RETTENS DOM (Anden Afdeling)

22. marts 2011 *

I sag T-419/03,

Altstoff Recycling Austria AG, tidligere Altstoff Recycling Austria AG og ARGEV Verpackungsverwertungs-Gesellschaft mbH, Wien (Østrig), ved advokat H. Wollmann,

sagsøger,

mod

Europa-Kommissionen, først ved W. Mölls, derefter ved M. Mölls og H. Gading, og endelig ved Mölls og R. Sauer, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

* Processprog: tysk.

støttet af:

EVA Erfassen und Verwerten von Altstoffen GmbH, Wien, ved advokaterne A. Reidlinger og I. Hartung,

og af

Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, Wien, ved advokat K. Wessely,

intervenienter,

angående en påstand om annullation af artikel 2 og 3 i Kommissionens beslutning af 16. oktober 2003 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP D3/35470 — ARA, COMP D3/35473 — ARGEV, ARO) (EUT 2004 L 75, s. 59),

har

RETTEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, I. Pelikánová, og dommerne K. Jürimäe og S. Soldevila Fragoso (refererende dommer),

justitssekretær: K. Andová,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 15. juni 2010,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

1 Altstoff Recycling Austria AG (herefter »ARA«) er et privatejet aktieselskab, som blev oprettet i 1993, og hvis ejer og eneaktionær er Altstoff Recycling Austria Verein (herefter »ARA-Verein«). ARA-Verein omfatter virksomheder i emballageindustrien, emballeringsvirksomheder samt handelsvirksomheder.

2 ARA driver en områdedækkende ordning til indsamling og nyttiggørelse af emballage i Østrig. På tidspunktet for de faktiske omstændigheder indgik ARA inden for denne ordning affaldsindsamlingskontrakter med økonomisk uafhængige sektorbaserede genvindingsselskaber (herefter »genvindingsselskaber«), som på grundlag heraf fik overdraget organiseringen af indsamling, sortering, transport og nyttiggørelse af emballagen. Hvert genvindingsselskab var ansvarligt for bestemte grupper af emballagematerialer. Genvindingsselskaberne indgik selv aftaler om levering af ydelser med regionale partnere, dvs. virksomheder eller lokale myndigheder, som stod for den faktiske indsamling, sortering, transport og nyttiggørelse af emballagen (herefter »partneraftaler«). ARA og genvindingsselskaberne udgør tilsammen»ARA-ordningen«.

3 På tidspunktet for de faktiske omstændigheder omfattede ARA-ordningen otte genvindingsselskaber, nemlig ARGEV Verpackungsverwertungs-Gesellschaft mbH (herefter »ARGEV«), som var ansvarlig for indsamling, sortering og konditionering af emballage af metal (jern, aluminium) og såkaldt let emballage (træ, keramik, plast, kompositmateriale og tekstilfibre); Österreichischer Kunststoff Kreislauf AG (herefter »ÖKK«), som var ansvarlig for nyttiggørelse af plast- og tekstilemballage; Aluminium-Recycling GmbH (herefter »Alurec«), som var ansvarlig for nyttiggørelse af den aluminiumsemballage, som indsamledes af ARGEV; Arbeitsgemeinschaft Verbundmaterialien GmbH, som var ansvarlig for nyttiggørelsen af kompositmateriale med undtagelse af kompositemballage til drikkevarer; Verein für Holzpackmittel (herefter »VHP«), som var ansvarlig for nyttiggørelse, til dels også indsamling, af emballage af træ; Ferropack Recycling GmbH (herefter »Ferropack«), som var ansvarlig for nyttiggørelse af den emballage af jernmetaller, som ARGEV indsamlede; Altpapier-Recycling-Organisationsgesellschaft mbH (herefter »ARO«), som var ansvarlig for indsamling og nyttiggørelse af emballage af papir, karton, pap og bølgepap, og endelig Austria Glas Recycling GmbH (herefter »AGR«), som var ansvarlig for indsamling og nyttiggørelse af emballage af glas. Den 14. september 2009 optog ARA ARGEV samt de andre genvindingsselskaber i ARA-ordningen med undtagelse af AGR.

4 På tidspunktet for de faktiske omstændigheder administrerede ARGEV tre indsamlingsordninger: en husholdningsordning for let emballage, en husholdningsordning for metalemballage og en erhvervsordning for let emballage og metalemballage. På tidspunktet for de faktiske omstændigheder var ARGEV ejet af ARA med en andel på 11 % og ARGEV-Verein, som omfattede godt 100 medlemmer, der bestod af producenter og importører, handelsvirksomheder, emballageindustrivirksomheder og indsamlingsselskaber/nyttiggørelsesvirksomheder.

5 ARA tilbyder sine serviceydelser til alle østrigske og udenlandske virksomheder, som er direkte berørt af Verordnung über die Vermeidung und Verwertung von Verpackungsabfällen und bestimmten Warenresten und die Einrichtung von Sammel- und Verwertungssystemen (forordning fra den østrigske forbundsminister for miljø, ungdom og familie om forebyggelse og genvinding af emballageaffald og indførelse af indsamlings- og genvindingssystemer) (BGBl. 648/1996), der trådte i kraft

den 1. december 1996 (herefter »emballageforordningen«). Emballageforordningen bygger på Abfallwirtschaftsgesetz (østrigsk lov om affaldshåndtering), som ændret (BGBl. 102/2002) (herefter »loven«) og gennemfører Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 94/62/EF af 20. december 1994 om emballage og emballageaffald (EFT L 365, s. 10). Licenspartnerens rettigheder over genvindingsselskaberne varetages af ARA som administrator.

6 Den 24. marts 1994 indgav Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte (interesseorganisation for arbejdere og funktionærer, herefter »BAA«) en klage over ARA-ordningen til Det Økonomiske Samarbejdsområdes tilsynsmyndighed (herefter »EFTA-tilsynsmyndigheden«). Denne klage blev efterfølgende videregivet til Europa-Kommissionen.

7 Den 30. juni 1994 indgav ARA og ARGEV anmeldelse til EFTA-tilsynsmyndigheden angående en række aftaler og ansøgte om en negativattest, subsidiært en fritagelse fra kartelforbuddet. Ved skrivelse af 21. marts 1995 blev kompetencen til at undersøge de anmeldte aftaler overført til Kommissionen.

