificada:

- Ajinomoto Company Incorporated, uma coima no montante de 15 540 000 euros,

- Daesang Corporation, uma coima no montante de 2 280 000 euros,
- Cheil Jedang Corporation, uma coima no montante de 2 736 000 euros.

As coimas serão pagas no prazo de três meses a contar da data de notificação da presente decisão, na seguinte conta da Comissão Europeia:

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

Decorrido este prazo, serão automaticamente vencidos juros à taxa cobrada pelo Banco Central Europeu nas suas principais operações de refinanciamento no primeiro dia útil do mês em que a presente decisão foi adoptada, acrescidos de 3,5 pontos percentuais, ou seja 6,75 %.

Artigo 4.º

São destinatárias da presente decisão:

Takeda Chemical Industries Ltd
 12-10, Nihonbashi 2-chome
 Chuo-ku
 Tokyo 103-8668
 Japão

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

Cheil Jedang Corporation
 6F, Cheiljedang Bldg
 Namdaemoon-Ro
 Chung-Ku, 100-095 Seoul
 Coreia

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

A presente decisão constitui título executivo nos termos do artigo 256.º do Tratado CE.

Feito em Bruxelas, em 17 de Dezembro de 2002.

Pela Comissão

Mario MONTI

Membro da Comissão

DECISÃO DA COMISSÃO**de 16 de Julho de 2003****relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE****(Processo COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland/O2 Germany: acordo-quadro relativo a partilha de infra-estruturas)***[notificada com o número C(2003) 2432]***(O texto em língua alemã é o único que faz fé)****(Texto relevante para efeitos do EEE)**

(2004/207/CE)

A COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia,

Tendo em conta o Acordo sobre o Espaço Económico Europeu,

Tendo em conta o Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado ⁽¹⁾, com a última redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003 ⁽²⁾, e, nomeadamente, os seus artigos 2.º, 6.º e 8.º,

Tendo em conta o pedido de certificado negativo e a notificação para efeitos de isenção apresentados nos termos dos artigos 2.º e 4.º do Regulamento n.º 17 em 6 de Fevereiro de 2002,

Tendo em conta o resumo do pedido e da notificação publicado nos termos do n.º 3 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17 e do artigo 3.º do Protocolo n.º 21 do Acordo EEE ⁽³⁾,

Após consulta do Comité Consultivo em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas e de posições dominantes,

Tendo em conta o relatório final do auditor sobre este processo ⁽⁴⁾,

Considerando o seguinte:

1. INTRODUÇÃO

(1) Em 6 de Fevereiro de 2002, a T-Mobile Deutschland GmbH («T-Mobile») e a O2 Germany & Co OHG

(«O2 Germany») (anteriormente VIAG Interkom GmbH) notificaram à Comissão um acordo-quadro, de 20 de Setembro de 2001, relativo à partilha das infra-estruturas e à itinerância nacional no que diz respeito às telecomunicações móveis GSM de terceira geração («3G») no mercado alemão («acordo»). Na sua notificação, a T-Mobile e a O2 Germany («partes») solicitaram um certificado negativo ao abrigo do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e do n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE ou, em alternativa, uma isenção nos termos do disposto do n.º 3 do artigo 81.º e do n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE ⁽⁵⁾.

- (2) Em Fevereiro de 2002, a Comissão publicou uma primeira comunicação que resumia o acordo notificado e que convidava os terceiros interessados a apresentarem as suas eventuais observações ⁽⁶⁾. Seguiu-se-lhe, em Agosto de 2002, uma comunicação publicada nos termos do n.º 3 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17/62, que definia a posição preliminar da Comissão e dava aos terceiros interessados a oportunidade de apresentarem as suas observações sobre a abordagem favorável proposta ⁽⁷⁾. Em Fevereiro de 2003 procedeu-se a nova consulta dos terceiros que tinham reagido à comunicação publicada nos termos do n.º 3 do artigo 19.º do Regulamento 17/62, relativamente a determinadas alterações ao acordo notificado. A presente decisão constitui o passo final no processo de decisão da Comissão.

(1) JO 13 de 21.1.1962, p. 204/62.

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

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

(4) JO C 64 de 12.3.2004.

(5) A Comissão recebeu também uma notificação conexa da O2 UK Limited (anteriormente BT-Cellnet Limited) e da BT3G Limited, da T-Mobile UK (anteriormente One2One Personal Communications Limited), datada de 6 de Fevereiro de 2002, relacionada com um acordo de desenvolvimento da rede 3G e de itinerância bilateral 3G para o Reino Unido. Este acordo está a ser apreciado separadamente (processo COMP/38.370 — Acordo Reino Unido), tendo sido adoptada uma decisão em 30 de Abril de 2003.

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

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

2. AS PARTES

- (3) A T-Mobile é um operador de redes e serviços de telecomunicações móveis digitais na Alemanha que utiliza a família de normas GSM. A T-Mobile fornece serviços GSM na Alemanha com base numa licença GSM 900, tendo obtido uma licença de sistema universal de telecomunicações móveis (UMTS) na Alemanha, em Agosto de 2000⁽⁸⁾. A T-Mobile é propriedade integral da T-Mobile International AG, por sua vez uma filial a 100 % do operador histórico de rede fixa Deutsche Telekom AG («DTAG»).
- (4) A T-Mobile International AG é uma *holding* internacional que opera em telecomunicações móveis. As suas principais filiais operam redes no Reino Unido [T-Mobile (UK) Limited, T-Motion, Virgin Mobile], na Áustria, na República Checa e nos EUA. A T-Mobile International AG possui igualmente filiais activas nos Países Baixos, na Rússia e na Polónia. No exercício financeiro de 2001, a DTAG e a T-Mobile International AG realizaram um volume de negócios à escala mundial de, respectivamente, 48,3 mil milhões e 14,6 mil milhões de euros.
- (5) A O2 Germany explora igualmente redes e serviços de telecomunicações móveis digitais na Alemanha, mercado em que entrou como o quarto de quatro operadores, com base numa licença GSM 1800 concedida em 1997, tendo-lhe sido concedida uma licença UMTS em Agosto de 2000. A O2 Germany é uma filial a 100 % da mmO2 plc, antiga BT Cellnet limited, uma empresa controlada anteriormente pela British Telecommunications plc. A mmO2 explora, através das suas filiais, redes no Reino Unido (O2 UK), na Alemanha (VIAG — com a nova designação de O2 Germany), na República da Irlanda (Digifone — com a nova designação de O2 Ireland) e na Ilha de Man (Manx Telecom). No exercício financeiro que terminou em 31 de Março de 2002, o grupo mmO2 realizou um volume de negócios de 4,3 mil milhões de libras esterlinas (cerca de 6,7 mil milhões de euros).

3. ANTECEDENTES JURÍDICOS E FACTUAIS

3.1. Desenvolvimento das comunicações móveis de terceira geração na União Europeia

- (6) Na Europa, a primeira geração («1G») de sistemas de comunicações móveis baseava-se na tecnologia analógica. Seguiram-se-lhe, no início dos anos 90, os sistemas de segunda geração («2G») que introduziram a tecnologia digital, a saber, a GSM 900 (Sistema Global Europeu para Comunicações Móveis) e a DCS 1800 (dita Redes de Comunicações Pessoais ou Serviços PCN). Tanto os

serviços GSM 900 como os DCS 1800 são agora habitualmente referidos como serviços GSM. As comunicações normalizadas GSM processam-se em circuitos comutados, o que significa que é criado um canal físico para a chamada e dedicado a uma única ligação entre os dois pontos terminais de comunicação na rede enquanto dura a ligação. O débito de transmissão em GSM varia entre 9,6 kbit/s (*kilobytes* por segundo) e 11,4 kbit/s ou, com compressão, 14 kbit/s, o que permite comunicações básicas de telefonia vocal, serviços de mensagens curtas (SMS) e de correio electrónico, bem como de dados através de circuitos comutados.

- (7) Estão em desenvolvimento tecnologias móveis melhoradas «2.5G» que recorrem a comunicações mais eficazes de comutação por pacotes para o envio de dados em pacotes para os respectivos destinos (através de vias diferentes) sem que seja necessário reservar um canal de transmissão dedicado (utilizando apenas recursos rádio quando os utilizadores estão efectivamente a enviar ou a receber dados), para permitir o fornecimento de uma gama mais vasta de serviços, incluindo correio electrónico, comunicações visuais, envio de mensagens multimédia e serviços localizados através de serviços móveis. O *General Packet Radio Service* («GPRS») é uma das principais plataformas da tecnologia 2.5G que oferecem ligação «permanente», uma capacidade superior e serviços de dados com base em pacotes. O débito de transmissão de dados em GPRS varia entre 30 kbit/s e 40 kbit/s e, com a tecnologia EDGE, entre 80 kbit/s e 130 kbit/s, consoante a situação específica de utilização. Tal permite o fornecimento de serviços do tipo acesso móvel à internet de base, rádio móvel e serviços localizados⁽⁹⁾.
- (8) Está em curso a preparação da introdução no mercado de uma terceira geração («3G») de tecnologia, aplicações e serviços móveis⁽¹⁰⁾. A tecnologia 3G baseia-se na tecnologia 2.5G, integrando a transmissão de dados por circuitos comutados e por pacotes. Tecnicamente pode alcançar uma velocidade de 144 kbit/s, podendo eventualmente permitir débitos de transmissão que se espera venham a alcançar na prática um máximo de 384 kbit/s⁽¹¹⁾. Os serviços 3G são sistemas de comunicações móveis susceptíveis de suportarem serviços multimédia inovadores, para além da capacidade dos sistemas de segunda geração como o GSM, e com capacidade para combinar a utilização de componentes terrestres e de satélite⁽¹²⁾.

⁽⁹⁾ Entre as tecnologias menos divulgadas incluem-se a WAP (*Wireless Application Protocol*), HSCSD (*High-speed circuit switched data*) e EDGE (*Enhanced Data GSM Environment*).

⁽¹⁰⁾ O UMTS (Sistema Universal de Telecomunicações Móveis) é um dos maiores sistemas de comunicações móveis da «terceira geração» (3G), em fase de desenvolvimento dentro do quadro definido pela União Internacional de Telecomunicações (ITU), conhecido sob a designação IMT-2000.

⁽¹¹⁾ O débito exacto de transmissão depende de parâmetros como o tempo e a localização da chamada, o número de utilizadores numa célula e as aplicações utilizadas, dado que o débito disponível será dividida entre diferentes utilizadores e aplicações.

⁽¹²⁾ «Introdução das comunicações móveis de terceira geração na União Europeia: ponto da situação e via a seguir» (introdução da 3G na União Europeia), COM(2001) 141 final (20 de Março de 2001).

⁽⁸⁾ Em Agosto de 2000, o Governo alemão atribuiu seis licenças 3G na sequência de um processo de leilão de frequências no valor de 50,8 mil milhões de euros. As empresas que receberam as licenças foram a T-Mobile, a Vodafone-Mannesmann, a E-Plus, a Viag Interkom Group, a Group 3G e a Mobilcom multimedia. A Group 3G e a Mobilcom multimedia cessaram entretanto as suas operações 3G, estando por esclarecer se as suas frequências serão reatribuídas para fins de 3G.

- (9) O anexo I à Decisão n.º 128/1999/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Dezembro de 1998, relativa à introdução coordenada de um sistema de comunicações móveis e sem fios (UMTS) de terceira geração na Comunidade («Decisão UMTS»)⁽¹³⁾ define quais as características que a UMTS deverá ter capacidade para suportar. Estes serviços incluem:
- Possibilidades multimédia, aplicações de mobilidade completa e mobilidade reduzida em diferentes contextos geográficos que ultrapassam as capacidades dos sistemas de segunda geração;
 - Acesso eficaz à internet, às intranets e aos outros serviços baseados no protocolo internet;
 - Transmissão local de grande qualidade comparável à das redes fixas;
 - Portabilidade dos serviços em ambientes de terceira geração diferentes;
 - Funcionamento em configurações sem descontinuidade, incluindo itinerância total com GSM, bem como entre componentes terrestres e de satélite das redes UMTS. Considerando que as redes e os serviços de terceira geração não estão ainda totalmente disponíveis não é possível apresentar um catálogo fiável. No entanto, os serviços previstos incluem videoconferência móvel, telefone/correio vídeo móvel, navegação rodoviária de bordo avançada, compras por catálogo digital e diversas aplicações para utilização entre empresas (aplicações B2B)⁽¹⁴⁾.
- (10) O desenvolvimento na União Europeia da tecnologia de terceira geração baseia-se na plataforma tecnológica comum UMTS, na harmonização do espectro de radiofrequências e na definição de um enquadramento regulamentar harmonizado. Estes objectivos de harmonização foram atingidos em parte através da Directiva 97/13/CE, do Parlamento Europeu e o Conselho de 10 de Abril de 1997, relativa a um quadro comum para autorizações gerais e licenças individuais no domínio dos serviços de telecomunicações⁽¹⁵⁾. Esta directiva foi seguida, no final de 1998, pela decisão acima mencionada (considerando 9) relativa à introdução coordenada de um sistema de comunicações móveis e sem fios (UMTS) de terceira geração na Comunidade⁽¹⁶⁾. Esta decisão exigia que os Estados-Membros permitissem a introdução do serviço UMTS no seu território até 1 de Janeiro de 2002 e sublinhava o papel dos organismos técnicos tais como a Conferência Europeia das Administrações dos Correios e Telecomunicações («CEPT») e o Instituto Europeu de Normas de Telecomunicações («ETSI») no que diz respeito à harmonização da utilização das frequências e à promoção de uma norma comum e aberta tendo em vista o fornecimento de serviços UMTS compatíveis em toda a Europa.
- (11) Finalmente, em Março de 2001, a Comissão publicou uma comunicação que expunha o ponto da situação e a via a seguir tendo em vista a introdução de comunicações móveis de terceira geração na União Europeia⁽¹⁷⁾. Esta comunicação refere-se ao facto de os operadores europeus de telecomunicações se encontrarem numa situação financeira difícil em toda a União Europeia e terem de suportar custos elevados associados aos investimentos em infra-estruturas, o que os incentiva a celebrar acordos de partilha de infra-estruturas. Conclui que a partilha economicamente vantajosa da infra-estrutura de rede deveria, em princípio, ser encorajada, desde que as regras da concorrência e outra legislação comunitária pertinente sejam respeitadas⁽¹⁸⁾. Na comunicação de acompanhamento, «Rumo à implantação das comunicações móveis de terceira geração», de Junho de 2002⁽¹⁹⁾, a Comissão salientava a sua intenção de continuar a trabalhar juntamente com as administrações nacionais no sentido de criar uma abordagem com base em experiências positivas em matéria de partilha de redes. A Comissão publicou nova comunicação relativa a «Comunicações electrónicas: via para a economia do conhecimento», em 11 de Fevereiro de 2003⁽²⁰⁾.

3.2. Partilha de redes e itinerância nacional

- (12) A partilha da rede de terceira geração pode fazer-se a vários níveis e implicar graus de cooperação diversos. O grau de independência mantido pelos operadores depende dos elementos da rede que forem partilhados e da sua capacidade remanescente para instalar elementos distintos (liberdade de planeamento). No contexto do acordo das partes em matéria de partilha de redes, é conveniente estabelecer uma distinção relevante entre a rede de acesso via rádio («RAN») e a rede de base.

3.2.1. RAN

- (13) RAN: esta rede inclui postos emissores/receptores, caixas de equipamento de apoio («SSC») e fornecimento de electricidade, bem como antenas, combinadores e ligações de transmissão, nós B, isto é, as estações de base que recebem e enviam dados através de frequências e controlam uma determinada célula da rede e os controladores de redes via rádio («RNC») que controlam determinados nós B e que estão ligados à rede de base.

3.2.2. Rede de base

- (14) A rede de base constitui a parte inteligente da rede. Inclui centros móveis de comutação («MSC»), vários nós de apoio, plataformas de serviços, registos de localização de clientes, bem como centros de exploração e de manutenção. Está ligada à rede fixa RDIS (rede digital com integração de serviços) e às redes internet.

⁽¹³⁾ JO L 17 de 22.1.1999, p. 1.

⁽¹⁴⁾ Ver <http://www.umts-forum.org>

⁽¹⁵⁾ JO L 117 de 7.5.1997, p. 15. Esta directiva define os processos relacionados com a concessão de autorizações para fins de serviços de telecomunicações, bem como as condições que se prendem com tais autorizações.

⁽¹⁶⁾ Decisão UMTS, nota 13.

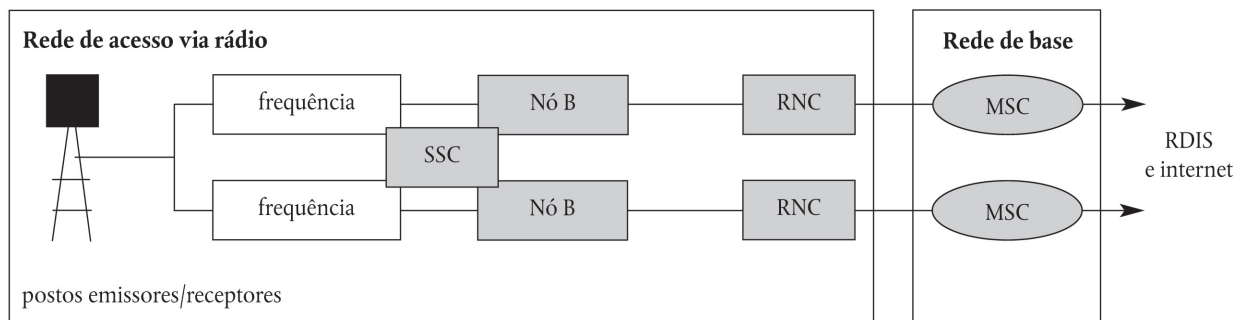
⁽¹⁷⁾ COM(2001) 141 final (20 de Março de 2001), nota 12.

⁽¹⁸⁾ *Ibidem*, ponto 4.3.

⁽¹⁹⁾ COM(2002) 301 final.

⁽²⁰⁾ COM(2003) 65 final.

Figura 1: Rede UMTS



(15) Pode distinguir-se, por grau crescente de partilha da rede:

- Partilha de sítios, desde a partilha de postes individuais à partilha de grelhas (o que exige uma estrutura uniforme das redes), e que pode incluir uma infra-estrutura de apoio, como é o caso das caixas de equipamento de apoio (SSC);
- Estações de base (nós B) e antenas;
- Controladores de redes via rádio («RNC»);
- Redes de base, incluindo os centros móveis de comutação («MSC») e diversas bases de dados;
- Frequências.

(16) Finalmente, a itinerância nacional diz respeito às situações em que os operadores em causa não partilham qualquer elemento da rede propriamente dita, mas utilizam simplesmente a rede uns dos outros para prestarem serviços aos seus próprios clientes.

(17) Na sua notificação, as partes utilizam a expressão «maior partilha de sítios» para designar a partilha de sítios e infra-estruturas de sítios até ao nível dos nós B e RNC exclusive (considerando 15, alínea a). Reservam a expressão «partilha de RAN» para a utilização em comum de toda a rede de acesso via rádio até aos nós B e RNC inclusive (considerando 15, alíneas a), b) e c)). As partes não prevêem partilhar nem as suas redes de base nem as frequências. O acordo (alterado) abrange de facto a itinerância nacional da O2 Germany na rede T-Mobile, designadamente na área de cobertura dos 50 %, bem como a itinerância recíproca das partes para além das áreas de cobertura dos 50 %.

3.3. Enquadramento regulamentar nacional

(18) Para além do direito comunitário, deve ter-se em consideração os requisitos nacionais aplicáveis em matéria de concessão de licenças, bem como a regulamentação no

âmbito da partilha das infra-estruturas de rede⁽²¹⁾. Quer o enquadramento regulamentar geral nacional na Alemanha, quer os termos das licenças de terceira geração das partes estabelecem parâmetros para a partilha de rede, entre os quais figuram:

- Os requisitos de configuração da rede em termos de cobertura efectiva em função de um calendário exacto, nomeadamente a condição segundo a qual esta rede deve cobrir 25 %, até ao final de 2003, e 50 % até ao final de 2005, da população que não pode beneficiar da itinerância nacional mas sim da infra-estrutura partilhada⁽²²⁾;
- As obrigações gerais no que diz respeito, por exemplo, à partilha de sítios e de antenas que se prendam com restrições em matéria de planeamento e preocupações ambientais;
- As limitações relativamente ao alargamento da partilha de rede autorizada, no que se refere, por exemplo, à partilha da inteligência de rede e dos dados sensíveis relativos aos clientes.

⁽²¹⁾ Diversas entidades reguladoras nacionais (NRA) da União Europeia elaboraram directrizes sobre as condições de partilha de infra-estruturas, por forma a harmonizá-las com as exigências nacionais em matéria de licenças e de regulamentação. Na Alemanha, a Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) publicou a sua própria interpretação das condições de adjudicação das UMTS à luz da evolução tecnológica mais recente, RegTP (6 de Junho de 2001), disponível em www.regtp.de. Em Maio de 2001, o Office for Telecommunications (OfTel), entidade reguladora do Reino Unido, publicou uma nota para informação sobre a partilha de infra-estruturas móveis 3G no Reino Unido, disponível no endereço <http://www.oftel.gov.uk/publications/mobile/infrashare0501.htm>. As entidades reguladoras neerlandesa e francesa publicaram idênticos documentos de orientação, disponíveis nos respectivos sítios web nos endereços http://www.opta.nl/download/concept_notitie_nma_vw_opta_umts_netwerken_190701.pdf e <http://www.art-telecom.fr/dossiers/umts/partage-infras.htm>.

⁽²²⁾ O débito de transmissão mínimo necessário para a obrigação de cobertura será especificado pela RegTP após nova consulta pública. De acordo com as especificações técnicas relativas aos serviços 3G, espera-se que ronde ou exceda 144 kbit/s.

- (19) No que diz respeito ao acordo notificado, a entidade reguladora nacional competente em matéria de telecomunicações (NRA) é a entidade reguladora alemã para os correios e telecomunicações (Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post — «RegTP»). A RegTP publicou orientações gerais em Junho de 2001, em que adopta uma posição favorável relativamente à partilha de infra-estruturas, desde que sejam satisfeitas determinadas condições⁽²³⁾.
- (20) Especificamente, a RegTP exclui a partilha da rede de base e o agrupamento das frequências, mas autoriza a partilha dos sítios, dos postes, das antenas, dos cabos e dos combinadores, bem como a partilha das caixas de equipamento de apoio e a partilha dos nós B e das RNC, logicamente distintos⁽²⁴⁾, desde que:
- Cada titular de licença possa controlar de forma independente o seu próprio nó B lógico ou RNC;
 - Não exista qualquer intercâmbio de dados (tais como dados relativos a clientes) para além do exigido pelas operações técnicas;
 - Exista uma separação entre os centros de exploração e os centros de manutenção;
 - Possam ser explorados nós B ou RNC próprios suplementares, de forma a garantir a independência do planeamento e os nós B próprios do operador explorados unicamente por si sejam associados aos seus próprios RNC lógicos;
 - Não exista divisão regional das áreas de cobertura que impeça a sobreposição de redes e de áreas de cobertura; designadamente, as partes não podem acordar em assegurar a cobertura de apenas uma área geográfica distinta e em recorrerem à itinerância na rede dos outros nas áreas não cobertas pela sua própria rede.
- (21) Em 7 de Dezembro de 2001, a RegTP considerou que o acordo-quadro das partes estava em conformidade com estas restrições regulamentares, desde que as partes respeitassem as necessidades de controlo logicamente independentes dos nós B e RNC. A aprovação da RegTP foi ainda sujeita a obrigações de apresentação de relatórios relativamente à distribuição geográfica da infra-estrutura partilhada e ao cumprimento das suas obrigações de cobertura de 50 % da população⁽²⁵⁾.
- (22) De acordo com o princípio do primado do direito comunitário, o quadro regulamentar nacional e as regras da União Europeia em matéria de concorrência aplicam-se paralela e cumulativamente. As regras nacionais não podem entrar em conflito com as regras comunitárias em matéria de concorrência nem a compatibilidade com as

regras e regulamentos nacionais pode prejudicar o resultado de uma apreciação ao abrigo das regras comunitárias em matéria de concorrência. Assim, é necessário proceder a uma avaliação completa do acordo notificado ao abrigo das regras comunitárias de concorrência.

4. O ACORDO

- (23) Em 20 de Setembro de 2001, as partes celebraram o acordo notificado que consiste num acordo-quadro que estabelece as principais condições da sua cooperação em matéria de infra-estruturas de terceira geração na Alemanha. O acordo foi alterado pelas partes, em especial no que diz respeito à itinerância. O acordo afecta directamente a posição das partes nos mercados alemães dos i) sítios e infra-estrutura de sítios para serviços de comunicações móveis digitais, ii) acesso grossista à itinerância relativamente a serviços de terceira geração. O acordo poderá vir a ter efeitos indirectos em mercados conexos.
- (24) Os objectivos do acordo alterado consistem em garantir a eficiência dos investimentos e poupanças nas despesas de exploração que permitam melhorar a situação financeira das partes e a sua posição no mercado, expandir a cobertura geográfica, limitando o impacto ambiental, e alcançar uma utilização mais rápida das infra-estruturas de rede de terceira geração e o arranque dos serviços 3G. O acordo fornece a base de cooperação entre as partes relativamente a:
- Partilha alargada de sítios: a partilha mútua de sítios e de elementos da infra-estrutura de sítios, tais como postes de emissão, caixas de equipamento de apoio e o fornecimento de energia, bem como, eventualmente, antenas, combinadores e ligações de transmissão, numa zona geográfica suficientemente extensa para permitir a cada uma das partes respeitar a obrigação de uma cobertura até 50 % da população, antes do final de 2005;
 - Partilha da rede de acesso via rádio (RAN): a partilha mútua dos nós B (isto é, estações de base que recebem e enviam dados através de frequências e que controlam uma célula específica da rede) e dos controladores de redes via rádio (RNC), em que um controla um certo número de nós B que estão ligados à rede de base;
 - Itinerância nacional: a rede da O2 Germany terá itinerância na rede da T-Mobile — mas não vice-versa — na área da obrigação de cobertura de 50 % da população por parte da O2 Germany, entre 1 de Janeiro de 2003 e 31 de Dezembro de 2008, sujeita às limitações definidas na secção 4.3.1. Quanto às zonas da Alemanha que ultrapassam a obrigação de cobertura de 50 % da população por cada parte, acordou-se em recorrer à itinerância nacional recíproca durante o período abrangido pelo acordo.
- (25) As partes manterão redes de base distintas, continuarão a fornecer serviços separadamente e não partilharão as suas frequências. O acordo não é exclusivo, na medida em que as duas partes podem acordar numa partilha alargada do sítio, numa partilha de RAN e na itinerância nacional com terceiros (cláusula 1.3). As principais disposições do acordo são enunciadas mais em pormenor seguidamente.

⁽²³⁾ RegTP (6 de Junho de 2001), no endereço: www.regtp.de

⁽²⁴⁾ Por «logicamente distintos» entende-se que um único elemento da rede física, dada a sua programação, pode realizar operações logicamente distintas para as duas redes, como se estivessem implicados dois nós B ou RCS distintos.

⁽²⁵⁾ Carta da RegTP à Comissão Europeia, de 7 de Dezembro de 2001.

4.1. Partilha alargada de sítios

- (26) As partes construirão cada uma a sua própria infra-estrutura de rede, mas colaborarão na base da «partilha alargada de sítios» numa zona correspondente à sua obrigação de cobertura de 50 % da população, a que estão sujeitas no âmbito das respectivas licenças até ao final de 2005. Ao abrigo do acordo, a «partilha alargada de sítios» implica partilhar os SSC e o fornecimento de energia, bem como, eventualmente, as antenas, os combinadores e as ligações de transmissão.
- (27) O acordo estabelece regras específicas no que diz respeito à determinação dos sítios que podem ser objecto de acordos de partilha. Ao abrigo da cláusula 2.1, cada parte deve em primeiro lugar elaborar separadamente os seus próprios planos de implantação; estes planos devem seguidamente ser divididos em períodos de programação com a duração de [(*)] que indiquem as zonas respectivas que a T-Mobile e a O2 Germany pretendem desenvolver. As zonas geográficas que as partes consideram relevantes para a implantação da sua própria rede serão comparadas regularmente e poderão, em caso de sobreposições, ser consideradas zonas de partilha de infra-estruturas. As respectivas sucursais locais das partes a nível técnico determinarão quais os sítios que devem ser objecto de uma partilha alargada com base na maximização das poupanças de custos.
- (28) A cláusula 3.2 determina especificamente que as partes não podem deter nem controlar conjuntamente elementos resultantes da partilha alargada de sítios. Contudo, a parte que possui ou controla estes elementos deve autorizar a outra parte a utilizá-los. Ao abrigo da cláusula 3.3, um acordo-quadro bilateral sobre os sítios, que deve ainda ser concluído, definirá a utilização comum e específica dos sítios partilhados, bem como a regulação dos custos (preço) em relação aos sítios partilhados. A T-Mobile transferiu entretanto a propriedade dos seus sítios para uma entidade jurídica distinta recentemente criada, a Deutsche Funkturm GmbH, que não negociou ainda os termos do acordo-quadro pertinente com a O2 Germany. Dado que, até à data, o acordo não foi ainda celebrado e a Comissão não recebeu os pormenores a ele relativos, esta reserva a sua posição sobre o mesmo, que, de qualquer modo, não é abrangido pela presente decisão.
- (29) O acordo contém igualmente cláusulas de salvaguarda no que diz respeito à troca de informações confidenciais. A cláusula 2.6 estabelece que apenas podem ser trocadas as informações necessárias para a realização técnica da partilha alargada de sítios. Ao abrigo do acordo, não podem ser trocadas outras informações, nomeadamente as informações sensíveis de um ponto de vista comercial que digam respeito aos clientes.

4.2. Partilha de RAN

- (30) A secção 4 do acordo refere-se à cooperação entre as partes sob a forma de uma partilha de RAN. Ao abrigo do acordo, a partilha de RAN pode incluir a partilha adicional de nós B e de controladores de redes via rádio (RNC) físicos comuns (para se manter no âmbito do quadro definido pela RegTP, os nós B e os RNC teriam de ser logicamente separados). Por força da cláusula 4.1 as partes devem efectuar um estudo de viabilidade relativamente à partilha de RAN até 30 de Junho de 2002. Com base na apreciação da viabilidade, as partes decidiram por enquanto não dar início à partilha de RAN, mas poderão vir a considerá-la no futuro. Ao abrigo da cláusula 4.2, se a partilha de RAN se afigurar exequível, as partes concluirão um acordo na matéria o mais rapidamente possível. Dado não existir ainda um acordo, a Comissão reserva a sua posição sobre esta questão, que, de qualquer modo, não é abrangida pela presente decisão.

4.3. Itinerância nacional

- (31) A itinerância nacional é abordada no capítulo 3 do acordo (secções 5 a 11) alterado pelos acordos suplementares de 20 de Setembro de 2002, 22 de Janeiro de 2003 e 21 de Maio de 2003.

4.3.1. Itinerância da O2 Germany na rede da T-Mobile no âmbito da área de cobertura de 50 %

- (32) Com a alteração de 22 de Janeiro de 2003 ao acordo de 20 de Setembro de 2001, as partes acordaram em que a T-Mobile fornecesse à O2 Germany (mas não o inverso) itinerância nacional na área correspondente à obrigação de cobertura de 50 % da população, entre 1 de Janeiro de 2003 e 31 de Dezembro de 2008. A itinerância na área de cobertura de 50 % será paga pela O2 Germany a [(*)] (ver secção 4.3.2 *infra*).
- (33) Na sequência de discussões com a Comissão, as partes acordaram em limitar a itinerância na área sujeita à obrigação de cobertura de 50 % da população ao mínimo estrito. Consequentemente, identificaram três áreas separadas (áreas 1, 2 e 3) na área sujeita à obrigação de cobertura de 50 % da população, onde a itinerância será sucessivamente suprimida de acordo com um calendário acordado à medida que a O2 Germany atinja uma qualidade e densidade de rede que permita concorrer com eficácia com os outros operadores de rede licenciados. As partes alteraram o acordo em 21 de Maio de 2003 por forma a reflectir estas modificações.

(34) As áreas onde a itinerância será suprimida de acordo com um calendário específico são as seguintes:

- a) A área 1 inclui [grandes zonas urbanas (*)] que abrangem aproximadamente [(*)] ⁽²⁶⁾ da população alemã, em que a O2 Germany assumiu o compromisso de não fazer itinerância e a T-Mobile de a suprimir a partir de 31 de Dezembro de 2005 ⁽²⁷⁾;
- b) A área 2 inclui as [pequenas zonas urbanas (*)] [(de importância comercial secundária (*)] que abrangem cerca de [(*)] da população alemã, em que a O2 Germany assumiu o compromisso de não efectuar itinerância e a T-Mobile de a suprimir a partir de 31 de Dezembro de 2007 ⁽²⁸⁾; e
- c) A área 3 inclui as [pequenas zonas urbanas (*)] [(de menor importância comercial (*)] que abrangem cerca de [(*)] da população alemã, em que a O2 Germany assumiu o compromisso de não efectuar itinerância e a T-Mobile de a suprimir a partir de 31 de Dezembro de 2008 ⁽²⁹⁾.

A título de excepção à presente regra, nas áreas 1 e 2 a O2 Germany continuará a itinerância nas chamadas «áreas subterrâneas» até 31 de Dezembro de 2008. De acordo com o calendário, a O2 Germany tem também direito a efectuar itinerância nas áreas subterrâneas da área 3 até 31 de Dezembro de 2008 ⁽³⁰⁾.

4.3.2. *Itinerância recíproca fora da área de cobertura de 50 %*

(35) Fora da área necessária para a obtenção da cobertura de 50 % da população, as partes acordaram nas condições de aquisição recíproca por grosso de itinerância nacional quer através de circuitos comutados, quer de comutação por pacotes. A O2 Germany compromete-se a adquirir um volume mínimo destes serviços de itinerância à T-Mobile. Esta obtém o direito de adquirir serviços de itinerância à O2 Germany em condições idênticas, sem contudo a tal ser obrigada.

⁽²⁶⁾ Parte do texto foi omitida para garantir a não divulgação de informações confidenciais; essas partes são assinaladas por um asterisco dentro de parênteses rectos.

⁽²⁷⁾ A área 1 inclui: [(*)].

⁽²⁸⁾ A área 2 inclui: [(*)].

⁽²⁹⁾ A área 3 inclui: [(*)].

⁽³⁰⁾ Por «áreas subterrâneas» entende-se qualquer área urbana ou regional nas áreas 1, 2 e 3 que faz parte do sistema de transportes públicos subterrâneos (incluindo caminhos-de-ferro e metro), centros comerciais subterrâneos, parques de estacionamento subterrâneos, túneis para veículos e peões e quaisquer outras áreas subterrâneas similares, bem como as áreas imediatamente adjacentes (ao nível do solo) mas apenas na medida em que as áreas subterrâneas ou ao nível do solo não possam ser tecnicamente separadas para fins de itinerância.

(36) A secção 5 do acordo estabelece os grandes princípios da itinerância nacional. A cláusula 5.3 determina que as partes acordam em não praticar discriminações relativamente a outros parceiros nacionais ou internacionais em matéria de itinerância. Além disso, nenhuma das partes reservará aos clientes da outra um tratamento menos favorável do que reserva aos seus próprios clientes. Por força da cláusula 5.6, as partes comprometem-se a garantir que a sua cooperação em matéria de itinerância não limitará a concorrência que exercem entre si no que diz respeito aos serviços.

(37) A secção 6 do acordo diz respeito à itinerância nacional dos clientes da O2 Germany na rede de terceira geração da T-Mobile. Por força da cláusula 6.1, a T-Mobile proporcionará à O2 Germany a itinerância nacional por grosso durante a vigência do acordo. A O2 Germany acordou em adquirir à T-Mobile uma quantidade mínima de serviços de itinerância no valor de [(*)] num período de três anos a contar da data do lançamento dos serviços de itinerância de terceira geração (cláusula 6.5). As partes forneceram dados baseados na experiência com a itinerância da O2 Germany na rede GSM de segunda geração da T-Mobile que revelam que tal deverá representar uma parte muito reduzida das necessidades da O2 Germany. Do mesmo modo, a secção 7 contempla a itinerância nacional dos clientes da T-Mobile na rede de terceira geração da O2 Germany. Ao abrigo da cláusula 7.1, a T-Mobile tem a possibilidade, mas não a obrigação, de adquirir serviços de itinerância de terceira geração à O2 Germany. No entanto, se a T-Mobile adquirir serviços de itinerância nacional à O2 Germany, está sujeita à mesma obrigação de aquisição mínima que a O2 Germany (cláusula 7.4).

(38) A secção 8 do acordo fixa regras específicas no que diz respeito às proibições que podem ser impostas aos clientes. A cláusula 8.3 determina que a parte que fornece a itinerância nacional tem o direito de excluir da sua rede os assinantes da outra parte. Do mesmo modo, a parte que utiliza a itinerância nacional pode proibir os seus próprios clientes de utilizarem a rede da outra parte. Esta cláusula é aplicável em caso de sobreposição de zonas. O acordo inclui igualmente indicações relativas às áreas de localização de bloqueio e as circunstâncias em que as partes podem abdicar de tais proibições.

(39) A secção 10 do acordo define um duplo sistema de tarifação para a itinerância de terceira geração. Estabelece que os preços de itinerância de terceira geração dos circuitos comutados (destinados aos serviços de telefonia local móvel) se baseiam nos seus preços respectivos para os segmentos terminais da interligação da T-Mobile e da O2 Germany. Os preços por grosso da itinerância de terceira geração por comutação por pacotes (destinados a serviços móveis de dados) baseiam-se no [modelo «*retail minus*» (*)] ⁽³¹⁾ tomando em consideração a eventual evolução dos preços e da procura no que se refere à itinerância por comutação por pacotes.

⁽³¹⁾ [(*)].

(40) A secção 11 do acordo estabelece regras específicas no que se refere à revenda das capacidades de itinerância nacional a terceiros. A cláusula 11.1.a enuncia a regra geral segundo a qual cada parte tem o direito de revender a capacidade de itinerância da outra parte a prestadores de serviços. Tal está em conformidade com as obrigações das partes no âmbito da legislação nacional e nos termos da respectiva licença de terceira geração de fornecimento de acesso aos fornecedores de serviços⁽³²⁾. No entanto, a revenda da capacidade de itinerância aos operadores da rede móvel virtual («MVNO») que fornecem serviços de voz aos utilizadores finais⁽³³⁾ e da capacidade de itinerância a outros operadores de rede licenciados, está sujeita a aprovação prévia do operador de acolhimento, a saber, a outra parte.

(41) A cláusula 11.1.b estabelece que as partes têm o direito de colocar as capacidades de itinerância nacional da outra parte à disposição dos MVNO para o tráfego de dados («MVNO de dados»), desde que estes operadores não utilizem esta capacidade para fornecer os seus serviços aos clientes finais, serviços que, do ponto de vista destes últimos, são, essencialmente, idênticos a um serviço de telefonia vocal móvel de extremo a extremo («MVNO de voz»). As partes também têm a possibilidade de fornecer capacidade de itinerância relativa ao tráfego vocal aos «MVNO de dados», na qualidade de prestadores de serviços.

(42) Além disso, a cláusula 11.1.c prevê que a revenda da capacidade de itinerância a outros operadores de rede licenciados ou a «MVNO de voz», tal como definido na cláusula 11.1.b, está sujeita à autorização da outra parte. Contudo, em conformidade com a cláusula 11.2, a necessidade de autorização prévia prevista na cláusula 11.1.c não é aplicável se os MVNO forem empresas do grupo da outra parte, desde que estas respeitem os diferentes regimes de preços para os serviços de telefonia vocal e dados. Acresce ainda que, em conformidade com a cláusula 11.3, uma vez que uma parte ofereça serviços de itinerância a terceiros (excluindo empresas do grupo) que sejam «MVNO de voz» e ofereçam serviços essencial-

mente idênticos aos serviços de telefonia vocal móvel de extremo a extremo do ponto de vista do cliente, na aceção da cláusula 11.1.b, esta parte é obrigada a permitir que a outra parte forneça as suas capacidades de itinerância nacional igualmente recebidas a esses «MVNO de voz».

4.4. Duração

(43) O acordo permanecerá em vigor até 31 de Dezembro de 2011, data após a qual será automaticamente renovado por um período de dois anos, salvo rescisão por uma das partes mediante pré-aviso de dois anos.

5. MERCADO RELEVANTE

5.1. Introdução

(44) Considerando que o acordo apresenta uma natureza essencialmente técnica e não tem por objecto a restrição da concorrência, há que analisar os efeitos do acordo. A eventual incidência de efeitos negativos do acordo na concorrência depende não só da natureza do mesmo, mas também do seu contexto económico, ou seja, do poder de mercado das partes e de outros factores relacionados com a estrutura de mercado. Tal análise exige a definição dos dois mercados por grosso relevantes directamente afectados pelo acordo, bem como a identificação de diversos outros mercados (potenciais) por grosso e a retalho onde os efeitos se possam fazer sentir.