8 Den 8. maj 1996 indgav FRS Folien-Rücknahme-Service GmbH & Co. KG og Raiffeisen Umweltgesellschaft mbH en klage til Kommissionen med hensyn til den påtænkte oprettelse af et joint venture til opbygning af en ordning til indsamling og nyttiggørelse af emballage. Ikke desto mindre frafaldt klagerne denne klage.

9 Ved skrivelse af 28. august 2001 anmeldte ARA yderligere aftaler til Kommissionen og ansøgte endvidere sammen med ARGEV om sammenlægning af deres anmeldelser med henblik på at opnå en negativattest eller subsidiært en fritagelse fra kartelforbuddet i overensstemmelse med artikel 81, stk. 3, EF. Samtidig anmodede ARO om at måtte blive tilsluttet den eksisterende anmeldelse som anmelder af aftaler. Anmeldelsen vedrørte de aftaler, som alle ligger til grund for ARA-ordningen, dvs:

— fritagelses- og licensaftalerne mellem ARA og de virksomheder, der er underlagt emballageforordningen (uden takstoversigt)

— indsamlingskontrakten mellem ARA og ARGEV som standardkontrakt for de indsamlingskontrakter, der blev indgået mellem ARA og de andre genvindingsselskaber (Arbeitsgemeinschaft Verbundmaterialien GmbH, ARO, AGR, Alurec, VHP, Ferropack og ÖKK)

— indsamlings- eller samarbejdskontrakten mellem ARGEV og ÖKK samt mellem ARGEV og Alurec som standardkontrakt for de kontrakter, der blev indgået mellem ARGEV og ÖKK, Alurec, Ferropack og VHP og

— ARGEV's og ARO's kontrakter med deres respektive regionale indsamlingspartnere.

10 Med skrivelser af 19. februar 1996 og af 22. marts 2002 fremsatte BAA sine bemærkninger for Kommissionen vedrørende ARA-ordningen under henvisning til den klage, som BAA havde indgivet i den forbindelse den 24. marts 1994 til EFTA-tilsynsmyndigheden. I øvrigt indgav EVA Erfassen und Verwerten von Altstoffen GmbH

(herefter »EVA«) den 27. april 2000 en klage over ARA-ordningens selskaber, som gentog og udbyggede den oprindelige klage, der var indgivet den 8. maj 1996 af FRS Folien-Rücknahme-Service og Raiffeisen Umweltgesellschaft.

11 Den 24. juli 2002 besluttede Kommissionen at indlede en procedure i denne sag.

12 Ved meddelelse af 19. oktober 2002 (EFT C 252, s. 2) gav Kommissionen mulighed for tredjemand til at fremkomme med deres synspunkter i henhold til artikel 19, stk. 3, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikler [81 EF] og [82 EF] (EFT 1962 13, s. 204), som ændret.

13 Som opfølgning på de af Kommissionen i nævnte meddelelse fremsatte bemærkninger fremkom ARA og ARGEV med fire tilsagn, blandt hvilke følgende skal fremhæves:

— tilsagn 1): ARGEV og ARO giver fra den 29. november 2000 afkald på at anvende de mestbegunstigelsesklausuler, som var blevet aftalt med indsamlingsselskaberne

— tilsagn 3): ARGEV hindrer ikke de regionale indsamlingspartnere i at arbejde for konkurrenter til ARA-ordningen eller at indgå og opfylde aftaler med disse konkurrenter om fælles benyttelse af beholdere eller øvrige faciliteter til indsamling og/eller sortering af brugt emballage fra husstande. Dette tilsagn begrænser imidlertid ikke ARGEV's ret til at gennemføre sine kontraktlige handlemuligheder

med hensyn til de pågældende indsamlings- og nyttiggørelsesfaciliteter og træffe alle foranstaltninger, som er nødvendige for at kunne opfylde sine forpligtelser i henhold til loven og godkendelsen

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

14 Den 16. marts 2003 vedtog Kommissionen beslutning 2004/208/EF vedrørende en procedure i henhold til artikel 81 EF og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/D-3/35470 — ARA og sag COMP/D/-3/35473 — ARGEV, ARO) (EUT 2004 L 75, s. 59, herefter »den anfægtede beslutning«).

15 Inden for rammerne af anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF blev de pågældende forskellige markeder identificeret i den anfægtede beslutning. Først blev markedet, hvor der eksisterer såvel fritagelsesordninger som individuelle indsamlings- og nyttiggørelsesordninger, sammenfattet under betegnelsen »systemmarked«. Fritagelsesordningerne henvender sig til virksomheder, der er pålagt forpligtelser ved emballageforordningen, med henblik på at fritage dem for nævnte tilbagetagningspligt ved at indføre en fritagelsesydelse og fælles nyttiggørelse. De individuelle ordninger organiserer særlige ydelser såsom tilbagetagning og nyttiggørelse for hver af de virksomheder, som ikke vil tilknytte sig fritagelsesordningerne på stedet. I lyset af de forpligtelser, som affaldsforordningen pålægger, er det pågældende marked begrænset til emballageaffald.

16 Det er præciseret i den anfægtede beslutning, at når ydelserne ikke er funktionelt substituerbare, må der foretages en sondring inden for systemmarkedet mellem husholdningsordninger og storvirksomheds- og erhvervsordninger.

17 Endelig, i det omfang, genvindingsselskaberne ikke selv står for indsamlingen af brugt emballage, indbefatter den anfægtede beslutning et andet markedsniveau, nemlig markederne for indsamling og sortering af brugt emballage, som genvindingsselskaberne opererer på, hvor de får leveret tjenesteydelserne for indsamling og sortering eksternt, mens virksomhederne og de kommunale myndigheder står for leveringen af nævnte tjenesteydelser. Når de pågældende tjenesteydelser ikke er funktionelt substituerbare, foretages der en sondring ud fra produktionsstedet for affaldet mellem, på den ene side, markedet for indsamling og sortering af husholdningsemballage og, på den anden side, markedet for erhvervsemballage. Idet der skal tages højde for visse materialers særlige forhold, er det ligeledes muligt inden for husholdningssektoren at udskille tre markeder, dvs. markedet for indsamling af returpapir, markedet for indsamling af returglas samt markedet for indsamling og sortering af let emballage.