(45) Os mercados de telecomunicações podem, em geral, ser divididos em mercados por grosso e a retalho. Os mercados por grosso consistem tipicamente no fornecimento de acesso às redes (ou elementos de redes) e de serviços de redes a operadores de redes e serviços, consistindo os mercados a retalho no fornecimento de serviços de comunicações aos utilizadores finais⁽³⁴⁾. No âmbito destas categorias alargadas é possível definir mercados mais limitados, não apenas com base nas características do serviço em causa e do grau em que pode ser substituído por outros serviços em função do preço, utilização e preferência do consumidor, mas também através da análise das condições de concorrência e da estrutura da oferta e da procura⁽³⁵⁾. Considerando

⁽³²⁾ Os prestadores de serviços (também designados por «revendedores») são entidades autorizadas a oferecer serviços móveis directamente aos utilizadores finais utilizando a sua própria marca (em operações de *marketing*, emissão de facturas, etc.) com base no *airtime* por grosso adquirido à rede móvel de terceiros. A base jurídica relativa à obrigação de fornecer aos prestadores de serviços acesso à terceira geração encontra-se na secção 4 da TKV Telecommunications Customer Protection Ordinance de 11 de Dezembro de 1997 (Federal Law Gazette I, p. 2910) com a última redacção que lhe foi dada pela Second Ordinance Telecommunications Customer Protection Ordinance, de 27 de Agosto de 2002 (Federal Gazette I, p. 3365) [Telekommunikations-Kundenschutzverordnung vom 11.12.1997, BGBl. I S. 2910 Zweite Verordnung zur Änderung der TKV vom 27.8.2002, BGBl. I S. 3365], e a secção 15 das licenças alemãs de terceira geração.

⁽³³⁾ Os MVNO são empresas com um código de rede móvel próprio e uma gama própria de números móveis IMSI (identidade do assinante móvel internacional) ou equivalente para terceira geração, que não possuam licença própria para operar frequências sem fios.

⁽³⁴⁾ Comunicação sobre a aplicação das regras de concorrência aos acordos de acesso no sector das telecomunicações — enquadramento, mercados relevantes e princípios (comunicação relativa ao acesso), JO C 265 de 22.8.1998, p. 2, ponto 45; orientações da Comissão relativas à análise de mercado e à avaliação do poder de mercado significativo no âmbito do quadro regulamentar comunitário para as redes e serviços de comunicações electrónicas (orientações SMP), JO C 165 de 11.7.2002, p. 6, ponto 64.

⁽³⁵⁾ Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, JO C 372 de 9.12.1997, p. 5; orientações sobre a aplicação das regras de concorrência CEE no sector das telecomunicações, JO C 233 de 6.9.1991, p. 2.

as vantagens da mobilidade e o preço a pagar, os serviços móveis não são, em geral, substituíveis por serviços fixos. Os serviços de voz móveis e fixos fazem parte, conseqüentemente, de mercados de serviços diferentes, tal como determinado em diversas decisões da Comissão ⁽³⁶⁾.

(46) Os mercados do acesso à rede e dos serviços de rede prioritariamente visados por esta decisão são os seguintes:

- a) O mercado de sítios e de infra-estruturas de sítios para equipamento de radiocomunicações móveis digitais;
- b) O mercado de acesso grossista à itinerância nacional para serviços de comunicações de terceira geração.

Acresce que os mercados de acesso grossista aos serviços de terceira geração, bem como os mercados a retalho a jusante para os serviços de terceira geração, são indirectamente afectados.

5.2. Mercados grossistas de acesso à rede móvel

(47) O acesso a meios físicos como sítios e infra-estrutura de sítios — postes e antenas, bem como condutas, linhas alugadas e direitos de passagem que fazem parte da infra-estrutura da rede de telecomunicações móveis — podem constituir mercados de acesso a redes móveis específicas. Acresce que existem mercados grossistas de serviços e de acesso a redes para o fornecimento de serviços de comunicações móveis digitais a outros operadores. De uma forma geral, podem dividir-se do seguinte modo:

- a) Em primeiro lugar, serviços de redes grossistas relacionados com a interligação que permite a comunicação entre os utilizadores de redes diferentes;
- b) Em segundo lugar, serviços de acesso grossistas relacionados com a utilização de uma rede de acolhimento ou de uma rede visitada por clientes de outros operadores.

(48) Os serviços de rede grossistas relacionados com a interligação incluem a entrega de chamadas (serviço grossista que entrega a chamada a um utilizador final), origem de chamadas (serviço grossista que permite o início de uma chamada por um utilizador final), bem como serviços de interconexão directa (fornecimento de uma linha física directa entre as redes de início e fim) e

serviços de trânsito (fornecimento de uma ligação indirecta entre redes de início e fim, através de trânsito por uma ou mais redes terceiras). Os serviços de acesso relacionados com a utilização de uma rede «de acolhimento» ou «visitada» por clientes de outros operadores incluem o fornecimento grossista de itinerância nacional e internacional e o fornecimento de *airtime* grossista.

5.3. Mercados directamente afectados pelo acordo

5.3.1. Mercado de sítios e infra-estruturas de sítios para equipamento de radiocomunicações móveis digitais

Mercado do produto/infra-estruturas

(49) Quer as redes de telecomunicações móveis de segunda quer as de terceira geração baseiam-se numa arquitectura de rede celular em torno de antenas distribuídas por toda a área de cobertura, o que permite o envio e a transmissão de sinais rádio aos utilizadores finais dentro de determinado raio da célula ⁽³⁷⁾. Os operadores de redes de telecomunicações móveis de segunda e terceira geração necessitam de sítios para a localização destas antenas, bem como de infra-estruturas de sítios afins, tal como postes, caixas de equipamento de apoio, fornecimento de energia, combinadores e elos de transmissão.

(50) A aquisição (quer por compra quer, em geral, por *leasing*) destes sítios exige a celebração de acordos com os proprietários dos sítios e autorização por parte das autoridades locais, bem como, em certos casos, aprovação das autoridades reguladoras no sentido de se limitar o risco de interferência de rádio-frequências. Embora o número de terrenos susceptíveis de serem convertidos em sítios para equipamento de comunicações móveis digitais seja teoricamente ilimitado, na prática, o número de sítios adequados é limitado devido a regulamentação em matéria de urbanismo, considerações ambientais e sanitárias ou limitações de espaço em «sítios sobrecarregados» (por exemplo, no centro das cidades, em terminais aéreos e ferroviários e em «áreas subterrâneas»). Para ser considerado um sítio, determinado terreno tem, conseqüentemente, de poder ser utilizado como tal de um ponto de vista técnico, tem de ser disponibilizada de acordo com limitações regulamentares e tem de se enquadrar numa arquitectura de rede planeada e repartida pelo território de cobertura de acordo com as necessidades em termos de capacidade.

⁽³⁶⁾ Orientações SMP, ponto 66. Ver a Decisão 98/2001/CE da Comissão no processo COMP/M.1439 — Telia/Telenor, JO L 40 de 9.2.2001, p. 1; Decisão da Comissão de 12 de Abril de 2000, processo COMP/M.1795 — Vodafone Airtouch/Mannesmann, JO L 40 de 9.2.2001, p. 1; Decisão da Comissão de 20 de Setembro de 2001, processo COMP/M.2574 — Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia, JO C 325 de 21.11.2001, p. 12; Decisão da Comissão de 10 de Julho de 2002, processo COMP/M.2803 — Telia/Sonera, JO C 201 de 24.8.2002, p. 19.

⁽³⁷⁾ Dado que a geração 2.5G se baseia numa camada de redes de segunda geração já existentes e que na Alemanha é fornecida pelos quatro operadores de segunda geração existentes (e respectivos fornecedores de serviços), não se procede a uma análise separada.

- (51) Do ponto de vista da procura, são os quatro operadores detentores de licenças de terceira geração, na Alemanha, os principais interessados, que planeiam a implantação da rede de terceira geração, operando todos eles redes de segunda geração⁽³⁸⁾. Em princípio, os sítios de segunda e terceira geração são intermutáveis, embora, devido à natureza das diferentes frequências utilizadas e à maior capacidade exigida para os serviços de terceira geração, seja maior a densidade de uma rede de terceira geração, exigindo cerca do dobro dos sítios que uma rede de segunda geração. Apenas uma pequena parte da procura de sítios para comunicações de terceira geração poderá, conseqüentemente, ser satisfeita através de sítios de segunda geração já existentes. Finalmente, contrariamente ao que acontece com as redes de segunda geração, que estão já totalmente instaladas, a implantação das redes de terceira geração na Alemanha está ainda em fase de planeamento. Considerando os requisitos em matéria de regulamentação no que respeita à distribuição da cobertura de 25 % da população até ao final de 2003 e a cobertura de 50 % da população até ao final de 2005, a procura inicial de sítios é superior nas áreas urbanas e noutras áreas densamente povoadas. Embora haja algumas possibilidades de substituição entre os vários tipos de sítios (por exemplo, em telhados ou em postes ou entre sítios múltiplos que servem células mais pequenas, como micro ou picocélulas e sítios simples que servem macrocélulas maiores) não existem outros produtos que possam substituir os sítios e a infra-estrutura de sítios de segunda e terceira geração.
- (52) Do ponto de vista da oferta, o acesso aos sítios e à infra-estrutura de sítios de segunda e terceira geração poderá, em primeiro lugar, ser fornecido por operadores de rede de segunda e terceira geração que tenham instalado, adquirido e desenvolvido sítios com o objectivo de explorarem as suas próprias redes. Tal deve-se ao facto de os sítios principais poderem ser partilhados entre operadores múltiplos, embora existam limitações técnicas quanto ao número de operadores que pode partilhar determinado sítio, na maioria dos casos um máximo de três⁽³⁹⁾, consoante a implantação do sítio específico. Parecem existir economias de gama no lado da procura, visto ser provável que os operadores de rede prefiram lidar com operadores que possam fornecer o maior número possível de sítios no maior número possível de locais, por forma a minimizar os custos de pesquisa e de transacção. Os operadores poderão preferir a partilha «alargada» de sítios com outros operadores que abranjam elementos de infra-estrutura de sítios, reduzindo assim os custos. Finalmente, é provável que em locais «sobrecarregados» como os centros urbanos, muitos dos sítios mais favoráveis tenham já sido desenvolvidos, não estando, conseqüentemente, disponíveis para quem chegue de novo ao mercado.
- (53) A possibilidade de oferta por parte de operadores de redes de radiodifusão é limitada. No entanto, regista-se uma tendência para os operadores móveis utilizarem estruturas de radiodifusão quando estas são adequadas para as necessidades locais do serviço. O equipamento de radiodifusão encontra-se localizado em sítios que oferecem uma maior cobertura geográfica relativamente aos requisitos de cobertura dos sistemas celulares. Conseqüentemente, os sítios de radiodifusão tendem a localizar-se em estruturas altas, em locais elevados, que transmitem com elevadas potências (dezenas de kilowatts), por forma a alcançar uma cobertura populacional optimizada com um número limitado de sítios. Face a considerações de capacidade, as redes de rádio móveis são celulares por natureza, fornecendo cada sítio cobertura suficiente mas limitada, reduzindo a interferência intercelular e permitindo que a distribuição de frequências seja reutilizada noutras áreas. A dimensão de cada célula pode variar entre várias centenas de metros e vários quilómetros, sendo o alcance real determinado pelo nível de capacidade da rede que se afigura necessário. A elevação do sítio e a potência transmitida são os principais factores de controlo da dimensão da célula, com potências típicas de dezenas de watts e antenas de altura entre 10 e 20 metros.
- (54) Deram entrada no mercado alemão empresas independentes que se especializam na localização, aquisição e fornecimento de sítios para utilização por terceiros. Outros intervenientes que controlam sítios, como é o caso das autoridades públicas ou de empresas de serviços de utilidade pública, podem também entrar no mercado, o que já aconteceu de resto na Alemanha. Acresce ainda que no passado os operadores adquiriram igualmente e alugaram através de *leasing* sítios individuais numa base comercial directamente aos proprietários dos sítios, e continuam a fazê-lo. Para além das limitações relativas às autorizações urbanísticas gerais, bem como regras sanitárias e requisitos destinados a minimizar as interferências electromagnéticas acima referidos, não existem outros requisitos legais, obrigatórios ou regulamentares que possam impedir a entrada oportuna no mercado e, conseqüentemente, desencorajar a substituição do lado da oferta. Não são necessários quaisquer investimentos significativos nem experiência técnica especial para entrar no mercado, pelo que esta se mantém possível.
- (55) Com base na análise precedente do lado da procura e da oferta deverá concluir-se que existe um mercado de sítios e de infra-estrutura de sítios para equipamento de radiocomunicações móveis digitais.

Mercado geográfico

⁽³⁸⁾ Os sítios são também procurados por organismos de radiodifusão digitais e por fornecedores de TETRA (radiocomunicações terrestres com recursos partilhados), quando estes serviços têm origem na Alemanha. Até ao momento, as partes partilham apenas sítios com outros operadores de segunda geração e de geração 2.5.

⁽³⁹⁾ Para informações sobre a utilização múltipla de sítios, consultar o endereço <http://www.regtp.de>

- (56) Com base na estrutura da procura, orientada por operadores nacionais licenciados, e dado que as regras de planeamento pertinentes são norteadas pela legislação nacional, o mercado é nacional, a saber, a Alemanha.

5.3.2. *Mercado grossista para o acesso à itinerância nacional relativamente a serviços de comunicações de terceira geração*

Mercado do produto/serviços

- (57) A itinerância móvel ocorre quando os assinantes utilizam o seu telefone móvel ou, mais especificamente, o cartão SIM («*subscriber identification module*» — módulo de identificação do assinante) que identifica os assinantes, numa rede móvel diferente (redes de acolhimento ou visitadas) e não naquela de que são assinantes e que emitiu o seu cartão SIM (rede de origem). A itinerância pode ser nacional ou internacional. Em qualquer dos casos, baseia-se em acordos celebrados entre o operador da rede de origem e o operador da rede visitada para o fornecimento de acesso de itinerância numa base grossista à rede visitada, sendo depois enviado como serviço a retalho pela rede de origem aos respectivos assinantes. Todavia, o mercado da itinerância nacional é distinto do da itinerância internacional, devido nomeadamente ao facto de não envolver acordos entre operadores estrangeiros, não se basear em acordos normalizados desenvolvidos no âmbito da Associação GSM⁽⁴⁰⁾ e de os preços variarem significativamente.
- (58) Não obstante uma eventual sobreposição inicial entre os serviços a retalho de 2G, 2.5G e 3G do ponto de vista da procura, o acesso grossista à itinerância nacional para serviços de comunicações 3G distinguir-se-á da itinerância 2G ou 2.5G porque a gama de serviços de dados e de voz que pode ser fornecida com base na itinerância 3G é mais vasta e diferente, visto as velocidades de transmissão serem significativamente superiores (designadamente, na prática, entre 144 e 384 kbit/s para a terceira geração, contra 20 e 60 kbit/s para a 2.5 geração e 9 e 14 kbit/s para a segunda geração). Mais adiante consagra-se uma secção à discussão mais completa dos serviços pertinentes de dados e de voz.
- (59) Na perspectiva da oferta, apenas os operadores das redes 3G ou outros intervenientes com capacidade para fornecer o tipo de acesso adequado às redes 3G desses operadores poderão fornecer acesso grossista à itinerância nacional para os serviços 3G. Devido aos requisitos de licenciamento, são totais os obstáculos à entrada, para além de entradas secundárias com base em direitos de acesso a uma rede 3G existente. O acesso grossista à itinerância nacional para serviços de comunicações 3G constitui, conseqüentemente, um mercado do produto/serviços distinto.

⁽⁴⁰⁾ A Associação GSM é composta por mais de 690 operadores de rede móvel diferentes de segunda e terceira geração, por fabricantes e fornecedores, que desenvolvem colectivamente plataformas técnicas no sentido de permitir que os serviços sem fio funcionem sem descontinuidades, incidindo na interoperabilidade e na itinerância. Ver <http://www.gsmworld.com>

Mercado geográfico

- (60) Considerando o licenciamento nacional das redes 3G e as diferenças de preços entre a itinerância nacional e internacional o mercado relevante é nacional, ou seja, a Alemanha.

5.4. **Outros mercados grossistas e retalhistas potencialmente afectados**

5.4.1. *Mercados grossistas potencialmente afectados*

Mercado do produto/serviços

- (61) Diversos outros mercados grossistas para os serviços da rede e o acesso a redes de terceira geração poderão vir a ser afectados pelo acordo, como é o caso do mercado de fornecimento de acesso de *airtime* por grosso a fornecedores de serviços, existente na Alemanha com base em obrigações regulamentares. O acesso a *airtime* por grosso é semelhante à itinerância nacional porque diz respeito também ao fornecimento por grosso de acesso a redes e a minutos (*airtime*) por uma rede de acolhimento. É disponibilizado a fornecedores de serviços por operadores de comunicações móveis licenciados na Alemanha, a título de condição para a obtenção da licença⁽⁴¹⁾. A diferença entre as duas formas de acesso consiste no facto de os operadores de rede móvel que recorrem à itinerância nacional poderem determinar a gama de serviços disponibilizados aos assinantes e poderem fornecer serviços não disponibilizados a clientes da rede de acolhimento. O fornecedor de serviços, todavia, pode apenas fornecer a revenda simples da gama de serviços oferecidos pelo operador de rede que a fornece com *airtime* por grosso.
- (62) Um outro mercado grossista possível é o dos serviços de origem de chamadas, onde os fornecedores de serviços de selecção do operador compram o direito de acesso às redes móveis por forma a criar chamadas que entregam sob a sua responsabilidade. Este mercado não parece existir actualmente na Alemanha, embora exista noutros Estados-Membros, como o Reino Unido. É possível que se venham a desenvolver novas formas de acesso grossista às redes e serviços de terceira geração que venham a constituir mercados relevantes separados.

⁽⁴¹⁾ Secção 4 do decreto relativo à protecção dos clientes no domínio das telecomunicações, de 11 de Dezembro de 1997, com a última redacção que lhe foi dada por um segundo diploma na matéria de 27 de Agosto de 2002 [Telekommunikations-Kundenschutzverordnung vom 11.12.1997, BGBl. I S. 2910 Zweite Verordnung zur Änderung der TKV vom 27.8.2002, BGBl. I S. 3365]; e pela secção 15 das licenças alemãs de terceira geração.

(63) Prevê-se que os serviços por grosso, os serviços de rede e o acesso a redes de terceira geração venham a ser distintos dos serviços de rede e de acesso às redes relativamente aos serviços de 2G ou 2.5G, visto que a gama de serviços que pode ser fornecida com base em redes de terceira geração é maior e diferente, dada a disponibilidade de velocidades de transmissão significativamente mais elevadas. No entanto, dado o grau de desenvolvimento dos mercados grossistas de terceira geração ainda a emergir, é prematuro avaliar em pormenor a procura de serviços de rede e de acesso à rede em termos comerciais neste tipo de mercado, com excepção da procura de fornecedores de serviços de acesso a *airtime* por grosso, que respeitem as obrigações regulamentares dos operadores de rede de terceira geração. Do ponto de vista da oferta, estes mercados são logicamente limitados a operadores de rede de terceira geração e a outros intervenientes que possam obter o direito de fornecerem o grau pertinente de acesso a redes de terceira geração.

Mercado geográfico

(64) Considerando as licenças nacionais e os padrões de preços, o âmbito geográfico destes mercados grossistas deverá manter-se nacional ⁽⁴²⁾.

(65) Uma vez que para fins da presente decisão não é necessário definir estes mercados com maior precisão, as definições serão deixadas em aberto.

5.4.2. Mercados retalhistas potencialmente afectados

(66) Embora a cooperação abrangida pelo acordo se limite à partilha de sítios e à itinerância nacional ao nível de redes grossistas, os efeitos desta cooperação deverão fazer-se sentir nos mercados de serviços retalhistas a jusante, onde as partes são activas independentemente umas das outras. Na área dos serviços móveis a retalho, os serviços de dados e de voz têm vindo a ser oferecidos agrupadamente, sugerindo que poderão fazer parte do mesmo mercado. As partes entendem que os operadores de rede poderão oferecer serviços de dados e de voz de segunda e terceira geração «sem descontinuidades», fornecendo ambos os tipos de serviços num único cartão SIM. No entanto, o equilíbrio entre os serviços de dados e de voz deverá sofrer uma mudança significativa: enquanto os serviços de dados de segunda geração se limitam em grande parte ao fax e ao SMS e os serviços de voz são responsáveis, em geral, por mais de 90 % das receitas dos operadores de comunicações móveis de segunda geração, espera-se que, relativamente às redes de terceira geração, com serviços como compras à distância, telefonia vídeo e videoconferência, entre 50 % e dois terços das receitas possam vir a ser gerados por

serviços de dados. Consequentemente, seria útil analisar os serviços de telefonia vocal móveis digitais e os serviços de dados móveis digitais separadamente. Pelo menos inicialmente, esta distinção corresponde amplamente à que diferencia os serviços de comutação por pacotes dos circuitos comutados.

Serviços vocais móveis digitais

(67) No que respeita aos mercados de telefonia vocal móvel, a Comissão ainda não fez a distinção, por enquanto, entre as diferentes tecnologias. A maior parte das decisões determinaram que os telemóveis analógicos e digitais 900 e 1800 fazem parte do mesmo mercado de telefonia vocal móvel, testando no entanto definições de mercado mais específicas para garantir que não surgem posições dominantes no mercado independentemente da forma como é definido ⁽⁴³⁾. No entanto, considerando que a telefonia móvel analógica foi retirada na Alemanha em 1 de Janeiro de 2000, os serviços implicados no acordo são os de telefonia vocal móvel digital. Por enquanto, a Comissão ainda não definiu mercados distintos para serviços a retalho de 2G, 2.5G e 3G ⁽⁴⁴⁾.

(68) Todavia, ao longo do tempo fontes ligadas ao sector prevêem que possam desenvolver-se serviços de «rich voice» em redes 3G, os quais consistem em serviços vocais integrados com serviços de dados, tais como videofones e conferências multimédia destinados a consumidores, que ultrapassam as capacidades das redes de 2G e de 2.5G. Consequentemente, é possível que se venha a desenvolver um mercado retalhista distinto para os serviços vocais de terceira geração, ou mesmo para os serviços de dados e voz de terceira geração no mercado único. É provável que a evolução em termos de qualidade e no âmbito dos serviços de voz em questão

⁽⁴²⁾ No entanto, ver a decisão da Comissão de 4 de Outubro de 2001, relativa ao processo COMP/M.2898 TDC/CMG/MIGway JV, JO C 16 de 19.1.2002, p. 16, que identifica os mercados da União Europeia para ligação às redes de sinalização internacionais e ao acesso grossista (SMS) a infra-estruturas de telefonia móvel.

⁽⁴³⁾ Ver a decisão da Comissão de 21 de Maio de 1999, no processo IV/M.1430 — Vodafone/Airtouch, JO C 295 de 15.10.1999, p. 2; decisão da Comissão de 21 de Maio de 1999, no processo COMP/JV.17 — Mannesmann/Bell Atlantic/Omnitel, JO C 11 de 14.1.2000, p. 4; decisão 98/2001/CE da Comissão, de 13 de Novembro de 1999, no processo COMP/M.1439 — Telia/Telenor, JO L 40 de 9.2.2001, p. 1; decisão da Comissão de 20 de Dezembro de 1999, no processo COMP/M.1760 — Mannesmann/Orange JO C 139 de 18.5.2000, p. 15; decisão da Comissão de 12 de Abril de 2000, no processo COMP/M.1795 — Vodafone Airtouch/Mannesmann, JO C 141 de 19.5.2000, p. 19; decisão da Comissão de 4 de Agosto de 2000, no processo COMP/M.2053 — Telenor/BellSouth/Sonofon, JO C 295 de 18.10.2000, p. 11; decisão da Comissão de 11 de Agosto de 2000, no processo COMP/M.2016 — France Telecom/Orange, JO C 261 de 12.9.2000, p. 6; decisão da Comissão de 25 de Setembro de 2000, no processo COMP/M.2130 — Belgacom/Tele Danmark/T-Mobile International/Ben Nederland Holding, JO C 362 de 18.12.2001, p. 6.

⁽⁴⁴⁾ Decisão da Comissão de 12 Abril 2000, no processo COMP/M.1795 — Vodafone Airtouch/Mannesmann, JO C 141 de 19.5.2000, p. 19; decisão da Comissão de 31 de Julho de 2000, no processo COMP/M.1954 — ACS/Sonera Vivendi/Xfera, JO C 234 de 18.8.2000, p. 6; decisão da Comissão de 25 de Setembro de 2000, no processo COMP/M.2130 — Belgacom/Tele Danmark/T-Mobile International/Ben Nederland Holding, JO C 362 de 18.12.2001, p. 6.

originados pela tecnologia de terceira geração venha a permitir que os serviços vocais de terceira geração sejam objecto de um suplemento de preço. Além disso, prevê-se que conduzam a uma substituição unilateral entre serviços de segunda geração, por um lado, e serviços de terceira geração, por outro (ou seja os utilizadores irão substituir os serviços de segunda geração por serviços de terceira geração, mas não vice-versa), o que poderá comprovar a existência de mercados distintos. Para fins da presente decisão, todavia, não é necessário tirar conclusões quanto ao facto dos serviços de voz de segunda e terceira geração poderem ser considerados mercados do produto distinto. A definição do mercado do produto relevante é, consequentemente, deixada em aberto.

Serviços de dados móveis digitais

(69) A diferença fundamental entre os serviços de dados de segunda geração, por um lado, e os de 2.5G e 3G, por outro, consiste no facto de os primeiros serem de circuitos comutados enquanto os segundos são de comutação por pacotes, ou seja, baseados numa tecnologia diferente com capacidades técnicas superiores e distintas. Dado os serviços e os conteúdos disponíveis nas redes de terceira geração poderem vir a ser consideravelmente superiores aos da segunda geração, quer no que diz respeito à velocidade de dados, quer à gama de serviços permitida, prevê-se que a possibilidade de substituição entre a segunda e a terceira geração venha a ser unilateral. Tal conduz à conclusão de que os serviços de segunda e terceira geração poderão vir a constituir mercados separados. Embora pareça óbvio que irá existir alguma sobreposição entre os serviços 2.5 e de terceira geração, uma vez que a geração 2.5 permite, entre outros, correio electrónico móvel, mensagens multimédia e acesso contínuo à internet, mas não possui débitos de transmissão de dados suficientes para fornecer serviços de dados de elevado nível que se espera venham a surgir com as redes de terceira geração. Consequentemente, parece ser evidente o aparecimento de um mercado para o fornecimento de serviços a retalho de dados móveis de terceira geração.

(70) Com base no factor distintivo da mobilidade, a Comissão considera, por enquanto, que os serviços de dados fixos e móveis constituem mercados separados⁽⁴⁵⁾. No entanto, prevê-se que os serviços de dados de terceira geração com maior largura de banda só possam ser fornecidos em condições de cobertura óptima e de mobilidade reduzida ou praticamente nula. Simultaneamente, estão a desenvolver-se serviços de rede de área local sem fios (WLAN) que fornecem comunicações de dados, incluindo acesso à Internet de banda larga, o que permite mobilidade limitada dentro de áreas circunscritas

(como é o caso de edifícios ou locais públicos). Não se exclui que uma medida semelhante de mobilidade limitada venha a ser no futuro a norma para todos ou a maioria dos serviços de dados de maior largura de banda. Consequentemente, mantém-se por esclarecer se os serviços do tipo WLAN virão a ser um complemento ou um substituto dos serviços de terceira geração, pelo que a distinção entre serviços de dados móveis e fixos se anulará, podendo vir a surgir um mercado de comunicações de dados sem fios de banda larga.

(71) Dado que estão ainda a surgir serviços 2.5G e que os serviços de terceira geração estão actualmente apenas na fase de planeamento, não é possível determinar com precisão se se inserem no mesmo mercado ou em mercados diferentes, se os serviços de dados e de voz digitais móveis se encontram no mesmo mercado, nem se determinados serviços de terceira geração estarão no mesmo mercado que os serviços de dados de banda larga, como é o caso do WLAN. Todavia, para fins da presente decisão, não é necessário concluir se os serviços vocais e/ou os serviços de dados de 2G, 2.5G e 3G, a saber, serviços de dados sem fios de banda larga, devem ser considerados mercados do produto distintos. A definição pertinente do mercado do produto é, consequentemente, deixada em aberto.

Mercados geográficos

(72) Considerando que os preços a retalho e as ofertas de serviços de telefonia digital móvel são actualmente de nível nacional, os mercados mantêm-se de âmbito nacional, com excepção do mercado emergente de fornecimento de serviços pan-europeus de telecomunicações móveis sem descontinuidades destinados a clientes móveis a nível internacional, que a Comissão identificou pela primeira vez na decisão Vodafone/Mannesmann⁽⁴⁶⁾. Os serviços de itinerância internacional não constituem um substituto visto que os preços são elevados e as funcionalidades da itinerância internacional são limitadas⁽⁴⁷⁾. Acresce ainda que os operadores de rede têm vindo, de uma forma geral, a recusar a itinerância permanente com base no acesso à itinerância internacional, ou seja, permitindo a um cliente de uma rede estrangeira a itinerância permanente na sua própria rede. Consequentemente, o mercado ou mercados acima identificados são nacionais.

⁽⁴⁵⁾ Relativamente ao acesso de ligação à internet via aparelhos móveis e via meios fixos, ver a decisão da Comissão de 20 de Julho de 2000, no processo COMP/JV 48 — Vodafone/Vivendi/Canal+, <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>

⁽⁴⁶⁾ Ver a decisão da Comissão de 12 de Abril de 2000, no processo COMP/M.1795 — Vodafone Airtouch/Mannesmann, JO C 141 de 19.5.2000, p. 19; decisão da Comissão de 11 de Agosto de 2000, no processo COMP/M.2016 — France Telecom/Orange, JO C 261 de 12.9.2000, p. 6.

⁽⁴⁷⁾ Ver a decisão da Comissão de 22 de Junho de 1998, no processo IV/JV.2 — ENEL/FT/DT, JO C 178 de 23.6.1999, p. 15; decisão da Comissão de 21 de Maio de 1999, no processo IV/M.1430 — Vodafone/Airtouch, JO C 295 de 15.10.1999, p. 2; decisão 98/2001/CE da Comissão, de 13 de Novembro de 1999, no processo COMP/M.1439 — Telia/Telenor, JO L 40 de 9.2.2001, p. 1.

5.5. Estrutura dos mercados

5.5.1. Mercado de sítios e de infra-estruturas de sítios para equipamento de radiocomunicações móveis digitais

(73) Embora seja provável que os operadores prefiram lidar com os intervenientes que possam fornecer um grande número de sítios ao mesmo tempo, não há grandes barreiras à entrada, limitações ao investimento ou exigências em termos de experiência técnica, e os proprietários de sítios individuais podem lidar directamente com os operadores de redes móveis. Os concorrentes reais ou potenciais neste mercado incluem os restantes operadores licenciados para redes e serviços de 2G e/ou 3G na Alemanha, operadores ferroviários e organismos de radiodifusão, empresas de energia eléctrica e empresas especializadas (*tower companies*) que adquirem e oferecem acesso a sítios, tais como New Radio Tower, Plan+Design Netcare AG e Tessag SAG Abel Kommunikationstechnik GmbH & Co. Kg. A T-Mobile transferiu recentemente as suas actividades em matéria de localização, aquisição e *leasing*, incluindo a partilha de sítios, para uma entidade jurídica distinta, a Deutsche Funkturm GmbH. Dos cerca de [40 000 a 70 000 (*)] sítios existentes, calcula-se que cerca de [10 000 a 20 000 (*)] sejam detidos pela T-Mobile, [10 000 a 20 000 (*)] pela D2 Vodafone, [5 000 a 15 000 (*)] pela E-Plus e [5 000 a 15 000 (*)] pela O2 Germany. Calcula-se que [2 000 a 6 000 (*)] sejam detidos pelos caminhos-de-ferro alemães, [2 000 a 6 000 (*)] pelo organismo de radiodifusão ARD e cerca de [2 000 a 6 000 (*)] por outros, incluindo a Mobilcom e empresas de energia eléctrica e *tower companies*.

5.5.2. Acesso grossista à itinerância nacional para serviços de comunicações de 3G

(74) Na Alemanha, a itinerância nacional de 2G está actualmente limitada aos clientes da O2 Germany com itinerância na rede da T-Mobile⁽⁴⁸⁾. Consequentemente, a T-Mobile tem uma quota de 100 % no mercado da itinerância nacional grossista de 2G na Alemanha. Uma vez que, na prática, a itinerância de 3G será, sobretudo, o resultado da itinerância dos clientes da O2 Germany na rede da T-Mobile, prevê-se que esta venha a deter igualmente uma elevada quota de mercado da itinerância nacional grossista de 3G. Todavia, a T-Mobile está sujeita à concorrência potencial de outros operadores de rede de 3G que poderão vir a oferecer itinerância nacional a baixo custo ou mesmo sem custos adicionais, embora eventualmente sujeitos a limitações de capacidade.

(75) Os obstáculos à entrada são elevados devido aos requisitos formais de licenciamento, ao número limitado de licenças disponíveis e aos elevados custos associados quer à aquisição de licenças de 3G na Alemanha, quer aos investimentos na infra-estrutura de rede de 3G. As oportunidades para entrar no mercado ao nível de operador de rede são limitadas, visto não se prever a

emissão de novas licenças, nem a renovação das licenças do Grupo 3G e da Mobilcom, que não desenvolverão as suas redes de 3G. Embora não seja de excluir que as licenças do Grupo 3G e da Mobilcom venham a ser transferidas para outra empresa, quer com a aprovação da NRA, quer através de uma aquisição destas empresas, trata-se de um cenário improvável, considerando o actual clima de investimentos. Consequentemente, os principais concorrentes efectivos ou potenciais nos mercados grossistas de acesso e de serviços são os outros três licenciados que planeiam desenvolver as redes e os serviços de 3G na Alemanha e os concorrentes potenciais poderão ser terceiros que revendam o acesso e os serviços de itinerância por grosso na rede destes outros operadores ou nas redes das partes.

5.5.3. Serviços a retalho de 3G

(76) Há seis operadores licenciados para a utilização de direitos de frequência de 3G e para fornecerem redes e serviços de 3G na Alemanha. Para além da T-Mobile e da O2 Alemanha, há ainda a D2 Vodafone, a E-Plus, a Mobilcom e o Grupo 3G. Todavia, quer o Grupo 3G/Quam quer a Mobilcom depreciaram o valor dos seus activos 3G e abandonaram os planos para darem entrada nos mercados de 3G na Alemanha na qualidade de operadores de rede, embora a Mobilcom possa manter-se activa como fornecedora de serviços⁽⁴⁹⁾. Os principais concorrentes dos mercados a retalho de 3G são, consequentemente, a D2 Vodafone e a E-Plus e, potencialmente, fornecedores de serviços como a Mobilcom e a Debitel, que adquirem *airtime* por grosso para revenda a operadores de rede, bem como todos os operadores de rede virtual móvel (MVNO) que possam vir a surgir neste mercado.

(77) Dado que as redes e serviços de 3G não foram ainda implantados, não pode ser actualmente fornecida qualquer estimativa conclusiva em relação às quotas de mercado, nem uma apreciação da possibilidade de substituição entre os serviços de 2G e de 3G. Se extrapolarmos as quotas de mercado calculadas para 2002 relativamente aos serviços a retalho 2G para a quota nos mercados 3G, incluindo os valores relativos a clientes e fornecedores de serviços activos nas suas redes, a T-Mobile possuía uma quota de mercado de 41,7 % e a O2 Germany uma quota de mercado de 7,8 % contra 38,3 % da D2 Vodafone e 12,2 % da E-Plus. Se se contarem apenas os assinantes de cada uma, a T-Mobile tinha uma quota de mercado de 29 %, contra 7,5 % da O2 Germany, 28 % da D2 Vodafone e 7 % da E-Plus, dividindo-se um total de 29 % dos assinantes por mais de 10 fornecedores de serviços diferentes, liderados pela Debitel, com uma quota de mercado de 12,7 %, e pela Mobilcom, com 8,8 %. O Grupo 3G não está activo nos mercados de 2G na Alemanha.

⁽⁴⁸⁾ O acordo pertinente foi sujeito a notificação no processo COMP/C1/37.500 VIAG Interkom + T-Mobil, encerrado através de carta administrativa de 13 de Julho de 1999.

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

6. ARGUMENTOS DAS PARTES

(78) As partes explicam principalmente a necessidade do seu acordo relativo à partilha da rede de 3G em termos financeiros. Mais especificamente, alegam que a partilha de rede é necessária porque:

- a) As infra-estruturas de rede de 3G são mais dispendiosas do que as suas predecessoras, exigindo uma densidade de antenas muito superior, a saber, o dobro das redes de GSM de 2G;
- b) Desde que as licenças de terceira geração foram concedidas, as expectativas das receitas provenientes dos seus serviços de 3G foram revistas no sentido da baixa;
- c) Devido à descida geral registada no sector das telecomunicações móveis, os seus custos de aumento de capital foram acrescidos.

Na notificação, as partes declararam que, em resultado do acordo, prevêem uma redução até [15-35 % (*)] dos seus investimentos em infra-estruturas de rede com mais poupanças nos custos de funcionamento da rede. Consequentemente, as partes reduziram as estimativas relativamente à poupança de custos.

6.1. N.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE/n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE

(79) Segundo as partes, o acordo não tem por objecto nem por efeito a restrição significativa da concorrência no mercado comum, o que seria contrário ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE/n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE, dado que a futura partilha de locais e eventualmente de RAN não dará origem a uma partilha das redes de base ou das frequências e que o acordo as obriga a manterem plena concorrência a nível dos serviços e do sector retalhista. Além disso, o planeamento, a concepção e o funcionamento da rede continuarão independentes e as informações técnicas só serão divulgadas, na medida em que tal seja estritamente necessário.

6.2. N.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE/n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE

(80) A principal restrição potencial à concorrência diz respeito às limitações de revenda da capacidade de itinerância relativamente ao fornecimento de serviços de voz aos MVNO. Se se considerar que o acordo restringe a concorrência, as partes alegam, subsidiariamente, que o acordo pode beneficiar de uma isenção nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE/n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE. Tendo em conta os elevados custos de licença que foram suportados, a que se seguiu uma diminuição clara do valor comercial do espectro de 3G, as partes consideram que a partilha de infra-estruturas lhes permitirá reduzir as suas despesas de capital e os seus custos de funcionamento, reduzindo o investimento em infra-estruturas de rede e os respectivos custos de exploração. A O2 Germany, principal beneficiária da itinerância nacional ao abrigo do acordo, calcula que, em resultado deste, economizará entre [15-35 % (*)] dos custos de transferência de rede de 3G, sobretudo devido à itinerância. Segundo as partes, tal é necessário para reduzir parte dos encargos resultantes do acesso

simultâneo ao mercado das telecomunicações de 3G na União Europeia. Referem ainda que a abordagem adoptada está em conformidade com a política seguida pela autoridade reguladora alemã (RegTP) e outras autoridades reguladoras nacionais, tais como a Ofcom no Reino Unido. Para além disso, a partilha de infra-estruturas é necessária devido às restrições previstas e à resolução de problemas ambientais.

(81) As partes alegam que os consumidores beneficiarão em última análise deste acordo, uma vez que lhes são fornecidos mais rapidamente e a menor custo serviços de 3G mais inovadores. Finalmente, as partes, em resultado da sua cooperação, não produzirão serviços normalizados a utilizadores finais, mas continuarão a entrar em concorrência directa no que diz respeito a aplicações de conteúdo, fixação de preços de retalho, fixação de preços por grosso, modalidades e condições de serviço, canais para a comercialização e serviços de apoio ao cliente e *marketing*. Assim, concluem que, em resultado do acordo, a concorrência será não apenas preservada, como também reforçada nos mercados das redes e dos serviços de 3G na Alemanha. Finalmente, as partes alegam que devido ao facto de a protecção dos seus investimentos implicar que continuam a ter o controlo, em última instância, do acesso à rede, o acordo não teria sido celebrado sem a restrição de revenda aos MVNO de voz.

7. OBSERVAÇÕES FORMULADAS POR TERCEIROS

(82) A comunicação inicial⁽⁵⁰⁾ publicada pela Comissão no acto de recepção da notificação, em Fevereiro de 2002, e a comunicação subsequente em conformidade com o n.º 3 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17⁽⁵¹⁾ suscitou observações por parte da autoridade responsável a nível em matéria de concorrência da Alemanha, o Bundeskartellamt («BKartA»), bem como de cinco diferentes intervenientes no mercado, representantes de operadores de redes móveis e ainda de fornecedores e operadores de serviços em mercados afins, na Alemanha. Embora algumas partes expressassem o seu apoio à partilha de redes, todos criticaram o acordo na sua actual forma. Na sequência da notificação das partes relativamente à alteração ao acordo sobre itinerância nacional, o BKartA e as partes intervenientes no mercado que comentaram a comunicação nos termos do n.º 3 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17 tiveram uma nova oportunidade de reagir às alterações em questão.

7.1. Comentários do BKartA

(83) O BKartA entende que, relativamente ao UMTS, a concorrência com base na qualidade da rede e na capacidade de transmissão será especialmente importante e depende do grau de concorrência da infra-estrutura. Consequentemente, teria tendência para considerar qualquer forma de actividade de partilha de rede como uma restrição à concorrência, excepto se a concorrência com base em infra-estruturas não for possível por motivos legais ou práticos. Neste contexto, o BKartA considera que há que ter em consideração, por exemplo, preocupações ambientais e a situação financeira das empresas

⁽⁵⁰⁾ JO C 53 de 28.2.2002, p. 18.

⁽⁵¹⁾ JO C 189 de 9.8.2002, p. 22.

envolvidas. Salienta que na Alemanha a obtenção de autorização de planeamento de sítios é cada vez mais difícil, forçando os operadores a basearem-se na partilha de sítios. Refere ainda que a situação financeira dos operadores móveis poderá vir a implicar a partilha de redes para possibilitar a entrada no mercado.

- (84) Consequentemente, o BKartA entende que não há restrições à concorrência, na medida em que a partilha de sítios é necessária por forma a dar resposta às obrigações das partes em matéria de licenças (designadamente a obrigação de cobertura de 50 % da população até 2005), o que, consequentemente, é necessário para permitir a entrada no mercado. O BKartA entende que a partilha de RAN, que não considera ser necessária para responder às obrigações em matéria de licenças, constitui uma restrição à concorrência que seria aceitável apenas na medida em que fosse necessária para permitir a entrada no mercado. Relativamente à partilha de sítios, quer após 2005 quer para além da exigência de cobertura de 50 % da população, e no que se refere à partilha de RAN, o BKartA parte do princípio que implicam restrições à concorrência mas poderão ser objecto de isenção.
- (85) Todavia, o BKartA não entende que as limitações à revenda da capacidade de itinerância aos MVNO referidas no artigo 11.º do acordo sejam susceptíveis de isenção, porque, na sua opinião, têm como consequência a coordenação de preços entre concorrentes. A proposta do BKartA não se refere especificamente à itinerância nacional, nem forneceu novos comentários relativamente às alterações introduzidas pelas partes ao acordo relativamente à itinerância dentro dos territórios abrangidos pela obrigação de cobertura de 50 % da população.

7.2. Observações formuladas pelos intervenientes no mercado

- (86) Um dos intervenientes no mercado opôs-se, por uma questão de princípio, à itinerância nacional, que considera uma restrição à concorrência entre redes. Opôs-se também a uma maior partilha de sítios e partilha de RAN, argumentando que tal resultará num grau de harmonização de redes que as tornará indiferenciadas. Consequentemente, segundo este interveniente, não só a concorrência em termos de qualidade das redes será em grande parte eliminada, como também a concorrência entre serviços. Acrescentou ainda não ter conhecimento de provas de que, em resultado do acordo, as partes estejam a proceder a uma implantação mais rápida de redes de 3G.
- (87) Um segundo interveniente no mercado manifestou-se a favor da partilha de redes como um forma de controlar os custos e facilitar a entrada no mercado, por uma questão de princípio, embora solicitasse que a não exclusividade do acordo fosse ser apoiada por um compromisso das partes relativamente à disponibilidade de capacidade de rede suficiente para incluir terceiros.
- (88) Um outro interveniente alegou que o acordo sobre a partilha de redes poderá permitir às partes utilizarem as economias daí decorrentes para dar entrada no mercado de *paging* e de serviços de mensagens urgentes e instantâneas, bem como mercados afins de serviços de terceira geração, e pressionar concorrentes mais pequenos a abandonarem estes mercados.

- (89) Dois intervenientes no mercado levantaram objecções à cláusula 11 do acordo, alegando que as exigências em matéria de aprovação antecipada pelo operador da rede de acolhimento para a revenda da capacidade de itinerância relativamente ao fornecimento de serviços de voz pelos MVNO levavam a uma restrição da concorrência no mercado retalhista ou nos mercados de serviços de 3G.
- (90) Todas as observações recebidas foram cuidadosamente apreciadas e, quando reflectiam preocupações genuínas em matéria de concorrência, o raciocínio da Comissão sobre as questões levantadas é apresentado na avaliação jurídica, mais adiante.

8. RESTRIÇÕES DA CONCORRÊNCIA

- (91) Nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e do n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE são proibidos todos os acordos entre empresas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. A Comissão pode isentar acordos que restrinjam a concorrência que não observem o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e o n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE desde que se observem as condições definidas no n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE e do n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE.
- (92) O acordo notificado é um acordo de cooperação horizontal entre dois concorrentes que envolve também determinados aspectos verticais. O acordo não tem por objectivo restringir a concorrência através da fixação de preços, de limitações à produção ou da partilha de mercados ou clientes, mas poderá ter efeitos restritivos da concorrência, considerando que a T-Mobile e a O2 Germany são concorrentes em matéria de serviços e de redes móveis digitais de 2G e 3G.
- (93) O acordo entre a T-Mobile e a O2 Germany implica a cooperação no que respeita à implantação de redes de 3G das partes, principalmente através da i) partilha de sítios, e ii) da itinerância nacional. Mais especificamente, as partes pretendem cooperar em matéria de planeamento, aquisição, construção, afectação e partilha de sítios de 3G, bem como de fornecimento de serviços de itinerância. Consequentemente, as partes cooperarão de uma forma extensiva na implantação das redes móveis de 3G respectivas. Uma tal cooperação entre dois operadores que afecte mercados com apenas um número limitado de concorrentes e mercados onde é difícil, se não mesmo impossível, dar entrada, levanta preocupações em matéria de concorrência. Corre-se o risco, nomeadamente, de o acordo i) vir a reduzir a concorrência entre redes na Alemanha, e ii) vir a ter efeitos indirectos nos mercados de serviços. Acresce ainda que quaisquer disposições restritivas, tais como restrições em matéria de revenda, terão ainda de ser apreciadas.

8.1. Aplicação do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e do n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE

(94) Considerando que a partilha de sítios, a partilha de RAN e a itinerância nacionais devem ser encarados como formas distintas de cooperação com efeitos em mercados diversos, serão analisadas separadamente.

8.1.1. Partilha alargada de sítios

(95) A partilha de sítios é, em princípio, fomentada por questões de política pública, quer na União Europeia quer a nível nacional. As autoridades nacionais podem, além disso, impor a partilha de meios, em especial nos casos em que os concorrentes careçam de alternativas viáveis. O artigo 11.º da Directiva 97/33/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Junho de 1997, relativa à interligação no sector das telecomunicações com o objectivo de assegurar o serviço universal e a interoperabilidade através da aplicação dos princípios da oferta da rede aberta (Directiva relativa à interligação), exige que as autoridades reguladoras nacionais disponham de poderes para fomentar e impor a co-instalação e partilha de funcionalidades⁽⁵²⁾, tendo já sido implementado na Alemanha através da secção 33 da Lei alemã das Telecomunicações (TKG), que prevê que terceiros possam solicitar o acesso a meios essenciais de operadores dominantes⁽⁵³⁾. Ao abrigo da nova estrutura regulamentar, o considerando 23 da Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva-quadro)⁽⁵⁴⁾ dispõe o seguinte: «A partilha de recursos pode apresentar vantagens em termos de ordenamento urbano, saúde pública e ambiente, devendo ser encorajada pelas autoridades reguladoras nacionais, com base em acordos voluntários». O artigo 12.º da directiva-quadro determina que as autoridades reguladoras nacionais disponham de poderes para impor a partilha de meios nos casos em que as empresas não tenham acesso a alternativas viáveis em termos da necessidade de protecção do ambiente, da saúde pública, de segurança, ou para observarem os objectivos de planeamento urbano e rural. Consequentemente, a regulamentação específica por sector pode representar a solução quando não existam sítios alternativos e os concorrentes não consigam negociar o acesso aos sítios necessários e/ou às infra-estruturas de sítios em termos comerciais.

(96) A partilha de sítios com base em acordos bilaterais é uma prática comum entre todos os operadores alemães

da 2G, que se prevê venha a continuar na 3G. Há acordos-quadro entre a T-Mobile, a D2 Vodafone e a E-Plus que dizem respeito à utilização de sítios comuns. Acresce ainda que a partilha de sítios é promovida na Alemanha enquanto questão de política pública que visa minimizar o número total de sítios necessários devido a preocupações ambientais e de saúde. Consequentemente, em 9 de Julho de 2001, foi celebrado um acordo geral entre, por um lado, todos os operadores de redes móveis e, por outro, as associações de municípios, com o objectivo de maximizar a utilização dos sítios partilhados⁽⁵⁵⁾. Em resultado deste acordo, os operadores alemães de redes móveis trocam informações numa base regional, relativamente aos sítios necessários em municípios específicos, por forma a conseguir a máxima proporção possível de sítios partilhados.

(97) O mercado de sítios e de infra-estruturas de sítios para o equipamento de radiocomunicações móveis digitais foi definido acima (considerando 49 e seguintes). As partes calculam que, até ao momento, foram adquiridos cerca de [40 000 a 70 000 (*)] sítios para as redes de 2G, na Alemanha, dos quais uma proporção considerável poderá ser utilizada para as redes de 3G. Até ao momento, no mercado alemão, 64 % dos sítios são utilizados por apenas um operador, 20 % por dois operadores e 16 % por três ou mais operadores⁽⁵⁶⁾. Uma vez que as redes de 3G se concentrarão, de início, nas áreas urbanas, por forma a atingirem a cobertura de população exigida, é provável que a percentagem de sítios partilhados em termos de 3G possa vir a ser superior à de 2G. A distribuição dos sítios já atribuídos entre os operadores de rede é a seguinte: calcula-se que [10 000 a 20 000 (*)] sejam detidos pela T-Mobile, [10 000 a 20 000 (*)] pela D2 Vodafone, [5 000 a 15 000 (*)] pela E-Plus e [5 000 a 15 000 (*)] pela O2 Germany. Calcula-se que pelo menos 20 000 novos sítios venham a ser adquiridos para redes de 3G. Para além dos [10 000 a 20 000 (*)] sítios que já possui, a T-Mobile planeia acrescentar [(*)] novos sítios à sua rede de 3G. A proporção de sítios acrescentados será partilhada da seguinte forma: na notificação que redigiram, as partes alegam que prevêem partilhar até [20-35 % (*)] dos seus sítios de 3G ao abrigo do acordo. Informações mais recentes enviadas pelas partes revelam que a O2 Germany espera actualmente partilhar até [40-55 % (*)] dos seus sítios de 2G e 3G com todos os outros operadores, incluindo a T-Mobile, e [15-30 % (*)] apenas com a T-Mobile. A T-Mobile espera actualmente partilhar [(*)] dos postes e [(*)] dos telhados com os outros três operadores.

⁽⁵²⁾ JO L 199 de 26.7.1997, p. 32.

⁽⁵³⁾ Lei das Telecomunicações (TKG) de 25 de Julho de 1996 (com a última redacção que lhe foi dada pelo primeiro decreto de revisão da Lei das Telecomunicações, de 21 de Outubro de 2002 (Telekommunikationsgesetz von 25 juni 1996, BGBl. I, S. 1120; Änderungsgesetz zum TKG — Kleine Novelle vom 25.10.2002, BGBl. I S. 4186).

⁽⁵⁴⁾ JO L 108 de 24.4.2002, p. 33.

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

⁽⁵⁶⁾ Com base nos dados da RegTP relativos a Maio de 2001, para uma totalidade de 39 690 sítios.

- (98) O mercado está altamente concentrado e, actualmente, as partes possuem em conjunto uma quota de mercado de cerca de 45 %. Para além das partes, dois outros intervenientes obtiveram licenças que lhes permitem desenvolver as suas próprias redes, das quais, pelo menos uma, a D2 Vodafone, detém já uma posição muito forte nos mercados de 2G. Estes intervenientes estão também presentes no mercado de sítios e de infra-estruturas de sítios para equipamentos de radiocomunicações móveis digitais. No entanto, embora a grande maioria de sítios na Alemanha seja actualmente detida por operadores de redes móveis, estão também a entrar no mercado alemão diversas «tower companies» especializadas, podendo ainda ser obtidos sítios individuais directamente junto dos respectivos proprietários. Acresce ainda que, em princípio, a partilha de sítios não reduz o número de sítios disponíveis a outros operadores de rede: à medida que se reduz o número de sítios exigidos individualmente pelos operadores que os partilham, aumenta também a proporção de sítios no lote comum disponível para outros operadores.
- (99) Quanto ao lado da procura, o mercado está ainda mais concentrado, uma vez que se limita a quatro operadores licenciados de 2G/3G os que se mantêm activos no mercado alemão. As partes presentes no lado da procura estão também presentes no lado da oferta e, em princípio, possuem capacidade para adquirir sítios para as suas próprias necessidades em matéria de rede completamente independentes das partes e de outros operadores, se assim o desejarem. Uma vez que parece provável que as partes venham a solicitar acesso a sítios controlados por outros operadores de 2G e 3G, poderá verificar-se um certo poder de negociação.
- (100) Acresce ainda que o acesso de terceiros aos sítios controlados pelas partes é estimulado por políticas públicas e, tal como já explicado, pela capacidade das ARN imporem a partilha de sítios onde não existam alternativas viáveis. Finalmente, o acordo não limita a liberdade comercial das partes no que respeita à partilha de sítios com terceiros e ambas as partes planeiam manter activamente a partilha de sítios com terceiros. Consequentemente, o acordo não parece ter efeitos limitativos da concorrência no mercado de sítios e de infra-estruturas de sítios relativamente a equipamento de radiocomunicações móveis digitais. Continua por apreciar se, em resultado da partilha de sítios, as partes poderão, dado o aumento da semelhança das suas estruturas de custos, encontrar um âmbito que distinga a redução das ofertas de serviços a retalho, ou se, em resultado da partilha de sítios, poderão vir a coordenar as suas actividades noutros mercados.
- (101) Considerando que a percentagem de custos totais representada pela partilha de sítios é relativamente pequena, a economia de custos prevista pelas partes daí decorrente é limitada. A O2 Germany calcula que o que possa vir a economizar apenas com a partilha de sítios ascenda a [7-17 % (*)] das suas economias totais ao abrigo do acordo de [15-35 % (*)] dos custos de implantação de redes, ou seja, as suas economias com base na partilha de sítios ascenderão a [menos de 5 % (*)] das suas economias totais. Relativamente aos sítios de 2G, a T-Mobile não espera vir a registar economias adicionais devido às disposições em matéria de partilha de sítios de 2G já existentes. Em vez disso, as partes têm em consideração os benefícios derivados da partilha de sítios em termos de um planeamento e de uma implementação mais rápidos do que seria de esperar devido à criação avançada de planos de rádio com base em informações antecipadas sobre sítios. Em qualquer caso, as partes não possuirão nem controlarão sítios comuns, competindo entre si e com outros operadores de rede para a aquisição de novos sítios, atribuindo cada uma delas direitos de utilização à outra parte. Consequentemente, não terão, em resultado do acordo, uma elevada proporção de custos totais em comum. Assim sendo, a partilha de sítios não se traduz por semelhanças na estrutura de custos das partes, susceptíveis de afectar a capacidade de competirem efectivamente entre si nas redes ou mercados de serviços a jusante.
- (102) Também não parecem existir efeitos significativos sobre a concorrência em quaisquer outros mercados de redes ou mercados de serviços. O nível de cooperação relativamente à partilha de redes é coerente com a avaliação da NRA, RegTP, no que respeita ao grau mínimo de independência exigido por forma a permitir o controlo independente de redes e serviços pelas respectivas partes. Em especial, as partes mantêm um controlo independente das suas redes de base, incluindo todas as partes inteligentes da rede e as plataformas de serviços que determinam a natureza e a gama de serviços fornecidos. As partes mantêm também o controlo independente do seu planeamento de rádio e liberdade de acrescentar sítios, incluindo sítios não partilhados, por forma a aumentar a sua cobertura e capacidade de rede, que parecem ser os principais parâmetros competitivos ao nível da rede, e que são susceptíveis de exercer um impacto importante ao nível da concorrência de serviços. Dado que a partilha de sítios implica a redução de custos de pesquisa e permitirá, a prazo, uma maior densidade de rede, pode melhorar a concorrência entre redes e, consequentemente, a concorrência entre serviços, quer entre as partes quer entre terceiros. Assim sendo, a partilha de sítios entre as partes definida no acordo, tal como foi notificado, não conduz a restrições da concorrência.
- (103) Para efeitos da partilha de sítios, as partes declararam que trocarão as informações necessárias para a implantação comum de sítios, incluindo informações técnicas e de dados de localização relativamente aos sítios individuais,

designadamente a informação sobre as partes que tencionam construir e onde pretendem fazê-lo. As partes declaram não existir troca adicional de informações sobre a construção de redes de 3G. A cláusula 2.6 do acordo prevê que informações sensíveis em matéria de concorrência não sejam trocadas entre as partes para além do mínimo de informações necessárias para permitir o planeamento das redes. O intercâmbio deste tipo de informações técnicas limita-se ao que é estritamente necessário para permitir cooperação entre as partes que não seja considerada limitativa da concorrência. Consequentemente, em si, também não constitui uma restrição da concorrência.

8.1.2. Partilha de RAN

- (104) Embora o acordo preveja a possibilidade de apreciação do potencial de partilha de RAN entre as partes, a partilha de RAN não é actualmente uma possibilidade. Acresce que as modalidades de partilha de RAN entre as partes não são abrangidas pela notificação com suficiente pormenor, por forma a permitir que a Comissão as analise ao abrigo do artigo 81.º do Tratado CE/do artigo 53.º do Acordo EEE. Consequentemente, não é abrangida pela presente decisão.

8.1.3. Itinerância nacional

Itinerância da O2 Germany na rede da T-Mobile na área de cobertura dos 50 %

- (105) Através das alterações de 20 de Setembro de 2002 e de 22 de Janeiro de 2003 ao acordo notificado, as partes concordaram que a O2 Germany possa adquirir direitos de itinerância nacional por grosso às redes de 3G da T-Mobile, entre 1 de Janeiro de 2003 e 31 de Dezembro de 2008. Isto significa que, durante este período, a O2 Germany adquirirá serviços de itinerância nacional por grosso à T-Mobile, dentro da área em que a O2 Germany possui a obrigação regulamentar de cobrir 50 % da população alemã através da sua própria rede. A T-Mobile não disporá de direito semelhante de aquisição de itinerância nacional por grosso à rede da O2 Germany, nesta área. Na sequência de discussões com a Comissão, as partes concordaram em limitar a duração da itinerância dentro da área sujeita à obrigação de cobertura de 50 % da população, com base na definição de três áreas distintas (áreas 1, 2 e 3). A itinerância será retirada sucessivamente nestas áreas, de acordo com o calendário definido na secção 4.3.1 *supra*, que será incorporada no acordo através da alteração das partes de 21 de Maio de 2003.

Itinerância recíproca fora da área de cobertura dos 50 %

- (106) O acordo, tal como originalmente notificado, prevê o direito recíproco de itinerância nacional por grosso de 3G entre a T-Mobile e a O2 Germany fora da área de

exigência de cobertura de 50 % da população. Na prática, a T-Mobile pretende abranger [(*)] da população alemã com a sua rede de 3G até ao final de 2006 e fornecer nova cobertura em função da procura, enquanto a O2 Germany pretende [(*)]. Considerando que a rede da T-Mobile será mais extensa, e considerando as vantagens, para um operador de rede em utilizar a sua própria rede em termos de controlo de custos e parâmetros, tais como a qualidade da rede e o débito de transmissão, é provável que venha a registar-se pouca «ou mesmo nenhuma» itinerância por parte da T-Mobile ou dos seus clientes na rede da O2 Germany. Consequentemente, a itinerância nacional ao abrigo do acordo envolverá, predominantemente, a itinerância da O2 Germany na rede da T-Mobile e não o inverso.

Efeitos sobre a concorrência

Efeitos nos mercados por grosso

- (107) O mercado de acesso à itinerância nacional por grosso relativamente a serviços de comunicações de 3G foi acima definido (considerando 57 e seguintes). A itinerância nacional entre operadores de rede com licenças para implantarem e operarem as suas próprias redes móveis digitais em concorrência, restringe, por definição, a concorrência entre estes operadores em todos os mercados de redes afins, relativamente a parâmetros como a cobertura, a qualidade e o débito de transmissão. Limita a concorrência em termos de âmbito e ritmo da cobertura porque, em vez de transferirem a sua própria rede para obter um grau máximo de cobertura do território e de população no período de tempo mais curto, um operador de itinerância irá depender, para o seu tráfego de itinerância, do grau de cobertura alcançado pela rede do operador visitado. A itinerância nacional restringe também a concorrência em matéria de qualidade da rede e de débito de transmissão, porque o operador de itinerância será limitado pela qualidade da rede e pelo débito de transmissão disponíveis na rede visitada, que constituem uma função das escolhas técnica e comercial efectuadas pelo operador da rede visitada. Finalmente, com base no acordo, a itinerância nacional será cobrada a taxas por grosso, no que respeita a comunicações de voz, ao nível das taxas de entrega de chamadas e de serviços de dados numa [base *minus* a retalho (*)]. No caso da O2 Germany, a itinerância nacional corresponderá a [(*)]. Consequentemente, as taxas por grosso cobradas aos compradores das suas próprias redes por grosso e dos serviços de acesso serão limitadas pelas taxas por grosso que terá de pagar à T-Mobile.
- (108) Os efeitos destas restrições serão mais graves nas áreas onde a implantação de redes concorrentes paralelas se justifique claramente a nível económico — designadamente em áreas urbanas principais — e onde, consequentemente, a concorrência esteja mais restringida pela itinerância. Os efeitos serão menos graves quando os incentivos económicos para a implantação sejam menores, como poderá ser o caso em áreas de importância comercial secundária e, em especial, em áreas rurais e muito afastadas.

- (109) Considerando as limitações resultantes para a capacidade da O2 Germany e da T-Mobile competirem em matéria de cobertura, qualidade, débito de transmissão e preços por grosso, a itinerância nacional de 3G entre a O2 Germany e a T-Mobile exerce um impacto sobre a concorrência em todos os mercados de rede de 3G na Alemanha, incluindo o mercado de acesso a itinerância nacional por grosso relativamente a serviços de comunicações da 3G e o mercado de acesso a *airtime* por grosso para serviços de 3G.
- (110) Dado que os mercados de 3G são novos, não existem informações sobre partilha do mercado. Todavia, no mercado de acesso à itinerância nacional por grosso relativamente a serviços de comunicações de 3G, há apenas quatro operadores licenciados na Alemanha que dispõem da capacidade para instalar redes. Os obstáculos à entrada levantados pelos requisitos de licenciamento e por requisitos de investimento são extremamente elevados, se não mesmo totais⁽⁵⁷⁾. Consequentemente, é óbvio que a cooperação entre duas de apenas quatro das partes no mercado, mesmo quando uma destas duas (a O2 Germany) não pretende actualmente implantar uma rede para além [(*)], é susceptível de limitar a concorrência de forma sensível. O acordo sobre itinerância nacional (tal como alterado) constitui, pois, uma restrição à concorrência na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e do n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE.

Efeitos sobre os mercados retalhistas

- (111) Esta questão deveria ainda ser apreciada por forma a determinar se o acordo relativo ao acesso à itinerância por grosso de 3G limita a concorrência de serviços a retalho de 3G. A itinerância nacional ao nível grossista conduzirá a uma maior uniformidade das condições ao nível retalhista, visto que a cobertura de rede subjacente, a qualidade e as velocidades de transmissão tendem a ser semelhantes. As velocidades de transmissão determinarão, significativamente, os tipos de serviço que o operador específico poderá fornecer. Acresce que a oportunidade da introdução de serviços específicos será determinada pelo momento em que determinadas velocidades de transmissão estarão disponíveis de forma fiável ao nível da rede, devendo esta última ser coordenada para fins de itinerância nacional. Finalmente, considerando que os operadores que utilizam a itinerância nacional por grosso de 3G terão de pagar encargos pelo acesso por grosso que, relativamente aos serviços de dados, se baseará num [(sistema a retalho *minus* (*))], o âmbito da concorrência de preços ficará, consequentemente, limitado. O sistema de preços [(*)] é susceptível de dar origem a um risco de coordenação sobre os níveis de preços a retalho.
- (112) Consequentemente, é provável que a cooperação entre as partes em matéria de itinerância nacional por grosso de 3G venha a ter efeitos na concorrência entre as partes nos mercados retalhistas a jusante. Embora o número de

partes presentes nos mercados retalhistas seja superior às que operam ao nível da rede e não existam informações disponíveis precisas sobre as quotas de mercado, se se utilizar a quota de mercado combinada das partes relativamente à 2G, esta quota de mercado será de 36,5 % [T-Mobile 29 %; O2 Germany 7,5 %] se se contabilizarem apenas os clientes próprios, e de 49,5 % [T-Mobile 41,7 %; O2 Germany 7,8 %] se forem contabilizados também os clientes finais de fornecedores de serviços que utilizam as redes das partes. Consequentemente, a quota de mercado combinada das partes, relativamente aos mercados de serviços a retalho de 3G, está sujeita ao desenvolvimento plausível do mercado susceptível de exceder 10 %, pelo que a restrição é sensível.

Requisitos mínimos de aquisição

- (113) O acordo relativo à itinerância nacional de 3G não é exclusivo, mas prevê requisitos mínimos de aquisição pela O2 Germany, de [(*)] de euros à T-Mobile, num período de três anos, a contar da data de lançamento dos serviços de itinerância de 3G pertinentes. As alterações ao acordo que permitem a itinerância da O2 Germany na rede da T-Mobile dentro da área de cobertura de 50 % da população permitem um [pagamento da O2 Germany à T-Mobile de (*)]. Embora tal não constitua requisito mínimo de aquisição, poderá reflectir-se na concentração das aquisições da O2 Germany de acesso à itinerância nacional de 3G na rede da T-Mobile.
- (114) Todavia, nem os requisitos mínimos de aquisição nem os pagamentos fixos têm de ser analisados em termos de eventual encerramento do mercado. A venda de acesso de itinerância por grosso de 3G entre operadores de rede de 3G licenciados foi identificada como constituindo uma restrição de concorrência. Consequentemente, potenciais obstáculos a outras redes licenciadas de 3G que forneçam este tipo de cooperação não podem ser interpretados como constituindo, por si só, nova restrição da concorrência. Em contrapartida, no caso de uma destas partes celebrar um acordo para adquirir volumes significativos de acesso à itinerância nacional a outro ou aos dois outros operadores de 3G licenciados, tal exigiria uma apreciação ao abrigo das regras de concorrência.

Revenda aos MVNO

- (115) A alínea c) da cláusula 11 do acordo limita a possibilidade de as partes revenderem direitos de acesso de itinerância a terceiros, exigindo designadamente aprovação prévia da outra parte no que respeita a qualquer tipo de revenda da capacidade de itinerância aos MVNO que ofereçam serviços de telefonia vocal a utilizadores finais. Dado que esta cláusula diz respeito à revenda de direitos de acesso, as limitações envolvidas são de natureza vertical. No entanto, o n.º 4 do artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas

⁽⁵⁷⁾ Ver secção 5.5.2.

concertadas determina que a isenção por categoria não se aplique a acordos verticais recíprocos entre empresas concorrentes ⁽⁵⁸⁾.

- (116) Consequentemente, esta restrição terá de ser avaliada no que diz respeito a eventuais efeitos de colusão nos termos das Orientações em matéria de cooperação horizontal e, no que respeita à sua dimensão vertical, nos termos das Orientações relativas às restrições verticais. A análise com base nas Orientações sobre cooperação horizontal revela que a limitação do tipo de clientes a que um comprador pode vender os serviços contratuais limita a produção e, consequentemente, constitui uma restrição da concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE/n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE, que exige a análise individual ao abrigo do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE/n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE ⁽⁵⁹⁾. Por conseguinte, o disposto no n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE/n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE deverá ser aplicado às restrições sobre a revenda aos «MVNO de voz» por forma a determinar a existência de eventuais compensações às restrições da concorrência envolvidas.

Restrições em matéria de revenda a outros operadores de rede

- (117) Ao exigir a aprovação prévia por parte do operador da rede visitada, a alínea c) da cláusula 11 do acordo limita também a revenda dos direitos de itinerância a outros operadores de rede licenciados. As partes alegaram que esta restrição é necessária para permitir o planeamento da capacidade das redes e para garantir a qualidade do serviço. Todavia, não é necessário analisar estes argumentos. A venda de acesso de itinerância por grosso de 3G entre operadores de redes licenciados de 3G foi identificada como constituindo uma restrição da concorrência, por si só. Consequentemente, a limitação imposta a outros operadores de rede licenciados de 3G que adiram a esta forma de cooperação não pode ser interpretada como uma restrição da concorrência. Em contrapartida, caso uma das partes celebre um acordo de revenda de volumes significativos de acesso a itinerância nacional a outro ou aos dois outros operadores de rede licenciados de 3G, seria necessário analisar tal facto à luz das regras da concorrência.

Intercâmbio de informações para fins de itinerância nacional

- (118) A cláusula 2.6 do acordo impede as partes de «trocarem informações importantes em termos concorrenciais». Neste contexto, as partes declararam que não trocarão

informações sobre previsões de requisitos de capacidade futura, a saber, sobre o número de clientes e respectivas necessidades específicas.

- (119) As partes procederão no entanto ao intercâmbio de dados técnicos importantes, absolutamente necessários para fornecer um serviço de itinerância sem descontinuidades, designadamente o número de canais, identificação de clientes (CID) e informação sobre identificação de interligações. A itinerância sem descontinuidades depende de «transferência sem descontinuidades» entre as duas redes envolvidas, designadamente, que ocorrem sem que o cliente tenha de efectuar uma ligação manual a outra rede quando muda de redes. Para permitir a transferência sem descontinuidades entre células, há que dar conhecimento dos parâmetros de rádio pertinentes à rede visitada, a saber, a identidade da célula, as suas coordenadas de localização geográfica, a altura da antena, tipo de antena, direcção do principal raio rádio, atenuação de cabo e desempenho do nó B. Uma vez que esta informação é absolutamente necessária para a itinerância nacional, o seu intercâmbio não constitui uma restrição da concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE/n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE que exija uma apreciação individual.

8.2. Efeitos no comércio entre os Estados EEE

- (120) As condições de acesso à infra-estrutura de 3G e aos serviços de operadores de redes móveis por grosso afectam o comércio entre os Estados EEE. Tal deve-se ao facto de os serviços fornecidos por redes de telecomunicações serem comercializados no espaço EEE — por exemplo, término por grosso de chamadas internacionais bem como acesso por grosso a itinerância internacional de 3G — e de as condições de acesso às infra-estruturas de telecomunicações e aos serviços por grosso determinarem a capacidade de outros operadores, fornecedores de serviços e MVNO's que precisam desse tipo de acesso para fornecerem os seus próprios serviços ⁽⁶⁰⁾. As condições de partilha da rede afectarão também a compra de equipamento de rede a produtores deste tipo de equipamento localizados nos diferentes Estados EEE. Acresce ainda que o investimento e a entrada no mercado de 3G bem como os serviços são fundamentalmente transfronteiriços no espaço EEE. Assim sendo, as condições de acesso às infra-estruturas e serviços grossistas de 3G afectam significativamente não apenas o clima de investimento entre os Estados EEE, em matéria de infra-estruturas e serviços de 3G, mas também afectam as condições de entrada no mercado, incluindo tais entradas efectuadas por operadores, fornecedores de serviços, MVNO's e fornecedores de conteúdos de outros Estados EEE.

⁽⁵⁸⁾ JO L 336 de 29.12.1999, p. 21. Ver a comunicação da Comissão — Orientações relativas às restrições verticais (JO C 291 de 13.10.2000, p. 1, ponto 52).

⁽⁵⁹⁾ Comunicação da Comissão — Orientações sobre a aplicação do artigo 81.º do Tratado CE aos acordos de cooperação horizontal (JO C 3 de 6.1.2001, p. 2, ponto 25).

⁽⁶⁰⁾ Ver a comunicação relativa ao acesso, pontos 144-148.

8.3. Aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE e do n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE

(121) Tal como anteriormente analisado, as cláusulas do acordo (com a nova redacção que lhes foi dada) relativamente à itinerância nacional inserem-se no âmbito do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e do n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE, uma vez que as disposições em matéria de itinerância nacional entre as partes têm consequências apreciáveis para a concorrência e afectam o comércio entre os Estados do EEE. Um acordo que viole o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e o n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE pode ser objecto de isenção desde que observe as seguintes condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE e no n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE:

- a) Contribuir para melhorar a produção ou a distribuição de produtos ou serviços e para promover o progresso técnico ou económico;
- b) Reservar aos utilizadores uma parte equitativa do lucro daí resultante;
- c) Não impor às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos;
- d) Não dar a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

8.3.1. *Contribuição do acordo para melhorar a produção ou distribuição e para promover o progresso técnico ou económico*

(122) O acesso à itinerância nacional de 3G virá permitir que a parte em itinerância forneça uma melhor cobertura, qualidade e débitos de transmissão de serviços a retalho e por grosso de 3G, mais rapidamente. A venda de acesso a itinerância irá permitir que o operador da rede de acolhimento detenha recursos adicionais para investir na sua própria rede, permitindo-lhe utilizar a sua capacidade de rede mais integralmente e numa fase anterior à que seria possível noutras circunstâncias e, conseqüentemente, fazê-lo de uma forma mais eficaz. Mesmo que, na prática, apenas uma das partes venha a exercer os direitos de itinerância ao abrigo do acordo, a utilização de redes em conjunto permitir-lhe-á aceder a uma maior densidade de rede e a uma maior área útil de cobertura do que lhe seria possível fornecer individualmente, tornando os seus serviços a retalho e por grosso mais atraentes para os utilizadores. A concorrência decorrente da existência de, pelo menos, dois outros operadores ao nível da rede garante que o incentivo das partes para obterem maior densidade e uma mais ampla área útil de cobertura em conformidade com a assunção comercial de serviços de 3G seja mantida e que não se limitarão a economizar nos custos da sua própria rede. Dada a existência de concorrência por parte destes operadores, bem como de diversos fornecedores de serviços e, eventualmente, de MVNO ao nível retalhista, as partes continuarão também individualmente a ter um incentivo para fornecerem uma gama mais vasta de serviços de melhor qualidade.

Itinerância da O2 Germany na rede de 3G da T-Mobile dentro da área de cobertura dos 50 %

(123) A itinerância da O2 Germany na rede de 3G da T-Mobile dentro da área sujeita à obrigação regulamentar de cobertura de 50 % da população até 31 de Dezembro de 2005 é susceptível de originar uma maior escolha e competitividade quer ao nível retalhista quer grossista. Em especial, a itinerância móvel através da O2 Germany na rede da T-Mobile dentro desta área permitirá à O2 Germany, desde o início, oferecer uma melhor cobertura, qualidade e débitos de transmissão para os seus serviços do que lhe seria possível numa base autónoma durante a sua fase de implantação em concorrência com outros fornecedores de serviços a retalho e por grosso de 3G.

(124) A rede da O2 Germany possuirá os requisitos regulamentares antes de 31 de Dezembro de 2005. No entanto, tratando-se do operador mais pequeno no mercado móvel alemão, com uma pequena quota do mercado de 2G (cerca de 8 %), é improvável que adquira uma posição que lhe permita obter rapidamente uma rede de alta qualidade abrangendo uma área suficiente que permita à empresa competir com eficácia, desde o princípio, com outros operadores licenciados no mercado de redes e serviços de 3G, na Alemanha. Devido à importância das vantagens dos pioneiros, é provável que tal venha a limitar a capacidade para competir com eficácia, sendo susceptível de afectar a competitividade global do mercado alemão. Conseqüentemente, há benefícios económicos, neste caso ao permitir que a O2 Germany beneficie de itinerância mesmo dentro dos grandes centros urbanos por um pequeno período de tempo até ter construído uma rede eficaz. A itinerância virá também a permitir à O2 Germany lançar serviços de 3G mais cedo, gerando assim um rendimento adicional para a empresa. Isto contribuirá para a empresa financiar a implantação da rede de 3G, permitindo reduzir a forma como depende da rede de itinerância da T-Mobile.

(125) Acresce ainda que, se a O2 Germany tiver capacidade para concentrar os seus investimentos de rede em áreas de maior procura, designadamente nos principais centros urbanos, apoiando-se na itinerância em áreas urbanas de importância económica secundária por um período mais longo, mas ainda assim limitado, tal permitirá o fornecimento de melhores serviços a retalho e por grosso, incluindo na sua própria rede, do que seria possível de outro modo. Nas áreas subterrâneas, o acesso à itinerância é necessário para permitir a cobertura ininterrupta em áreas de importância estratégica para o consumidor, embora existam regras de segurança e requisitos de autorização de construção que limitam a capacidade da O2 Germany para criar rapidamente redes separadas em tais locais. Uma isenção mais longa poderá, conseqüentemente, ser justificada para estas áreas específicas.

Itinerância recíproca fora da área de cobertura dos 50 %

- (126) A itinerância móvel da O2 Germany na rede da T-Mobile fora da área sujeita à obrigação regulamentar de fornecimento de cobertura a 50 % da população até 31 de Dezembro de 2005 virá permitir, em especial à O2 Germany, tornar-se um concorrente activo que oferece cobertura nacional nos mercados retalhistas de 3G. As partes forneceram provas que demonstram que, sem o acordo, seria improvável que, com os actuais calendários de planeamento, a O2 Germany pudesse oferecer uma cobertura além [(*)]. Há ainda que salientar que nos mercados móveis de 2G, onde a O2 Germany penetrou igualmente, recorrendo no início numa medida significativa à itinerância nacional na rede da T-Mobile, a O2 Germany alcançou já a sua própria cobertura de rede nacional, tendo ultrapassado os requisitos da sua licença, ao construir a sua rede de acordo com a procura do mercado em termos dos serviços que fornece.
- (127) Em consequência do acordo, a O2 Germany poderá também revender, fora das áreas abrangidas pelas suas obrigações no âmbito da sua licença, acesso de itinerância nacional aos MVNO de dados e *airtime* de 3G por grosso, a nível nacional, a fornecedores de serviços. O acordo promove assim a concorrência nos mercados de itinerância nacional de 3G, para *airtime* por grosso e ao nível retalhista, contribuindo consequentemente para a produção e distribuição destes serviços. Considerando que se espera que os serviços de 3G implicados venham a constituir uma vasta gama de novos produtos tecnicamente avançados de qualidade e funcionalidade melhoradas relativamente aos serviços de 2G, o acordo promove também o progresso técnico e económico.
- (128) O acordo sobre itinerância nacional permite às partes, em especial à T-Mobile, uma utilização mais intensiva e, consequentemente, mais eficaz da sua rede, em especial em áreas menos densamente povoadas. Ao permitir à T-Mobile usufruir de maiores benefícios económicos do seu investimento em infra-estruturas, a itinerância constitui um incentivo suplementar para fornecer uma cobertura de rede mais global, com melhor qualidade e débitos de transmissão mais elevados. Tal contribui também para a produção e a distribuição dos serviços envolvidos, bem como para o progresso técnico e económico.

8.3.2. Reserva aos utilizadores finais de uma parte equitativa do lucro resultante do acordo

- (129) Ao permitir que a O2 Germany, em primeiro lugar, pudesse competir de uma forma mais eficaz durante a sua fase de implantação e, em segundo lugar, pudesse emergir como um fornecedor nacional de serviços a retalho e por grosso de 3G (ou, em qualquer dos casos, na qualidade de fornecedor da mais ampla área geográfica susceptível de existir na altura), o acordo sobre itinerância nacional de 3G contribuirá para aumentar a concorrência na rede móvel digital e nos mercados de serviços. A concorrência evoluirá mais rapidamente e os concorrentes terão incentivos para introduzirem novos serviços no mercado, ficando

também sujeitos a uma maior pressão para reduzir os preços em resultado de uma maior entrada no mercado com uma cobertura mais vasta baseada no acesso de itinerância nacional de 3G entre as partes. Eventualmente, tal permitirá aos consumidores beneficiarem mais cedo de uma gama mais vasta de serviços de 3G novos e tecnicamente mais avançados, que se espera tenham maior qualidade, e de uma gama de escolha mais vasta relativamente aos serviços de 2G, aumentando a probabilidade de concorrência a nível de preços.

- (130) As partes forneceram uma indicação clara dos benefícios potenciais para o consumidor relativamente a um maior número de entradas no mercado em termos de evolução de preços. Apresentaram provas no sentido de a entrada do terceiro e quarto operadores nos mercados móveis de 2G, na Alemanha, ter conduzido a reduções anuais no índice de preços a retalho móveis de cerca de 20 %. Na altura, a entrada da O2 Germany no mercado móvel de 2G, na qualidade de quarto operador nacional, dependia em grande parte do fornecimento de itinerância nacional pela T-Mobile. Acresce ainda que, em consequência da maior concorrência ao nível retalhista, os benefícios económicos de uma maior concorrência ao nível do acesso à itinerância nacional disponível para os MVNO de dados, bem como da revenda de *airtime* por grosso para serviços nacionais a fornecedores de serviços (ou a MVNO que actuam na qualidade de fornecedores de serviços) são susceptíveis de se repercutirem nos utilizadores finais.

8.3.3. Carácter indispensável das restrições envolvidas

Itinerância nacional

- (131) As cláusulas do acordo (tal como alterado) que prevêm itinerância nacional são indispensáveis para os benefícios acima apresentados.
- (132) No que respeita à itinerância dentro da área de cobertura dos 50 %, convém precisar que as características geográficas específicas da Alemanha, bem como o seu padrão de distribuição da população, significam que, relativamente a outros Estados-Membros, como por exemplo o Reino Unido, a cobertura deve ser assegurada relativamente a um maior número de centros urbanos na Alemanha, com um número relativamente mais pequeno de habitantes. Acresce ainda que a população global da Alemanha é significativamente superior à do Reino Unido ou de qualquer outro Estado-Membro. Considerando que a situação comercial das redes de 3G não justifica, actualmente, uma cobertura uniforme a nível nacional, embora, de acordo com a evolução esperada da procura, a cobertura se venha a espalhar de forma mais gradual a partir dos centros urbanos e, possivelmente, dos principais eixos de transporte, o que significa que a cobertura de uma percentagem significativa da população urbana alemã exige investimentos relativamente maiores. Mesmo a concentração de investimentos nas áreas mais densamente povoadas não deixa de implicar a criação e conexão da cobertura de redes para um número relativamente elevado de áreas geograficamente independentes.