18 Endelig foretages der i den anfægtede beslutning en sondring mellem markederne for indsamling og sortering og markederne for nyttiggørelsestjenester for indsamlet materiale og af sekundære råstoffer, eftersom organiseringen af nyttiggørelsen af det indsamlede materiale og udbuddet af sekundære råstoffer udgør forskellige niveauer for hvert produktmarked. Det er ligeledes anført i den anfægtede beslutning, at der er lige så mange markeder for nyttiggørelsestjenester og sekundære råstoffer som for materialegrupper. Derudover er det præciseret, at for den samme gruppe af materiale kan der ikke foretages nogen sondring mellem husholdnings- og industriemballage.

19 For så vidt angår systemmarkedet og markederne for indsamling og sortering er det ud fra et geografisk synspunkt hele Østrig, der skal lægges til grund ifølge den anfægtede beslutning. Derimod er det vedrørende markederne for nyttiggørelse og sekundære råstoffer Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS), der skal lægges til grund.

20 Efter definitionen af de pågældende markeder har Kommissionen undersøgt partneraftalerne og er kommet til den konklusion, at de påvirkede konkurrencen mærkbart i henhold til artikel 81, stk. 1, EF dels på markederne for indsamling og sortering af husholdningsemballage, med undtagelse af kontrakten mellem ARO og de lokale myndigheder, dels på markederne for indsamling og sortering af industriemballage. Denne begrænsning kunne udledes af eksistensen af en territorial eksklusivitetsforpligtelse for hver af ARGEV's og ARO's regionale partnere. I betragtning af aftagerne ARGEV's og ARO's dominerende stilling på markedet i kontrakternes løbetid blev andre udbydere af tjenesteydelser til indsamling og sortering af husholdnings- og industriemballage afskåret fra vigtige tilbudsmuligheder eller ikke ubetydelige centrale tilbudsmuligheder.

21 For så vidt angår husholdningsemballage følger det af den anfægtede beslutning, at den identificerede konkurrencebegrænsning var mærkbar i henhold til artikel 81, stk. 1, EF. Eftersom ARGEV på tidspunktet for de faktiske omstændigheder var hovedaftager af indsamlings- og sorteringstjenester, fremkaldte netværket af kontrakter om tjenesteydelser, som omfattede en eksklusivitetsforpligtelse, den samlede effekt, at de afskar indsamlings- og sorteringsselskaber fra markedet. Med hensyn til udbudssiden var det fysiske og indsamlingslogistiske grunde, som stod i vejen for etableringen af en anden indsamlingsinfrastruktur. Derfor var det ifølge den anfægtede beslutning realistisk at antage, at enhver fritagelsesordning, som potentielt konkurrerede med ARA-ordningen, ville samarbejde med ARA-ordningens regionale partnere, hvilket gjorde alternative tilbudsmuligheder udelukkede for udbydere af indsamlings- og sorteringstjenester usandsynlige. Som følge heraf var afgørende tilbudsmuligheder udelukket for en periode, der kunne strække sig op til fem år, som var kontrakternes maksimale løbetid.

22 Hvad angår erhvervsemballage er det i den anfægtede beslutning konstateret, at på tidspunktet for de faktiske omstændigheder var ARGEV og ARO ikke hovedaftagere af indsamlings- og sorteringstjenester. På området for erhvervsemballage eksisterede der yderligere ordninger på markedet, som ligeledes optrådte som aftagere af indsamlingstjenester på markedet, og indsamlingsselskaberne kunne ligeledes tilbyde deres indsamlingstjenester til storproducenterne af affald. Ikke desto mindre var de konkurrerende ordninger og storproducenterne af affald ifølge den anfægtede beslutning ikke sammenlignelige med ARA-ordningen for så vidt angår deres økonomiske betydning, og i den forbindelse afskar den konstaterede mærkbare påvirkning af konkurrencen de udelukkede virksomheder i kontrakternes løbetid fra ikke ubetydelige tilbudsmuligheder og havde derfor mærkbare indvirkninger på konkurrencen.

23 Ifølge den anfægtede beslutning var eksklusivitetsforpligtelsen, som optræder i tjenesteydelseskontrakterne, ikke desto mindre vigtig for driften og etableringen af indsamlings- og sorteringsinfrastrukturer, som krævede betydelige investeringer fra de regionale partneres side og havde til formål umiddelbart at gennemføre miljøpolitiske målsætninger. Ligeledes gav det forhold, at der i en periode på maksimalt fem år blev indgået aftale med et enkelt indsamlingsselskab pr. aftaleområde, det muligt for parterne dels at planlægge og organisere deres tjenester på langt sigt, dels at indhøste skala- og stordriftsfordele, hvilket var forbundet med effektivitetsgevinster. Derfor bidrog eksklusivitetsforpligtelsen til fordel for de regionale partnere til at forbedre produktionen og at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling og var til fordel for forbrugeren, som sikrede sig en rimelig andel af fordelen herved i henhold til artikel 81, stk. 3, EF. Ligeledes viste en eksklusivitetsforpligtelse på mindst tre år sig nødvendig af økonomiske hensyn for at sikre en permanent og pålidelig sikring af indsamlings- og sorteringstjenesten og sikre de investeringer, som skulle gennemføres af de regionale partnere for at overholde indsamlings- og sorteringsaftalerne.

24 Ifølge den anfægtede beslutning var den mærkbare påvirkning af konkurrencen ikke egnet til at udelukke konkurrencen på de pågældende markeder. Ikke desto mindre tilføjede Kommissionen følgende præciseringer hvad angår indsamlings- og sorteringstjenesterne af husholdningsaffald.

25 Hvad for det første angår indsamling af husholdningsaffald anerkendes det i den anfægtede beslutning, at udbydelsen af kontrakterne på ny senest efter fem år i en udbudsprocedure vil føre til en fri konkurrence om indsamlingsområder. Dog er det konstateret, at i praksis er etableringen af en yderligere infrastrukturordning for indsamling af husholdningsaffald ikke mulig på grund af pladsproblemer, retlige problemer knyttet til beskyttelse af miljøet og naturen og på grund af forbrugernes indsamlingsvaner. I betragtning af denne specificitet af tilbuddet på det pågældende marked har Kommissionen vurderet, at opsamlingscontainere for brugt emballage, der er opstillet i nærheden af husstandene, udgjorde en omstændighed, der gjorde enhver konkurrence umulig.