(133) Finalmente, a O2 Germany, na qualidade de quarto operador de rede a entrar nos mercados de GSM na Alemanha, é um operador com uma base de clientes relativamente pequena, que, conseqüentemente, tem um acesso mais limitado a recursos financeiros do que operadores implantados há mais tempo. Dado que a O2 Germany tem menos clientes na sua rede de 2G, possui também uma capacidade adicional considerável em matéria de serviços vocais, reduzindo assim a necessidade de investimentos na rede de 3G para fins que não impliquem os serviços de banda larga, que exigem uma elevada densidade de rede. Assim sendo, o facto de a itinerância da O2 Germany depender da rede de 3G da T-Mobile, mesmo nas principais áreas urbanas, durante um período de tempo limitado, é considerado equilibrado e indispensável, quando tal poderia não ser necessariamente o caso relativamente a operadores com posições de mercado mais sólidas.

Restrições à revenda a «MVNO de voz»

(134) As partes pretendem exercer controlo prioritário sobre quem detenha o acesso grossista às suas redes de 3G fora das categorias abrangidas pela legislação e regulamentação nacionais — designadamente o fornecimento de *airtime* por grosso a fornecedores de serviços — exceptuando os MVNO que forneçam serviços de dados ou actuem na qualidade de fornecedores de serviços vocais. Conseqüentemente, exigem consentimento prévio por parte do operador de acolhimento antes de permitirem a revenda de acesso de itinerância aos «MVNO de voz», designadamente os que fornecem não só telefonia vocal mas também serviços equivalentes. Ao restringir a revenda do acesso de itinerância para o fornecimento de serviços vocais aos MVNO que não investiram em licenças ou infra-estruturas de redes de 3G, as partes pretendem proteger a sua própria capacidade de implantação de redes de 3G e salvaguardar os seus investimentos, permitindo-lhes oferecer serviços de 3G tecnicamente avançados aos utilizadores finais.

(135) Sem a capacidade para controlar o acesso às suas redes e, conseqüentemente, proteger os seus investimentos da erosão dos preços a retalho relativos a serviços vocais dos «MVNO de voz» baseados na revenda de capacidade de itinerância, as partes não poderiam oferecer reciprocamente essa capacidade de itinerância. Esta hipótese é plausível porque as partes forneceram cálculos que demonstram que as receitas perdidas ao nível grossista em consequência da recusa de acesso de itinerância recíproca seria compensada evitando a perda de receitas a nível retalhista que, de outro modo, ocorreria. Sem acesso à itinerância nacional para serviços de 3G na rede T-Mobile, a O2 Germany seria um concorrente menos eficaz durante toda a fase de implantação, sendo improvável que entrasse nos mercados retalhista e grossista de 3G na qualidade de concorrente a nível nacional (ou, em qualquer dos casos, como concorrente com a capacidade de oferecer maior âmbito geográfico do que o previsto nessa altura. Acresce ainda que se perderiam os benefícios da venda, pela T-Mobile do excesso de capacidade da sua rede à O2 Germany. Perder-se-iam também outros benefícios em termos de concorrência acrescida com base na entrada em melhores condições da O2 Germany no mercado e numa maior qualidade de

cobertura de rede e em débitos de transmissão acrescidos. Conseqüentemente, a restrição é necessária ao acordo e aos benefícios que introduz.

(136) A restrição não afecta a liberdade das partes de oferecerem a qualquer outra parte acesso por grosso às suas próprias redes. Além disso, o seu âmbito é limitado visto que o acordo não permite a revenda de acesso grossista relativamente a serviços vocais de 3G a fornecedores de serviços e a MVNO que operem na qualidade de fornecedores de serviços, permitindo a revenda de acesso grossista relativamente à itinerância nacional para serviços de dados de 3G a MVNO, sem quaisquer restrições, quando se espera que os serviços de dados constituam o centro dos mercados retalhistas de 3G. Assim sendo, a concorrência é afectada apenas nos mercados vocais de 3G. Nesta acepção, a restrição é proporcional aos objectivos que pretende atingir. Conseqüentemente, actualmente não existe um meio menos restritivo do que a limitação da revenda da capacidade de itinerância de serviços vocais aos MVNO susceptível de conduzir a um resultado significativamente idêntico.

Ausência de eliminação da concorrência no que respeita a grande parte dos bens e serviços em questão

(137) Tal como já referido, a concorrência entre os quatro operadores licenciados de redes e serviços de 3G que pretendem implantar redes de 3G na Alemanha, e entre fornecedores de serviços, bem como por MVNO, excepto os que operam no âmbito da revenda da capacidade de itinerância para serviços vocais, é reforçada pelo presente acordo.

(138) O acordo permite também a concorrência eficaz entre as partes. Apesar de se apoiar na itinerância para parte da sua cobertura, o operador da rede local controlará a sua própria rede de base, o que lhe permitirá oferecer serviços diferenciados. Além disso, a cláusula 5.6 do acordo prevê que, para que se garanta a concorrência dos serviços entre as partes, compete a cada uma delas assegurar que os clientes em itinerância só possam ter acesso à carteira de serviços e à rede de terceiros de que dispõem na sua rede local, não dispondo de acesso aos serviços oferecidos na rede visitada nem de acesso a terceiros através da rede visitada.

(139) A capacidade do operador de rede local para manter o controlo do tráfego gerado pelos seus clientes fora dessa mesma rede e para fornecer acesso a serviços não disponíveis na rede de acolhimento melhora com a utilização da tecnologia CAMEL (Customised Application for Mobile network Enhanced Logic), incluindo através da possibilidade de «call-back». Tudo isto é ilustrado pela actual disponibilidade de serviços de 2G em diferentes localizações prestados aos utilizadores da O2 Germany em itinerância na rede da T-Mobile, de uma forma superior àquilo de que dispõem os utilizadores da T-Mobile na mesma rede. Quanto aos serviços a retalho de 3G, o controlo dos serviços disponibilizados aos utilizadores finais em itinerância aumentará, visto que, relativamente a todas as transferências de dados, os utilizadores estarão ligados à rede de dados em pacote através da sua rede local.

- (140) Acresce que a responsabilidade pela tarifação e pela facturação continua a ser do operador local. Embora os dados relativos a esta matéria sejam fornecidos pelo operador de acolhimento ao operador local, não há qualquer relação directa entre as condições comerciais de oferta de itinerância por grosso e os serviços a retalho específicos com base nesta oferta. Um exemplo é a facturação de tipo «click-based» oferecida pela O2 Germany pelos seus serviços de 2,5G, mas não pela T-Mobile.
- (141) Os custos por grosso da itinerância de 3G são apenas custos de transporte, ainda que significativos, para além dos custos de conteúdo que se lhe vêm juntar, esperando-se que, relativamente aos serviços de dados de 3G de conteúdos ricos o aumento seja significativo quando comparado com os custos de transporte ao longo do tempo. No que respeita à rede de base, os custos dos operadores variam consoante a sua opção de fornecedores de equipamento, modo de transmissão dentro da rede de base (por exemplo, com base em linhas alugadas fixas ou numa rede de ondas micro sem fios), relação entre o número de utilizadores e a capacidade disponível, custos de exploração e operações e manutenção. Finalmente, considerando a existência de uma margem entre as taxas por grosso aplicáveis e a previsão das taxas a retalho, e considerando que a maior parte do tráfego não será em itinerância, é provável que se mantenha um grau significativo de diferenciação de preços.
- (142) Consequentemente, a eliminação da concorrência dos MVNO com base na revenda da capacidade de itinerância para serviços vocais pelas partes é substancialmente compensada pelos efeitos pró-concorrenciais globais do acordo notificado, mantendo-se possível uma concorrência efectiva entre as partes. Posto isto, não é eliminada a concorrência, na sequência do acordo, relativamente a uma parte substancial de qualquer dos mercados identificados.

8.3.4. Conclusão

A Comissão conclui que são observadas todas as condições para uma isenção individual de acordo com o disposto no n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE e no n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE relativamente às restrições da concorrência relacionadas com o acordo sobre itinerância nacional por grosso de 3G entre as partes e à restrição de revenda da capacidade de itinerância aos MVNO.

8.4. Duração da isenção

- (143) Nos termos do artigo 8.º do Regulamento n.º 17 e do Protocolo 21 do Acordo EEE respectivamente, a Comissão elaborará uma decisão em conformidade com o n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE e do n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE, relativa a um período específico, que pode ser sujeita a condições e/ou obrigações.

- (144) Considerando que os mercados afectados pelas restrições do acordo são mercados emergentes, os efeitos prováveis das restrições não podem ser apreciados por um período que exceda substancialmente cinco anos, ou seja, em qualquer dos casos, nunca além de 31 de Dezembro de 2008. Em conformidade com o artigo 6.º do Regulamento n.º 17, qualquer decisão nos termos do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE não pode entrar em vigor numa data anterior à da notificação. Consequentemente, a isenção terá efeitos a partir de 6 de Fevereiro de 2002. A duração da isenção para cada uma das partes é justificada seguidamente (considerando 145 e seguintes).

Itinerância da O2 Germany na rede da T-Mobile dentro da área de cobertura de 50 %

- (145) A obrigação de cobertura de 50 % da população diz respeito a áreas urbanas com o maior potencial para concorrência em matéria de infra-estruturas. Posto isto, a isenção relativa à itinerância nesta área só pode ser justificada para o período de tempo em que a cooperação contribui para promover a concorrência durante a fase inicial de implantação da rede e para promover o lançamento comercial e a adopção inicial de serviços a retalho de 3G.
- (146) Para garantir que os incentivos da O2 Germany no sentido de construir a sua própria rede de elevada qualidade sejam mantidos, a duração da isenção baseia-se numa retirada progressiva da itinerância dentro da área de cobertura de 50 % da população, de acordo com um calendário fixado. Tal calendário aplica-se às áreas 1, 2 e 3, tal como definido na secção 4.3.1. Esta retirada progressiva terá início em 31 de Dezembro de 2005 na área 1, que abrange as principais áreas urbanas, correspondentes a cerca de [(*)] da população alemã. Segue-se-lhe a itinerância na área 2, até 31 de Dezembro de 2007, que corresponde a cerca de [(*)] da população alemã e, até 31 de Dezembro de 2008, na área 3, o que corresponde aproximadamente a [(*)] da população alemã. As cidades e as regiões nas áreas 2 e 3 abrangem áreas urbanas mais pequenas de importância comercial secundária. No que respeita às áreas subterrâneas, a O2 Germany pode continuar a itinerância até 31 de Dezembro de 2008. Exceptuando alterações significativa não previstos do ambiente comercial e regulamentar, a justificação económica para a aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE/n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE à itinerância na área de cobertura de 50 % da população após esta data deixará de se aplicar a partir de 31 de Dezembro de 2008.

- (147) Após as datas especificadas na secção 4.3.1 e na sequência da comunicação enviada às partes, a Comissão revelará, de uma forma adequada, as listas de cidades e regiões das áreas 1, 2 e 3.

*Itinerância recíproca fora da área de cobertura dos 50 %**Artigo 2.º*

- (148) Considerando que a área para além da que está sujeita à obrigação regulamentar de cobertura de 50 % da população abrange áreas menos densamente povoadas e menos atraentes comercialmente da Alemanha, pode justificar-se uma isenção à itinerância nesta área por um período mais longo, em especial considerando que as partes ultrapassam as suas obrigações regulamentares de cobertura de parte das zonas mais afastadas, zonas rurais e comercialmente menos atraentes da Alemanha.
- (149) Todavia, no acordo, os mercados afectados pelas restrições são mercados emergentes e, consequentemente, os efeitos prováveis dessa restrições não podem ser avaliados durante um período que exceda substancialmente cinco anos. Por conseguinte, a Comissão considera adequado conceder uma isenção até 31 de Dezembro de 2008. Tal facto não exclui que a situação comercial e regulamentar que prevaleça no final desse período possa revestir moldes que impliquem que o n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE/n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE continue a aplicar-se à itinerância em partes da área para além da sujeita à obrigação regulamentar de cobertura de 50 % da população.

Restrições à revenda aos «MVNO de voz»

- (150) As restrições à revenda aos «MVNO de voz» estão intimamente relacionadas com o fornecimento de itinerância, visto que, sem as disposições de itinerância, as restrições à revenda não teriam qualquer objectivo e sem as restrições à revenda a venda de direitos de itinerância não teria sido objecto de acordo entre as partes. Para preservar a lógica das restrições à revenda e o equilíbrio comercial entre as partes, em conformidade com o estabelecido no acordo, este paralelismo deverá ser mantido no que respeita à duração da isenção. Consequentemente, a Comissão considera adequado conceder uma isenção à restrição de revenda aos «MVNO de voz» até 31 de Dezembro de 2008.
- (151) A presente decisão não prejudica a aplicação do artigo 82.º do Tratado CE e do artigo 54.º do Acordo EEE.

ADOPTOU A PRESENTE DECISÃO

Artigo 1.º

Com base nos factos de que tem conhecimento, a Comissão não tem motivos para agir em conformidade com o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE ou do n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE relativamente às disposições do acordo de 20 de Setembro de 2001 e dos seus acordos suplementares de 20 de Setembro de 2002, de 22 de Janeiro de 2003 e de 21 de Maio de 2003, os quais se referem à partilha (alargada) de sítios entre a T-Mobile e a O2 Germany, no que respeita à troca das informações necessárias para a partilha de sítios e no que respeita às restrições do acordo relativamente à revenda de itinerância nacional a outros operadores de rede licenciados.

Nos termos do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE e do n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE e sem prejuízo dos artigos 3.º e 4.º da presente decisão, o disposto no n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e no n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE é declarado inaplicável ao fornecimento de itinerância nacional de 3G pela T-Mobile à O2 Germany, dentro da área sujeita à obrigação regulamentar de cobertura de 50 % da população, até 31 de Dezembro de 2005, e durante os períodos seguintes:

- De 6 de Fevereiro de 2002 até 31 de Dezembro de 2005, relativamente às cidades mencionadas na área 1⁽⁶¹⁾, excepto nas áreas subterrâneas;
- A partir de 6 de Fevereiro de 2002 e até 31 de Dezembro de 2007, relativamente às regiões na lista da área 2⁽⁶²⁾, excepto nas áreas subterrâneas;
- A partir de 6 de Fevereiro de 2002 e até 31 de Dezembro de 2008, relativamente às regiões da área 3⁽⁶³⁾ e em áreas subterrâneas das cidades e regiões incluídas nas áreas 1, 2 e 3.

Por «áreas subterrâneas» entende-se qualquer área dentro das cidades e regiões incluídas nas áreas 1, 2 e 3 que constituam parte de um sistema de transportes públicos subterrâneos (incluindo caminhos-de-ferro e metro), centros comerciais subterrâneos, parques de estacionamento subterrâneos, túneis para veículos e peões e quaisquer outras áreas subterrâneas equivalentes, bem como as áreas imediatamente adjacentes (ao nível do solo), mas apenas na medida em que as áreas subterrâneas e as áreas ao nível do solo não possam ser tecnicamente separadas para fins de itinerância.

Artigo 3.º

Nos termos do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE do n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE, o disposto no n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e no n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE é declarado inaplicável a partir de 6 de Fevereiro de 2002 e até 31 de Dezembro de 2008, ao seguinte:

- Fornecimento de itinerância nacional de 3G entre a T-Mobile e a O2 Germany fora da área abrangida pela obrigação regulamentar de cobertura de 50 % da população, até 31 de Dezembro de 2005, tal como definido no capítulo 3 do acordo (secções 5 a 11);

⁽⁶¹⁾ A área 1 inclui [as grandes zonas urbanas (*)] que abrangem aproximadamente [(*)] da população alemã, onde a O2 Germany se compromete a não efectuar itinerância e a T-Mobile se compromete a impedi-la, a partir de 31 de Dezembro de 2005. A área 1 inclui: [(*)].

⁽⁶²⁾ A área 2 inclui [as pequenas zonas urbanas] [de interesse comercial secundário (*)] abrangidas aproximadamente por [(*)] da população alemã, onde a O2 Germany se compromete a não efectuar itinerância e a T-Mobile se compromete a impedi-la, a partir de 31 de Dezembro de 2007. A área 2 inclui: [(*)].

⁽⁶³⁾ A área 3 inclui [as pequenas zonas urbanas] [de pequeno interesse comercial (*)] que abrangem aproximadamente os restantes [(*)] da população alemã, onde a O2 Germany se compromete a não efectuar itinerância e a T-Mobile se compromete a impedi-la, a partir de 31 de Dezembro de 2008. A área 3 inclui: [(*)].

b) Restrições à revenda de direitos de itinerância nacional de 3G aos MVNO nas cláusulas 11.1.b e 11.1.c do acordo.

Artigo 4.º

São destinatários da presente decisão:

T-Mobile Deutschland
Landgrabenweg 151
D-53227 Bonn

e

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

Feito em Bruxelas, em 16 de Julho de 2003.

Pela Comissão

Mario MONTI

Membro da Comissão

DECISÃO DA COMISSÃO**de 16 de Outubro de 2003****relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE
(Processos COMP D3/35470 — ARA, COMP D3/35473 — ARGEV, ARO)***[notificada com o número C(2003) 3703]***(Apenas faz fé o texto em língua alemã)****(Texto relevante para efeitos do EEE)**

(2004/208/CE)

A COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia,

Tendo em conta o Acordo sobre o Espaço Económico Europeu,

Tendo em conta o Acto de adesão da Áustria, da Finlândia e da Suécia,

Tendo em conta o Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado⁽¹⁾, com a última redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003⁽²⁾, e, nomeadamente, os seus artigos 2.º, 6.º e 8.º,

Tendo em conta o pedido de certificado negativo e o pedido de isenção a favor dos acordos concluídos pelas empresas Altstoff Recycling Austria AG (ARA) e ARGEV Verpackungsverwertungs-GesmbH (ARGEV) em 30 de Junho de 1994, bem como pelas empresas ARA, ARGEV e Altpapier-Recycling-Organisations GmbH em 31 de Agosto de 2001 que estão na origem do sistema ARA,

Tendo em conta a denúncia apresentada pelas empresas Folien-Rücknahme-Service GmbH & Co. KG e Raiffeisen Umweltgesellschaft mbH em 8 de Maio de 1996, que refere infracções aos artigos 81.º e 82.º do Tratado e convida a Comissão a pôr termo às referidas infracções; esta denúncia foi retomada e completada pela EVA Erfassen und Verwerten von Altstoffen GmbH em 27 de Abril de 2000,

Tendo em conta a decisão da Comissão de 24 de Julho de 2002 de dar início a um processo relativamente a este caso,

Tendo sido dada a a oportunidade a todos terceiros implicados de se pronunciarem nos termos do n.º 3 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17⁽³⁾,

Após consulta ao Comité Consultivo em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas e de posições dominantes,

Tendo em conta o relatório final do auditor no presente processo⁽⁴⁾,

Considerando o seguinte:

I. INTRODUÇÃO

- (1) Em 30 de Junho de 1994, a Altstoff Recycling Austria AG (a seguir designada por «ARA») e a ARGEV Verpackungsverwertungs-GesmbH (a seguir designada por «ARGEV»), ambas com sede em Viena de Áustria, notificaram alguns acordos ao órgão de fiscalização da EFTA, tendo apresentado um pedido de certificado negativo ou, se fosse caso disso, uma decisão de isenção por categoria.
- (2) Por carta de 21 de Março de 1995, a EFTA transferiu para a Comissão a competência para o exame dos acordos notificados.
- (3) A ARA organiza na Áustria à escala nacional, um sistema de recolha e de reciclagem de embalagens que visa cumprir o disposto no decreto do ministro austríaco para o ambiente, a juventude e a família relativo à prevenção e à reciclagem de resíduos de embalagens e de determinados resíduos de produtos e à implementação de sistemas de recolha e de reciclagem⁽⁵⁾ (a seguir denominado «decreto das embalagens»). Para o efeito, a ARA celebra contratos de gestão de resíduos com as chamadas «empresas de reciclagem sectorial» (a seguir designadas por «ERS»), conferindo-lhes assim a responsabilidade de organizar pela organização das actividades de recolha, triagem, transporte e reciclagem de embalagens. Cada uma das ERS, que integram a ARGEV, é responsável por determinados materiais de embalagem ou de determinadas categorias de materiais de embalagem. Estas concluem, por sua vez, contratos com empresas ou autoridades locais que procedem efectivamente à recolha, triagem, transporte e reciclagem das embalagens. Em conjunto, a ARA e as ERS formam o sistema ARA.

⁽¹⁾ JO L 13 de 21.2.1962, p. 204/62.⁽²⁾ JO L 1 de 4.1.2003, p. 1.⁽³⁾ JO C 252 de 19.10.2002, p. 2.⁽⁴⁾ JO C 64 de 12.3.2004.⁽⁵⁾ BGBl. n.º 648/1996.

- (4) Por carta de 28 de Agosto de 2001, a ARA notificou novos acordos à Comissão com o intuito de obter um certificado negativo ou, se fosse caso disso, uma decisão de isenção por categoria. A ARA e a ARGEV solicitaram ainda que os seus processos de notificação fossem apensos. Simultaneamente, a Altpapier-Recycling-Organisations GmbH (a seguir designada por «ARO») comunicou que aderira à notificação enquanto parte notificante.
- (5) Esta notificação diz respeito a todos os acordos em que assenta o funcionamento do sistema ARA.
- (6) Em 8 de Maio de 1996, a FRS Folien-Rücknahme-Service GmbH Co. KG e a Raiffeisen Umweltgesellschaft mbH apresentaram uma denúncia à Comissão (COMP/A.36011/D3) relativamente ao projecto de constituição de uma empresa comum para a criação de um sistema de recolha e reciclagem de embalagens. No entanto, posteriormente, as autoras iniciais da denúncia não deram seguimento ao processo por terem abandonado a sua intenção conjunta de participar na criação desse sistema. Por carta de 27 de Abril de 2000, a EVA Erfassen und Verwerten von Altstoffen GmbH, com sede em Viena (a seguir denominada «EVA»), e que é a empresa comum entretanto criada, retomou e completou a denúncia contra as empresas do sistema ARA, invocando os mesmos aspectos já referidos pelas anteriores autoras. A EVA é entretanto uma filial a 100 % da INTERSEROH Aktiengesellschaft zur Verwertung von Sekundärrohstoffen, com sede em Colónia.
- (7) Além disso, a Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte (Câmara federal dos operários e empregados de escritório) apresentou uma denúncia ao órgão de fiscalização da EFTA em 24 de Março de 1994 e, após transferência do processo para a Comissão, transmitiu por carta de 19 de Fevereiro de 1996, à Comissão, Direcção-Geral da Concorrência, as suas observações sobre o sistema ARA, observações essas que foram completadas posteriormente por carta de 22 de Março de 2002.

II. AS PARTES

- (8) O sistema ARA cobre toda a Áustria e destina-se à recolha e reciclagem dos materiais de embalagem e embalagens (à excepção dos materiais de embalagem biogénicos) gerados pelos consumidores privados (sector doméstico) e pelas empresas de comércio e indústria (sector empresarial) na medida em que estejam abrangidos pelas disposições do decreto das embalagens. O sistema foi instituído na Áustria por iniciativa da indústria, com o objectivo de aplicar o referido decreto. Não tem fins lucrativos e engloba a ARA além de oito ERS independentes.

- (9) A ARA organiza e coordena, em conjunto com as ERS, a recolha, a triagem e a reciclagem das embalagens de transporte e de venda na Áustria. Presta assim serviços a todas as empresas austríacas e estrangeiras directamente abrangidas pelo decreto das embalagens.

1. A ARA

- (10) A ARA é uma sociedade anónima de capitais privados constituída em 1993. A proprietária e única accionista da ARA é a associação Altstoff Recycling Austria Verein (a seguir designada por «associação ARA»). Podem aderir à associação ARA todas as empresas directamente abrangidas pelas disposições do decreto das embalagens, bem como as associações dessas empresas. Trata-se de empresas do sector da indústria das embalagens, do engarrafamento e do empacotamento, bem como de empresas ligadas ao sector do comércio. Para evitar eventuais conflitos de interesses, não é permitida a adesão de empresas dos sectores da gestão e reciclagem de resíduos. A associação ARA é composta por três grémios que correspondem às actividades das empresas abrangidas pelo decreto, designadamente, empresas de engarrafamento/empacotamento/importação, comércio e indústria das embalagens. Os grémios estão representados equitativamente no conselho de administração da associação que é, simultaneamente, o conselho fiscal da ARA. Actualmente, a associação ARA conta com cerca de 240 membros.

2. As ERS

- (11) A ARA não assume directamente a recolha e a reciclagem das embalagens usadas, recorrendo para tal às ERS com as quais celebrou os chamados «contratos de gestão de resíduos». Com base nesses contratos, as ERS assumem a recolha, a triagem e/ou a reciclagem dos resíduos de embalagens nos termos do decreto.
- (12) As seguintes empresas do sistema ARA são consideradas pelo ministério federal austríaco competente como «operadores do sistema», nos termos do n.º 11 do artigo 45.º ou do artigo 7.º a) da lei austríaca relativa à gestão dos resíduos⁽⁶⁾ (a seguir denominada AWG): a ARGEV, para as embalagens de metal (metais ferrosos, alumínio) e para as chamadas embalagens leves (de madeira, cerâmica, matérias plásticas, materiais compostos, fibras têxteis), a Österreichischer Kunststoff Kreislauf AG («ÖKK»), para as embalagens de plástico e de fibras têxteis, a ARO, para as embalagens de papel, cartão e cartão canelado e a Austria Glas Recycling GmbH («AGR»), para as embalagens de vidro.
- (13) Por decisão tomada nos termos do artigo 7.º e) da AWG, o ministério federal austríaco competente verificou que existe relativamente às empresas ARO, ÖKK, ARGEV e AGR, bem como à Öko-Box Sammel GmbH, que coopera com o sistema ARA, um monopólio ou uma situação de carácter monopolista.

⁽⁶⁾ BGBl. n.º 102/2002.

- (14) A exploração do sistema de recolha e de reciclagem permite aos aderentes do sistema ARA beneficiar da «dispensa» prevista no n.º 5 do artigo 3.º do decreto das embalagens relativamente às embalagens sob contrato. Os direitos dos aderentes do sistema ARA face às ERS são assumidos pela ARA enquanto mandatária.
- (15) As ERS também não exercem directamente as suas funções de recolha e de reciclagem, celebrando antes contratos com empresas privadas (os chamados «parceiros regionais») para todas as regiões da Áustria, ou seja, para as áreas distritais, às quais compete então efectivamente a gestão dos resíduos. Os parceiros regionais podem, por sua vez, subcontratar outras empresas para o cumprimento das suas obrigações. Pontualmente, sobretudo nos grandes centros urbanos, as autarquias assumem igualmente o estatuto de parceiros regionais. As seguintes empresas são consideradas ERS:
- ARGEV *Arbeitsgemeinschaft Verpackungsverwertungs-GesmbH*,
- ÖKK *Österreichischer Kunststoff Kreislauf AG (ÖKK)*,
- Aluminium-Recycling GmbH (ALUREC),
- Arbeitsgemeinschaft Verbundmaterialien GmbH (AVM),
- Verein für Holzpackmittel (VHP),
- Ferropack Recycling GmbH (FERROPACK),
- Altpapier-Recycling-Organisations-gesellschaft mbH,
- Austria Glas Recycling GmbH (AGR).
- ARGEV Arbeitsgemeinschaft Verpackungsverwertungs-GesmbH*
- (16) A ARGEV é responsável pela recolha, triagem e acondicionamento de embalagens de plástico, metal, madeira, fibras têxteis, cerâmica e materiais compósitos. Os accionistas da ARGEV são a ARA (com uma participação de 11 %) e a associação ARGEV. A associação ARGEV reúne cerca de 110 aderentes de quatro grupos de categorias (fabricantes/importadores, comércio, indústria das embalagens/ERS, entidades gestoras/empresas de reciclagem). As entidades gestoras não dispõem de direito de voto nos órgãos associativos (conselho de administração, assembleia geral).
- (17) A ARGEV tem três sistemas de recolha: embalagens leves do sector doméstico, embalagens de metal do sector doméstico e embalagens leves e de metal do sector empresarial.
- (18) Em 2000, 57 parceiros regionais (empresas de gestão de resíduos, empresas municipais e cooperativas) exploravam os sistemas de recolha por incumbência da ARGEV. A prestação de serviços envolveu 144 empresas privadas e municipais de gestão de resíduos incumbidas da recolha, bem como 47 estações de triagem e empresas de trituração. Em 2002, o número de parceiros regionais passou para 64.
- (19) A ARGEV celebrou contratos de cooperação com as seguintes ERS responsáveis pela reciclagem.
- ÖKK Österreichischer Kunststoff Kreislauf AG (ÖKK)*
- (20) A ÖKK é responsável pela reciclagem de embalagens à base de plástico e de fibras têxteis. A ARA detém 11 % das acções da ÖKK. Os restantes 89 % das acções são detidos pela associação *Österreichischer Kunststoffkreislauf*. Em 31 de Dezembro de 2000, a associação contava com 51 membros. Os sócios estão divididos em vários grêmios de fabricantes e de distribuidores de plásticos, fabricantes e distribuidores de produtos de plástico, consumidores de embalagens de plástico, parceiros do sistema (mais concretamente, a ARGEV), organizações e empresas da indústria de reciclagem de plásticos, bem como organizações e empresas de gestão de resíduos. Para evitar conflitos de interesses, as organizações e as empresas da indústria de reciclagem de plásticos e da gestão de resíduos (algumas das quais têm relações comerciais com a ÖKK) não têm direito de voto no comité executivo, não lhes sendo permitido participar nas reuniões em que são tratados actos jurídicos entre sócios e a ÖKK.
- (21) A ÖKK contratou empresas de reciclagem e empresas de transporte para prestarem serviços de reciclagem. Em 2001, existiam na Áustria 16 empresas de reciclagem de plásticos previamente sujeitos a triagem e oito empresas de reciclagem de plásticos mistos.
- Aluminium-Recycling GmbH (ALUREC)*
- (22) A Aluminium-Recycling GmbH (ALUREC) é responsável pela reciclagem das embalagens de alumínio recolhidas pela ARGEV. Os accionistas da ALUREC são os produtores de alumínio *Austria Metall AG («AMAG»)* e *Salzburger Aluminium AG («SAG»)*. Os restantes accionistas são fabricantes de embalagens.
- (23) As embalagens de alumínio são recicladas nas duas únicas empresas de reciclagem desta fracção de material que existem na Áustria, a AMAG e a SAG. As receitas do alumínio são renegociadas anualmente, estando indexadas à cotação do alumínio na Bolsa de Metais de Londres.
- Arbeitsgemeinschaft Verbundmaterialien GmbH (AVM)*
- (24) A *Arbeitsgemeinschaft Verbundmaterialien GmbH (AVM)* é responsável pela reciclagem de embalagens à base de materiais compósitos, à excepção dos pacotes para bebidas em cartão compósito do tipo «Tetra Pak». A ARO e a ÖKK são accionistas em partes iguais. A organização da reciclagem dos materiais cabe à AVM em estreita cooperação com a ÖKK.

Verein für Holzpackmittel (VHP)

- (25) A Verein für Holzpackmittel (VHP) é responsável pela reciclagem e, em parte, pela recolha das embalagens de madeira. Actualmente, conta com 16 membros, todos eles fabricantes e comerciantes austríacos de embalagens de madeira.

Ferropack Recycling GmbH (FERROPACK)

- (26) A Ferropack Recycling GmbH (FERROPACK) é responsável pela reciclagem das embalagens de metais ferrosos, ou seja, de folha-de-flandres e de aço, recolhidas pela ARGEV. A associação Verein für Metallrecycling Ferro-Pack é o único accionista da FERROPACK. Actualmente, são membros da associação os seis fabricantes austríacos de embalagens de folha-de-flandres e de aço.

Altpapier-Recycling-Organisations-gesellschaft mbH

- (27) A ARO é responsável pela recolha e reciclagem de embalagens de papel, cartão simples e canelado (a chamada fracção de material «PPK»). A ARA detém 11 % do capital da ARO. As restantes participações sociais são detidas por empresas produtoras de papel (cerca de 28 %), por empresas de reciclagem que utilizam o método de destintagem (27 %) e pela indústria transformadora do papel (cerca de 34 %). Os 17 accionistas da ARO participam no seu capital com menos de 17 %.
- (28) A ARO concluiu, para todo o território austríaco, acordos com 538 autoridades locais para a recolha das embalagens procedentes do sector doméstico e com 79 empresas de gestão de resíduos acordos para a prestação de todos os serviços relacionados com a recolha de embalagens provenientes do sector empresarial.

Austria Glas Recycling GmbH (AGR)

- (29) A Austria Glas Recycling GmbH (AGR) é responsável pela recolha e reciclagem de embalagens de vidro. A ARA detém 11 % do capital da AGR e os restantes 89 % são detidos, em partes iguais, pelos dois produtores de vidro austríacos, a Vetropack Austria GmbH e a Stözlze Oberglas GmbH.
- (30) O sistema de recolha nacional da AGR privilegia o depósito em ecopontos colocados em locais centrais. A AGR trabalha em estreita cooperação com as autarquias e com mais de 30 empresas privadas de gestão de resíduos.

III. ENQUADRAMENTO LEGAL

- (31) Em 1 de Dezembro de 1996, entrou em vigor na Áustria o decreto das embalagens. Este decreto assenta na AWG e tem por objectivo a transposição da Directiva 94/62/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de

Dezembro de 1994, relativa a embalagens e resíduos de embalagens (7). Trata-se, na verdade, de uma versão revista do primeiro decreto que entrou em vigor em Outubro de 1993 (8).

- (32) O decreto das embalagens tem por objectivo prevenir e reduzir o impacto dos resíduos e das embalagens a nível no ambiente. Ao abrigo do n.º 1 do artigo 1.º, o decreto é aplicável aos fabricantes, importadores, embaladores, distribuidores e consumidores finais. Ao abrigo do seu artigo 3.º, os fabricantes, importadores, embaladores e distribuidores de embalagens de transporte e de venda são obrigados a retomar gratuitamente, depois de usadas, as embalagens que colocaram no mercado e, se for caso disso, a entregá-las a uma entidade a montante com obrigações de retoma, ou a providenciar a sua reutilização ou reciclagem aplicando as tecnologias mais avançadas.
- (33) Ao abrigo do artigo 12.º do decreto das embalagens, também os fabricantes, importadores, embaladores e distribuidores de embalagens secundárias são obrigados a retomar gratuitamente, depois de usadas, as embalagens que colocaram no mercado e relativamente às quais não são os utilizadores finais e, se for caso disso, a entregá-las a uma outra entidade a montante com obrigações de retoma, ou a providenciar a sua reutilização ou reciclagem aplicando as tecnologias mais avançadas. Para cumpri-las suas obrigações, a entidade obrigada por lei pode recorrer aos serviços de terceiros. Estas obrigações abrangem tanto os distribuidores finais como os fabricantes e importadores nacionais, passando por todos os níveis da cadeia de distribuição. Quando da aquisição do produto embalado, o consumidor final pode deixar as embalagens secundárias no ponto de venda ou na sua proximidade. Se o consumidor final não deixar a embalagem secundária no ponto de venda, serão aplicáveis as normas relativas às embalagens de venda.
- (34) Os fabricantes, importadores, embaladores e distribuidores são obrigados, nos termos do n.º 3 do artigo 3.º do decreto das embalagens, a retomar gratuitamente, nas imediações do ponto de venda, as embalagens de venda usadas pelos consumidores finais. Esta obrigação limita-se às embalagens de tipo, forma e tamanho idênticos às das mercadorias e produtos existentes no mercado.
- (35) Os proprietários de estabelecimentos comerciais com um afluxo de determinadas quantidades mínimas de embalagens podem solicitar a inscrição num registo de locais de grande afluxo, requerendo o respectivo estatuto, o que os obriga a garantir a reutilização e reciclagem das embalagens a nível interno (artigo 8.º do decreto das embalagens).

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

(8) BGBl n.º 645/1992.

- (36) Ao abrigo do n.º 5 do artigo 3.º do decreto das embalagens, na medida em que os fabricantes, importadores e embaladores participam num sistema de recolha e de reciclagem, as obrigações de retoma e reciclagem de embalagens de transporte e de venda são transferidas para o operador do sistema, inclusivamente no que se refere aos níveis a montante e a jusante da cadeia de distribuição. O mesmo é aplicável, nos termos do artigo 4.º do mesmo decreto, aos distribuidores que também entregam embalagens de transporte e de venda aos consumidores finais (distribuidores finais). Neste contexto, fala-se de uma «dispensa» aplicada aos fabricantes, importadores e embaladores pelo operador do sistema.
- (37) Nos termos do artigo 11.º do decreto das embalagens, este tipo de sistema de recolha e reciclagem das embalagens de transporte e de venda visa garantir a recolha e a reciclagem dos materiais de embalagem, relativamente aos quais foram celebrados contratos com as entidades legalmente obrigadas.
- (38) Não existe, em princípio, qualquer obrigação legal de adesão a um sistema deste tipo (ver todavia, considerando 43). As empresas não aderentes continuam sujeitas à obrigação individual de retoma. Contudo, os responsáveis pelos sistemas de recolha e de reciclagem são obrigados a celebrar contratos no âmbito da sua área de competência com qualquer entidade legalmente obrigada, desde que esta o solicite e a situação o justifique. A área de competência dos sistemas de recolha e de reciclagem abrange as embalagens usadas produzidas pelos sectores doméstico e empresarial. Não existe obrigatoriedade de marcação separada das embalagens integradas nos sistemas de recolha e de reciclagem.
- (39) Nos termos do n.º 1 do artigo 29.º da AWG, a criação ou modificação substancial dos sistemas de recolha e de reciclagem carecem da autorização do ministro federal competente que é responsável subsequentemente pelo controlo dos sistemas (artigo 31.º da referida lei). O ministro é assistido nas suas funções por um grupo de peritos (artigo 34.º da AWG) e por um comité consultivo (artigo 35.º da AWG). Os sistemas para resíduos dos sectores doméstico e empresarial estão em parte sujeitos a diferentes disposições legais.
- (40) O artigo 32.º da AWG contém determinadas obrigações aplicáveis a sistemas de recolha e reciclagem de resíduos domésticos. Estes sistemas deverão tentar atingir uma quota de adesão o mais elevada possível (n.º 1 do artigo 32.º da referida lei) e celebrar contratos com as empresas sujeitas às disposições do decreto das embalagens, na medida em que essas empresas o desejem e tal se justifique em termos objectivos (n.º 2 do artigo 32.º da lei relativa à gestão dos resíduos), estando sujeitos a obrigações especiais de apresentação de relatórios (n.º 4 do artigo 32.º da AWG). Nos termos do artigo 35.º da AWG a supervisão e o controlo das autoridades estatais são mais estritos face a estes sistemas do que aos sistemas que apenas oferecem serviços de recolha e de reciclagem de resíduos do sector empresarial.
- (41) O n.º 3 do artigo 32.º da AWG trata de sistemas de recolha e reciclagem de resíduos domésticos, cujas actividades abrangem não só os resíduos domésticos mas também os resíduos do sector empresarial. Neste caso, não podem beneficiar de subvenções cruzadas a favor do sector empresarial. Uma separação estrutural e contabilística adequada dos diferentes sectores de actividade deve garantir a transparência dos fluxos financeiros e dos fluxos de serviços entre estes diferentes sectores.
- (42) Tanto as entidades legalmente obrigadas à retoma não aderentes como as entidades que operam sistemas de recolha e de reciclagem são obrigadas a atingir determinadas quotas de recolha e de reciclagem. Ao abrigo do n.º 7 do artigo 11.º do decreto das embalagens, no interesse da protecção do ambiente e sempre que seja economicamente viável, a decisão que autoriza a exploração de sistemas de recolha e de reciclagem deverá fixar quotas específicas de recolha e de reciclagem. Nos termos do n.º 6 do artigo 3.º do mesmo decreto, existe relativamente à retoma e à reciclagem das embalagens para os fabricantes, importadores e embaladores (n.º 4 do artigo 3.º), bem como para os distribuidores finais na acepção do n.º 4 do decreto e para todos os níveis de distribuição a jusante, relativamente às embalagens que não estão integradas num sistema de recolha e de reciclagem ou que não beneficiam de uma isenção nos termos do artigo 7.º do mesmo decreto, a obrigação de prova do cumprimento de quotas específicas de retoma e de reciclagem.
- (43) Nos termos do n.º 9 do artigo 3.º do decreto das embalagens torna-se obrigatório aderir a um sistema de recolha e de reciclagem quando não são apresentadas provas do cumprimento das obrigações de retoma referidas no n.º 6 do artigo 3.º do referido decreto.
- (44) Na sequência do pedido de informações da Comissão, as autoridades austríacas esclareceram, nas suas observações de 15 de Janeiro de 2003, que é possível, ao abrigo da Lei AWG, do decreto das embalagens e dos respectivos despachos, autorizar outros sistemas além dos sistemas actualmente existentes de recolha e reciclagem de resíduos de embalagens do sector doméstico.
- (45) Nos termos dos instrumentos legais acima referidos, é igualmente possível, para fins de recolha de resíduos de embalagens, a utilização conjunta, por parte dos concorrentes do sistema ARA, dos contentores de recolha (ecopontos) existentes. Com efeito, por motivos de falta de espaço e de protecção da arquitectura urbana e paisagística, não é possível a colocação de ecopontos adicionais junto dos consumidores finais por parte dos concorrentes do sistema ARA.

- (46) Contudo, as autoridades austríacas são da opinião que cada sistema de recolha e reciclagem de resíduos deverá demonstrar que recolhe e recicla os resíduos das embalagens. Daí que seja necessário, após a recolha em contentores comuns, proceder a uma triagem das embalagens de acordo com o respectivo sistema.

IV. OS ACORDOS NOTIFICADOS

- (47) As empresas ARA, ARGEV e ARO notificaram os seguintes acordos:

- acordos de dispensa e licenciamento celebrados entre a ARA e as empresas abrangidas pelo decreto das embalagens (sem tabela tarifária),
- contrato de gestão de resíduos celebrado entre a ARA e a ARGEV, que serviu de modelo ao contrato celebrado entre a ARA e as seguintes ERS enunciadas na lista apensa à notificação: ARGEV, AVM, ARO, AGR, ALUREC, Verein für Holzpackmittel, Ferropack, ÖKK,
- contrato de gestão e/ou de cooperação entre a ARGEV e a ÖKK, bem como entre a ARGEV e a ALUREC que serviu de modelo aos contratos celebrados entre a ARGEV e as empresas ÖKK, ALUREC, FERROPACK e VHP, e
- contratos celebrados entre a ARGEV e a ARO com os respectivos parceiros regionais.

1. Acordos de dispensa e licenciamento

- (48) A adesão ao sistema ARA processa-se através da celebração de um acordo de dispensa e licenciamento, através do qual a empresa contratante transfere para o sistema ARA a sua obrigação decorrente do decreto das embalagens contra o pagamento de uma contrapartida financeira, ficando assim «dispensada» dessa obrigação. Existem dois contratos-tipo:
- acordo de dispensa e licenciamento para a gestão de resíduos de embalagens de transporte, de venda e embalagens grupadas (ELV), e
 - acordo de dispensa e licenciamento para a gestão de resíduos de embalagens de serviço.
- (49) Os parceiros do sistema ARA que pagam uma contrapartida financeira anual reduzida podem celebrar um «acordo adicional para pequenas quantidades de embalagens». As empresas que têm a sua sede social nos Estados-Membros podem tornar-se parceiros do sistema ARA através da celebração de um «acordo adicional para clientes estrangeiros da União Europeia».

1.1. Acordo de dispensa e licenciamento para a gestão de resíduos de embalagens de transporte e de venda, bem como de embalagens grupadas (ELV)

- (50) Nos termos do n.º 1 da secção I do ELV, a ARA assume o papel de mandatária dos parceiros e de defensora dos seus interesses face às ERS. Os parceiros concedem à ARA os poderes necessários para a ARA celebrar com as respectivas ERS contratos de gestão de resíduos nas condições mais vantajosas possíveis. Os contratos de gestão de resíduos obrigam as respectivas ERS a realizar, de forma eficiente e competente, em conformidade com o disposto no decreto das embalagens, os serviços de recolha e/ou reciclagem de todas as embalagens (consoante as ERS em causa) relativamente às quais existam garantias de recolha e/ou reciclagem. Os direitos do parceiro do sistema ARA perante as ERS são defendidos exclusivamente pela ARA, enquanto mandatária em seu próprio nome, mas também por conta e no interesse do parceiro. Os serviços prestados pelas ERS são requisitados pela ARA enquanto contratante das ERS, em nome próprio, mas também por conta e no interesse dos parceiros do sistema ARA.
- (51) Nos termos do ponto 2 da secção I, o parceiro é obrigado a aderir aos sistemas de recolha e de reciclagem do sistema ARA, durante toda a duração do contrato, relativamente a todas as embalagens abrangidas pelo actual decreto, relativamente às quais exista uma garantia de recolha e de reciclagem. Ficam excluídas apenas as embalagens, cuja gestão já tenha sido comprovadamente objecto de dispensa e de transferência para outro circuito económico, ou cuja recolha e reciclagem tenha sido comprovadamente assumida pelo próprio parceiro ou por pessoas devidamente autorizadas, sem intervenção directa ou indirecta do sistema ARA.
- (52) A ARA indicou que é suficiente apresentar um certificado de dispensa, emitido pelo operador dos sistemas autorizados de recolha e reciclagem em nome do parceiro do sistema nos termos do n.º 5 do artigo 3.º do decreto das embalagens, para comprovar que o parceiro aderiu a um sistema de dispensa paralelo que assume a responsabilidade pela gestão dos resíduos. Relativamente às embalagens recolhidas no quadro de um sistema individual, a ARA considera suficiente o envio de um certificado de retoma emitido pelo próprio operador do sistema individual (ponto 2 do n.º 6 do artigo 3.º do decreto das embalagens), para apresentação junto do Ministério do Ambiente.
- (53) Nos termos do ponto 4 da secção I, a ARA concede aos seus parceiros, durante toda a duração do contrato, o direito de utilizar o símbolo «Ponto verde», enquanto marca protegida da empresa alemã Duales System Deutschland AG (DSD), como prova da sua adesão aos sistemas de recolha e de reciclagem da ARA. Estando circunscrito ao território da Áustria, o direito de utilização da marca pode ser revogado pela ARA em qualquer momento, não sendo transmissível. A marcação das embalagens não deverá induzir em erro, nem prejudicar os interesses da marca. O parceiro do sistema ARA deve estar ciente de que a utilização da marca no estrangeiro depende da aprovação das respectivas autoridades competentes. O pagamento à ARA da contrapartida financeira pela adesão ao sistema não implica a autorização do sistema DSD ou de uma entidade estrangeira para utilizar a marca. Não é obrigatória a aposição da marca «Ponto verde» nas embalagens abrangidas pelo sistema ARA.

- (54) A secção II fixa a base de cálculo e a forma de pagamento da contrapartida financeira pela adesão ao sistema ARA. Nos termos do ponto 1, a contrapartida financeira prestada pelo parceiro é calculada em função das embalagens colocadas no mercado nacional (ver ponto 2 da secção I, ver considerando 51 *supra*). O parceiro do sistema ARA compromete-se a apurar o volume de embalagens sob contrato discriminadas por material de embalagem e a utilizar esses valores para o cálculo da contrapartida financeira. As contrapartidas financeiras são calculadas com base nas tarifas publicadas pela ARA que, de acordo com o ponto 5, poderão ser revistas e alteradas, no máximo, uma vez por ano, com um pré-aviso de três meses. No caso de haver alterações significativas a nível dos custos ou das bases de cálculo são possíveis ajustes excepcionais. Nos termos do n.º 10, a ARA envia ao parceiro o mais tardar até 1 de Março de cada ano, um balanço final em que discrimina, por material de embalagem, todas as embalagens notificadas pelo parceiro no ano anterior. O parceiro pode rectificar, com efeitos retroactivos, as suas notificações relativas ao ano precedente e requerer o respectivo acerto de contas. A ARA declarou a este respeito que o balanço anual permite ao parceiro rectificar *a posteriori* os valores notificados em função da situação real do sistema de gestão individual. Por seu lado, a ARA reserva-se o direito de apenas efectuar o acerto de contas, a nível da contrapartida financeira, contra a apresentação dos documentos justificativos da rectificação.
- (55) Segundo os elementos fornecidos pela ARA, o pagamento obrigatório exigido aos parceiros, referido na secção II, não foi concebido como contrapartida pela utilização da marca (ou seja, como contribuição pelo direito de utilizar o símbolo «Ponto verde» nas embalagens), mas antes como contrapartida pela dispensa conferida pelo sistema. Por conseguinte, o ponto 1 da secção II deve ser entendido como uma contrapartida aplicável apenas às embalagens que o parceiro integra no sistema com vista à dispensa das suas obrigações. Na prática, a aplicação deste princípio significa que os parceiros pagam à ARA, mensal ou trimestralmente, apenas as embalagens que, de acordo com o ponto 4 da secção II, não são abrangidas por um sistema individual de gestão de resíduos de embalagens, nem por um sistema de dispensa paralelo. A ARA chega a receber «comunicações nulas» de empresas que mantêm em vigor os seus acordos «ELV», mas que, em determinados períodos, não desejam participar no sistema ARA, pelo que indicam «zero» nas notificações relativas à quantidade de embalagens sob contrato colocadas no mercado.
- (56) A ARA comunicou ainda que, do seu ponto de vista, não levanta objecções a que o símbolo «Ponto verde» seja apostado em embalagens não licenciadas pelo seu sistema, desde que estas sejam comprovadamente recolhidas e recicladas em conformidade com o decreto aplicável e desde que a ARA possa controlar o processo. A este respeito, a ARA assumiu o compromisso 2 referido na secção V. Nos termos do disposto na secção III, o contrato é celebrado a termo incerto. O parceiro pode rescindir o contrato no final de cada exercício com um pré-aviso de seis meses. A ARA renuncia a este direito. Em caso de motivo grave, ambas as partes têm o direito de rescindir o contrato.
- (57) Na secção IV são estipulados os direitos e as obrigações de informação e de controlo da ARA. A ARA controla a forma como é concedida a dispensa aos parceiros através das ERS e dos seus parceiros, podendo conferir se os dados notificados pelos parceiros estão correctos, examinando nomeadamente os respectivos documentos da empresa.
- 1.2. *Acordo de dispensa e licenciamento para embalagens de serviço*
- (58) O acordo de dispensa e licenciamento para embalagens de serviço distingue-se do acordo-tipo para as embalagens de transporte e de venda, na medida em que o ponto 2 da secção I prevê que o parceiro é obrigado a participar no sistema ARA, por um lado, com todas as embalagens sujeitas ao decreto das embalagens, para as quais existem garantias de recolha e/ou de reciclagem por parte das ERS e, por outro, com as embalagens cuja dispensa os clientes pretendem obter. Desse modo, o parceiro do sistema ARA poderá, consoante os interesses dos seus próprios clientes, optar pela celebração de um contrato de dispensa e licenciamento para apenas uma parte das suas embalagens de serviço, sem ter de apresentar um comprovativo nos termos da segunda frase do ponto 2 do n.º 1 do contrato «ELV» para as embalagens que já foram objecto de dispensa num outro nível do circuito económico ou que são recolhidas e recicladas em conformidade com a lei sem recorrer ao sistema ARA. O acordo de dispensa e licenciamento das embalagens de serviço é, por conseguinte, mais flexível.
- 1.3. *Acordo adicional para pequenas quantidades de embalagens*
- (59) Se a ARA e o seu parceiro estimarem que a contrapartida financeira anual, nos termos da secção II do contrato «ELV» será inferior a 1 817 euros (sem IVA), poderá ser celebrado um «acordo adicional para pequenas quantidades de embalagens». Este acordo permite simplificar as formalidades administrativas relativas às modalidades de declaração das quantidades de embalagens e ao pagamento da contrapartida financeira.

1.4. *Acordo adicional para parceiros estrangeiros de Estados-Membros da União Europeia*

(60) De acordo com o n.º 5 do acordo adicional para parceiros estrangeiros de Estados-Membros da União Europeia, é atribuído à ARA o direito de rescisão comum do acordo «ELV» (n.º 1 da secção III). A ARA fundamenta esse direito alegando que é mais difícil controlar as actividades dos parceiros do sistema ARA no estrangeiro e fazer aplicar a lei fora da jurisdição nacional. Segundo a ARA, a rescisão comum, ou seja, a denúncia do contrato no termo previsto é a solução jurídica encontrada para os casos em que, apesar de existirem suspeitas concretas de incumprimento das obrigações contratuais por parte dos parceiros, as dificuldades de obtenção de provas no estrangeiro não permitem fundamentar essas suspeitas, o que é necessário para accionar uma rescisão extraordinária nos termos do acordo «ELV».

2. **Contratos de gestão de resíduos**

2.1. *As relações entre a ARA e as ERS*

(61) Entre 25 de Agosto de 1993 e 20 de Setembro de 1993, a ARA celebrou um contrato de gestão de resíduos de âmbito nacional com cada uma das ESR. A título de modelo, a ARA notificou o contrato celebrado com a ARGEV.

(62) Nos termos do n.º 1 do artigo 1.º, este contrato tem por objecto a gestão das embalagens enunciadas nas declarações de garantia (anexo 2 do contrato de gestão de resíduos) por cada ERS. Os serviços em causa abrangem a recolha, o transporte, a triagem e o tratamento dos resíduos de embalagens em conformidade com o disposto no decreto das embalagens e no acordo-quadro celebrado entre a ARA e as autoridades locais (anexo 3 do contrato), com vista a atingir, pelo menos, os objectivos e as quotas indicados no decreto. Os serviços prestados pelas ERS, ao abrigo do n.º 3 do artigo 1.º, são obtidos pela ARA em nome próprio, mas também por conta e no interesse do parceiro do sistema, pelo que a ARA actua como sua mandatária. Ao abrigo do n.º 5 do artigo 1.º, as ERS são obrigadas a retomar gratuitamente todas as embalagens objecto de um contrato celebrado entre a ARA e os parceiros do sistema. A marca protegida «Ponto verde», atribuída pela ARA, atesta o pagamento do valor da contrapartida financeira. Nas informações prestadas, a ARA esclareceu que o n.º 5 do artigo 1.º não tem qualquer significado na prática. Segundo a ARA, as empresas do sistema não utilizam o símbolo «Ponto verde», mas antes outros métodos para decidir se uma embalagem deve ou não ser integrada no sistema ARA. Segundo a ARA, esta disposição não tem quaisquer consequências jurídicas.

(63) Se uma ERS subcontrata empresas para lhe prestarem os seus serviços de gestão de resíduos deve obrigá-las, de acordo com o artigo 4.º, a cumprir as respectivas obrigações contratuais. Quando uma ERS adjudica novos serviços a empresas subcontratadas, é obrigada a

respeitar os princípios da livre concorrência e adoptar critérios económicos transparentes, bem como a ter em consideração as disposições dos acordos-quadro celebrados entre a ARA e as autoridades locais para a selecção das empresas de recolha/triagem. As ERS só podem adjudicar novos serviços a empresas subcontratadas mediante a realização de concursos. A ARA tem o direito de consultar o caderno de encargos do concurso e as propostas apresentadas.

(64) Nos termos do artigo 5.º, durante a vigência do contrato, cada ERS beneficia de exclusividade na área concessionada, ou seja, o território austríaco. As ERS comprometem-se a não criar, explorar ou aderir a outros sistemas de recolha ou de reciclagem na aceção do decreto das embalagens à margem do sistema ARA, bem como a não prestar serviços de retoma nas áreas reservadas a outras ERS. Embora reconhecendo o papel da ARA como mediadora exclusiva entre as ERS e os parceiros do sistema ARA, não são proibidos contactos directos nem a celebração de contratos necessários para o cumprimento das suas obrigações contratuais. As ERS não poderão celebrar contratos com parceiros do sistema ARA que tenham por efeito dispensá-los das suas obrigações de retoma.

(65) Ao abrigo do artigo 6.º, os serviços das ERS são pagos com base numa percentagem adequada em função dos custos que a ARA cobra da contrapartida financeira que recebe, após dedução da comissão que lhe assiste. Concretamente, o pagamento é calculado em função dos custos essenciais para a prestação do serviço de retoma dos materiais de embalagem usados. Nos termos do n.º 4 do artigo 6.º, os cálculos específicos para cada material de embalagem não poderão beneficiar de qualquer forma de subvenção cruzada entre as ERS e a ARA. A subvenção cruzada é definida como um sistema de fixação de preços que não reflecte os custos reais e se traduz em benefício ou prejuízo de um material de embalagem em detrimento de outro (n.º 4 do artigo 6.º). O pagamento é fixado previamente pela ARA para cada exercício, por proposta da respectiva ERS. O n.º 13 do artigo 6.º contém a designada cláusula preferencial, segundo a qual a ERS se compromete a não propor a terceiros, nem a realizar por conta de outrem serviços ou partes desses serviços equiparáveis aos serviços de retoma sob contrato, em condições mais favoráveis do que as condições oferecidas à ARA ou aos parceiros do sistema ARA.

(66) Os contratos entre a ARA e a ERS são celebrados a termo incerto. A ERS obriga-se a prestar os serviços de retoma, estabelecidos por contrato, a partir de 1 de Dezembro de 1993. Nos termos da alínea b) do artigo 7.º, a relação contratual pode ser denunciada por qualquer das partes com um pré-aviso de 12 meses no final de cada exercício. O direito de rescisão comum só é aplicável a partir de 31 de Dezembro de 2000. Contudo, se uma outra empresa propuser à ARA a prestação de serviços a preços mais favoráveis, a ARA pode denunciar o contrato em determinadas condições, o que aliás já lhe era possível antes de 31 de Dezembro de 2000.

- (67) Ao abrigo do acordo de 23 de Janeiro de 2001, celebrado entre a ARA, por um lado, a ARGEV e a ARO, por outro, os contratos de gestão de resíduos celebrados com as duas ERS entre 24 de Agosto de 1993 e 30 de Setembro de 1993 não poderiam ser rescindidos antes de 31 de Dezembro de 2003. A alínea c) do artigo 7.º prevê o direito de denúncia sem pré-aviso por motivo grave, nomeadamente, se não for concedida ao contrato ou ao sistema ARA a necessária autorização ao abrigo da legislação *anti-trust*.
- (68) O artigo 11.º confere à ARA o direito de acesso, com aviso prévio, às centrais de recolha e de retoma e demais instalações das ERS durante o horário normal de expediente. Este direito de visita estende-se igualmente às empresas subcontratadas pelas ERS. A ARA também tem acesso, com aviso prévio, aos documentos internos da ERS, caso o considere necessário para fiscalizar o cumprimento do contrato. Nos termos do artigo 12.º, a ERS poderá igualmente aceder aos documentos relevantes.
- (69) O artigo 13.º prevê ainda a obrigação de informação mútua entre as partes: as ERS são obrigadas a enviar à ARA relatórios trimestrais e anuais sobre os seus serviços de retoma; a ARA é obrigada a manter a ERS ao corrente do número e do âmbito dos contratos celebrados com os parceiros do sistema ARA, bem como das quantidades de embalagens que estes colocam no mercado.
- (70) Nos termos do artigo 14.º, a resolução de eventuais litígios entre as partes caberá a um perito de arbitragem ou a um tribunal de arbitragem.
- (71) Ao abrigo do artigo 15.º, as embalagens devem ser recicladas pela ERS responsável pela reciclagem da respectiva fracção de material. Para o efeito, a ARA é obrigada a celebrar um contrato de retoma com cada uma das ERS, de teor basicamente idêntico, no qual será estabelecido que os serviços de retoma a prestar pela respectiva ERS incluirão a reciclagem das embalagens de uma determinada fracção de material. Está ainda prevista a celebração de um contrato entre a ARGEV e a respectiva ERS responsável pelas operações de reciclagem, que regula as relações entre as duas empresas relativamente aos serviços de gestão assumidos respectivamente pela ARGEV e pela ERS perante a ARA. Esse contrato visa garantir a prestação de serviços de gestão completos que incluem a recolha, o transporte, a triagem e a reciclagem de embalagens por parte da ARGEV e da respectiva ERS e evitar lacunas a nível do circuito de gestão entre ambas as empresas.
- 2.2. *Relações entre as várias ERS*
- (72) Dado que a ARGEV é responsável apenas pela organização dos serviços de recolha e triagem, celebrou contratos de cooperação com outras ERS (ÖKK, ALUREC, FERROPACK, AVM e VHP) que organizam actividades de reciclagem. Como contratos-modelo foram notificados os contratos celebrados pela ARGEV com a ÖKK e a ALUREC.
- a) Acordo de cooperação entre a ARGEV e a ÖKK
- (73) O contrato celebrado em 9 de Março de 1994 regula as relações entre a ARGEV e a ÖKK com vista à definição e rigor de execução dos serviços de gestão a prestar pela ARGEV e pela ÖKK.
- (74) Ao abrigo do ponto 1.2 do n.º 1, a ARGEV organiza a criação e a exploração em contínuo de um sistema nacional de recolha, triagem e acondicionamento de embalagens, comprometendo-se perante a ÖKK a encaminhar todas as embalagens já triadas, recolhidas no âmbito do sistema ARGEV. A ÖKK é responsável pela criação de capacidades de reciclagem e/ou de armazenamento suficientes e adequadas, bem como pela organização do transporte entre o respectivo parceiro da ARGEV e a empresa de reciclagem ou o entreposto.
- (75) Ao abrigo do n.º 2, a ÖKK garante à ARGEV a recepção das embalagens disponibilizadas pela ARGEV ou pelos seus parceiros. São ainda objecto do contrato outras obrigações relacionadas com a disponibilização e recepção de resíduos de embalagens, a qualidade das embalagens, o certificado de licenciamento, as bases de cálculo das contrapartidas financeiras da ARA, a obrigação de informação e de sigilo, bem como um acordo relativo à jurisdição de arbitragem.
- (76) O n.º 4 estipula que a ARGEV adquire a propriedade das embalagens recolhidas pelo seu sistema. A propriedade transita para a ÖKK quando as embalagens especificadas são recolhidas pelo entreposto ou pela empresa de reciclagem.
- (77) Ao abrigo do n.º 15, as partes comprometem-se a não criar, explorar ou aderir a um outro sistema de recolha e de reciclagem na aceção do decreto das embalagens à margem do sistema ARA durante a vigência do contrato, excepto se tal for expressamente autorizado pela outra parte. A ARGEV compromete-se ainda a não transferir as embalagens para terceiros sem a autorização da ÖKK. Do mesmo modo, a ÖKK compromete-se a não receber embalagens de terceiros sem a autorização da ARGEV. Estão expressamente excluídos desta cláusula os acordos recíprocos celebrados com empresas com um sistema individual de dispensa, desde que tal seja compatível com os contratos celebrados com a ARA. As partes contratantes comprometem-se ainda a não prestar serviços que se inscrevam na área de competência da outra parte.

(78) Ao abrigo do n.º 16, o contrato vigora a partir de 1 de Outubro de 1993 por tempo indeterminado. O contrato pode ser denunciado por qualquer das partes com um pré-aviso de 12 meses no final de cada exercício. A denúncia no termo previsto não poderá ocorrer antes de 31 de Dezembro de 2000. O n.º 17 prevê uma resolução do contrato por motivo grave.

b) *Acordo de cooperação entre a ARGEV e a ALUREC*

(79) O contrato celebrado em 20 de Janeiro de 1994 regula o cumprimento das obrigações contratuais da ARGEV e da ALUREC perante a ARA. Em termos de objecto e validade, o contrato é essencialmente idêntico ao celebrado entre a ARGEV e a ÖKK.

(80) Em conformidade com a secção II, a ARGEV compromete-se a disponibilizar todas as embalagens recolhidas por si ou pelas empresas por si subcontratadas. Ao abrigo da secção III, a ALUREC compromete-se a providenciar a recuperação adequada das embalagens aceites pela ARGEV ou pelas empresas de triagem.

(81) Nos termos do disposto na secção V, a ARGEV compromete-se a entregar exclusivamente à ALUREC todas as embalagens por si recolhidas ou pelas empresas por si subcontratadas durante toda a vigência do contrato. Por sua vez, a ALUREC compromete-se a receber exclusivamente da ARGEV ou das empresas por esta subcontratadas as embalagens recolhidas e a providenciar a sua reciclagem.

(82) Em matéria de propriedade, ainda que tal não esteja expressamente previsto no contrato entre a ARGEV e a ALUREC, aplica-se o disposto no acordo de cooperação entre a ARGEV e a ARO. Numa primeira fase, a ARGEV adquire o direito de propriedade dos produtos recolhidos, o qual transita posteriormente para a ALUREC simultaneamente com as embalagens.

(83) Ao abrigo da secção VI, o contrato vigora a partir de 1 de Outubro de 1993 por tempo indeterminado. O contrato pode ser denunciado por qualquer das partes com um pré-aviso de 12 meses no final de cada exercício. A denúncia no termo previsto não pode ocorrer antes de 31 de Dezembro de 2000. A secção VII prevê a dissolução do contrato por motivo grave.

2.3. *Relações entre as ERS e os parceiros regionais*

(84) Trata-se dos contratos celebrados pela ARGEV e pela ARO com os operadores de retoma a nível regional ou com as autoridades locais. Os contratos têm por objecto regular os procedimentos concretos de eliminação das embalagens usadas.

Acordo entre a ARGEV e os parceiros regionais

(85) Na versão inicial do acordo celebrado em 1994 entre a ARGEV e cada um dos parceiros regionais («contrato de parceria»), estes últimos comprometem-se a criar um sistema de recolha, triagem e acondicionamento de acordo com o estabelecido contratualmente (n.º 2.2). Só é nomeado um parceiro regional para cada zona de recolha.

(86) A recolha de resíduos de embalagens provenientes do sector doméstico e de estabelecimentos comerciais com um volume equivalente de embalagens é organizada pelo parceiro regional em articulação com as autoridades locais. O n.º 2.3 permite recorrer aos serviços de outras empresas com o consentimento da ARGEV. Nos termos do n.º 2.7, os resíduos são depositados em contentores de recolha selectiva (ecopontos) disponibilizados pelo parceiro regional ou pelas autoridades locais. De acordo com o n.º 3, os custos relativos aos ecopontos e à implementação das infra-estruturas de recolha são compensados através do pagamento de uma contrapartida financeira pela ARGEV.

(87) O n.º 2.10 estabelece que os parceiros regionais recolhem os materiais usados por conta da ARGEV, pelo que adquirem a sua propriedade exclusivamente em nome da ARGEV. Por esse motivo, os parceiros regionais terão de respeitar o disposto no contrato em matéria de resíduos de embalagens, caso contrário a ARGEV terá um motivo grave para rescindir o contrato sem pré-aviso.

(88) Nos termos do n.º 2.16, a ARGEV compromete-se a receber os resíduos de embalagens entregues pelo respectivo parceiro regional através da celebração de contratos bilaterais com empresas de recolha que garantem a reciclagem. O parceiro regional deve conservar os resíduos no seu armazém e comunicar de imediato à ARGEV e/ou à empresa de reciclagem nomeada pela ARGEV ou pela empresa garante que os resíduos estão prontos para entrega.

(89) Ao abrigo do n.º 2.18, devem ser envidados esforços no sentido de se manter uma boa articulação com as autoridades locais competentes. Em caso de litígio, o n.º 2.21 prevê o recurso a um perito de arbitragem.

(90) O contrato de parceria, celebrado por tempo indeterminado, entrou pela primeira vez em vigor em 1994 e pode ser denunciado por qualquer das partes com um pré-aviso de 12 meses no final de cada exercício. Uma denúncia do contrato antes de 31 de Dezembro de 2000 não era possível. No caso de uma outra empresa oferecer à ARGEV os mesmos serviços a preços mais favoráveis, a ARGEV tinha o direito de accionar, sob determinadas condições, o mecanismo de denúncia antes de 31 de Dezembro de 2000. O n.º 4.2 regula o direito de denúncia sem pré-aviso por motivo grave.

- (91) Todas as obrigações legais e contratuais da ARGEV enunciadas no ponto C do preâmbulo deste acordo são igualmente aplicáveis aos parceiros regionais.
- (92) Através de aditamentos aos contratos de retoma existentes, a ARGEV acordou cláusulas preferenciais praticamente com todas as empresas de retoma com quem mantém relações contratuais. Ao abrigo do compromisso referido no considerando 139, a ARGEV renunciou à aplicação da cláusula preferencial a partir de 29 de Novembro de 2000.
- (93) Na nova versão dos acordos que regulam as relações com as empresas de gestão de resíduos, é feita a distinção entre operadores de triagem e operadores de recolha, existindo um contrato-modelo separado para cada caso. Basicamente, ambos os contratos são semelhantes ao contrato inicial, mas com um maior grau de pormenor.
- (94) Os dois contratos-modelo entraram em vigor em 1 de Janeiro de 2002, à excepção dos contratos com os três municípios (Viena, Linz e Salzburgo) que tinham entrado em vigor numa data anterior e que correspondem basicamente aos contratos-modelo. Os contratos celebrados em 1993/1994 foram revogados.

Parceiros de recolha da ARGEV

- (95) O acordo celebrado com os parceiros de recolha regula a permuta concreta de serviços entre a ARGEV e o parceiro de recolha no quadro da aplicação do decreto das embalagens para os sectores da «recolha», «transbordo» e «recolha selectiva individual junto do produtor de resíduos». É nomeado apenas um único parceiro de recolha por zona de recolha selectiva.
- (96) Nos termos do n.º 1.2, o contrato tem por objecto a implementação e o bom funcionamento de um sistema de recolha de embalagens usadas numa determinada zona de recolha. Ao abrigo do n.º 1.6, a ARGEV reserva-se o direito de utilizar o sistema de recolha para outros resíduos não considerados resíduos de embalagens. Nesse caso, as disposições contratuais aplicam-se por analogia.
- (97) Nos termos do n.º 2.2, os resíduos de embalagens do sector doméstico são recolhidos em conjunto com os resíduos de embalagens produzidos pelos estabelecimentos com um volume equivalente de embalagens. Estes estabelecimentos, que podem ser produtores de resíduos comerciais/industriais ou institucionais, terão de requerer anualmente a recolha dos seus resíduos e comprovar que todas as suas embalagens se encontram integradas a 100 % na ARA; se a licença da ARA não abranger a totalidade das embalagens, os estabelecimentos são obrigados a providenciar a sua eliminação como resíduos comerciais/industriais.
- (98) Em conformidade com o n.º 2.2.3, a ARGEV celebra um acordo separado com as autoridades locais relativo à disponibilização dos locais de recolha necessários. Os ecopontos e sacos de recolha selectiva são disponibilizados pelo operador de recolha selectiva acreditado ou pelas autoridades locais, em articulação com a ARGEV. Ao abrigo do n.º 2.2.4, a ARGEV suporta os respectivos custos no que toca às embalagens do sector doméstico, mas não dos estabelecimentos com um volume equivalente de embalagens.
- (99) Nos termos do n.º 2.2.5, a recolha selectiva abrange o esvaziamento sistemático dos ecopontos e a recolha dos sacos, bem como o transporte das embalagens para uma estação de triagem pré-definida ou para uma estação de transbordo na zona de intervenção. O parceiro procede à recolha das embalagens de acordo com as necessidades, ou seja, em função da adesão da população à recolha selectiva ou do local de produção de resíduos, tendo em conta uma utilização média de 80 % da capacidade dos ecopontos e dos sacos e de uma taxa máxima de erro de depósito dos resíduos recolhidos de 20 %. No caso de uma eventual recolha de embalagens industriais no âmbito da recolha doméstica, estas devem ser separadas de acordo com as disposições da ARGEV (anexo 2 do acordo).
- (100) No sector do comércio e da indústria é efectuada uma recolha selectiva individual junto do produtor de resíduos. Ao abrigo do n.º 2.4.1, o parceiro de recolha selectiva explora um ponto regional de recolha selectiva para a retoma gratuita das embalagens não urbanas abrangidas pelo contrato com a ARGEV, a retoma controlada dos resíduos procedentes de ecocentros e a recolha selectiva de materiais e resíduos perigosos. Sobretudo nas áreas com forte implantação de empresas, o parceiro de recolha selectiva proporciona, nos termos do n.º 2.4.2 do contrato celebrado, além das infra-estruturas de base dos ecopontos regionais, a possibilidade de aderir a sistemas de recolha directa de embalagens junto dos produtores de resíduos.
- (101) Ao abrigo do n.º 2.5.1, a adjudicação a terceiros de parte dos serviços contratados carece da autorização prévia da ARGEV.
- (102) Nos termos do n.º 2.5.2, o parceiro de recolha selectiva recolhe as embalagens em nome da ARGEV, pelo que em momento algum adquire a sua propriedade. Por esse motivo, o parceiro de recolha selectiva apenas poderá recolher os materiais /embalagens da ARGEV em conformidade com o estabelecido no contrato, caso contrário a ARGEV terá um motivo grave para rescindir o contrato sem pré-aviso.

- (103) Na sequência de um pedido de informações da Comissão, a ARGEV indicou que, na recolha de resíduos domésticos, nada obsta a que empresa responsável permita a utilização dos mesmos ecopontos para resíduos de outros sistemas, desde que tal não afecte o cumprimento das suas obrigações face à ARGEV. Em especial, deverá ser salvaguardada, sem quaisquer restrições em termos de quota de recolha, a capacidade mínima estipulada por contrato, de acordo com as especificações da ARGEV, para a recolha das embalagens licenciadas pelo sistema ARA. Qualquer autorização de uma utilização conjunta dos ecopontos pela empresa que comprometa a dispensa concedida ao parceiro do sistema ARA é considerada contrária ao acordo celebrado.
- (104) No sistema destinado ao sector empresarial, a ARGEV não estipula quaisquer regras relativas aos ecopontos. As empresas de recolha e/ou os produtores de resíduos poderão igualmente utilizar os ecopontos para resíduos licenciados por outros sistemas. No entanto, no ponto de recolha dos produtores deverá ser claramente indicado que só serão entregues à ARGEV as embalagens que, em termos de quantidade e qualidade, correspondam efectivamente às embalagens licenciadas pelo sistema ARA.
- (105) Ao abrigo do n.º 3.1, o parceiro recebe trimestralmente uma contrapartida financeira pelos ecopontos e sacos fornecidos e devidamente documentados, calculada em função da sua dimensão. Pelo esvaziamento dos ecopontos e pela recolha dos sacos procedentes do sector doméstico e de estabelecimentos equiparados, bem como pelo transporte e esvaziamento das embalagens recolhidas numa estação de triagem ou de transferência e a apresentação dos respectivos relatórios, o parceiro de recolha recebe uma contrapartida financeira calculada em função das respectivas quantidades. Pelo transbordo das embalagens do sector doméstico e estabelecimentos equiparados na zona de intervenção e pela elaboração dos respectivos relatórios, o parceiro de recolha recebe uma contrapartida financeira calculada em função das quantidades recolhidas. Os serviços de recolha e de transbordo são remunerados anualmente pela ARGEV aplicando-se um limiar por zona de recolha e por tipo de resíduos recolhidos. Para o pedido de 2002 a 2004, inclusive, estes limiares foram calculados com base nas quantidades de embalagens procedentes do sector doméstico e de estabelecimentos equiparados recolhidas em 2001. O parceiro de recolha selectiva recebe contrapartidas financeiras pela recepção e recolha das embalagens junto dos produtores de resíduos, incluindo as operações de controlo das quantidades recolhidas, pós-triagem, acondicionamento, armazenamento intermédio, preparação, carregamento, etc. das fracções de resíduos comerciais, industriais e institucionais assumidas pela empresa de reciclagem, bem como das embalagens relativas a recolhas controladas e à recolha selectiva de materiais e resíduos perigosos, contrapartidas essas que são calculadas em função das respectivas quantidades.
- (106) Ao abrigo do n.º 3.5, a ARGEV compromete-se a receber os materiais usados que o parceiro regional entregar nos termos contratuais, mediante a celebração de contratos bilaterais com as empresas que garantem a sua reciclagem.
- (107) Ao abrigo do n.º 5.1, a relação contratual tem início em 1 de Janeiro de 2002, é celebrada por tempo indeterminado e pode ser denunciada por qualquer das partes contratantes com um pré-aviso de seis meses, mas não antes de 31 de Dezembro de 2004. O contrato prevê ainda o direito de denúncia de ambas as partes quando existir um motivo grave que o justifique, nomeadamente a violação grave da obrigação de separação dos resíduos industriais dos resíduos domésticos.
- (108) No que toca à duração do contrato, a ARGEV propôs o compromisso 4 descrito no considerando 139 da presente decisão.
- (109) A ARGEV comunicou ainda que os contratos com os parceiros de recolha selectiva não contêm cláusulas de exclusividade, quer a nível do sector doméstico ou do sector empresarial. As empresas de recolha têm liberdade para prestar serviços equiparados no âmbito de outros sistemas de dispensa ou de sistemas individuais de gestão de resíduos. No que toca à utilização conjunta dos equipamentos de recolha selectiva, a ARGEV propôs o compromisso 3 referido no considerando 139 da presente decisão.
- Os parceiros de triagem da ARGEV
- (110) O acordo-modelo celebrado com os parceiros de triagem é praticamente idêntico ao acordo-modelo celebrado com os parceiros de recolha.
- (111) Ao abrigo do respectivo n.º 1.5, a ARGEV contrata em todo o território nacional operadores de recolha por zonas pré-definidas (que coincidem, em regra, com a área de um distrito ou de uma «cidade de estatuto especial»), aos quais cabe explorar sistemas de recolha de embalagens leves e metálicas, procedentes do sector doméstico e de estabelecimentos equiparados. As quantidades recolhidas pelos parceiros de recolha são entregues aos parceiros de triagem, quer directamente, quer por intermédio de uma transportadora. É nomeado um único parceiro de triagem por zona de recolha.
- (112) Ao abrigo do n.º 1.6, com vista a otimizar o sistema de recolha, triagem e transporte, as quantidades recolhidas por determinados parceiros de recolha ou procedentes de determinadas zonas de recolha são atribuídas a parceiros ou a estações de triagem mediante uma selecção prévia. Ao abrigo de certas disposições previstas nos contratos separados que a ARGEV celebra com os parceiros de recolha, é assegurada a triagem das embalagens produzidas pelo sector doméstico e estabelecimentos equiparados, recolhidas em zonas de recolha pré-definidas (nos termos do anexo 5 do acordo), única e exclusivamente nas estações de triagem dos parceiros de recolha.

- (113) Ao abrigo do n.º 2.1.1, o parceiro de triagem é obrigado a aceitar e a proceder à triagem de todas as embalagens procedentes do sector doméstico (módulo 1) ou de estabelecimentos equiparados (módulo 2), disponibilizadas ou recolhidas pelo(s) parceiro(s) de recolha nas respectivas zonas. O parceiro de triagem apenas recebe os resíduos não triados e integrados na recolha dos módulos 1/2 da ARGEV, que provêm dos parceiros de recolha ou das zonas de recolha pré-definidas no anexo 5 do acordo. Nos termos do n.º 2.2, o parceiro de triagem explora um ponto regional de recolha selectiva, onde recebe as embalagens procedentes do sector industrial (módulo 3), dos ecocentros (módulo 4) e da recolha selectiva de materiais e resíduos perigosos (módulo 5).
- (114) Nos termos do n.º 2.4.2, o parceiro de triagem recebe as embalagens em nome da ARGEV, pelo que em momento algum adquire a sua propriedade. Por esse motivo, o procedimento a adoptar pelo parceiro de triagem relativamente às embalagens da ARGEV terá de corresponder ao estabelecido no contrato, caso contrário a ARGEV terá um motivo grave para rescindir o contrato sem pré-aviso nos termos do n.º 5.5.2. a).
- (115) Em resposta a um pedido de informações da Comissão, a ARGEV explicou que a cláusula de propriedade não implicava uma proibição da utilização conjunta das instalações de triagem por parte de terceiros. Contudo, uma utilização conjunta das referidas instalações que comprometa a dispensa concedida ao parceiro de triagem constituiria uma infracção ao acordo celebrado.
- (116) As disposições relativas à subcontratação (n.º 2.4.1), bem como à duração e à denúncia do contrato (n.º 5) são idênticas às do acordo celebrado com os parceiros de recolha.
- (117) Nos termos do n.º 3.1, o parceiro de triagem recebe as contrapartidas financeiras referentes às entradas de material, referidas no anexo 6 deste contrato, respeitando os limiares indicados. As contrapartidas financeiras pelas entradas de material representam o pagamento acordado pela recolha das embalagens no âmbito dos sistemas doméstico e equiparado da ARGEV, o controlo das entradas de material, a componente dos custos fixos da estação, proporcionais aos limiares anuais de materiais entrados, a descontaminação dos resíduos e respectiva eliminação do refugo, acondicionamento, armazenamento intermédio, disponibilização e carregamento de todas as fracções de material triado, descontaminadas ou submetidas ao processo de triagem positivo. A quantidade de material a triar sujeito a contrapartidas financeiras pela ARGEV, não pode exceder a quantidade total de embalagens domésticas recolhidas em determinadas zonas. O parceiro de recolha recebe contrapartidas financeiras calculadas em função de cada material específico, pela triagem positiva de fracções de material procedente do sector doméstico e de estabelecimentos equiparados. Estas contrapartidas financeiras, calculadas em função das quantidades de material triado positivamente, também abrangem a aceitação de fornecimentos, o controlo das entradas de material, a triagem posterior, o acondicionamento, o armazenamento intermédio, a preparação, o carregamento, etc., de fracções especificadas, procedentes de produtores de resíduos, de ecocentros e da recolha selectiva de materiais e resíduos perigosos.
- (118) A ARGEV comunicou que os contratos com os parceiros de triagem não incluem cláusulas de exclusividade. As empresas têm liberdade para prestar serviços equiparados no âmbito de outros sistemas de dispensa ou de sistemas individuais de gestão de resíduos. Neste contexto, a ARA propôs o compromisso referido no considerando 139 e o compromisso 4 relativamente à duração dos acordos.

Acordo da ARO

Os parceiros de recolha da ARO

- (119) O acordo tem por objecto a exploração de um sistema de recolha de embalagens de papel, visando o cumprimento das obrigações decorrentes da lei relativa à gestão dos resíduos, do decreto das embalagens, do contrato de recolha ARA/ARO e das decisões de autorização. Só está previsto um único parceiro por zona de recolha.
- (120) Nos termos do n.º 1.1, o contrato não abrange a recolha de resíduos de papel e de embalagens de papel do sector doméstico e de estabelecimentos equiparados, mas sim a recolha selectiva em zonas comerciais (n.º 2.4), o transporte de embalagens a partir dos ecocentros (n.º 2.5) e a recolha selectiva individual junto do sector empresarial (n.º 2.6).
- (121) Nos termos do n.º 1.5, a obrigação de recolha da ARO restringe-se à quantidade de embalagens de papel, cartão e cartão canelado abrangidas pelo sistema ARA. Todavia, a ARO está disposta a aceitar a totalidade das embalagens abrangidas pelo sistema de recolha e de reciclagem. Se forem excedidas as obrigações decorrentes da decisão de autorização, designadamente a disponibilização de capacidades adequadas para receber embalagens de papel com uma quota de recolha de 90 % no sector empresarial e de 80 % no sector doméstico, bem como de uma quota de reciclagem de 85 % de resíduos industriais e de 75 % de resíduos domésticos, e não sendo essa situação do interesse comercial e jurídico dos clientes do sistema ARA, a ARO reserva-se o direito de reformular a sua garantia de aceitação e as respectivas contrapartidas financeiras, de acordo com os limiares estabelecidos nas decisões de autorização, comprometendo-se a comunicar esse facto, em tempo útil, aos parceiros de recolha.