26 I lyset af det ovenstående konkluderede Kommissionen, at en fri og uhindret adgang til den disponible indsamlingsstruktur derfor udgjorde en afgørende forudsætning for såvel en intensivering af konkurrencen på aftagersiden med hensyn til tjenesteydelser inden for indsamling af brugt salgsemballage hos den private endelige forbruger som med hensyn til det i vertikal henseende forudgående marked for organisering, tilbagetagning og nyttiggørelse af brugt emballage, der ender hos den private endelige forbruger. Derfor kunne der ifølge den anfægtede beslutning kun være en konkurrence på aftagersiden efter indsamlingstjenester, hvis ARGEV ikke forbød de regionale indsamlingspartnere at indgå kontrakter med ARA-ordningens konkurrenter om fælles benyttelse af indsamlingscontainerne.

27 Ikke desto mindre blev det i den anfægtede beslutning konstateret, at ARGEV med tilsagn 3) ønskede at begrænse denne benyttelse væsentligt. Kommissionen fandt det derfor nødvendigt at pålægge visse påbud for at sikre, at betingelserne for fritagelse i artikel 81, stk. 3, EF er opfyldt. For det første kunne ARGEV ikke hindre indsamlingsselskaberne i at indgå kontrakter med konkurrenter til ARA og ARGEV om fælles benyttelse af containere eller andre faciliteter til indsamling og sortering af brugt salgsemballage. For det andet — for at undgå, at ARGEV tildeler sig selv den samlede mængde indsamlet emballage og således gør det umuligt for konkurrenterne at opfylde deres foreskrevne kvote — kunne ARGEV kun forlange dokumentation af de

regionale partnere for de emballagemængder, som svarede til ARA-ordningens andel af de samlede emballagemængder, som er licensieret via forskellige indsamlingsordninger. Dette andet påbud vedrørte samtlige virksomheder, der havde indgået en indsamlingspartneraftale med ARGEV, og gjaldt såfremt og i det omfang, at en konkurrerende ordning i det pågældende indsamlingsdistrikt i det hele taget tilstræbte denne benyttelse, og dette fra det tidspunkt, hvor tilladelsen til den pågældende ordning blev givet.

28 For det andet er det vedrørende tjenesterne for sortering af husholdningsaffald i den anfægtede beslutning konstateret, at adskillelsen af emballage efter materiale kræver teknisk krævende løsninger såvel som investeringer, som kun i begrænset omfang kunne gøres tilgængelig for andre sorteringsprocesser. De investeringer, som var nødvendige for etableringen af nye faciliteter, var for store for konkurrenterne til ARA-ordningen og ville medføre begrænsninger i deres markedsadgang i et ikke ubetydeligt omfang.

29 ARGEV har ganske vist erklæret, at indsamlingsselskaberne ikke var forhindret i at stille sorteringsfaciliteter til rådighed for konkurrerende ordninger, men Kommissionen konkluderede, inden for rammerne af tilsagn 3), at ARGEV gerne ville knytte betydelige begrænsninger til en benyttelse. Kommissionen fastslog derfor, at det på grund af den betydning, som en uhindret adgang til sorteringsanlæggene spiller for den eksisterende konkurrence, er nødvendigt at knytte undtagelsen i medfør af artikel 81, stk. 3, EF til et påbud om, at ARGEV ikke skulle hindre indsamlingsselskaberne i at indgå kontrakter om fælles benyttelse af sorteringsfaciliteterne.

30 Den anfægtede beslutning indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

»*Artikel 2*

I medfør af EF-traktatens artikel 81, stk. 3, […], EF og EØS-aftalens artikel 53, stk. 3, erklæres EF-traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, uanvendelige på ARGEV's og ARO's individuelle indsamlings- og sorteringsaftaler med deres respektive regionale indsamlingspartnere, som indeholder en eksklusivitetsforpligtelse, og som udløber senest den 31. december 2006.

Denne fritagelse gælder fra den 30. juni 1994 og indtil den 31. december 2006.

Artikel 3

Til fritagelsen efter artikel 2 knyttes følgende påbud:

a) ARGEV hindrer ikke indsamlingsselskaberne i at indgå og opfylde aftaler med ARA-ordningens konkurrenter om fælles benyttelse af containere eller andre faciliteter til indsamling og sortering af brugt salgsemballage fra husstandene.

b) ARGEV må kun af indsamlingsselskaberne kræve, at disse skal dokumentere emballagemængder, som svarer til ARA-ordningens andel af de i alt gennem ordningerne på husholdningsområdet for bestemte materialegrupper licenserede emballagemængder. I dette tilfælde kan ARGEV nedsætte beløbet i henhold til punkt 3.1.1 i indsamlingspartneraftalen i det forhold, der er nævnt i første punktum. For betalingerne ifølge punkt 3.1.2 og 3.1.3 i indsamlingspartneraftalen er de mængder, som er dokumenteret over for ARGEV, afgørende. Dette påbud omfatter alle indsamlingsselskaber, som ARGEV har indgået en indsamlingspartneraftale med.«

Retsforhandlinger og parternes påstande

31 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 22. december 2003 anlagde ARA og ARGEV denne sag.

32 Ved særskilt dokument registreret på Rettens Justitskontor samme dag indgav ARA og ARGEV begæring om udsættelse af gennemførelsen af artikel 3, litra b), i den anfægtede beslutning (sag T-419/03 R). Ved skrivelse af 11. marts 2004 trak de denne begæring tilbage. Ved kendelse af 26. marts 2004 fra Rettens præsident blev sag T-419/03 slettet fra Rettens register, og afgørelsen af sagens omkostninger blev udsat.

33 Ved processkrifter indleveret til Rettens Justitskontor henholdsvis den 19. og den 23. juni 2004 fremsatte EVA og BAA begæring om at måtte intervenere i sagen til støtte for Kommissionens påstande. Ved kendelse af 1. januar 2005 tog formanden for Rettens Første Afdeling EVA's og BAA's interventionsbegæring til følge. Intervenienterne indleverede deres interventionsindlæg den 17. maj 2005.

34 Den 16. september 2007 blev sagen omfordelt til Rettens Anden Afdeling som følge af en delvis fornyelse af Retten, og en ny refererende dommer blev udpeget.