- (122) A recolha selectiva em zonas comerciais tem por objectivo a recolha selectiva de embalagens de papel procedentes de produtores de resíduos do pequeno comércio. Os designados estabelecimentos de recolha supervisionada (ecocentros, centros de recolha de resíduos, etc.) são explorados pelas autoridades locais e recebem embalagens de particulares e de produtores de resíduos do pequeno comércio. O parceiro de recolha da ARO recebe e transporta as embalagens procedentes dos ecocentros. Para efeitos da recolha individual selectiva junto dos produtores de resíduos, o parceiro de recolha da ARO explora os chamados pontos de recolha selectiva da ARO onde os produtores de resíduos comerciais podem depositar gratuitamente as suas embalagens no sistema de recolha e reciclagem.
- (123) Nos termos do n.º 2.7, o parceiro de recolha é obrigado a aceitar a totalidade das embalagens de papel sob contrato depositadas nos pontos de recolha selectiva. Ao abrigo do n.º 2.7.4, o produtor de resíduos deve provar, de forma adequada, que as embalagens depositadas são objecto do contrato celebrado na qualidade de cliente do sistema ARA. A criação de pontos adicionais de recolha selectiva carece da autorização da ARO.
- (124) Nos termos do n.º 2.8, compete à ARO seleccionar a empresa de reciclagem e as modalidades de transporte das embalagens, pelo que cabe ao parceiro obter o respectivo acordo escrito junto da ARO. O parceiro de recolha compromete-se perante a ARO a entregar para reciclagem as embalagens de papel com um mínimo de qualidade (n.º 2.9).
- (125) Nos termos do n.º 2.10, o operador recolhe as embalagens de papel em nome da ARO, sendo estas da exclusiva propriedade da ARO. Desse modo, só se pode dispor das embalagens para o fim previsto pela ARO. Caso contrário, a ARO terá um motivo grave para rescindir o contrato sem pré-aviso.
- (126) Nos termos do n.º 2.15, a ARO compromete-se perante o operador de recolha, através dos contratos bilaterais celebrados com as empresas de reciclagem, a receber e a reciclar as embalagens de papel que lhe forem entregues, em conformidade com o respectivo decreto. Se as garantias de reciclagem forem retiradas, a ARO providenciará em sua substituição a contratação de outras empresas de reciclagem.
- (127) Nos termos do n.º 4, a relação contratual tem início em 1 de Janeiro de 2002 e é celebrada por tempo indeterminado. O contrato não poderá ser denunciado antes de 31 de Dezembro de 2004, devendo ser respeitado um pré-aviso de seis meses. É possível a denúncia do contrato sem pré-aviso por motivo grave.
- (128) No que toca à duração do contrato, a ARO propôs o compromisso 4, referido no considerando 139 da presente decisão.
- (129) A ARO informou ainda que os contratos celebrados com os parceiros de recolha não impõem cláusulas de exclusividade às empresas de recolha. Os parceiros de recolha são livres de prestar serviços equiparados no âmbito de outros sistemas de dispensa ou de sistemas individuais de gestão de resíduos.
- Acordo entre a ARO e as autoridades locais
- (130) Este acordo tem por objecto a cooperação entre a ARO e as autoridades locais na exploração dos sistemas municipais de recolha de papel velho na respectiva zona de intervenção no que diz respeito às embalagens de papel procedentes do sector doméstico e de estabelecimentos equiparados. Este refere ainda as obrigações decorrentes da lei relativa à gestão dos resíduos, do decreto das embalagens, do contrato de recolha ARA-ARO e das decisões de autorização.
- (131) Nos termos do n.º 2.1, a obrigação de recolha da ARO, nos termos do decreto das embalagens, restringe-se apenas à quantidade de embalagens de papel, cartão e cartão canelado abrangidas pelo sistema ARA. A ARO dispõe-se a aceitar a totalidade das embalagens integradas no sistema de recolha e de reciclagem, embora sob reserva de uma posterior readaptação às exigências da decisão de autorização, comprometendo-se a comunicar esse facto às autoridades locais em tempo útil.
- (132) Nos termos do n.º 2.2, o sistema municipal de recolha de papel velho, explorado pelas autarquias, efectua a recolha conjunta de embalagens e de outros resíduos da mesma fracção de material (jornais, revistas, catálogos, etc.). A ARO suporta a parte proporcional dos custos de recolha das embalagens de papel, cartão simples e canelado e a autoridade local os restantes custos do sistema municipal de recolha de papel velho.
- (133) Ao abrigo do n.º 2.4, a introdução de alterações significativas no sistema de recolha pré-estabelecido (por exemplo, substituição do sistema de deposição activa por um sistema de recolha) terá de ser acordada entre as autoridades locais e a ARO, sempre que tal implique um aumento substancial dos custos suportados pela ARO. A abertura de concursos para a adjudicação dos serviços de recolha ou a sua renegociação cabe às autoridades locais após concertação prévia com a ARO. Cabe às autoridades locais a selecção da empresa de recolha (parceiro de recolha).
- (134) A autoridade local tem a seu cargo a prestação dos seguintes serviços: recolha das embalagens de papel no âmbito do sistema municipal de recolha de papel usado (n.º 3.1); disponibilização de locais para a colocação de ecopontos e respectivas autorizações (n.º 3.2); disponibilização e manutenção dos ecopontos (n.º 3.3); recepção de embalagens em ecocentros, centros de materiais usados, etc. (n.º 3.4); garantia de qualidade das embalagens e assunção dos custos de pós-triagem, quando necessária, das embalagens recebidas nos ecocentros (n.º 3.5). Por seu lado, através da celebração de contratos

bilaterais com as empresas de reciclagem, a ARO assume a garantia de reciclagem de acordo com o disposto no decreto das embalagens (n.º 3.6).

- (135) O n.º 3.7 regula a cedência da propriedade das embalagens: relativamente à recolha de embalagens do sector doméstico e dos estabelecimentos equiparados, a propriedade é transferida para a ARO quando a autoridade local entrega as embalagens no ponto de recolha selectiva da ARO. A propriedade das embalagens com recolha supervisionada em ecocentros, centros de materiais usados e outros locais é transferida para a ARO quando a empresa de recolha acreditada efectua a recolha. Se o transporte estiver a cargo da autoridade local, a propriedade só será transferida para a ARO, quando a autoridade local efectua a entrega no ponto de recolha selectiva da ARO.
- (136) Por esse motivo, a autoridade local tem de respeitar as disposições da ARO relativas às embalagens de papel. Caso contrário, terá um motivo grave para rescindir o contrato sem pré-aviso. As embalagens de papel podem ser separadas dos materiais equiparados de não embalagens ou recicladas juntamente com estes.
- (137) Ao abrigo do n.º 5.1, o contrato entra em vigor em 1 de Janeiro de 2002, por tempo indeterminado e não pode ser denunciado antes de 31 de Dezembro de 2003, devendo ser respeitado um pré-aviso de seis meses. É possível a resolução do contrato sem pré-aviso por motivo grave.
- (138) O contrato não contém disposições que impeçam a outros sistemas de recolha e de reciclagem a utilização dos ecopontos integrados no sistema municipal de recolha de papel velho. De acordo com declarações da ARO, no sector equiparado ao doméstico, a ARO limita-se a comprar determinadas quantidades de papel recolhidas pelo sistema municipal, pelo que não vê qualquer razão para que as autoridades locais não celebrem contratos do mesmo teor com outros sistemas de dispensa.

V. COMPROMISSOS PROPOSTOS

- (139) Relativamente a alguns elementos dos contratos notificados, a Comissão exprimiu algumas reservas a nível da concorrência. As partes propuseram os seguintes compromissos durante o processo:
- Compromisso 1: a ARGEV e a ARO renunciam a partir de 29 de Novembro de 2000 à aplicação das cláusulas preferenciais acordadas no âmbito dos acordos complementares ou dos aditamentos aos contratos de recolha, celebrados com as empresas de recolha com as quais mantêm relações contratuais.
 - Compromisso 2: a ARA compromete-se a não fazer valer os seus direitos sobre a marca «Ponto verde» contra as empresas sediadas na Áustria ou em países terceiros, a) que aderem com embalagens marcadas ou embalagens do mesmo tipo aos sistemas de recolha e de reciclagem na aceção da

Directiva 94/62/CE relativa a embalagens e resíduos de embalagens, os quais obrigam a utilizar o símbolo «Ponto verde» e b) que são obrigadas a apor o símbolo «Ponto verde» por razões de regulação. Esta obrigação é aplicável na condição de a empresa poder provar que procede, na Áustria, (quer por via de um sistema individual de gestão de resíduos de embalagens na aceção do respectivo decreto, quer por via da adesão a um sistema de recolha e de reciclagem autorizado) à recolha ou reciclagem das embalagens marcadas com o símbolo «Ponto verde», em conformidade com o decreto das embalagens (publicado no Bundesgesetzblatt n.º 648/1996, versão em vigor) e que, por contrato, concede à ARA os respectivos direitos de controlo. Os direitos de controlo não podem exceder as competências de controlo garantidas pelo contrato-modelo da ARA. A ARA compromete-se a exercer estes direitos de controlo sem impor exigências mais rigorosas no que diz respeito à comprovação da conformidade da recolha e da reciclagem (nos termos do decreto aplicável) que excedam a obrigação de comprovação da empresa perante as autoridades responsáveis pela execução e cumprimento do mesmo decreto.

- Compromisso 3: a ARGEV não impede as autoridades locais e/ou as empresas de recolha de prestarem serviços a concorrentes do sistema ARA. A ARGEV não impede ainda às autoridades locais e/ou as empresas de recolha a celebração e execução de contratos com concorrentes do sistema ARA que visem a utilização conjunta de ecopontos ou de outros equipamentos de recolha selectiva e/ou de triagem de embalagens usadas procedentes do sector doméstico e de estabelecimentos equiparados. Este compromisso não restringe o direito da ARGEV de impor diferentes modelos contratuais para o sistema de recolha e de reciclagem utilizado em conjunto, nem de adoptar, não obstante a utilização conjunta, as medidas que considerar necessárias para cumprir as suas obrigações legais e decorrentes da decisão de autorização, enquanto sistema de recolha e de reciclagem de resíduos. Além disso, o compromisso só é aplicável nas seguintes condições:
 - a) As autoridades locais e/ou os operadores de recolha aceitam contribuir proporcionalmente para as contrapartidas financeiras, a pagar pela ARGEV, relativas à disponibilização e à exploração de equipamentos de recolha/triagem e/ou à recolha/triagem, de acordo com a utilização dos ecopontos e outros equipamentos, bem como pagar proporcionalmente à ARGEV os demais custos directamente imputáveis à recolha/triagem (ou seja, os custos pelo estudo e análise correntes e pela exploração do sistema utilizado em conjunto, os custos dos honorários dos consultores em engenharia de resíduos, os custos das actividades de I & D, etc.); a ARGEV irá recorrer a um revisor oficial de contas independente para certificar o montante e a imputabilidade dos custos facturados;

- b) As autoridades locais e/ou as empresas de gestão dos resíduos aceitam pagar à ARGEV os custos adicionais incorridos pelas empresas do sistema ARA e/ou pelos seus parceiros contratuais na sequência da utilização conjunta (como, por exemplo, custos adicionais de análise ou de triagem com vista a salvaguardar a qualidade das embalagens recolhidas e entregues para reciclagem em nome da ARGEV). A ARGEV irá recorrer a um revisor oficial de contas independente para certificar o montante e a imputabilidade dos custos passíveis de serem financiados. Não são incluídos os custos incorridos adicionalmente pelas empresas do sistema ARA e/ou parceiros contratuais, resultantes de uma mera diminuição das quantidades sob contrato. A aplicação deste compromisso processa-se em função das necessidades, através de acordos complementares ao respectivo contrato de prestação de serviços.

— Compromisso 4: a ARGEV e a ARO denunciarão os seus contratos com os parceiros de recolha ao fim de três anos se as partes contratuais não chegarem a acordo sobre a prorrogação da relação contratual por um período máximo de dois anos. O mais tardar, após cinco anos de vigência do contrato, a ARGEV e a ARO lançarão um concurso transparente e objectivo (todo o tipo de concursos, convite à apresentação de propostas, etc.) com vista a renovar a adjudicação dos contratos de prestação de serviços.

VI. MERCADO RELEVANTE

- (140) Tanto em termos do serviço em causa como em termos geográficos, os mercados relevantes são seguidamente definidos com base na apreciação dos acordos objecto do presente processo.

Mercado do produto relevante

- (141) O mercado do produto relevante engloba todos os produtos e/ou serviços que, do ponto de vista das suas características, dos seus preços e da sua utilização prevista, são considerados substituíveis pelos consumidores.
- (142) O objecto do sistema ARA consiste na organização e na exploração na Áustria de um sistema com cobertura nacional destinado à retoma de embalagens usadas. Os acordos subjacentes ao sistema ARA têm efeitos económicos a diferentes níveis da cadeia de valor acrescentado. Além disso, no âmbito dos acordos celebrados no seio do sistema ARA, é estabelecida uma distinção entre os diferentes tipos de embalagens e os diferentes locais de afluxo das embalagens a eliminar. A apreciação, à luz do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE, de cada um dos acordos e dos respectivos locais de afluxo de embalagens deverá processar-se com base em diferentes mercados relevantes autónomos.

1. Mercados das soluções individuais de recolha e reciclagem de embalagens

- (143) Através da exploração do sistema de recolha e reciclagem, a ARA possibilita aos seus parceiros a «dispensa» das obrigações que lhes incumbem ao abrigo do decreto das embalagens no que se refere às embalagens sob contrato (o chamado «contrato de dispensa»), intervindo assim na qualidade de mandatária dos seus parceiros face às ERS responsáveis pela retoma e reciclagem das embalagens. As empresas que procuram estes serviços são as que são obrigadas a proceder à recolha e reciclagem das embalagens ao abrigo do decreto das embalagens.
- (144) Uma vez que intervém na qualidade de mandatária das empresas legalmente obrigadas, a ARA é simultaneamente parte interessada nos serviços de organização de um sistema de dispensa. O serviço de dispensa é oferecido pelas ERS que são acreditadas pelos poderes públicos. Tanto a actividade de mandatária da ARA como a exploração do sistema de dispensa pelas ERS deverão ser classificadas, do lado da oferta, ao mesmo nível da cadeia de valor acrescentado. Se a ARA não interviesse como mandatária, as ERS poderiam oferecer directamente os serviços de dispensa às empresas legalmente obrigadas. Uma vez que, nessa medida, a ARA e as ERS operam num mercado único, a análise que se segue parte da oferta de um serviço de dispensa por parte do sistema ARA.
- (145) As empresas que não pretendem aderir a um sistema de cobertura nacional de recolha e reciclagem são individualmente responsáveis pelo cumprimento das suas obrigações ao abrigo do decreto das embalagens. O mesmo é aplicável aos locais de grande afluxo de embalagens inscritos, no que se refere às embalagens produzidas. Contudo, as empresas que não participam no sistema poderão sempre incumbir terceiros da execução das tarefas de gestão das embalagens usadas que lhes competem. Tal leva a que esses terceiros ofereçam serviços de organização da recolha e da reciclagem de embalagens usadas exigidos pelo decreto das embalagens (as chamadas «soluções individuais de gestão de resíduos de embalagens»).
- (146) Não é necessário apurar definitivamente se os sistemas de dispensa e as soluções individuais operam no mesmo mercado ou em mercados diferentes se bem que adjacentes. Tal como referido, nenhuma das duas definições do mercado a nível dos acordos em apreço, implica restrições da concorrência na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE. Nessa medida poderá ser deixada em aberto uma definição exacta do mercado ou dos mercados quanto à organização dos serviços de retoma e de reciclagem de embalagens usadas.

- (147) O mercado em que operam os sistemas de dispensa e as soluções individuais poderá ser denominado sucintamente «mercado de sistemas». O mercado de sistemas limita-se às embalagens usadas, uma vez que ao abrigo das obrigações específicas previstas no decreto das embalagens para o lado da procura, é possível distinguir claramente as embalagens dos restantes resíduos.
- (148) No seio deste mercado de sistemas, existem, em função do local de afluxo das embalagens, à seguinte distinção entre mercados relevantes:
- (149) O sistema ARA oferece, por um lado, a participação num sistema destinado à gestão de embalagens usadas procedentes dos consumidores finais do sector doméstico e sectores afins. Por outro lado, o sistema ARA oferece a possibilidade de beneficiar de um sistema destinado à gestão de embalagens procedentes do sector do comércio e da indústria. O sistema ARA recebeu autorizações de exploração distintas para os sistemas de gestão dos resíduos domésticos e os sistemas de gestão dos resíduos industriais.
- (150) Uma empresa que solicita uma dispensa das obrigações do decreto das embalagens coloca no mercado embalagens provenientes tanto do sector doméstico, como do sector do comércio/indústria ou em quantidades limitadas de ambos os sectores. Essa empresa só pode, por conseguinte, participar num sistema de recolha e de reciclagem apto a servir os locais de afluxo em causa. Na perspectiva da empresa que solicita a dispensa, a participação com embalagens num sistema destinado a embalagens do sector doméstico e a participação num sistema para embalagens do sector empresarial com vista a obter uma dispensa das obrigações que lhe incumbem por força do decreto das embalagens não constituem opções substituíveis.
- (151) Do lado da oferta, a organização de um sistema que visa a «dispensa» dos parceiros tem de se orientar basicamente pelas disposições legais que estabelecem uma distinção entre os sistemas domésticos e os sistemas empresariais, aos quais são impostos diferentes requisitos. Os dois campos de actividade deverão ser separados do ponto de vista organizacional ou pelo menos em termos contabilísticos (considerando 41) e apenas os sistemas para as embalagens do sector doméstico tendem a atingir uma quota de recolha tão elevada quanto possível, estando sujeitos à obrigação de celebração de contratos e de apresentação de relatórios. Estão ainda sujeitos a um controlo mais alargado (considerando 40).
- (152) Tendo em conta o que precede, a Comissão conclui que, na perspectiva do operador do sistema, o serviço de dispensa que é oferecido a uma empresa no âmbito de um sistema de gestão de embalagens do sector doméstico não é permutável no plano funcional com o serviço que é oferecido às empresas no âmbito de um sistema para embalagens procedentes do sector empresarial.
- (153) É desnecessária uma subdivisão mais pormenorizada de ambos os mercados relevantes de acordo com as diferentes fracções de materiais (por exemplo, papel, vidro), uma vez que tal em nada afectaria a apreciação em matéria de concorrência à luz do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE.
- (154) A Comissão conclui, assim, que em relação à organização de sistemas de gestão de embalagens usadas («mercado de sistemas»), o mercado dos sistemas das embalagens do sector doméstico deverá ser considerado separadamente do sistema de gestão das embalagens usadas do sector empresarial.
- ## 2. Mercados da recolha e triagem de embalagens usadas
- (155) No seio do sistema ARA existem algumas ERS às quais compete a organização da recolha das embalagens usadas. Uma vez que não procedem directamente à gestão das embalagens, essas ERS procuram entidades que lhes possam prestar esse serviço. As entidades que oferecem serviços de gestão de resíduos são as empresas especializadas na gestão de resíduos e as autoridades locais («entidades gestoras»).
- (156) No caso da recolha e da triagem de embalagens usadas, é importante proceder a uma apreciação separada por fracções de materiais, por um lado, e por sectores doméstico e empresarial, por outro.
- (157) No caso das embalagens de papel, cartão simples e canelado procedentes do sector doméstico, a recolha é feita em conjunto com outros resíduos de material semelhante (jornais, revistas, etc.). A recolha é feita pelas autoridades locais. Por esse motivo, estas autoridades celebram igualmente contratos com empresas de recolha. A ARO limita-se a adquirir determinadas quantidades junto dos serviços municipais de recolha de papel velho. Os serviços municipais de recolha de papel velho já existiam antes da criação do sistema ARA. O papel velho tem predominantemente um preço de mercado positivo. Por regra, os resíduos de papel e cartão são depositados em contentores (papelões) colocados em espaços municipais, donde são posteriormente recolhidos. No caso de ser necessária uma triagem subsequente, o processo é relativamente simples. Devido a estas particularidades, a Comissão parte do princípio que existe um mercado delimitado para a recolha e triagem dos resíduos de papel e cartão procedentes do sector doméstico, que abrange não apenas as embalagens de papel e cartão, mas também jornais, revistas e todos os outros tipos de resíduos de papel. As embalagens de papel e cartão procedentes do sector do comércio e da indústria são aceites em estações de reciclagem ou em centros de recolha de materiais usados, ou depositadas em postos de retoma criados pelos sistemas ou ainda recolhidas directamente junto dos locais de grande afluxo. A empresa de recolha celebra um contrato com a ARO, com sistemas da concorrência ou com o local de grande afluxo. São mínimas as sobreposições com os serviços de recolha vocacionados para o sector doméstico.

- (158) No caso do vidro existem particularidades que justificam igualmente que se proceda a uma delimitação do mercado em função desta fracção de material. A recolha de vidro usado já era praticada antes da criação do sistema ARA. Por regra os recipientes de vidro usados são depositados pelos consumidores em contentores (vidrões) colocados em espaços municipais de onde são posteriormente recolhidos (sistema ecoponto). Uma eventual triagem subsequente é relativamente simples. O vidro usado tem um preço de mercado positivo. A recolha limita-se em grande medida aos resíduos de vidro do sector doméstico.
- (159) A recolha de embalagens leves (em especial, de plástico, materiais compósitos, alumínio, folha-de-flandres e aço) separada da recolha dos restantes resíduos urbanos (RU) só se iniciou, pelo contrário, após a criação do sistema ARA. Estas embalagens são depositadas em ecopontos colocados nas imediações das habitações ou em sacos distribuídos aos consumidores e posteriormente recolhidas através de um sistema «porta-a-porta». As embalagens leves de plástico e de materiais compósitos têm predominantemente um preço de mercado negativo. Daí que as condições de recolha e triagem de embalagens do sector doméstico pertencentes a esta fracção de material difiram em grande medida do ponto de vista da gestão de resíduos das condições que prevalecem no caso da recolha de embalagens usadas de papel e de vidro, inclusivamente no caso das embalagens procedentes do comércio e da indústria.
- (160) Uma vez que no caso da recolha de embalagens leves procedentes do sector doméstico é normalmente necessário dar cobertura directa a todas as habitações, produzem-se fortes efeitos de rede, ou seja, efeitos de escala e de integração de sistemas. Estas condições específicas da oferta fazem com que, por regra, os locais de afluxo de embalagens do sector doméstico só possam ser servidos em condições economicamente viáveis por um número limitado de empresas de recolha de resíduos. Refira-se ainda que, neste caso, apenas pode ser disponibilizado, por regra, um único contentor de recolha por cada grupo de material. Os locais de afluxo da indústria e do comércio, pelo contrário, são bem menos numerosos e, devido ao elevado volume de resíduos de embalagens gerado, podem mais facilmente ser servidos por diferentes empresas de gestão de resíduos.
- (161) Além disso, em termos do valor dos materiais de base, as embalagens de venda procedentes do sector doméstico distinguem-se em grande medida das embalagens que afluem no comércio e na indústria. Com efeito, os consumidores finais privados geram diferentes fracções de materiais em pequenas quantidades, sendo por estes eliminadas indistintamente, o que faz com que tenham de ser posteriormente sujeitas a uma triagem em instalações próprias capital-intensivas. As embalagens do comércio e da indústria que afluem, por regra, em grandes quantidades e são previamente sujeitas a triagem em diferentes fracções de materiais, não necessitam de instalações de triagem com uma semelhante configuração técnica.
- (162) Tendo em conta o que precede, não existe uma substituíbilidade no plano funcional entre os serviços de recolha e triagem das embalagens do sector privado e os serviços destinados às embalagens do sector empresarial.
- (163) O mercado da recolha e triagem de embalagens usadas do sector doméstico deverá ser separado dos serviços de gestão dos restantes resíduos urbanos que, após a adopção do decreto das embalagens, se inserem igualmente na área de competência das autoridades locais responsáveis pela gestão de resíduos. O mercado da recolha e triagem de embalagens usadas distingue-se desses serviços devido a um perfil de prestações bem mais alargado, visto que a triagem das embalagens por tipos de material efectuada neste mercado se inscreve, de acordo com disposições específicas e após disponibilização dos materiais recuperáveis com vista à sua posterior reutilização, numa cadeia de valor acrescentado independente que, por regra, pressupõe investimentos mais elevados e mais orientados para a procura em instalações de triagem adequadas. Além disso, para os diferentes sectores existem infra-estruturas de recolha independentes, já que os resíduos urbanos são recolhidos em contentores diferentes dos utilizados para as embalagens usadas.
- (164) No sector doméstico é, por conseguinte, possível distinguir os seguintes mercados: mercado de recolha de papel velho, mercado de recolha de recipientes de vidro usados e mercado de recolha e triagem de embalagens leves.
- (165) No sector empresarial, as empresas que procuram serviços de gestão de resíduos são as ERS que se ocupam da recolha (ARGEV e ARO) bem como os sistemas da concorrência. Os sistemas procuram apenas serviços de gestão de resíduos para embalagens e não podem substituir essa procura por outros serviços de gestão de resíduos devido às exigências legais. Procuram igualmente estes serviços as entidades com soluções individuais de recolha e os locais de grande afluxo. Nesses locais afluem tanto resíduos de embalagens como outros resíduos do comércio e da indústria. Na perspectiva das empresas interessadas, devido ao carácter particular das obrigações legais aplicáveis à gestão de embalagens, essa gestão não é, porém, substituível pelos serviços de gestão destinados aos restantes resíduos procedentes do comércio e da indústria.
- (166) Igualmente na opinião dos prestadores de serviços de gestão de resíduos existem diferenças consideráveis entre a gestão das embalagens e a gestão dos restantes resíduos do comércio e da indústria. É certo que as exigências de gestão em termos logísticos (local de afluxo, frequência de recolha, características dos resíduos) são em parte comparáveis, mas as diferentes obrigações legais produzem igualmente efeitos a nível da recolha e da triagem. Os resíduos de embalagens estão sujeitos a disposições relativas à sua eliminação que as empresas de recolha e de triagem têm de cumprir. Por esse motivo, essas empresas são obrigadas, face às empresas que as contratam, a comprovar e a documentar a recolha e a preparação para fins de reciclagem de determinadas quantidades mínimas. Tal exige uma planificação que não se limita aos resíduos gerados, mas que deverá além disso garantir um fluxo contínuo e suficiente de resíduos. Devido à exigência de comprovar as quantidades integradas no sistema é dificultada, além disso, a recolha nos mesmos contentores das embalagens e dos resíduos não

provenientes de embalagens compostos pelas mesmas fracções de materiais. Essa possibilidade ou é excluída pela empresa contratada ou é necessário proceder a uma repartição percentual que satisfaça os requisitos legais em termos da obrigação de comprovação das respectivas quotas.

- (167) Deve assim concluir-se que o mercado da recolha e da triagem das embalagens dos sectores empresariais e o mercado da gestão dos restantes resíduos industriais são mercados distintos. Poderá ser deixada em aberto a questão de saber se, relativamente ao mercado da recolha e triagem das embalagens do sector empresarial, deve ser feita uma distinção em função das fracções de materiais, uma vez que tal não é pertinente para a apreciação em matéria de concorrência à luz do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE.
- (168) Tendo em conta o que precede, a Comissão conclui que, além dos mercados do sector doméstico, existe um mercado da recolha e triagem das embalagens usadas dos sectores empresariais. É desnecessário proceder a uma subdivisão mais pormenorizada em função das cadeias elementares de valor acrescentado (por exemplo, recolha, transporte, triagem) por tal não conduzir a uma apreciação diferente em matéria de concorrência à luz do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE.

3. Mercados dos serviços de reciclagem e das matérias-primas secundárias

- (169) Nos mercados da reciclagem de resíduos e/ou da oferta de matérias-primas secundárias, o sistema ARA intervém na medida em que as ERS (à excepção da ARGEV) organizam para os materiais recuperáveis integrados no seu sistema uma reciclagem dos elementos constituintes com carácter contínuo e independentemente da respectiva posição de mercado nos termos das disposições do decreto das embalagens. As empresas de reciclagem submetem os materiais recicláveis, na qualidade de parceiros contratuais das ERS, a uma reciclagem de acordo com o disposto no decreto das embalagens.
- (170) Há que considerar que existem mercados separados em função das diferentes fracções de materiais. A nível da reciclagem haveria ainda que considerar um único mercado composto pelas embalagens do sector doméstico e do sector industrial da mesma fracção de material, uma vez que as exigências técnicas e económicas que se colocam à reciclagem são, em grande medida, idênticas. Assim, além das embalagens, podem incluir-se no mesmo mercado outros produtos recicláveis da mesma fracção de material. Poder-se-ia assim incluir nas embalagens de papel e de cartão os jornais e as revistas.
- (171) Por outro lado, a simples organização das operações de reciclagem de uma determinada fracção de material pelas ERS, a realização efectiva da reciclagem dos materiais recuperáveis e a oferta de matérias-primas secundárias constituem um mercado do produto a diferentes níveis.

Mercado geográfico

- (172) O mercado geográfico relevante compreende a área em que as empresas em causa oferecem produtos ou serviços, em que as condições da concorrência são suficientemente homogéneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido sobretudo ao facto das condições de concorrência serem manifestamente diferentes nessas áreas.
- (173) A Comissão parte assim do princípio que as condições objectivas da procura e da oferta nos mercados relevantes no caso em apreço se distinguem claramente das condições que prevalecem noutras regiões do mercado comum. Na aplicação das regras comunitárias em matéria de concorrência aos mercados dos produtos abrangidos pelo sistema ARA convirá, por conseguinte, limitar os mercados de sistemas e os mercados da recolha e triagem ao território da República da Áustria.
- (174) Quanto aos serviços de reciclagem e de oferta de matérias-primas secundárias, a Comissão entende que, em certa medida, estes mercados já denotam manifestamente uma tendência para a internacionalização e compreendem elementos transfronteiriços, pelo que se deverá partir do Espaço Económico Europeu enquanto mercado geográfico relevante. Nessa medida, poderá ser deixada em aberto uma delimitação exacta do mercado geográfico relevante.

VII. ESTRUTURA DO MERCADO

- (175) O número de parceiros do sistema ARA elevava-se em 1997 a 10.994, em 1998 a 11.479, em 1999 a 12.027, em 2000 a 12.295 e em 2001 a 12.652. As receitas dos contratos de licenciamento da ARA situaram-se em 1997 em 2.608,1 milhões de xelins austríacos (189,6 milhões de euros), em 1998 em 2.673,0 milhões de xelins austríacos (194,2 milhões de euros), em 1999 em 2.694,2 milhões de xelins austríacos (195,8 milhões de euros), em 2000 em 2.543,3 milhões de xelins austríacos (184,8 milhões de euros) e em 2001 em 162,7 milhões de euros.
- (176) No que se refere ao sector doméstico, o sistema ARA constitui o único sistema de recolha e reciclagem da Áustria que cobre todo o país e todas as fracções de materiais (à excepção dos pacotes de bebidas de materiais compósitos).
- (177) No sector doméstico, além da ARA apenas a Ökò-Box Sammel GmbH opera um sistema de recolha e reciclagem com cobertura nacional destinado a resíduos de embalagens leves de bebidas, cooperando com a ARGEV, por forma a assegurar serviços de recolha à escala nacional. Além disso, a Bonus Holsystem für Verpackungen GmbH & Co. KG opera um sistema de recolha de resíduos destinado a embalagens do sector da construção civil deixadas junto do consumidor final privado e no sector agrícola junto do agricultor.

- (178) No sector doméstico não são operadas a uma escala representativa soluções individuais para a gestão de resíduos de embalagens na acepção do n.º 6 do artigo 3.º do decreto das embalagens.
- (179) No sector das embalagens utilizadas no comércio e na indústria, o sistema ARA tem alguns concorrentes que, contudo, devido à sua importância económica, não são comparáveis com o sistema ARA, nomeadamente, as empresas:
- EVA Erfassen und Verwerten von Altstoffen GmbH (EVA), uma filial do grupo alemão INTERSEROH, responsável pela recolha e reciclagem de resíduos de metal, plástico, papel, madeira, materiais compósitos,
 - Bonus Holsystem für Verpackungen GmbH & Co. KG (Bonus) (antiga FRS Folien-Rücknahme-Service GmbH & Co. KG), de Kufstein, responsável pela gestão de embalagens de metal, plástico, papel, madeira e fibras têxteis, limitando-se todavia às embalagens que ficam junto do consumidor final do sector do comércio/indústria (e no sector da construção civil junto do consumidor final privado e no sector agrícola igualmente junto do agricultor),
 - RUG Raiffeisen Umweltgesellschaft mbH, de Kornneuburg, responsável pela gestão de garrafas de vinho reutilizáveis e de películas usadas na agricultura,
 - GUT Dr. Klaus Galle Umwelttechnik & Ökoconsulting (GUT), de Klosterneuburg, responsável pela gestão de embalagens de metal, plástico, papel, madeira, materiais compósitos e biogénicos,
 - Pape Entsorgung GmbH & Co. KG, de Hannover, Alemanha, responsável pela gestão de embalagens de acessórios de marca da indústria automóvel.
- (180) Apenas as empresas EVA, BONUS e GUT dispõem de uma autorização do sistema para todo o sector empresarial.
- (181) Além disso, existem soluções individuais para a gestão de resíduos de embalagens destinadas, entre outros, aos chamados locais de grande afluxo.
- (182) Quadros relativos ao volume de embalagens licenciadas e recolhidas

Quantidades licenciadas/Volume de embalagens recolhidas no sistema em 2001 ⁽⁹⁾

	Volume de mercado (quantidade total de embalagens colocadas no mercado na Áustria), em toneladas	Quantidades licenciadas de outros sistemas, em toneladas	Quantidades licenciadas do sistema ARA, em toneladas	Percentagem das embalagens licenciadas pela ARA face ao volume total das embalagens colocadas no mercado na Áustria), em percentagem
Papel, cartão	535 000	13 300	[...]* (*)	[... 50-60 % ...]*
Vidro	230 000	0	[...]*	[... 80-90 % ...]*
Madeira	70 000	1 600	[...]*	[... 65-75 % ...]*
Cerâmica	28	0	[...]*	[... 90-100 % ...]*
Metal	85 000	900	[...]*	[... 50-60 % ...]*
Fibras têxteis	—	34	[...]*	[... 15-25 % ...]*
Plástico	210 000	7 100	[...]*	[... 50-60 % ...]*
MC ⁽¹⁰⁾	40 000	23 600	[...]*	[... 15-25 % ...]*
Outros	—	54	0	[... 0-10 % ...]*
Total	1 170 028	46 700	[...]*	[... 55-65 % ...]*

— = informações não disponíveis.

(*) Partes deste texto foram omitidas a fim de garantir a não divulgação de informações confidenciais. Essas partes estão entre parênteses rectos e marcadas com um asterisco.

⁽⁹⁾ Os dados contidos neste quadro foram fornecidos pelo Ministério Federal da Agricultura e Serviços Florestais, Ambiente e Gestão de Recursos Hídricos da Áustria e referem-se à situação em 2001.

⁽¹⁰⁾ Materiais compósitos.

Quantidade de resíduos de embalagens integrados em sistemas em 2001 ⁽¹¹⁾

	Quantidade de resíduos integrados no sistema ARA, em toneladas	Quantidade de resíduos recolhidos por outros sistemas	Quantidade de resíduos, anexo 3 (= comércio e indústria)	Deposição em aterro e incineração	Total	Parte da ARA do volume de resíduos de embalagens integrados nos sistemas, em percentagem
Papel, cartão	297 400	11 500	102 200	92 000	503 100	59 %
Vidro	174 400	0	900	39 000	214 300	81 %
Madeira	15 600	600	12 100	40 000	68 300	23 %
Cerâmica	9	0	0	0	9	100 %
Metal	29 500	700	4 600	27 000	61 800	48 %
Fibras têxteis	7	27	300	0	334	2 %
Plástico	102 800	6 000	6 900	78 000	193 700	53 %
MC ⁽¹²⁾	5 000	17 200	100	5 000	27 300	18 %
Outros	0	45	200	0	245	0 %
Total	624 716	36 072	127 300	281 000	1 069 088	58 %

VIII. OBSERVAÇÕES DE TERCEIROS

(183) Após a publicação da comunicação, nos termos do n.º 3 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17 e do artigo 3.º do Protocolo 21 do Acordo EEE, um total de oito interessados apresentaram as suas observações à Comissão, as quais se centram nos aspectos seguidamente expostos.

(184) Alguns interessados propuseram que os compromissos a assumir pela ARA fossem assegurados mediante obrigações, as quais diriam particularmente respeito à utilização conjunta das infra-estruturas de recolha de

resíduos provenientes do sector doméstico. Alegaram igualmente que o alcance dos compromissos não seria suficiente.

(185) Foi ainda referido que o sistema ARA procede a subvenções cruzadas entre o sector empresarial e o sector doméstico, em detrimento deste último, com o intuito de excluir do mercado as empresas da concorrência. Tanto a nível das tarifas como a nível da contabilidade analítica não haveria uma separação clara entre ambos os sectores. Por esse motivo, deveria ser interdito à ARA o desenvolvimento de actividades a nível das embalagens procedentes do sector empresarial.

(186) Por fim, foi referido que a ARA privilegiaria determinados grupos de parceiros do sistema, reembolsando-os de modo especial, enquanto que os restantes parceiros beneficiariam apenas de reduções tarifárias gerais.

(187) A ARA não notificou a respectiva tabela tarifária. Por essa razão, o sistema tarifário e eventuais subvenções cruzadas não são objecto da presente decisão.

(188) A Comissão procedeu a um exame circunstanciado das observações dos terceiros interessados e, sempre que necessário, tomou-as em consideração na presente decisão.

⁽¹¹⁾ Os dados contidos neste quadro foram fornecidos pelo Ministério Federal da Agricultura e Serviços Florestais, Ambiente e Gestão de Recursos Hídricos da Áustria e referem-se à situação em 2001. Segundo as informações prestadas oralmente pelo funcionário responsável deste ministério, em Junho de 2003, do total de embalagens recolhidas pela ARA, cerca de 1/3 correspondem ao sector doméstico e cerca de 2/3 ao sector empresarial; cerca de 7/10 das embalagens de plástico provêm do sector doméstico e cerca de 3/10 do sector empresarial.

⁽¹²⁾ Materiais compósitos. Os materiais compósitos encontram-se igualmente presentes nos pacotes de bebidas do tipo «Tetra Pak». A Öko-Box recolheu 16 600 toneladas de pacotes de bebidas à base de materiais compósitos e o sistema ARA não recolheu quaisquer pacotes deste tipo.

IX. N.º 1 DO ARTIGO 81.º DO TRATADO CE E N.º 1 DO ARTIGO 53.º DO ACORDO EEE

(189) São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum.

Acordos entre empresas

(190) A ARA e as empresas legalmente obrigadas por força do decreto das embalagens exercem uma actividade económica. Por esse motivo, os acordos de dispensa e de licenciamento celebrados entre a ARA e as empresas legalmente obrigadas constituem acordos entre empresas.

(191) As ERS exercem uma actividade económica. Visto que a ARA apenas detém uma participação de 11 % no capital de algumas ERS, não lhe é possível controlar essas empresas ao abrigo do direito das sociedades. Uma vez que, à excepção da AVM, cujo capital é detido em partes iguais pela ÖKK e pela ARO, não existe uma relação de grupo nem uma relação de empresa-mãe/filial entre as sociedades que participam no sistema ARA, tanto os contratos de gestão de resíduos celebrados entre a ARA e as ERS como os contratos de cooperação celebrados entre a ARGEV e a ÖKK, a ALUREC e a VHP constituem acordos entre empresas na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE.

(192) Para efeitos da prestação efectiva de serviços de recolha, triagem e reciclagem, as ERS celebram, por seu turno, contratos com empresas de gestão de resíduos. Em parte, as autoridades locais intervêm como empresas de gestão de resíduos. Nesse sentido, essas autoridades exercem uma actividade económica. Os contratos celebrados entre as ERS e as empresas de recolha, triagem e reciclagem constituem, assim, acordos entre empresas na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE.

Restrição da concorrência

1. Mercado de sistemas para embalagens do sector doméstico

1.1. Restrição da concorrência através do acordo de dispensa e licenciamento

(193) No mercado de embalagens do sector doméstico, a ARA intervém na medida em que celebra acordos de dispensa e licenciamento com empresas, dispensando dessa forma essas empresas da obrigação, em relação às embalagens licenciadas que são posteriormente recolhidas junto das habitações dos consumidores finais privados, das obrigações de retoma e reciclagem que lhes incumbem por força do decreto das embalagens.

(194) A ARA recorre a diferentes variantes dos acordos de dispensa e licenciamento. Assim, enquanto acordo-modelo é seguidamente analisado em pormenor o «acordo de dispensa e licenciamento para a gestão de resíduos de embalagens de transporte, de venda e embalagens grupadas» («ELV»).

Comprovativo da adesão a um sistema de dispensa paralelo ou do recurso a uma solução individual de gestão de resíduos

(195) Nos termos do n.º 2 da secção I do ELV, apenas são isentos da obrigação de participar nos sistemas de recolha e reciclagem da ARA os parceiros que apresentem a prova de que recorrem a um sistema de dispensa paralelo ou a uma solução individual de gestão de resíduos. Quanto aos requisitos impostos a uma semelhante prova, a ARA comunicou que é suficiente, enquanto comprovativo da adesão a um sistema de dispensa paralelo, um certificado a emitir pelo operador do sistema nos termos do n.º 5 do artigo 3.º do decreto das embalagens e, como comprovativo do recurso a uma solução individual de gestão de resíduos, um atestado de retoma nos termos do ponto 2 do n.º 6 do artigo 3.º do decreto das embalagens para apresentação ao Ministério do Ambiente (considerando 52).