35 På grundlag af den refererende dommers rapport besluttede Retten (Anden Afdeling) den 8. juli 2009 at indlede den mundtlige forhandling. Den 12. august 2009 blev retsmøderapporten forkyndt for parterne, idet datoen for retsmødet blev fastsat til den 29. september 2009.

36 Den 14. september 2009 oplyste ARA (herefter »sagsøgeren«) Retten om, at den havde optaget ARGEV samt de andre genvindingsselskaber inden for ARA-ordningen med undtagelse af AGR.

37 Den 21. september 2009 indgav sagsøgeren for Retten en anmodning om udsættelse af sagen i henhold til artikel 77 i Rettens procesreglement. Ved kendelse af 22. september 2009 udsatte Retten sagen for en periode af seks måneder.

38 Sagen blev genoptaget den 23. marts 2010, og retsmødet fandt sted den 15. juni 2010.

39 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Annullation af den anfægtede beslutnings artikel 2 og 3.

— Subsidiært annullation af den anfægtede beslutnings artikel 3.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

40 Kommissionen, EVA og BAA har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

41 Under retsmødet har Kommissionen erklæret at ville afstå fra at påstå afvisning af søgsmålet anlagt af ARA, hvilket er blevet ført til protokols i retsmøderapporten.

42 Sagsøgeren har fremsat seks anbringender til støtte for sine påstande. Det første anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 81 EF og artikel 2 i forordning nr. 17. Det andet anbringende vedrører tjenesteydelseskontrakternes overensstemmelse med betingelserne i Kommissionens forordning (EF) nr. 2790/1999 af 22.12.1999 om anvendelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis (EFT L 336, s. 21). Det tredje anbringende vedrører den omstændighed, at artikel 2 og 3 i den anfægtede beslutning ikke overholder kravene i teorien om »væsentlige faciliteter« (»essential facilities«). Det fjerde anbringende vedrører den omstændighed, at de i den anfægtede beslutning indeholdte påbud ikke

er realiserbare. Det femte anbringende vedrører den uforholdsmæssige karakter af de i den anfægtede beslutning indeholdte påbud, og det sjette anbringende vedrører den eksisterende selvmodsigelse mellem den dispositive del og begrundelsen for den anfægtede beslutning.

43 Indledningsvis har Kommissionen konkluderet, at argumenterne vedrørende den manglende forbindelse mellem begrænsningen i konkurrencen og det pålagte påbud, sagsøgerens ret til at tilpasse sin ordning og mangel på præcision i den anfægtede beslutning udgør nye anbringender, der er blevet påberåbt i replikken, og som følgelig ikke kan antages til realitetsbehandling. Ligeledes har Kommissionen gjort gældende, at det af sagsøgeren fremførte argument vedrørende fordelingen af omkostningerne udgør et nyt anbringende, der er fremsat under retsmødet, og derfor ikke kan antages til realitetsbehandling.

44 Det bemærkes i denne henseende, at i henhold til procesreglementets artikel 48, stk. 2, første afsnit, må der ikke fremsættes nye anbringender under sagens behandling, medmindre de støttes på retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under retsforhandlingerne. I denne forbindelse antages et anbringende, der udgør en uddybning af et anbringende, der tidligere er fremsat direkte eller indirekte, og som har en nær sammenhæng med dette, til realitetsbehandling (jf. Rettens dom af 10.4.2003, sag T-195/00, Travelex Global and Financial Services og Interpayment Services mod Kommissionen, Sml. II, s. 1677, præmis 33 og 34, og af 24.5.2007, sag T-151/01, Duales System Deutschland mod Kommissionen, Sml. II, s. 1607, præmis 71).

45 I den foreliggende sag kan det konstateres, at de anbringender, der betragtes som nye, udgør en udvidelse af de argumenter, der er fremsat af sagsøgeren som svar på den af Kommissionen fremførte argumentation i dens svarskrift i forbindelse med det fjerde anbringende vedrørende den realiserbare karakter af påbuddene, i forbindelse med det femte anbringende vedrørende proportionaliteten af påbuddene og i forbindelse med det sjette anbringende vedrørende eksisterende selvmodsigelser mellem den dispositive del og begrundelsen for den anfægtede beslutning.

46 Derfor må Kommissionens påstand om afvisning af nye anbringender forkastes.

Det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 81 EF og artikel 2 i forordning nr. 17

Parternes argumenter

47 Sagsøgeren er af den opfattelse, at partneraftalerne ikke indeholder nogen bestemmelse, der gør det muligt at konkludere, at der direkte eller indirekte påhviler sagsøgeren en eksklusivitetsforpligtelse. Sagsøgeren mener, at selv om viksomheden har begrænset sig og har besluttet sig for kun at samarbejde med en enkelt regional partner pr. indsamlingsdistrikt, er der intet, der forhindrer den i at overlade indsamlingen og/eller sorteringen af emballage i hvert indsamlingsdistrikt til andre virksomheder. De påståede begrænsende indvirkninger på konkurrencen skyldes således eksistensen af en gensidigt bebyrdende kontrakt, hvormed en privat forbruger eller en erhvervsforbruger dækker sine behov, og falder derfor ikke ind under anvendelsesområdet for artikel 81, stk. 1, EF.

48 Sagsøgeren har også gjort gældende, at viksomhedens beslutning om at begrænse sig ikke har den virkning, at den kun lader en enkelt partner pr. indsamlingsdistrikt udøve sin virksomhed inden for rammerne af en alternativ fritagelsesordning. Til støtte for denne betragtning har sagsøgeren gjort gældende, at valget af mulige partnere i praksis vil være udvidet, fordi affaldsproducenten ved indsamlingen af erhvervsemballage frit kan udvælge sorteringsvirksomheden, som skal transportere emballagen til ARA-ordningens modtageanlæg. Dette betyder, at i de forskellige indsamlingsdistrikter, bortset fra sagsøgerens regionale partner til indsamling af husholdningsaffald, er der mange andre indsamlingsselskaber, der er aktive. Sagsøgeren har tilføjet, at ved indsamlingen af husholdningsaffald arrangerede AGR og ARO i hvert indsamlingsdistrikt indsamlingsordninger, som ofte henvendte sig til andre regionale

partnere. Således eksisterer der ikke »lokale monopoler for indsamlingsselskaber«, og Kommissionen burde udstede en negativattest for disse kontrakter i medfør af artikel 2 i forordning nr. 17.

49 Kommissionen og intervenienterne har bestridt samtlige de af sagsøgeren fremførte argumenter.

Rettens bemærkninger

50 Ifølge sagsøgeren indeholder partneraftalerne ikke nogen bestemmelse, der gør det muligt at konkludere, at der direkte eller indirekte påhviler sagsøgeren en eksklusivitetsforpligtelse. Dette argument skal undersøges først.

51 Det fremgår af undersøgelsen af partneraftalerne, at de ikke indeholder nogen formel territorial eksklusivitetsaftale til fordel for indsamlings- og eller sorteringspartnerne. Der er således ingen bestemmelse, der forpligtede sagsøgeren til kun at knytte sig til en enkelt indsamlings- og/eller sorteringspartner pr. område. Det påhviler derfor Retten at undersøge, om Kommissionen på tilstrækkeligt vis har bevist under de særlige omstændigheder på det relevante marked, at disse kontrakter, der er indgået for en given periode med en enkelt indsamlings- og/eller sorteringspartner, i virkeligheden fungerer som en eksklusivitet, der udgør en konkurrencebegrænsning. Det bør herefter i den foreliggende sag undersøges, om den identificerede konkurrencebegrænsning er tilstrækkeligt betydelig til at kunne udgøre en tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF. I denne henseende bemærkes, at domstolskontrollen af de af Kommissionens retsakter, der vedrører komplicerede økonomiske vurderinger, må begrænses til en efterprøvelse af, om formforskrifterne er overholdt, om begrundelsen er tilstrækkelig, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, samt af, om der foreligger en åbenbar vildfarelse eller magtfordrejning (jf. Rettens dom af 23.10.2003, sag

T-65/98, Van den Bergh Foods mod Kommissionen, Sml. II, s. 4653, præmis 80 og den deri nævnte retspraksis).

52 Ifølge Kommissionens undersøgelse af disse aftaler påtænker sagsøgeren at knytte sig til en enkelt indsamlings- og/eller sorteringspartner pr. indsamlingsdistrikt for en periode af tre til fem år (jf. 95., 111. og 220. betragtning til den anfægtede beslutning), hvilket ifølge sagsøgeren forklares med, at viksomhedens behov for de pågældende tjenester er tilstrækkeligt dækket med en enkelt partner.

53 Partneraftalerne afspejler således sagsøgerens ønske om at tildele indsamlings- og sorteringstjenesterne for husholdningsemballage til en enkelt partner pr. indsamlingsdistrikt for en periode, der strækker sig fra tre til fem år. Der er ikke noget forhold i nævnte kontrakter, der giver mulighed for at konkludere, at sagsøgeren i denne periode kunne undgå denne begrænsning, som virksomheden er blevet pålagt, og anmode andre indsamlings- og sorteringsvirksomheder om samtidigt at levere nævnte tjenester i det pågældende indsamlingsdistrikt, f.eks. for at imødegå en forøgelse af mængderne af emballage, der er omfattet af licensen.

54 I øvrigt er der andre forhold vedrørende partneraftalerne, der gør det muligt at fastslå, at deltagelse af en yderligere partner i det pågældende område er udelukket. Der er således indeholdt en ændring i de regionale partneres betaling, når indsamlings- eller mængdeordningen ændres, men der er ikke fastsat bestemmelse om muligheden for, at der indtræder en ny indsamlingspartner. Ligeledes skal de standardtilbud, som skal afgives af de virksomheder, der ønsker at få tildelt kontrakten, omfatte hele det pågældende indsamlingsdistrikt.

55 Det fremgår af det ovenstående, at i partneraftalernes løbetid kan de udelukkede virksomheder ikke afgive tilbud over for sagsøgeren (jf. 221.-223., 228. og 236. betragtning til den anfægtede beslutning). Selv uden at indeholde en formel klausul herom har partneraftalerne følgelig de samme virkninger som inkluderingen af en lokal eksklusivitetsaftale for hver enkelt indsamlings- og/eller sorteringspartner. Derfor er det af sagsøgeren fremførte argument om den manglende eksklusivitetsforpligtelse ubegrundet.

56 Hvad angår undersøgelsen af partneraftalernes begrænsende indvirkninger på konkurrencen skal det påpeges, at i henhold til retspraksis inden for rammerne af undersøgelsen af, om Kommissionens vurdering er velbegrundet vedrørende den mærkbare påvirkning af konkurrencen, kan Retten ikke begrænse sig til at vurdere eksklusivitetsaftalens virkninger isoleret betragtet og kun henholde sig til de kontraktmæssige begrænsninger igennem partneraftalerne i de forskellige indsamlingsdistrikter (jf. i denne retning dommen i sagen Van den Bergh Foods mod Kommissionen, præmis 82). Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgerens distributionsaftaler falder ind under forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF, skal det nemlig i overensstemmelse med retspraksis undersøges, om vurderingen af alle lignende aftaler, der er indgået på det relevante marked, og de øvrige økonomiske og retlige omstændigheder omkring de pågældende aftaler fører til, at de tilsammen bevirker, at nye konkurrenters adgang til markedet hindres. Såfremt undersøgelsen viser, at dette ikke er tilfældet, vil de enkelte aftaler, som aftalekomplekset består af, ikke kunne begrænse konkurrencen som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF. Fører undersøgelsen derimod til, at adgangen til markedet er vanskelig, må det dernæst vurderes, i hvilket omfang de omtvistede aftaler bidrager til den kumulative virkning, idet det kun er de aftaler, der i væsentligt omfang bidrager til en eventuel afskærmning af markedet, der er forbudt (jf. Domstolens dom af 28.2.1991, sag C-234/89, Delimitis Sml. I, s. 935, præmis 23 og 24, og dommen i sagen Van den Bergh Foods mod Kommissionen, præmis 83).

57 Kommissionen har i 176. betragtning til den anfægtede beslutning konstateret, at ARA-ordningen er den eneste områdedækkende ordning til indsamling og

nyttiggørelse af alle materialegrupper, undtagen kompositemballage til drikkevarer, inden for husholdningsemballage i Østrig. Som det fremgår af 182. betragtning til den anfægtede beslutning, uden at sagsøgeren har bestridt dette, er virksomheden den vigtigste aftager af affaldshåndteringsydelser.