(196) Nos termos do n.º 1 da secção II do acordo ELV, a contrapartida financeira a cobrar ao parceiro do sistema é calculada em função das embalagens que este coloca no mercado nacional. A ARA indicou, contudo, que nos termos do n.º 1 da secção II do ELV se procede de forma a que a tarifa de licenciamento só seja paga pelas embalagens em relação às quais o parceiro do sistema pretende obter uma dispensa através do sistema ARA e cuja quantidade é, por conseguinte, notificada pelo parceiro do sistema ao sistema ARA nos termos do n.º 4 da secção II, como base de cálculo da tarifa de licenciamento (considerando 55). Além disso, o parceiro do sistema pode solicitar uma rectificação com efeitos retroactivos das suas notificações em relação ao ano civil transacto e solicitar um acerto de contas, caso tenha providenciado a gestão de determinadas quantidades por outros meios. Este sistema flexível de cálculo das tarifas de licenciamento é susceptível de levar as empresas que participam no sistema ARA a retirarem uma determinada quantidade de materiais de embalagem após o cálculo da tarifa de licenciamento, sem garantir a respectiva gestão por outros meios. Visto que a ARA, em especial, aceita igualmente a rectificação *a posteriori* das notificações das quantidades de materiais de embalagem, justifica-se, na perspectiva da Comissão, que a ARA impeça um abuso deste sistema flexível de notificação através da exigência de um comprovativo.

(197) Tendo em conta estes factos, a obrigação de apresentação de comprovativos formulada no n.º 2 da secção I do ELV não é contrária ao disposto no n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE.

Utilização do símbolo «Ponto verde»

- (198) Poderia verificar-se uma restrição da concorrência à luz do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE, caso os parceiros do sistema fossem forçados a pagar uma tarifa de licenciamento pelas embalagens marcadas com o símbolo «Ponto verde». Nesse caso colocar-se-iam dificuldades a um parceiro do sistema que apenas recorresse aos serviços de dispensa da ARA para uma parte das embalagens ou que prescindisse completamente do serviço de dispensa na Áustria, mas utilizasse noutros Estados-Membros do EEE uma embalagem normalizada marcada com o símbolo «Ponto verde». Esse parceiro seria então forçado, em relação às quantidades com as quais não participa no sistema ARA, a pagar uma tarifa de licenciamento à ARA além de uma outra tarifa de licenciamento à empresa concorrente ou a introduzir linhas de embalagem e de distribuição separadas, o que não seria viável tanto em termos práticos como económicos.
- (199) O ELV não contém qualquer disposição, segundo a qual as embalagens que participam no sistema ARA e que são colocadas no mercado austríaco têm de ostentar o símbolo «Ponto verde». O decreto das embalagens também não prevê uma semelhante obrigação de marcação para as embalagens que participam num sistema de recolha e gestão de resíduos.
- (200) Além disso, segundo as informações da ARA, a secção II do ELV deve ser entendida no sentido de a obrigação de pagamento dos parceiros do sistema não constituir uma contrapartida pelo direito de utilização do símbolo «Ponto verde», mas sim a remuneração pelo serviço de dispensa prestado pelo sistema ARA. Não se trata, por conseguinte, de uma remuneração pela utilização de um símbolo, mas do pagamento de um serviço de dispensa.
- (201) Tal significa que as empresas poderão participar com uma parte ou com a totalidade das suas embalagens marcadas com o símbolo «Ponto verde» num sistema de dispensa da concorrência ou numa solução individual de gestão de resíduos, sem serem obrigadas, face à ARA, ao pagamento de uma tarifa de licenciamento, desde que comprovem à ARA que as referidas embalagens são eliminadas conforme o disposto no decreto das embalagens.
- (202) Por forma a garantir que a ARA não adoptará quaisquer outras medidas contra empresas que não adiram ao seu sistema, mas que, por força de um contrato com um sistema de recolha e reciclagem de um outro Estado-Membro ou da legislação nacional de um outro Estado-Membro, são obrigadas a apor o símbolo «Ponto verde» nas embalagens que colocam no mercado, a ARA assumiu o compromisso de não levantar objecções no caso de o símbolo «Ponto verde» ser aposto em embalagens não licenciadas pela ARA, desde que as mesmas sejam recicladas de acordo com o estipulado no decreto das embalagens. Este compromisso aplica-se tanto no caso de uma não adesão parcial como no caso de uma não adesão plena ao sistema ARA. Igualmente no caso de uma não participação no sistema ARA, não é exigido que se faça qualquer referência específica a esse facto na embalagem.

- (203) Tendo em conta estes factos, a Comissão conclui que as disposições do ELV no que se refere à utilização do símbolo «Ponto verde» nas embalagens colocadas no mercado não constituem um entrave a actuais ou potenciais sistemas concorrentes de recolha e reciclagem ou a soluções individuais de gestão de resíduos de embalagens do sector doméstico, não conduzindo assim a uma restrição da concorrência na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE.

Direito à rescisão comum dos contratos no caso de parceiros estrangeiros de outros Estados-Membros

- (204) O artigo 7.º da Directiva 94/62/CE estipula que os sistemas de retoma se encontram igualmente abertos a produtos importados, os quais não deverão ser prejudicados de forma alguma. No caso das modalidades e das tarifas aplicáveis ao acesso a esses sistemas não deverá verificar-se qualquer tipo de discriminação. Nesse sentido, o n.º 2 do artigo 32.º da lei relativa à gestão dos resíduos estipula para o sector doméstico uma obrigação de celebração de contratos. Por esse motivo, a ARA não deverá, por princípio, exercer o seu direito de rescisão dos contratos. Porém, se tal devesse ser o caso, como nas situações excepcionais indicadas pela ARA (considerando 60), a ARA está sempre sujeita a um controlo para verificar se houve práticas abusivas. Perante este pano de fundo, não se justifica considerar a possibilidade prevista contratualmente de rescisão comum dos contratos celebrados com parceiros estrangeiros, como uma restrição da concorrência na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE.

1.2. Restrição da concorrência a nível dos acordos entre a ARA e as ERS

- (205) O contrato de gestão de resíduos celebrado entre a ARA e a ARGEV, que foi notificado como acordo-modelo no caso dos contratos celebrados entre a ARA e as ERS prevê, nos termos do seu artigo 5.º, cláusulas de exclusividade tanto a favor da ARA como a favor das ERS. Além disso, o n.º 13 do artigo 6.º do acordo-modelo prevê igualmente uma cláusula preferencial a favor da ARA.

Exclusividade a favor da ARA

- (206) As condições de exclusividade a favor da ARA previstas no n.º 2 do artigo 5.º do contrato de gestão de resíduos celebrado entre a ARA e as ERS e válidas para toda a vigência do contrato têm por consequência que potenciais concorrentes da ARA não possam celebrar contratos com as ERS que são as detentoras das autorizações concedidas ao abrigo do sistema. Esta não constitui, contudo, uma condição pertinente do ponto de vista da concorrência para a entrada no mercado dos sistemas. É bem mais decisivo que as empresas da concorrência possam celebrar contratos com empresas que procedem efectivamente à recolha e triagem. Esse mercado situado a jusante do mercado dos sistemas é examinado mais em pormenor nos pontos que se seguem.

(207) A análise da cláusula de exclusividade prevista no artigo 5.º do contrato de gestão de resíduos mostra que esta não conduz a uma restrição significativa da concorrência na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE.

Exclusividade a favor das ERS

(208) A exclusividade prevista a favor das ERS no n.º 1 do artigo 5.º do contrato significa que nenhuma outra empresa se poderá tornar uma ERS no sistema ARA e dessa forma beneficiar dos serviços de mandatária da ARA. Uma vez que as empresas da concorrência não pretendem celebrar contratos com a ARA mas com as empresas legalmente obrigadas, não existe qualquer interesse em recorrer ao serviço da ARA. Por conseguinte, também neste caso a Comissão conclui que não se verifica qualquer restrição significativa da concorrência na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE.

(209) Refira-se ainda que a cada ERS são atribuídos determinados grupos de materiais e determinadas operações de gestão de resíduos. Nos termos do n.º 3 do artigo 5.º do contrato de gestão de resíduos, cada ERS compromete-se a não prestar directamente quaisquer serviços de gestão que se inscrevam na área de competência de outras ERS. Dessa forma, as ERS não podem entrar em concorrência directa, o que se repercute, em primeira instância, a nível da organização no seio do sistema ARA. Fora do sistema ARA, esta disposição não tem qualquer efeito que transcenda a exclusividade descrita. É certo que no seio do sistema ARA se assiste a uma restrição suplementar da margem de manobra das ERS. Essa restrição é, contudo, justificável, dada a necessidade de uma atribuição clara de competências e de uma especialização de funções no seio do sistema. Sem uma delimitação clara das áreas de competência não seria possível, a nível do sistema, a execução eficiente de tarefas como a adjudicação de contratos a empresas de recolha, de triagem e de reciclagem ou o cumprimento das disposições relativas às quotas. Saliente-se também que a obrigação de observância por parte das ERS das áreas de competência que lhes são atribuídas deixa de ser válida após o termo do contrato. Por esse motivo, o disposto no n.º 3 do artigo 5.º do contrato de gestão de resíduos não contraria as condições estipuladas no n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE.

Cláusula preferencial

(210) Conviria ainda analisar se a cláusula preferencial prevista no n.º 13 do artigo 6.º do contrato de gestão de resíduos celebrado entre a ARA e as ERS, segundo a qual as ERS não poderão oferecer ou prestar serviços a terceiros em condições mais vantajosas do que as que prevalecem para a ARA ou para os respectivos parceiros, constitui uma restrição significativa da concorrência na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE no mercado dos sistemas. A cláusula preferencial não poderá produzir quaisquer efeitos paralelamente à cláusula de exclusividade uma vez que, ao abrigo da cláusula de exclusividade, é interdito às ERS cooperar com um outro sistema de

recolha que não o sistema ARA. Por esse motivo, não se coloca, por princípio, a questão das condições preferenciais. Assim sendo, a cláusula preferencial em si também não conduz a uma restrição significativa da concorrência na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE.

1.3. Restrição da concorrência através do acordo de cooperação entre a ARGEV e as ERS

(211) A cláusula de exclusividade a favor da ARGEV, incluída no acordo entre a ARGEV e as empresas ÖKK/ALUREC, poderia levar a uma restrição da concorrência caso a mesma impedisse a entrada no mercado de potenciais concorrentes. Nos termos do n.º 15 do contrato de gestão de resíduos celebrado entre a ARGEV e a ÖKK, responsável pela recolha e reciclagem de embalagens de plástico, os parceiros contratuais assumem o compromisso de, durante a vigência do contrato, não criarem nem operarem um outro sistema de recolha e reciclagem de acordo com o decreto das embalagens fora do sistema ARA ou de nele participarem sem o consentimento prévio do outro parceiro contratual. O acordo entre a ARGEV e a ALUREC prevê na sua secção V uma cláusula de exclusividade idêntica.

(212) Fica assim vedado a potenciais concorrentes o acesso à organização da reciclagem e/ou da comercialização de matérias-primas secundárias, mas não o acesso a esse mercado. A estrutura organizativa poderá ser criada pelo próprio concorrente. Também nada aponta para a existência de obstáculos à celebração de contratos entre eventuais concorrentes do sistema ARA e as empresas de reciclagem. A cláusula de exclusividade a favor da ARGEV não conduz a qualquer restrição da concorrência na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE.

2. Mercado de sistemas para embalagens do comércio e da indústria

2.1. Restrição da concorrência através dos acordos de dispensa e de licenciamento (ELV)

(213) O acordo ELV aplica-se tanto ao licenciamento de embalagens do sector doméstico como às embalagens do sector do comércio e da indústria.

(214) Por esse motivo, a análise indicada no ponto 1.1 (considerandos 193 e seguintes) das disposições do ELV relativamente ao comprovativo do recurso a um sistema de dispensa paralelo ou a uma solução individual de gestão de resíduos aplica-se igualmente às embalagens do sector do comércio e da indústria. O compromisso relativo à utilização do símbolo «Ponto verde» poderá aplicar-se na medida em que uma embalagem seja recolhida num outro Estado-Membro pelo menos a título de resíduo doméstico, sendo, por isso, obrigada a ostentar o símbolo «Ponto verde».

(215) Por esse motivo, a Comissão conclui que as disposições relevantes do acordo ELV não conduzem a qualquer restrição da concorrência no mercado dos sistemas de gestão de embalagens procedentes dos sectores do comércio e da indústria, não sendo, nessa medida, abrangidas pelo disposto no n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE.

2.2. Restrição da concorrência através dos contratos de gestão de resíduos celebrados entre a ARA e as ERS

(216) Os contratos de gestão de resíduos celebrados entre a ARA e as ERS, notificados através do contrato entre a ARA e a ARGEV a título de acordo-modelo, referem-se à gestão das embalagens procedentes tanto do sector doméstico como dos sectores do comércio e da indústria. Nessa medida, é possível remeter para a apreciação jurídica, já exposta no considerando 206 e seguintes, das cláusulas de exclusividade problemáticas aplicáveis ao sector doméstico. Tal como no sector doméstico, também no sector do comércio/indústria as cláusulas em apreço não conduzem a uma restrição da concorrência na aceção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE.

2.3. Restrição da concorrência através dos acordos de cooperação entre a ARGEV e as ERS

(217) Nos acordos de cooperação celebrados entre a ARGEV e as ERS, para os quais foram notificados como acordos-modelo os acordos celebrados entre a ARGEV e a ÖKK e entre a ARGEV e a ALUREC, não é estabelecida qualquer distinção entre os sectores doméstico e empresarial. Não existem quaisquer diferenças face à apreciação jurídica efectuada no quadro do exame do mercado da recolha e triagem das embalagens procedentes do sector doméstico (considerando 211 e seguintes). Pelos motivos expostos na referida apreciação, as disposições de exclusividade com efeitos mútuos contidas nestes acordos não constituem qualquer restrição da concorrência na aceção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE.

3. Mercado da recolha e triagem de embalagens usadas do sector doméstico

(218) No mercado da recolha e triagem de embalagens leves usadas do sector doméstico, o sistema ARA intervém sobretudo por intermédio do acordo com os parceiros regionais que a ARGEV celebrou com empresas de recolha e triagem.

(219) Nos acordos da ARGEV, que vigoram desde 1 de Janeiro de 2002, a ARGEV celebrou contratos distintos com as empresas de recolha no que se refere à recolha e triagem das embalagens.

3.1. Restrição da concorrência através dos acordos com os parceiros regionais: ARGEV-parceiros de recolha

Exclusividade a favor do parceiro de recolha

(220) Os acordos com os parceiros de recolha são celebrados entre a ARGEV e um parceiro de recolha para uma determinada zona de recolha em que esse parceiro de recolha beneficia de exclusividade.

(221) Devido à obrigação assumida pela ARGEV de recorrer exclusivamente a um parceiro de recolha para a zona contratual em causa durante a vigência do contrato, as outras empresas de prestação de serviços de recolha de embalagens leves usadas do sector doméstico, devido à posição dominante de mercado que a ARGEV detém do lado da procura (ver considerando 182), não têm possibilidades reais de oferta dos seus serviços.

(222) Ao contratar um único parceiro por zona de recolha, a ARGEV limita as suas possibilidades de procura de serviços de recolha de embalagens leves do sector doméstico. Tal leva a que as empresas concorrentes de serviços de recolha destas embalagens sejam excluídas em termos da oferta face ao cliente mais importante deste tipo de serviços, o que restringe a concorrência do lado da oferta entre os parceiros de recolha nas respectivas zonas contratuais. Mesmo que nos contratos em vigor a partir de 2002 seja feita uma clara separação entre as operações de recolha e de triagem, o sistema ARA implica uma «agregação» da procura. Refira-se ainda que, devido ao carácter uniforme dos acordos de parceria para a globalidade das operações de recolha, as empresas de recolha também prestam simultaneamente serviços de recolha de embalagens do sector empresarial para o sistema ARA.

(223) Os contratos celebrados entre a ARGEV e os parceiros de recolha não são em princípio limitados no tempo e apenas prevêm uma rescisão comum após três anos. No quadro do compromisso 4 referido no considerando 139, a ARGEV obriga-se a rescindir os seus contratos com os parceiros de recolha após três anos, se as partes contratantes não chegarem a um consenso quanto a uma renovação por um período máximo de dois anos. De qualquer modo, após uma vigência contratual de cinco anos, a ARGEV procederá a uma nova adjudicação dos contratos de serviços mediante um processo objectivo. Mesmo que este compromisso evite que as partes contratantes se vinculem a termo incerto, os contratos poderão vigorar até cinco anos. Dessa forma, as empresas de recolha excluídas não têm acesso ao principal cliente durante um período de três a cinco anos, o que restringe de forma significativa a concorrência na zona abrangida pelo contrato.

Dimensão da restrição da concorrência

- (224) A exclusividade a favor dos parceiros de recolha só contraria o disposto no n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE quando afecta a concorrência de forma significativa. A dimensão da restrição da concorrência depende sobretudo da posição dos parceiros contratuais no mercado relevante e do período de vigência da cláusula de exclusividade.
- (225) A ARGEV celebrou para um total de 64 zonas contratuais acordos com parceiros de recolha, criando uma rede de acordos com cobertura nacional. Na Áustria, apenas o sistema ARA dispõe actualmente de um sistema de recolha e reciclagem que cobre todo o território e todas as fracções de materiais no sector das embalagens do sector doméstico, constituindo tanto à escala nacional como nas zonas de recolha respectivas o principal cliente de semelhantes serviços de gestão de resíduos. No domínio das embalagens leves do sector doméstico, apenas a Öko-Box instituiu um sistema concorrente, o qual se limita todavia às embalagens de bebidas em material compósito que representam cerca de 20 % do total de embalagens leves do sector doméstico (ver considerando 182).
- (226) Uma vez que a ARGEV dispõe de uma rede de semelhantes contratos similares que cobre o conjunto do mercado geográfico relevante, a agregação dos vínculos de exclusividade neles previstos impede a terceiros o acesso ao mercado durante a vigência dos contratos. O efeito cumulativo destes contratos tem por consequência a exclusão do mercado das empresas de gestão de resíduos não aderentes.
- (227) Do lado da oferta, há ainda que ter em conta que são sobretudo os aspectos de ordenamento do espaço e de logística das operações de gestão de resíduos que obstam à criação de uma infra-estrutura de recolha junto dos consumidores finais privados a par da já instituída pelos parceiros de recolha da ARGEV (ver considerandos 160, 281 e seguintes). A Öko-Box utiliza ela própria em parte o equipamento das empresas de recolha contratadas pela ARGEV. Quaisquer possibilidades de oferta alternativas para prestadores de serviços de recolha deverão, por conseguinte, ser actualmente consideradas como bastante improváveis. É bem mais realista considerar a possibilidade de um sistema de dispensa que concorra potencialmente com a ARA vir a cooperar com os parceiros de recolha que já hoje prestam serviços de recolha de embalagens para o sistema ARA no quadro dos acordos de parceria para as operações de recolha. Nestas condições, há que considerar improvável que, durante a vigência dos contratos com os parceiros de recolha nas respectivas zonas contratuais, venham a surgir, para os prestadores de serviços de recolha excluídos, novas oportunidades de oferta no mercado relevante.
- (228) Para a apreciação das repercussões da cláusula de exclusividade a nível da concorrência é igualmente decisiva a respectiva duração. Devido ao compromisso 4 (considerando 139) proposto pela ARGEV, os contratos com os parceiros de recolha deverão doravante ser de novo adjudicados após um período máximo de cinco anos. Tal conduz a um período igualmente longo de exclusão de oportunidades de oferta para os prestadores de serviços de recolha não seleccionados na adjudicação dos contratos.
- (229) Por estas razões, a Comissão conclui que a concorrência é afectada de forma sensível pelo regime de exclusividade previsto no contrato a favor dos parceiros de recolha.
- Acesso ao equipamento de recolha dos parceiros de recolha
- (230) Devido ao impasse descrito no considerando 227 que se verifica a nível das infra-estruturas de recolha situadas nas imediações dos consumidores finais privados, reveste-se de grande importância em matéria de concorrência que os concorrentes do sistema ARA possam aceder livremente e sem entraves a essas infra-estruturas. Verificar-se-ia uma restrição da concorrência na aceção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE, caso o acordo com os parceiros de recolha fosse formulado de forma a vedar aos concorrentes do sistema ARA o acesso às referidas infra-estruturas de recolha.
- (231) Os contratos de prestação de serviços não contêm qualquer cláusula de exclusividade a favor da ARGEV, de forma que as empresas de recolha podem igualmente oferecer os seus serviços a outros sistemas de dispensa ou a soluções individuais de gestão de resíduos de embalagens. A renúncia a uma cláusula de exclusividade a favor da ARGEV foi confirmada pela ARGEV no compromisso referido no considerando 139.
- (232) Importa ainda examinar se o acordo com os parceiros de recolha impede os concorrentes do sistema ARA de co-utilizar os contentores dos parceiros de recolha.
- (233) Neste contexto poderia ser problemática a cláusula de propriedade prevista no ponto 2.5.2 do acordo com os parceiros de recolha, segundo a qual o parceiro de recolha assume as embalagens por conta da ARGEV e, dessa forma, só pode proceder face aos produtos recolhidos da ARGEV nas modalidades previstas no acordo. Além disso, a ARGEV paga uma contrapartida financeira para compensar os custos dos ecopontos, reservando-se o direito de impor que quaisquer decisões sobre a colocação dos ecopontos deverão ser tomadas mediante a sua consulta e consentimento. Por força destas disposições, a ARGEV poderia inferir um certo controlo dos ecopontos, se bem que as mesmas não excluam a possibilidade de uma utilização conjunta dos ecopontos. Além disso, a ARGEV esclareceu que não é vedada às empresas de recolha a possibilidade de utilizar o mesmo ecoponto para embalagens destinadas a um outro sistema, desde que tal não afecte o cumprimento das suas obrigações face à ARGEV (considerando 103).

Quanto à cláusula de propriedade, a ARGEV indicou que a mesma apenas se refere às quantidades de embalagens licenciadas para o sistema ARA, não impedindo que os concorrentes do sistema ARA possam aceder sem restrições às embalagens recolhidas no quadro da utilização conjunta dos equipamentos de recolha. A cláusula de propriedade deverá, por conseguinte, ser interpretada no sentido de que não se opõe a uma repartição das quantidades de embalagens recolhidas num único contentor para diferentes sistemas.

- (234) Tendo em conta o que precede não é possível concluir que as disposições dos acordos celebrados com os parceiros de recolha impedem as empresas de recolha de celebrar e executar contratos com concorrentes do sistema ARA relativamente à utilização conjunta do equipamento de recolha. As restrições do compromisso 3 relativo à utilização conjunta encerram, contudo, o risco de a ARGEV poder tentar, sem se basear numa disposição concreta do acordo de parceria, dificultar a abertura dos ecopontos aos concorrentes desejada pelos parceiros. Há que considerar este risco no quadro da decisão sobre se as condições de isenção aplicáveis à cláusula de exclusividade a favor do parceiro de recolha estão reunidas (ver considerando 278 e seguintes).

3.2. Restrição da concorrência através dos acordos com parceiros regionais: ARGEV-parceiros de triagem

- (235) Em virtude da separação que vigora desde 1 de Janeiro de 2002 entre os acordos de recolha e os acordos de triagem, os parceiros de recolha e os parceiros de triagem poderão ser empresas diferentes. Do ponto de vista do conteúdo, os contratos celebrados pela ARGEV com os parceiros de triagem são semelhantes aos celebrados com os parceiros de recolha.
- (236) O acordo com os parceiros de triagem prevê no seu n.º 5 uma duração igual à do acordo com os parceiros de recolha. Além disso, por cada zona de recolha também só é contratado pela ARGEV um único parceiro encarregue da triagem de embalagens de venda usadas. O compromisso 4 descrito no considerando 139 relativo à vigência do contrato e à necessidade de adjudicar um novo contrato o mais tardar após decorridos cinco anos de vigência do anterior contrato também se aplica aos acordos com parceiros de triagem. Para fins da apreciação jurídica deste vínculo de exclusividade a favor dos parceiros de triagem remete-se para a exposição relativa ao acordo com os parceiros de recolha. Conclui-se que também a exclusividade prevista no acordo com os parceiros de triagem constitui uma restrição sensível da concorrência no mercado relevante na aceção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE.

3.3. Restrições da concorrência através dos acordos entre a ARO e as autoridades locais

- (237) A ARO celebrou com as autoridades locais acordos relativos à exploração de sistemas municipais de recolha de papel velho para as embalagens de papel procedentes tanto do sector doméstico como de estabelecimentos com um volume equiparável de resíduos de embalagens. Todavia, segundo estes acordos, as autoridades locais não prestam serviços de recolha à ARO, mas operam sistemas municipais próprios de recolha e gestão de papel velho, incluindo outros produtos a par das embalagens (por exemplo, jornais e revistas). No domínio da recolha de embalagens de papel, de cartão simples e canelado do sector doméstico, a ARO limita-se a comprar determinadas quantidades aos serviços municipais de recolha. Nos contratos com as autoridades locais não estão previstas quaisquer disposições que impeçam a outros sistemas de recolha e de reciclagem a utilização conjunta dos contentores (papelões) municipais. As autoridades locais podem, assim, celebrar também com concorrentes da ARO contratos de recolha e reciclagem de embalagens de papel.
- (238) Tendo em conta o que precede, a Comissão conclui que os acordos celebrados pela ARO com as autoridades locais não contêm cláusulas que restrinjam a concorrência, pelo que não contrariam o disposto no n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE.
- #### 4. Mercado da recolha e triagem de embalagens do sector empresarial
- (239) No mercado da recolha e triagem de resíduos do sector empresarial, o sistema ARA intervém sobretudo através dos acordos de recolha e triagem celebrados entre as ERS e os parceiros regionais.
- (240) Os contratos de recolha e triagem celebrados pela ARGEV e pela ARO com os parceiros de recolha e triagem para aplicação das exigências impostas aos sistemas de recolha e reciclagem pelo decreto das embalagens englobam as embalagens procedentes do sector empresarial.
- #### 4.1. Restrição da concorrência através do acordo com os parceiros regionais: ARGEV-parceiros de recolha
- (241) O vínculo de exclusividade previsto no n.º 1 do artigo 4.º a favor dos parceiros de recolha deverá igualmente ser examinado no que se refere à recolha de embalagens do sector empresarial quanto à sua compatibilidade com o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE.

- (242) Devido ao compromisso assumido pela ARGEV de recorrer a uma única empresa de recolha também para as embalagens do sector empresarial, são vedadas oportunidades de oferta a outras empresas que prestam serviços de recolha, verificando-se uma restrição da concorrência entre os parceiros de recolha e/ou empresas de gestão de resíduos no mercado das embalagens deste sector.
- (243) Ao contrário do que acontece no caso da recolha das embalagens procedentes do sector doméstico, no mercado das embalagens do sector empresarial a ARGEV não é a principal entidade interessada em serviços de recolha. Neste segundo mercado existem igualmente outros sistemas do lado da procura. As empresas de recolha podem igualmente oferecer os seus serviços aos locais de grande afluxo.
- (244) Mesmo que a ARGEV não constitua a principal interessada em serviços de recolha de embalagens do sector empresarial, os sistemas concorrentes de recolha e de reciclagem bem como os locais de grande afluxo de embalagens do sector do comércio e da indústria não são comparáveis ao sistema ARA em termos do seu significado económico (ver considerando 182). Convirá, assim, partir do princípio que a cláusula de exclusividade retira às empresas de recolha possibilidades não descuráveis de oferta dos seus serviços, pelo que tal tem um impacto significativo a nível do mercado comum dos serviços de recolha de embalagens do sector empresarial.
- (245) Uma vez que o acordo com os parceiros de recolha constitui um acordo uniforme que engloba tanto a recolha das embalagens do sector doméstico como dos sectores do comércio e da indústria, só é possível às empresas de recolha tornarem-se parceiros de recolha da ARGEV para o sector das embalagens comerciais/industriais se estiverem em condições de disponibilizar as infra-estruturas necessárias à recolha das embalagens do sector doméstico. Assim, as pequenas empresas de recolha, com menor capacidade de resposta, dificilmente poderão oferecer serviços à ARGEV. Um semelhante regime vem acentuar a restrição da concorrência já descrita.
- (246) Um outro critério importante para a apreciação dos efeitos da cláusula de exclusividade a nível da concorrência é igualmente a duração dos acordos com os parceiros de recolha. Devido ao compromisso assumido pela ARGEV, os acordos com os parceiros de recolha deverão ser adjudicados de novo após um prazo máximo de cinco anos. Assim, durante todo esse período, as restantes empresas de recolha não têm quaisquer hipóteses de oferta dos seus serviços.
- (247) Assim sendo, verifica-se que este vínculo de exclusividade para o período de duração do contrato indicado constitui uma restrição sensível da concorrência na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE no mercado da recolha e triagem de embalagens comerciais/industriais.
- 4.2. Restrição da concorrência através do acordo com os parceiros regionais: ARGEV-parceiros de triagem
- (248) O acordo com os parceiros de triagem abrange igualmente tanto o sector doméstico como o sector empresarial.
- (249) Quanto ao vínculo de exclusividade a favor dos parceiros de triagem é possível remeter para as explicações indicadas no considerando 241 e seguintes. Verifica-se que existe uma infracção ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE.
- 4.3. Restrição da concorrência através do acordo entre a ARO e os parceiros de recolha
- (250) O acordo entre a ARO e os parceiros de recolha relativamente às embalagens de papel e cartão do sector empresarial contém uma cláusula de exclusividade a favor dos parceiros de recolha, estando a duração limitada a, no máximo, cinco anos, ao abrigo do compromisso proposto. Através desta cláusula é vedada às empresas de recolha excluídas no processo de selecção a possibilidade de oferecerem os seus serviços no sector das embalagens comerciais/industriais à ARO, enquanto importante entidade interessada. É certo que também no caso das embalagens de papel e de cartão existem outros sistemas que procuram igualmente serviços de recolha no mercado, só que, no sector da gestão de resíduos de embalagens de papel e de cartão, os sistemas de recolha e de triagem concorrentes não são comparáveis ao sistema ARO em termos da sua importância económica (ver considerando 182). Considera-se, por conseguinte, que através da cláusula de exclusividade são eliminadas às empresas de recolha possibilidades de oferta não descuráveis. Verifica-se, por esse motivo, uma restrição sensível da concorrência no mercado do produto relevante na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE.
5. Mercados da reciclagem e da oferta de matérias primas secundárias
- (251) A ARA intervém no mercado da reciclagem e da comercialização de matérias-primas secundárias, na medida em que as ERS respectivas organizam a reciclagem dos materiais de embalagem recolhidos no quadro do sistema. Neste contexto, a ARGEV é responsável pelas embalagens leves, bem como pelas embalagens de metal do sector doméstico e de estabelecimentos com um volume equiparável de embalagens, assim como pelas embalagens de plástico, materiais compósitos, madeira, fibras têxteis e cerâmica do sector empresarial, sendo a ARO responsável pelas embalagens de papel, cartolina, cartão e cartão canelado tanto do sector doméstico como do sector empresarial.

(252) Conviria examinar até que ponto a regulação do fluxo de embalagens previsto nos contratos entre a ARGEV ou entre a ARO e os parceiros de recolha se reflecte a nível do mercado da reciclagem e da comercialização de matérias-primas secundárias e em que medida é compatível com o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE.

5.1. Acordo entre as empresas ARGEV / ARO e os parceiros de recolha

(253) Nos termos do acordo celebrado pela ARGEV e pela ARO com os parceiros de recolha, os parceiros só poderão dispor das embalagens de acordo com uma das modalidades previstas nesse acordo em matéria de competência de decisão sobre a escolha das instalações de triagem, dos entrepostos e das empresas de reciclagem (ponto 2.5.2 em articulação com o ponto 2.2.5 do acordo da ARGEV e com o ponto 2.8 do acordo da ARO).

(254) Nos termos do acordo celebrado pela ARO com as autoridades locais, que se refere principalmente à recolha de embalagens procedentes do sector doméstico, a autoridade local não pode dispor das embalagens de papel de uma outra forma que não a estipulada pela ARO (ponto 3.7).

(255) A regulação do fluxo das embalagens previsto nos acordos entre a ARGEV ou entre a ARO e os parceiros de recolha não limita os parceiros de recolha no que se refere às suas possibilidades de dispor das embalagens e de as reciclar, uma vez que nunca chegam a adquirir a propriedade das embalagens. A ARGEV e a ARO dispõem das embalagens de que são proprietárias.

(256) Tendo em conta tanto a posição detida pelas respectivas ERS nos mercados relevantes da reciclagem e da comercialização de matérias-primas secundárias como a própria estrutura dos mercados, conclui-se que a disposição *supra* não conduz a uma compartimentação do mercado.

(257) A quota de mercado detida pela Ferropack Recycling GmbH no sector das embalagens de metais ferrosos (folha-de-flandres e aço) é inferior a 10 % e a quota detida pela ALUREC no sector das embalagens de alumínio é de apenas 1,7 %. A quantidade de embalagens de papel, cartolina, cartão e cartão canelado recicladas pela ARO corresponde a 22 % do volume total de embalagens recicladas na Áustria. Devido a estas reduzidas quotas de mercado não se pode partir de uma compartimentação do mercado no caso destas fracções de materiais.

(258) Só relativamente à fracção de material dos plásticos, a quota de mercado da ERS competente, a ÖKK, ascende aos 40 %. Refira-se, porém, que até a adopção do decreto das embalagens e criação do sistema ARA, esta fracção de material, ao contrário de outras como o vidro ou o papel, era parte integrante da recolha tradicional de resíduos urbanos, não se procedendo à sua recolha selectiva ou reciclagem. O decreto das embalagens

institui um novo sector de actividade empresarial orientado para as questões ambientais no domínio da recolha selectiva e da reciclagem das embalagens de plástico. No entanto, a maioria das fracções de plástico recolhidas no âmbito do sistema ARA não têm qualquer valor de mercado positivo, de forma que a ÖKK é forçada a pagar um montante adicional pela reciclagem destes materiais de acordo com as condições estipuladas no decreto das embalagens. Devido a esta estrutura do mercado da reciclagem na fracção de material dos plásticos, não se verifica uma restrição da concorrência resultante da quota de mercado detida pela ÖKK.

(259) Convém ainda referir que as empresas de recolha de resíduos na medida em que façam parte da associação ARGEV não têm direito de voto, sendo-lhes negada a participação em reuniões que digam respeito a transacções legais entre a ERS responsável pela reciclagem e os sócios. Nessa medida não é possível às empresas de recolha exercer qualquer influência a seu favor.

(260) Tendo em conta o que precede, a Comissão conclui que as disposições relevantes do acordo entre a ARGEV ou nos acordos entre a ARO e os parceiros de recolha não conduzem a uma restrição sensível da concorrência na aceção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE no mercado do produto relevante da reciclagem e comercialização de matérias primas secundárias.

5.2. Acordos entre a ARGEV e as ERS

(261) Nos contratos entre a ARGEV e as empresas ÖKK e ALUREC é igualmente prevista uma cláusula de exclusividade a favor destas duas últimas empresas, segundo a qual a ARGEV se compromete a não ceder a terceiros as embalagens recolhidas durante a vigência do contrato. Por esse motivo, nenhuma outra empresa pode prestar serviços à ARGEV no domínio da organização das actividades de reciclagem. Não é, contudo, excluída a possibilidade da prestação efectiva de actividades de reciclagem para o sistema ARA. Os contratos celebrados pela ERS responsável pela reciclagem com as empresas de reciclagem que procedem efectivamente à reciclagem são adjudicados mediante concursos anuais. Refira-se ainda que as reduzidas quotas de mercado da ERS responsável pela reciclagem no mercado global da reciclagem e da comercialização de matérias-primas secundárias atestam que as cláusulas de exclusividade não conduzem a uma compartimentação do mercado.

(262) A cláusula de exclusividade prevista nos contratos entre a ARGEV e as empresas ÖKK e ALUREC a favor da ERS responsável pela reciclagem não conduz, por conseguinte, a qualquer restrição sensível da concorrência no mercado da reciclagem e da comercialização de matérias-primas secundárias na aceção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE.

Repercussões a nível do comércio entre os Estados-Membros

- (263) Uma vez que a cláusula de exclusividade a favor dos parceiros de recolha e de triagem prevista nos acordos de recolha e de triagem da ARGEV e da ARO restringe a concorrência, convirá analisar se estes acordos são susceptíveis de afectar as trocas comerciais entre os Estados-Membros.
- (264) A ARGEV e a ARO celebraram acordos com parceiros de recolha com uma cláusula de exclusividade para 64 zonas contratuais, criando, dessa forma, uma rede de gestão de resíduos para a recolha de embalagens usadas que cobre toda a Áustria. Durante a vigência dos contratos celebrados é, por esse motivo, dificultado em grande medida o acesso ao mercado por parte de outros prestadores de serviços de recolha, sobretudo dos prestadores de outros países do Espaço Económico Europeu. A cláusula de exclusividade tem efeitos especialmente negativos no que se refere à possibilidade de as empresas de recolha estrangeiras se estabelecerem nos mercados relevantes da recolha e triagem de embalagens do sector doméstico. Consequentemente, o vínculo de exclusividade contido no acordo com os parceiros de recolha poderá afectar de forma sensível as trocas comerciais entre os Estados-Membros.
- (265) Pelos motivos acima expostos, também a cláusula de exclusividade do acordo celebrado com os parceiros de triagem poderá afectar de forma sensível as trocas comerciais entre os Estados-Membros.

Conclusão

- (266) O exame do vínculo de exclusividade previsto no acordo com os parceiros de recolha e de triagem a favor das empresas de prestação de serviços de recolha e de triagem revela que é dificultada em grande medida a entrada de empresas de recolha nacionais e estrangeiras no mercado relevante, o que contribui significativamente para a compartimentação dos mercados numa parte substancial do mercado comum. O n.º 1 do artigo 81.º é, por conseguinte, aplicável ao vínculo de exclusividade contido no acordo com os parceiros de recolha e de triagem.

X. APLICAÇÃO DO N.º 3 DO ARTIGO 81.º DO TRATADO CE E DO N.º 3 DO ARTIGO 53.º DO ACORDO EEE

- (267) Uma vez que a cláusula de exclusividade a favor dos parceiros de recolha e de triagem contida nos acordos celebrados com os parceiros de recolha e de triagem se inscreve no âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE, convirá examinar se esta disposição satisfaz as condições de aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE. Seguidamente é estabelecida uma comparação entre os potenciais efeitos positivos do vínculo de exclusividade do acordo com os parceiros de recolha, que é considerado indevido à luz do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE, e o impacto negativo deste vínculo a nível da concorrência.

1. Mercado da recolha e triagem de embalagens leves usadas do sector doméstico

1.1. Acordos com parceiros regionais: ARGEV-parceiros de recolha

Melhoria da produção/distribuição dos produtos ou promoção do progresso técnico/económico

- (268) A ARA opera actualmente o único sistema com cobertura nacional para a recolha e triagem de embalagens do sector doméstico que existe na Áustria, tendo por objectivo a aplicação política nacional e comunitária de protecção do ambiente no domínio da prevenção, reutilização e reciclagem dos resíduos de embalagens. Por conseguinte, o acordo com os parceiros de recolha tem por objectivo tanto a aplicação das disposições do decreto austríaco das embalagens baseado na lei austríaca relativa à gestão de resíduos Abfallwirtschaftsgesetz, como a transposição da Directiva 94/62/CE. O objectivo desta directiva consiste em evitar e reduzir os efeitos dos resíduos de embalagens no ambiente, garantindo dessa forma um elevado grau de protecção do ambiente.
- (269) O acordo celebrado entre a ARGEV e os parceiros de recolha tem por objectivo a aplicação destas disposições de política ambiental a nível da recolha de embalagens leves usadas, constituindo uma condição para o cumprimento, por parte da ARA e da ARGEV, das obrigações por si assumidas no âmbito das suas actividades no seio do sistema. Para tal, o acordo com os parceiros de recolha estabelece como condição a criação de um sistema de logística para as operações de recolha que implica a realização de avultados investimentos (considerando 160 e seguintes). A recolha periódica de embalagens de venda usadas junto do consumidor final privado de acordo com as fracções específicas de materiais reutilizáveis ou recicláveis serve, por conseguinte, os propósitos da aplicação directa das disposições em matéria de política de protecção do ambiente.
- (270) O vínculo de exclusividade examinado permite aos parceiros contratuais planificar e organizar a longo prazo os seus serviços. Visto que no domínio da recolha de embalagens leves usadas é possível, devido à existência dos efeitos de rede positivos indicados no considerando 160, realizar consideráveis economias de escala, a contratação de uma única empresa de recolha durante a vigência do contrato para cada uma das zonas contratuais conduz a ganhos de eficiência. As empresas ARA/ARGEV que procuram os serviços em causa terão assim a garantia de que estes serão cobertos de modo fiável e regular num sector sensível, cuja organização cabia anteriormente aos poderes públicos.
- (271) Tendo em conta o que precede, a Comissão conclui que a cláusula de exclusividade a favor dos parceiros de recolha prevista nos contratos de prestação de serviços permite melhorar a produção dos produtos e fomentar o progresso técnico e económico.