58 I det omfang partneraftalerne indgås af den vigtigste aftager af affaldshåndteringsydelser, dvs. sagsøgeren, er den praktiske virkning af etableringen af dette netværk af kontrakter, at adgangen til markedet afskæres for udelukkede indsamlings- og sorteringsvirksomheder, og at konkurrencen på markedet på udbudssiden, for indsamling og sortering af husholdningsaffald i kontraktens løbetid, dvs. mellem tre til fem år, begrænses.

59 Eftersom det af sagsøgeren etablerede netværk af partneraftaler dækker hele Østrig, er denne indskrænkning ikke begrænset til et enkelt indsamlingsdistrikt. Denne indskrænkning vil have virkning for hele området, og derfor på hele det samlede geografisk relevante indsamlings- og sorteringsmarked (jf. 226. betragtning til den anfægtede beslutning). De udelukkede virksomheder vil således have vanskeligheder med såvel at indgå i netværket af aftaler og få adgang til det østrigske marked for indsamling og sortering af husholdningsemballage som med at eksistere på nævnte marked.

60 Denne situation forstærkes af tilstedeværelsen af yderligere forhindringer for adgang til markedet for indsamling og sortering af husholdningsemballage. Det er således fysiske og indsamlingslogistiske grunde, der er til hinder for etableringen af yderligere indsamlingsinfrastrukturer hos den private endelige forbruger (jf. 227. betragtning til den anfægtede beslutning), hvilket er bekræftet af de af de østrigske myndigheder fremsatte bemærkninger i den forbindelse (jf. 285. betragtning til den anfægtede beslutning). For at sikre leveringen af indsamlings- og sorteringstjenester fra starten af deres virksomhed vil eventuelle konkurrenter til ARA-ordningen således ikke kunne indgå aftaler med andre indsamlingsselskaber om etablering af yderligere indsamlingsinfrastrukturer ved siden af de allerede opstillede containere og vil derfor være tvunget til at indgå aftaler med sagsøgerens indsamlingspartnere. Eksempelvis må

den konkurrerende ordning Öko-Box delvist benytte sig af sagsøgerens indsamlingsinfrastrukturer for at udøve sin virksomhed med indsamling og nyttiggørelse af kompositemballage til drikkevarer (jf. 177. og 227. betragtning til den anfægtede beslutning), hvilket ikke er blevet anfægtet af sagsøgeren.

61 Vedrørende sorteringsinfrastrukturerne har sagsøgeren ikke anfægtet Kommissionens konstatering af, at der består hindringer for markedsadgangen, i og med at etableringen af nye sorteringsfaciliteter vil kræve for store investeringer, hvilket udgør en begrænsning i et ikke ubetydeligt omfang for adgangen til markedet for indsamling og sortering af husholdningsemballage (jf. 318. betragtning til den anfægtede beslutning).

62 Alle disse omstændigheder har ledt Kommissionen til at konkludere, i 227. og 236. betragtning til den anfægtede beslutning, at »det må anses for usandsynligt, at der i indsamlingspartneraftalens løbetid i de respektive aftaleområder i mærkbart, dvs. betydeligt omfang, opstår nye tilbudsmuligheder på det relevante marked for udelukkede leverandører af indsamlingstjenester«. Ifølge 236. betragtning til den anfægtede beslutning gælder denne konklusion ligeledes for sorteringsvirksomhederne.

63 Det følger af det foregående, at den begrænsning, som sagsøgeren har pålagt sig selv, ikke kun har den virkning at begrænse sagsøgerens egen handlefrihed. På udbudssiden indskrænker sagsøgeren markedsadgangen hvad angår indsamling og sortering af husholdningsemballage for de udelukkede indsamlings- og sorteringsvirksomheder, eftersom sagsøgeren begrænser mulighederne for nævnte virksomheder for at agere på dette marked. I modsætning til hvad sagsøgeren har gjort gældende, overstiger disse virkninger således virkningerne af en gensidigt bebyrdende kontrakt, med hvilken en privat- eller erhvervsforbruger dækker sine behov. Kommissionen kunne således uden herved at anlægge at åbenbart urigtigt skøn fastslå, at netværket af partneraftaler afskar det relevante marked for nævnte virksomheder, hvilket hermed udgør en mærkbar indskrænkning af konkurrencen i henhold til artikel 81, stk. 1, EF.

Herefter kan netværket af partneraftaler, der er anmeldt til Kommissionen, ikke opnå en negativattest i medfør af artikel 2 i forordning nr. 17.

64 Efter at have konstateret en mærkbar begrænsning af konkurrencen har Kommissionen i 275., 276. og 316. betragtning til den anfægtede beslutning indrømmet, at partneraftalerne var berettigede af hensyn til organiseringen af indsamlings- og sorteringsvirksomhed med henblik på en forbedret styring og effektivitet af hensyn til behovet for en permanent og pålidelig sikring af indsamlingstjenesten, samt af hensyn til kravet om sikkerhed i planlægningen og de investeringer, der skulle foretages for at gennemføre indsamlings- og sorteringsaftalerne. Ifølge Kommissionen er denne eksklusivitetsforpligtelse derfor en nødvendighed for at nå målet om en rationel organisering af indsamlings- og sorteringsvirksomheden på det østrigske marked i medfør af bestemmelserne i artikel 81, stk. 3, EF (jf. 268.-287. og 316. betragtning til den anfægtede beslutning).

65 Imidlertid er Kommissionen kommet frem til, at denne begrænsning af konkurrencen på markedet for indsamling og sortering af husholdningsemballage kunne munde ud i en begrænsning af konkurrencen på det forudgående marked, dvs. markedet for ordninger for husholdningsemballage, hvis det lykkedes for sagsøgeren at pålægge sine partnere en de facto-eksklusivitet i leveringen af indsamlings- og sorteringstjenester (jf. 230., 234. og 286. betragtning til den anfægtede beslutning). Denne eksklusivitet ville gøre det muligt for sagsøgeren at hindre sine potentielle konkurrenter i at få adgang til de eksisterende indsamlings- og sorteringsinfrastrukturer. I en sådan situation ville sådanne konkurrenter ikke have en reel og egentlig mulighed for at indgå i det af sagsøgeren etablerede netværk af kontrakter, eftersom der på markedet for indsamling og sortering af husholdningsaffald ikke ville være en anden indsamlings- og sorteringsvirksomhed, som kunne tilbyde sine tjenester på konkurrencevilkår fra starten af deres virksomhed. Sagsøgerens forpligtelse til kun at knytte sig til en enkelt indsamlings- og/eller sorteringspartner pr. indsamlingsdistrikt kunne således give anledning til en indskrænkning i konkurrencen på markedet for ordninger for

husholdningsemballage, som øjeblikkeligt ville føre til en begrænsning af efterspørgslen af indsamlings- og sorteringstjenester på markedet for indsamling og sortering af husholdningsemballage (jf. 287. betragtning til den anfægtede beslutning).