Vantagens para os consumidores

- (272) O objectivo do acordo celebrado com os parceiros de recolha consiste na aplicação prática de um sistema nacional de recolha diferenciada por fracções de materiais valorizáveis das embalagens de venda integradas no sistema ARA junto do consumidor final privado. Este sistema corresponde aos hábitos dos consumidores em matéria de gestão dos resíduos, pelo que deverá ser considerado como especialmente orientado para as necessidades do consumidor. Por outro lado, em termos realistas, a participação dos fabricantes e distribuidores sujeitos às obrigações de retoma e reciclagem, num sistema de dispensa com cobertura nacional deveria ter por consequência, em virtude das economias de escala e de gama que podem ser realizadas mencionadas no considerando 160, uma poupança de custos em comparação com um cumprimento individual das citadas obrigações. Há pois que considerar que, se existe uma concorrência nos mercados dos produtos embalados, as poupanças de custos alcançadas durante a vigência dos contratos beneficiarão os consumidores.
- (273) A Comissão conclui, por estes motivos, que o acordo com os parceiros de recolha é favorável para os consumidores, na medida em que estes beneficiam de uma parte equitativa do lucro obtido.

Carácter indispensável da restrição

- (274) Ao examinar o vínculo de exclusividade previsto no acordo com os parceiros de recolha, a Comissão baseou-se na nova duração dos contratos estabelecida no compromisso 4 (considerando 139), incluindo a obrigação de uma nova adjudicação dos contratos após um prazo máximo de cinco anos; uma condição que a Comissão considera indispensável.
- (275) A apreciação do carácter indispensável da cláusula de exclusividade depende das condições económicas e jurídicas em que foi celebrado o acordo em apreço. No entender da ARA, os aspectos da gestão e da eficiência, mas sobretudo também a necessidade de garantir a prestação durável e fiável dos serviços de recolha indispensáveis ao êxito do sistema, justificam a necessidade de contratar exclusivamente os serviços de recolha de um único parceiro por zona durante a vigência do contrato.
- (276) Na apreciação do carácter indispensável da cláusula de exclusividade, reveste-se de uma importância decisiva a exigência de segurança de planificação e dos investimentos a realizar em cumprimento do acordo com os parceiros de recolha. Por forma a salvaguardar o sistema é necessário que os parceiros de recolha da ARA invistam elevados montantes na criação e manutenção das infra-estruturas de recolha de embalagens usadas. Em particular, será necessário dispor de veículos e contentores adequados para a recolha.

- (277) A Comissão conclui assim que, tendo em conta as circunstâncias especiais no contexto da aplicação das disposições do decreto das embalagens e da inerente criação de um sistema nacional de retoma e dispensa, a cláusula de exclusividade com uma vigência mínima de três anos deverá ser considerada indispensável por razões económicas. Em contrapartida, tal já não é aplicável após uma vigência de cinco anos. Por esta razão, justifica-se nesse momento uma nova adjudicação dos contratos de recolha em cumprimento do compromisso assumido e também para a obtenção de uma isenção das regras *anti-trust* nos termos do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE.

Não eliminação da concorrência

- (278) Mesmo tendo em conta a posição que o sistema ARA detém nos mercados relevantes, a cláusula de exclusividade prevista no acordo com os parceiros de recolha não é susceptível de eliminar a concorrência no mercado da recolha e triagem de embalagens do sector doméstico.
- (279) Na apreciação da não eliminação da concorrência é necessário ter em conta as condições específicas da oferta no mercado em causa. Tal como referido no considerando 160, o mercado da recolha e reciclagem das embalagens leves do sector doméstico caracteriza-se, do lado da oferta, por consideráveis efeitos de rede, ou seja, economias de escala e de gama. Numa perspectiva económica, convirá, por esse motivo, considerar pertinente a contratação de uma única empresa de recolha por zona contratual, pelo menos no interior de um sistema de dispensa.
- (280) Apesar de ser improvável uma concorrência entre as empresas de prestação de serviços de recolha na zona de recolha, pelas razões acima expostas é, contudo, de esperar que a nova disposição prevista no compromisso assumido, segundo a qual a ARGEV procederá a uma nova adjudicação dos seus contratos de serviços após um prazo máximo de cinco anos mediante um concurso aberto, transparente e objectivo, conduza, no mínimo, a uma «concorrência pelas zonas de recolha» no âmbito de um tal concurso. Tal permite ter em conta o facto de o mercado da recolha e triagem de embalagens do sector doméstico estar sujeito a condições de oferta específicas.
- (281) Relativamente à concorrência do lado da procura no mercado da recolha e triagem de embalagens do sector doméstico, convirá ter em conta que, na prática, seria difícil e não rentável duplicar as infra-estruturas de recolha no sector doméstico em toda a Áustria. Tal deve-se tanto aos problemas de espaço como aos hábitos de longa data dos consumidores finais em matéria de eliminação de resíduos.

- (282) À partida, a criação de um sistema de recolha adicional não seria viável do ponto de vista económico. Os custos da instalação de mais um ou mesmo de vários sistemas de recolha paralelos não seriam de modo algum proporcionais ao volume reduzido de materiais recuperáveis procedentes dos consumidores, pelo que não haveria qualquer incentivo à entrada de concorrentes no mercado. Numa perspectiva económica, uma duplicação dos sistemas conduziria apenas a um aumento dos custos, sendo que a quantidade de materiais recuperáveis a recolher também não aumentaria significativamente no caso da entrada no mercado de concorrentes do sistema ARA. Por um lado, essa quantidade depende do consumo do consumidor final e, por outro, é de esperar que os concorrentes procurem angariar, pelo menos em parte, os actuais clientes do sistema ARA.
- (283) Além disso, os condicionalismos locais e os hábitos de longa data dos consumidores finais em matéria de eliminação dos resíduos impossibilitam efectivamente a criação de mais um sistema de recolha paralelo. No interior das habitações dos consumidores privados já não existe muitas vezes mais espaço para colocar recipientes de recolha adicionais para embalagens leves. Nem mesmo a introdução de um processo de recolha em sacos conduziria a uma alteração da actual situação, uma vez que os sacos ocupam tanto espaço como os recipientes rígidos. O mesmo se aplica aos vidrões e papelões públicos no caso da introdução de um sistema alternativo de deposição activa por parte dos consumidores. Esta limitação de espaço torna-se sobretudo evidente no caso da entrada de um terceiro ou de um quarto concorrente no mercado: não existe simplesmente espaço, quer nos espaços públicos, quer em terrenos particulares, para colocar contentores de três ou de quatro sistemas de dispensa para recolha de fracções idênticas de materiais.
- (284) A duplicação do actual sistema de recolha suscitaria igualmente graves problemas de aceitação. Para os consumidores finais seria dificilmente compreensível e não corresponderia aos seus anteriores hábitos de eliminação de resíduos ter de depositar embalagens da mesma fracção de material em contentores diferentes. Resta ainda saber por que critérios se orientariam os consumidores finais ao optar por um determinado sistema de recolha no momento de depositar as respectivas embalagens.
- (285) Nas suas observações de 15 de Janeiro de 2003 ⁽¹³⁾, as autoridades austríacas chamam a atenção para o facto de ficar excluída na prática a colocação de contentores adicionais nas imediações dos consumidores finais por razões de falta de espaço, de protecção da arquitectura urbana e paisagística, assim como devido ao aumento da densidade do tráfego rodoviário (trajectos separados de depósito e recolha) e a uma maior sobrecarga para o ambiente. Salientam ainda que uma maior complexidade na recolha comprometeria a utilidade de uma separação das embalagens e que a selecção das embalagens pelo consumidor seria mais complexa. Os argumentos da maior sobrecarga para o ambiente e do maior esforço de selecção das embalagens aplicar-se-iam igualmente no caso de um sistema separado de recolha em sacos.
- (286) Existem, por conseguinte, fortes reservas de carácter prático, jurídico e económico face à criação tanto de mais um sistema de recolha paralelo como de um sistema de deposição activa alternativo. Devido a estas condições especiais da oferta no mercado relevante, os ecopontos colocados nas imediações dos consumidores finais para as embalagens de venda usadas encontram-se numa situação de impasse a nível da concorrência. Numa perspectiva realista, poderá assumir-se que os sistemas de dispensa que entrarem no mercado irão colaborar com as empresas de recolha que já hoje prestam serviços de recolha para a ARGEV. Nesse sentido, um livre e fácil acesso às infra-estruturas de recolha disponíveis constitui uma condição fundamental para intensificar a concorrência tanto a nível da procura de serviços de recolha de embalagens de venda usadas junto dos consumidores finais privados como a nível do mercado vertical a montante da organização da retoma e reciclagem das embalagens de venda usadas do sector doméstico.
- (287) A concorrência na procura de serviços de recolha de embalagens de venda usadas só poderá verificar-se se a ARGEV não proibir aos parceiros de recolha a celebração de contratos de utilização conjunta dos contentores com os concorrentes do sistema ARA. Por esse motivo, a ARGEV não deverá vedar aos parceiros de recolha a possibilidade de autorizar uma utilização conjunta dos contentores seja por intermédio de disposições concretas do acordo celebrado com os parceiros de recolha (ver a este título o considerando 230 *supra*), seja por quaisquer outros motivos.

O b r i g a ç õ e s

- (288) É certo que a ARGEV declarou que não impediria às empresas de recolha a possibilidade de autorizar a deposição das embalagens destinadas a sistemas da concorrência nos mesmos contentores, sendo todavia sua intenção restringir em grande medida uma utilização conjunta desses contentores (ver o compromisso respectivo, descrito no considerando 139). Tendo em conta a importância central de que se reveste um fácil acesso às infra-estruturas de recolha para o desenvolvimento da concorrência neste mercado caracterizado por condições de oferta especiais, é necessário fazer depender a presente decisão da observância de determinadas obrigações, com o objectivo de assegurar que se verifiquem efectivamente os efeitos esperados a nível da concorrência, de possibilitar a concorrência do lado da procura neste mercado e, dessa forma, reunir as condições de isenção previstas no n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE.

⁽¹³⁾ Ver o anexo, p. 4 e 5.

- (289) É imposta à ARGEV a obrigação de não impedir as empresas de recolha de celebrarem e executarem contratos com concorrentes da ARA e da ARGEV relativos à partilha dos contentores e de outros equipamentos de recolha de embalagens de venda [obrigação a)].
- (290) Além disso, a ARGEV só poderá exigir às empresas de recolha que comprovem a recolha da quantidade de embalagens correspondente à parte do sistema ARA do total de embalagens licenciadas através de sistemas de recolha junto do sector doméstico para determinadas fracções de materiais [obrigação b)]. A ARGEV não poderá exigir a estas empresas comprovativos da recolha de embalagens não recolhidas para o sistema ARA. Esta obrigação é necessária para garantir que a ARGEV não vincula a si mesma todas as embalagens recolhidas, impedindo assim os concorrentes de cumprirem as respectivas quotas; deve permitir antes aos concorrentes do sistema ARA dispor sem restrições das embalagens de venda por eles recolhidas.
- (291) Nesse caso, a ARGEV poderá reduzir a contrapartida financeira prevista no ponto 3.1.1 do acordo com os parceiros de recolha na proporção indicada na obrigação b). Para a determinação dos montantes estipulados nos pontos 3.1.2 e 3.1.3 do acordo com os parceiros de recolha são determinantes as quantidades constantes nos comprovativos apresentados à ARGEV. Pretende assim evitar-se que sejam facturados à ARGEV serviços comprovadamente prestados a terceiros pelos parceiros de recolha. Nestas condições, a ARGEV poderá proceder a uma redução adequada dos montantes previstos dos parceiros de recolha.
- (292) A obrigação b) não se refere apenas às empresas de recolha que autorizam uma partilha dos contentores, mas a todas as empresas de recolha com as quais a ARGEV tenha celebrado um acordo para efeitos de recolha. Este princípio aplica-se, na medida em que e desde que um sistema da concorrência tenha efectivamente interesse numa utilização conjunta dos contentores nos termos da obrigação a), na zona de recolha em causa e, a partir da data de acreditação do sistema. Tal permite, por um lado, incitar as empresas de recolha a celebrar contratos com um sistema concorrente e, por outro, garantir que este sistema concorrente terá acesso ao volume de embalagens em causa se tal for necessário para que possa respeitar as suas quotas.
- (293) Estas obrigações impostas são imprescindíveis para evitar a eliminação da concorrência nos mercados relevantes, constituindo uma concretização da relação contratual entre a ARGEV e os respectivos parceiros de recolha e de triagem, o que garante a segurança jurídica. As obrigações não limitam as diferentes modalidades de contratos celebrados pela ARGEV com os seus parceiros de recolha e triagem. Não afectam nomeadamente o direito da ARGEV de determinar as fracções de materiais cuja recolha tenciona adjudicar.
- (294) A ARGEV defende que não existe qualquer base jurídica que fundamente as referidas obrigações, que as mesmas não são exequíveis nem proporcionais e que representam uma ingerência na posição jurídica de terceiros.
- Ausência de base jurídica*
- (295) A ARGEV sublinha uma vez mais a inexistência de direitos de exclusividade sobre as embalagens recolhidas nos contentores disponíveis. Os acordos de recolha e de triagem celebrados pela ARGEV não restringem assim a concorrência e, por conseguinte, a obrigação imposta não se justifica.
- (296) A restrição da concorrência resulta da cláusula de exclusividade a favor dos parceiros de recolha e de triagem (considerandos 229 e 236). Para que esta restrição da concorrência possa beneficiar de uma isenção, não deverá ser eliminada a concorrência no mercado da recolha e triagem de embalagens do sector doméstico. A concorrência do lado da procura só é possível neste mercado caracterizado por condições especiais se a ARGEV não impedir que os parceiros de recolha e de triagem celebrem com os concorrentes do sistema ARA acordos de utilização conjunta dos contentores de recolha (considerandos 281 e 287). Contudo, a ARGEV sujeita a referida utilização conjunta a consideráveis restrições que poderão impedir essa mesma utilização (considerandos 288, 304 e seguintes). A obrigação é, por conseguinte, necessária para que estejam reunidas as condições para uma isenção, tendo por base jurídica o n.º 3, alínea b), do artigo 8.º do Regulamento n.º 17.
- Obrigações inexecutáveis e desproporcionadas*
- (297) A ARGEV considera que as obrigações não são exequíveis, dado que nem a ARGEV nem as empresas de recolha sabem qual é exactamente a percentagem do sistema ARA do total de embalagens do sector doméstico recolhidas em função de determinadas fracções de materiais no quadro de sistemas de recolha.
- (298) Os sistemas da concorrência comunicarão às empresas de recolha o volume de embalagens licenciadas que pretendem tratar no quadro de uma utilização conjunta dos contentores. A empresa de recolha (que se reserva o anonimato) comunicará esse volume à ARGEV. Com base nessa informação, a ARGEV poderá calcular a sua parte no licenciamento das embalagens.

- (299) A ARGEV defende igualmente que as obrigações são desproporcionadas porque implicam forçosamente que a ARGEV deixe de poder cumprir o estipulado na autorização decidida a seu favor de exploração de um sistema de recolha e de reciclagem. Na medida em que um sistema concorrente licencie quantidades adicionais de embalagens, a ARGEV não cumpriria as suas quotas de recolha, uma vez que as infra-estruturas existentes não poderão facilmente comportar mais resíduos de embalagens. Caso um novo sistema instalasse em parte ou na totalidade equipamentos próprios de recolha, a ARGEV teria de aceitar cortes nas quantidades de embalagens por si recolhidas, apesar de o sistema concorrente nem sequer necessitar das embalagens depositadas nos equipamentos da ARGEV.
- (300) Mesmo no caso de uma partilha dos contentores, a ARGEV dispõe sempre da possibilidade de cumprimento das suas obrigações legais. O decreto das embalagens promulgado pelo Governo austríaco não contém qualquer indicação de que os ecopontos devam ser colocados à disposição de um único sistema. As autoridades austríacas referiram inclusivamente, nas suas observações de 15 de Janeiro do corrente ano, que a utilização conjunta de contentores destinados à recolha de resíduos do sector doméstico seria, por regra, autorizada nas condições estipuladas na licença de exploração do sistema nos termos da lei relativa à gestão dos resíduos de 2002. Saliente-se ainda que qualquer interpretação do decreto das embalagens tem de ter em conta a importância da utilização conjunta dos contentores para a concorrência devido à influência das regras de concorrência comunitárias⁽¹⁴⁾.
- (301) Se um sistema concorrente licenciar quantidades adicionais de embalagens de venda, tal reflectir-se-á nas disposições impostas aos sistemas no que se refere às quantidades recolhidas. Seria eventualmente necessário adaptar a capacidade dos contentores por forma a permitir o depósito de uma maior quantidade de embalagens. Se um sistema concorrente não estiver interessado numa utilização conjunta dos contentores, optando por instalar equipamentos próprios de recolha, as obrigações não são aplicáveis.
- (302) Além disso, a ARGEV sustenta que as obrigações seriam manifestamente discriminatórias, já que a ARGEV não seria compensada financeiramente pela optimização contínua do sistema de recolha, apesar de esse serviço também beneficiar em parte as empresas da concorrência. Foi igualmente indicado que o tratamento dos materiais de embalagem dos sistemas concorrentes no sector doméstico coincide com o sistema ARA; contudo, não existe qualquer base empírica para este facto e a experiência anterior aponta mesmo no sentido oposto.
- (303) Na medida em que dá à ARGEV a possibilidade de proceder a uma redução da contrapartida financeira face aos parceiros de recolha, a obrigação b) tem de ter em conta a protecção dos interesses legítimos da ARGEV no sentido de não deverem ser facturados à ARGEV quaisquer serviços comprovadamente prestados a terceiros pelos parceiros de recolha.
- (304) Não é todavia necessário que as empresas de recolha indemnisem a ARGEV por eventuais custos adicionais directamente imputáveis à recolha, tal como previsto na alínea a) do compromisso 3 assumido pela ARGEV (considerando 139). Os citados custos adicionais são custos inerentes ao sistema que a ARGEV deverá suportar para manutenção do seu sistema. Na sua qualidade de parceiros contratuais da ARGEV, as empresas de recolha prestam determinados serviços, sendo por estes remuneradas. Os restantes custos do sistema a suportar pela ARGEV não são relevantes para estas empresas, nem constituem objecto do acordo de parceria com elas celebrado. Além disso, uma sobrecarga parcial poderia acarretar um risco financeiro incalculável para as empresas de recolha, no caso da autorização da utilização conjunta dos contentores. Os concorrentes não retiram dessa situação qualquer vantagem injustificada, uma vez que deverão suportar igualmente os custos de instalação do seu próprio sistema. Além disso, os concorrentes deveriam dispor da possibilidade de celebrar, de forma directa e independente, acordos com as autoridades locais relativos a aspectos como o pagamento dos honorários de consultores em matéria de gestão de resíduos.
- (305) Não é igualmente correcto que as empresas de recolha compensem adicionalmente a ARGEV por custos em que incorrem as sociedades do sistema ARA ou os respectivos parceiros contratuais devido a uma utilização conjunta (ver alínea b) do compromisso 3, indicado no considerando 139). Esses custos não se inscrevem no âmbito de competência das empresas de recolha. O pagamento destes custos implicaria para as empresas um risco financeiro incalculável.
- (306) Além disso, a Comissão considera que uma utilização conjunta não conduzirá a custos adicionais de análise e de triagem. Contudo, as autoridades austríacas, nas suas observações de 15 de Janeiro do corrente ano, indicaram que o cumprimento das quotas deveria ser demonstrado através da recolha e reciclagem dos resíduos de embalagens, com as quais as empresas aderem ao sistema. Refira-se, em particular, que a aptidão técnica para a reciclagem das embalagens é determinada pelos produtos nelas contidos, pelo tamanho dos rótulos utilizados e pelas proporções dos materiais de embalagem de plástico. Assim, seria necessária uma análise o mais exacta possível das quantidades de embalagens recolhidas nos diferentes contentores e uma posterior repartição das quantidades. Tal conduziria a custos manifestamente mais elevados que se estima poderem atingir 25 % dos custos totais.

⁽¹⁴⁾ Ver Decisão 2001/463/CE da Comissão, de 20 de Abril de 2001, no processo COMP.D3/34493 — DSD e outros (JO L 319 de 4.12.2001, p. 1, considerando 171).

(307) Contudo, o decreto das embalagens não contém qualquer disposição que obrigue que o cumprimento das quotas seja comprovado através da recolha e reciclagem apenas das embalagens que participam no sistema respectivo. Nos termos do artigo 11.º do decreto das embalagens, qualquer sistema de recolha e reciclagem de embalagens de transporte e de venda terá de assegurar a recolha e reciclagem dos materiais de embalagem relativamente aos quais foram celebrados os contratos com os fabricantes de embalagens. Segundo a definição legal contida no n.º 6 do artigo 2.º do decreto das embalagens, os materiais de embalagem são determinadas fracções de materiais, a partir das quais são fabricadas embalagens tais como, por exemplo, papel, cartão simples e canelado, vidro ou plástico.

(308) Refira-se ainda que não seria praticável uma obrigação de utilização conjunta que estabelecesse que o cumprimento das quotas deveria ser comprovado apenas através das embalagens que participam efectivamente no sistema. Uma semelhante disposição não pode ser assim objecto da obrigação. Mais correcto será assumir que as quantidades de embalagens recolhidas por fracção de material serão distribuídas pelos diferentes sistemas proporcionalmente às quantidades licenciadas por fracção de material⁽¹⁵⁾. Nesse caso não são necessárias operações adicionais de análise e de triagem. Estas consequências da obrigação deverão igualmente ser tidas em conta pelas autoridades austríacas na interpretação do decreto das embalagens e na concessão de autorizações a novos sistemas, devido à importância fulcral de que se reveste a utilização conjunta para a abertura do mercado à concorrência.

(309) Os efeitos desta obrigação que se impõe ao abrigo do direito da concorrência, não acarretam desvantagens injustificadas para a ARGEV. Nada indica que no caso de uma utilização conjunta se venha a verificar uma alteração geral na qualidade das fracções de materiais. Espera-se antes que os sistemas que pretendem estabelecer-se no sector doméstico como concorrentes fortes e que, por esse motivo, têm interesse numa utilização conjunta, tentem oferecer contratos para toda a gama de embalagens. As principais actividades do sistema Bonus, citado pela ARGEV a título de exemplo, prendem-se com as embalagens do sector empresarial, se bem que a empresa opere à margem do mercado no sector doméstico apenas em locais de afluxo muito específicos (ver considerando 179). Além disso, nos processos de licenciamento, também o sistema ARA estabelece tarifas diferentes em função das fracções de materiais e do tamanho das embalagens, mas não em função dos respectivos conteúdo ou sector.

⁽¹⁵⁾ Seria concebível uma subdivisão adicional de acordo com determinados tipos de embalagem dentro da mesma fracção de material, desde que essas embalagens fossem objecto de um tratamento diferenciado tanto a nível do licenciamento como a nível da recolha e/ou da triagem.

Ingerência na posição jurídica de terceiros

(310) Por fim, a ARGEV alega que as obrigações restringiriam os direitos dos parceiros de recolha, já que as tarifas calculadas em função das quantidades também poderiam sofrer uma redução, no caso de as empresas de recolha não encontrarem nenhuma outra empresa interessada e visto que as empresas de recolha teriam de aceitar uma redução proporcional das tarifas cobradas pela disponibilização dos contentores. Essa redução seria, por princípio, legítima, mas, pelo menos, deveria ser concedida aos parceiros de recolha a oportunidade de se pronunciarem.

(311) A obrigação b) refere-se a todas as empresas de recolha, de forma a incentivá-las, desde que exista um interesse real numa utilização conjunta, a celebrar contratos com sistemas da concorrência. Quando uma empresa de recolha decide autorizar uma utilização conjunta, as obrigações não a sobrecarregam mais do que as condições previstas no compromisso 3 [ver alíneas a) e b) do compromisso 3, considerando 139].

(312) Antes da adopção da decisão foi dada aos parceiros de recolha a oportunidade de se pronunciarem. A Federação das empresas austríacas de gestão de resíduos (VÖEB) indicou numa declaração conjunta da maioria das empresas de recolha e triagem que era favorável a uma utilização partilhada. Contudo, sustenta que a obrigação b) impõe despesas administrativas às empresas de recolha e poderia levar a uma redução de remuneração das empresas que não celebraram contratos com operadores de sistemas concorrentes.

(313) Como indicado no considerando 298, o sistema concorrente comunicará à empresa de recolha a quantidade de resíduos sob licença que esta transmitirá, por sua vez, à ARGEV. Tal não representa para a empresa de recolha um esforço desproporcionado. Contudo, existe outra abordagem em que tanto a ARGEV como as empresas de recolha comunicam as quantidades a um organismo independente que calculará então as partes respectivas. Só haverá uma redução da remuneração se o sistema concorrente solicitar uma utilização conjunta na zona de recolha respectiva e unicamente a contar da data de autorização do sistema (considerando 301).

(314) Além disso, a VÖEB chama a atenção para o facto de as infra-estruturas de recolha e de triagem serem em parte disponibilizadas pelos municípios. Considera ainda que o sistema concorrente deveria poder utilizar o conjunto das infra-estruturas necessárias à recolha e à triagem, independentemente da entidade que as forneceu. A repartição só poderá ser feita após a triagem.

(315) As obrigações dizem respeito às relações entre a ARGEV e os parceiros de recolha e de triagem. Os sistemas concorrentes deverão criar, no seu domínio de competência, as condições requeridas para uma utilização conjunta. Uma repartição das quantidades após a triagem é indicada nomeadamente, caso se proceda de seguida a uma nova subdivisão no interior de uma fracção de material por tipos de embalagem e se estes só forem separados após a triagem (ver considerando 308)

1.2. Acordo entre a ARGEV e os parceiros de triagem

Condições para a concessão de isenções

(316) Pelos motivos indicados, também a cláusula de exclusividade prevista no acordo com os parceiros de triagem satisfaz as condições de isenção, sob reserva do cumprimento da obrigação associada à isenção. Os parceiros de triagem têm de realizar avultados investimentos na criação e desenvolvimento de infra-estruturas de triagem para embalagens leves. A separação das embalagens leves por materiais recuperáveis implica processos extremamente sofisticados do ponto de vista técnico. Os investimentos necessários à sua criação e desenvolvimento só muito dificilmente poderão ser aproveitados para outros processos de triagem.

Obrigação

(317) Se bem que a ARGEV tenha declarado que as empresas de recolha não seriam impedidas de colocar as suas instalações de triagem à disposição de sistemas da concorrência, esta pretende restringir de forma considerável as possibilidades de uma utilização conjunta (ver compromisso 3, considerando 139). Dada a importância de que se reveste um livre acesso às instalações de triagem para a concorrência, a Comissão considera que será necessário fazer depender a presente decisão do cumprimento da obrigação de a ARGEV não vedar às empresas de recolha a possibilidade de celebrar e executar contratos com concorrentes do sistema ARA relativos à utilização conjunta de instalações de triagem de embalagens de venda usadas. Neste contexto, remete-se para as explicações apresentadas no caso do acordo com os parceiros de recolha da ARGEV. Também neste caso será necessário assegurar através da obrigação imposta que os efeitos esperados a nível da concorrência se verificam efectivamente, que será realmente possível uma concorrência do lado da procura neste mercado, conseguindo assim reunir as condições de isenção do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE.

(318) Sobretudo na fase de arranque das suas actividades, os concorrentes do sistema ARA dependem da utilização conjunta das instalações de triagem por forma a cumprir as suas obrigações de triagem e reciclagem. A criação de novas instalações implicaria a realização de elevados investimentos que para estas empresas representariam entraves não descuráveis à entrada no mercado. Assistir-se-ia, pelo menos, a um atraso na introdução da concorrência no mercado dos serviços de gestão de

resíduos. Além disso, o facto de os parceiros de triagem da ARA poderem oferecer os seus serviços igualmente a concorrentes do sistema ARA, permite-lhes tirar partido das economias de escala e de gama que se verificam no mercado da triagem das embalagens de venda procedentes dos consumidores finais privados.

2. Mercado da recolha e triagem de embalagens do sector empresarial

2.1. Acordos entre a ARGEV e os parceiros de recolha

(319) Uma vez que a cláusula de exclusividade a favor dos parceiros de recolha prevista no acordo de parceria se inscreve igualmente no âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE, no caso da recolha de embalagens procedentes do sector empresarial, convirá examinar se esta disposição satisfaz as condições de aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE.

Melhoria da produção/distribuição dos produtos ou promoção do progresso técnico/económico

(320) A ARA também coloca à disposição do sector empresarial na Áustria um sistema com cobertura nacional de recolha e reciclagem para embalagens baseado no decreto das embalagens e na lei relativa à gestão dos resíduos que transpõem a Directiva 94/62/CE. A directiva aplica-se tanto a embalagens procedentes do sector doméstico como do sector empresarial. A recolha periódica de embalagens usadas procedentes do sector empresarial de acordo com determinadas fracções de materiais permite, por conseguinte, a aplicação directa das disposições de política ambiental.

(321) À semelhança do sector doméstico, a cláusula de exclusividade examinada possibilita aos parceiros contratuais planificar e organizar a longo prazo os serviços que deverão prestar. O desenvolvimento de um sistema de logística para as operações de recolha de embalagens e resíduos do sector empresarial requer a realização de avultados investimentos. Um período de amortização é necessário para incentivar as empresas a realizar esses investimentos. Mesmo que, no caso das embalagens do sector empresarial, os efeitos de rede sejam menores do que no caso das embalagens do sector doméstico, é possível realizar através da contratação de uma única empresa de recolha durante toda a duração do contrato consideráveis economias de escala e de gama, que conduzem a ganhos de eficiência. Para o sistema ARA enquanto entidade interessada em serviços de recolha, é importante, no que se refere às obrigações assumidas pelos fabricantes de embalagens por força do decreto das embalagens, assegurar uma certa segurança de planificação no sentido de uma cobertura regular e fiável das suas necessidades. A segurança de planificação garante assim para todos os intervenientes um cumprimento fiável das obrigações que lhes competem ao abrigo do decreto das embalagens.

(322) Nestas circunstâncias, a Comissão conclui que a cláusula de exclusividade a favor dos parceiros de recolha prevista nos contratos de serviços contribui para melhorar a produção dos produtos e para promover o progresso técnico ou económico.

Vantagens para os consumidores

(323) O objectivo do acordo com os parceiros de recolha consiste na prestação efectiva de serviços de recolha com cobertura nacional em função das fracções de materiais, das embalagens integradas no sistema ARA, incluindo no sector do comércio, e da indústria.

(324) Ao abrigo do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE, entende-se por consumidor não apenas os consumidores finais privados enquanto utilizadores dos serviços oferecidos, mas todos os compradores directos e indirectos dos produtos ou serviços em causa, ou seja, também as empresas do grande comércio e da indústria. Para estes últimos, o acordo celebrado com os parceiros de recolha é vantajoso, dado que garante uma eliminação regular e conforme com o decreto das embalagens.

(325) A Comissão conclui, pois, que o acordo com os parceiros de recolha inclui vantagens adequadas para o consumidor à luz do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE.

Carácter indispensável

(326) Ao examinar a cláusula de exclusividade prevista no acordo com os parceiros de recolha, a Comissão baseou-se, igualmente para o sector empresarial, na nova duração dos contratos e na obrigação de uma nova adjudicação dos contratos após um prazo máximo de cinco anos previstos no compromisso 4 (ver considerando 139), concluindo que são indispensáveis.

(327) A apreciação do carácter indispensável da cláusula de exclusividade depende das condições económicas e jurídicas em que o acordo em apreço foi celebrado. Na apreciação do carácter indispensável da exclusividade, reveste-se de importância decisiva a exigência de segurança de planificação e de garantia de investimento relativamente aos investimentos a realizar em cumprimento do acordo com os parceiros de recolha. No sector empresarial é necessário instalar entrepostos regionais e criar um sistema de recolha, bem como coordenar a logística dos transportes. O parceiro de recolha tem, por conseguinte, de estar em condições de planificar os seus investimentos e as suas actividades para um determinado período de tempo. É igualmente indispensável para a ARA, igualmente no que se refere à recolha de embalagens do sector empresarial, em termos da garantia de serviços de recolha regulares e fiáveis imprescindíveis ao êxito do sistema, contratar apenas os serviços de um único parceiro de recolha durante toda a duração do contrato por zona contratual. É certo que no sector empresarial os investimentos necessários para criar e desenvolver as infra-estruturas são mais reduzidos do que no sector doméstico, mas, por outro lado, também

a restrição da concorrência derivada da cláusula de exclusividade é mais reduzida em virtude da limitada capacidade de procura da ARGEV. Uma cláusula de exclusividade no caso de uma vigência contratual de, no mínimo, três anos e, no máximo, cinco anos é, por conseguinte, considerada indispensável pela Comissão igualmente no sector empresarial. Também neste caso é aplicável o pressuposto de que a situação já não será a mesma passados cinco anos de vigência contratual, pelo que se justifica que a partir desse momento os contratos sejam de novo adjudicados nos termos do compromisso, o que é igualmente necessário para efeitos de uma isenção das regras *anti-trust* nos termos do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE.

Não eliminação da concorrência

(328) Mesmo tendo em conta a posição detida pela ARGEV nos mercados relevantes, a cláusula de exclusividade prevista no acordo com os parceiros de recolha não é susceptível de eliminar a concorrência no mercado da recolha e triagem de embalagens do sector doméstico.

(329) As empresas de recolha excluídas pela ARGEV poderão oferecer os seus serviços tanto a outros sistemas de recolha e reciclagem que operem nos sectores comercial e industrial como a soluções individuais de gestão de resíduos de embalagens e a locais de grande afluxo.

(330) No mercado da recolha das embalagens do sector empresarial há que ter igualmente em conta que é permitido às empresas recolher nos seus contentores embalagens licenciadas por concorrentes do sistema ARA e que, ao contrário do que se verifica no sector doméstico, já há uma recolha conjunta neste domínio.

(331) Resta analisar que efeitos poderá ter a nível da concorrência a interligação entre os serviços de recolha destinados às embalagens do sector empresarial e os serviços destinados às embalagens do sector doméstico. Nessas condições, uma empresa só poderá operar enquanto parceiro de recolha da ARGEV a nível das embalagens do sector empresarial, se reunir as condições para realizar igualmente os investimentos necessários à instalação de infra-estruturas de recolha para o sector doméstico. No entanto, também a exigência de infra-estruturas para o sector doméstico que é imposta às empresas para poderem operar enquanto parceiros de recolha da ARGEV no sector empresarial não conduz a uma eliminação da concorrência no mercado da recolha das embalagens e dos restantes resíduos do sector empresarial. As empresas de gestão de resíduos que não reúnem as condições para criar as necessárias infra-estruturas de recolha de embalagens domésticas poderão sempre, tal como acima referido, oferecer os seus serviços a outros sistemas de recolha e reciclagem que não exijam a criação de infra-estruturas de recolha para o sector doméstico, assim como a sistemas de gestão individual dos resíduos ou aos grandes produtores de resíduos.

(332) Convirá igualmente ter em conta que o sistema ARA adjudicou os contratos de gestão de resíduos em função das fracções de materiais, de forma que os prestadores só podem oferecer os seus serviços para determinadas fracções de materiais. No caso do sector empresarial, tal aplica-se, em especial, às embalagens leves, por um lado, e às embalagens de papel e cartão, por outro.

(333) Assim, a cláusula de exclusividade não conduz à eliminação da concorrência residual no mercado comum da recolha de embalagens e outros resíduos do sector empresarial.

(334) As condições de isenção nos termos do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE estão assim reunidas, na condição de a duração dos contratos ser de três a cinco anos.

2.2. *Acordo de triagem entre a ARGEV e os parceiros de triagem*

(335) Pelos motivos expostos, tendo em conta as condições da concorrência no mercado da triagem de resíduos do sector empresarial, a cláusula de exclusividade contida no acordo com os parceiros de triagem satisfaz igualmente as condições de isenção.

2.3. *Acordo entre a ARO e os parceiros de recolha*

(336) A cláusula de exclusividade prevista no acordo entre a ARO e os parceiros de recolha garante às empresas de gestão de resíduos intervenientes uma certa segurança de planificação e investimento e, dessa forma, assegura igualmente para todos os intervenientes um cumprimento regular e fiável das obrigações que lhes incumbem ao abrigo do decreto das embalagens. Neste contexto, entende-se ser necessária, dada a importância da restrição da concorrência gerada pela cláusula de exclusividade, uma duração contratual de três a cinco anos. Pelos motivos acima expostos (ver considerandos 329 e 332), não é eliminada a concorrência no mercado relevante, sendo assim satisfeitas as condições para uma isenção ao abrigo do n.º 3 do artigo 81.º no caso de uma duração contratual máxima de cinco anos.

XI. EFEITO RETROACTIVO, DURAÇÃO DA ISENÇÃO, OBRIGAÇÕES

(337) Os acordos de recolha e triagem celebrados pela ARGEV e pela ARO com os respectivos parceiros foram notificados em 30 de Junho de 1994 ao órgão de fiscalização da EFTA e transferidos à Comissão nos termos do n.º 3 do artigo 172.º do Acto de Adesão. Em 28 de Agosto de 2001, foi notificada à Comissão a nova versão dos acordos de parceria para as operações de recolha e

triagem. A Comissão constata que estes acordos satisfazem desde a data da sua notificação as condições de aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE.

(338) Nos termos do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento n.º 17, as isenções são concedidas por uma duração determinada, podendo ser acompanhadas de condições e obrigações. Nos termos do artigo 6.º do referido regulamento, a data de adopção de uma semelhante decisão não pode ser anterior à data da notificação, de acordo com os n.os 1 e 3 do artigo 81.º do Tratado CE. A isenção deverá aplicar-se desde a entrada em vigor do actual acordo com os parceiros de recolha da ARGEV e da ARO até 31 de Dezembro de 2006, por forma a possibilitar às empresas ARA, ARGEV e ARO, bem como às empresas de recolha, no que se refere à garantia dos investimentos realizados, suficiente segurança jurídica no quadro das regras comunitárias em matéria de concorrência.

(339) Por forma a assegurar o acesso de terceiros às infra-estruturas de gestão de resíduos dos parceiros de recolha e de triagem da ARGEV e da ARO e evitar uma eliminação da concorrência nos mercados relevantes, justifica-se impor à ARGEV as obrigações acima indicadas. Estas obrigações são indispensáveis para evitar uma eliminação da concorrência nos mercados relevantes. Estas obrigações permanecem em vigor durante toda a duração da isenção. Nos termos do n.º 3, alínea b), do artigo 8.º do Regulamento n.º 17, a Comissão pode revogar a presente decisão, se as partes não cumprirem uma obrigação nela incluída.

(340) A presente decisão não prejudica a aplicação do artigo 82.º do Tratado CE.

(341) A presente decisão não prejudica tão-pouco os processos pendentes ou futuros iniciados pela Comissão contra o decreto das embalagens ou contra outras disposições nacionais,

ADOPTOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo 1.º

Tendo em conta os elementos de que dispõe e os compromissos propostos pelas empresas Altstoffrecycling Austria AG (ARA), ARGEV Verpackungsverwertungs-GmbH (ARGEV) e Altpapier-Recycling Organisationsgesellschaft mbH (ARO), a Comissão considera não ter quaisquer motivos para dar início a um procedimento ao abrigo do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e do n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE relativamente às disposições dos acordos de dispensa e de licenciamento entre a ARA e as empresas obrigadas ao abrigo do decreto das embalagens austríaco, do acordo de gestão de resíduos celebrado entre a ARA e as ERS, do acordo de gestão de resíduos e de cooperação entre a ARGEV e as ERS, bem como do contrato celebrado entre a ARO e as autoridades locais.

Artigo 2.º

Nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE e do n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE, o disposto no n.º 1 do artigo 81.º e no n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE é declarado inaplicável aos acordos individuais de recolha e triagem celebrados pela ARGEV e pela ARO com os respectivos parceiros regionais de gestão de resíduos, os quais prevêm uma cláusula de exclusividade e que terminam, o mais tardar, em 31 de Dezembro de 2006.

A isenção será aplicável de 30 de Junho de 1994 a 31 de Dezembro de 2006.

Artigo 3.º

A isenção prevista no artigo 2.º é acompanhada das seguintes obrigações:

- a) A ARGEV não impedirá as empresas de recolha de celebrar e executar, com os concorrentes do sistema ARA, contratos relativos à utilização conjunta de ecopontos ou de outros equipamentos destinados à recolha e triagem de embalagens de venda do sector doméstico;
- b) A ARGEV só poderá exigir das empresas de gestão de resíduos o comprovativo das quantidades de embalagens de venda correspondentes à parte detida pelo sistema ARA do total das embalagens licenciadas por sistemas de recolha no sector doméstico relativamente a determinadas fracções de materiais. Neste caso, a ARGEV poderá

reduzir a contrapartida financeira prevista no ponto 3.1.1 do acordo com os parceiros de recolha nas proporções indicadas na primeira frase da presente alínea. Relativamente às contrapartidas financeiras previstas nos pontos 3.1.2 e 3.1.3 do acordo com os parceiros de recolha, são determinantes as quantidades notificadas à ARGEV. Esta obrigação refere-se a todas as empresas de gestão de resíduos com as quais a ARGEV tenha celebrado um acordo de parceria para efeitos de recolha de embalagens.

Artigo 4.º

São destinatárias da presente decisão:

Altstoffrecycling Austria AG
Mariahilfer Straße 123
A-1062 Viena

ARGEV Verpackungsverwertungs-GmbH
Lindengasse 43/12
A-1071 Viena

Altpapier-Recycling Organisationsgesellschaft mbH
Gumpendorfer Straße 6
A-1061 Viena

Feito em Bruxelas, em 16 de Outubro de 2003.

Pela Comissão

Mario MONTI

Membro da Comissão