66 I modsætning til hvad sagsøgeren har gjort gældende, er problemet således ikke, at partneraftalerne giver anledning til »lokale monopoler for indsamlingsvirksomheder« i strid med artikel 81, stk. 1, EF, men at begrænsningen af konkurrencen på markedet for indsamling og sortering af husholdningsemballage ville gøre det muligt, under de omstændigheder, som er nævnt i præmis 65 ovenfor, at begrænse konkurrencen på markedet for ordninger for husholdningsemballage, som ville føre til en begrænsning af efterspørgslen af indsamlings- og sorteringstjenester på markedet for indsamling og sortering af husholdningsemballage.

67 I den foreliggende sag har Kommissionen i 231., 234. og 236. betragtning til den anfægtede beslutning anerkendt, at sagsøgeren ikke forbyder fælles benyttelse af indsamlings- og sorteringsinfrastrukturerne. Ikke desto mindre har Kommissionen konkluderet, at visse adgange, som sagsøgeren havde tildelt sig selv i henhold til tilsagn 3), kunne anvendes til at gøre markedsadgangen vanskeligere for eventuelle konkurrenter. For at eliminere denne risiko har Kommissionen besluttet at pålægge sagsøgeren to påbud, som er indeholdt i artikel 3 til den anfægtede beslutning og nævnt i præmis 27 ovenfor, i medfør af artikel 8, stk. 1, EF i forordning nr. 17 (jf. 287., 288. og 318. betragtning til den anfægtede beslutning).

68 Ifølge Kommissionen begrunder muligheden for, at sagsøgeren ville kunne drage fordel af, at der kun er en enkelt partner pr. indsamlingsdistrikt, samt de muligheder, som sagsøgeren har indrømmet sig selv i tilsagn 3) for at fjerne konkurrencen på markedet for ordninger for husholdningsemballage, at der pålægges de påbud, der er nævnt i den anfægtede beslutnings artikel 3. Disse påbud, der i det væsentlige har til formål at forhindre sagsøgeren i at forbyde benyttelse af indsamlings- og sorteringsinfrastrukturer, samt i tilfælde af benyttelse at bemægtige sig den del af den indsamlede emballage, der ikke stammede fra denne, vil gøre det muligt at undgå, at sagsøgeren forhindrer konkurrerende ordningers adgang til allerede eksisterende indsamlings- og sorteringsinfrastrukturer og således foretager en indskrænkning i

konkurrencen på markedet for husholdningsemballage og derfor begrænser efterspørgslen efter indsamlings- og sorteringstjenester på markedet for indsamling og sortering af husholdningsemballage.

69 Sagsøgeren har anfægtet denne konklusion ved at bekræfte, at udvalget af potentielle partnere er bredt, eftersom affaldsproducenter i relation til erhvervsemballage frit vælger deres regionale partnere, og at AGR og ARO vedrørende husholdningsaffald i hvert af indsamlingsdistrikterne organiserede indsamlingsordninger, som ofte henvendte sig til andre regionale partnere.

70 Hvad for det første angår markedet for indsamling af erhvervsemballage skal det dels understreges, at således som det fremgår af sagens akter og i modsætning til det af sagsøgeren fremførte eksisterer der en enepartneraftale for indsamling af erhvervs- og husholdningsemballage, igennem hvilken en enkelt partner til sagsøgeren sikrer levering af tjenesterne for indsamling af to typer emballage. I henhold til nævnte aftale vil disse to typer emballage kunne indsamles samtidigt. Den omstændighed, at en enkelt partner må sørge for indsamlingen af to typer emballage, udelukker derfor enhver mulighed for, at de virksomheder, som kun er specialiseret i indsamling af én af de nævnte emballager, kan blive indsamlingspartner. Ifølge sagsøgeren vil denne omstændighed dog ikke forhindre disse virksomheder i at indtræde på markedet, eftersom de kan tilbyde tjenester for transport eller afhentning af erhvervsemballage til producenterne af nævnte affald på de vilkår, som er anført nedenfor i præmis 75.

71 Dels skal det præciseres, at markederne for indsamling og sortering af husholdnings- og erhvervsemballage frembyder forskelle, der er tilstrækkeligt betydelige til, at de specialiserede leveringer af tjenester for indsamling og sortering på det ene af de to markeder ikke er substituerbare, og at nævnte virksomheder ikke kan levere deres tjenester til det andet marked. Som Kommissionen har konstateret, uden at sagsøgeren har forelagt modbeviser, skal tjenesterne for indsamling og sortering indrettes på

forskellig vis på grund af de forskellige specifikke behov ved indsamlingen og sorteringen (jf. 161. betragtning til den anfægtede beslutning).

72 Vedrørende sorteringen producerer de store virksomheder således større mængder emballage, som bliver opbevaret på produktionsstedet, når det er blevet sorteret efter materialetype. Af denne grund er det ikke nødvendigt at etablere en sorteringsinfrastruktur for erhvervsemballage som den, der er forudset for husholdningsemballage, og partneraftalen gør det i øvrigt muligt for indsamlingspartneren at pålægge de emballageleverandører, som kommer med blandet emballage, bøder.

73 Ligeledes vedrørende indsamling frembyder indsamlingen af erhvervsemballage, således som det fremgår af partneraftalen, visse særlige kendetegn i forhold til indsamlingen af husholdningsemballage. Hvad angår erhvervsemballage driver indsamlingspartneren således et regionalt modtageanlæg. Dennes hovedvirksomhed består i at modtage de materialer, der er leveret af de store producenter af erhvervsaffald, som agerer affaldsleverandører, og at registrere alle vægtattester for materiale, der er leveret i henhold til østrigsk lovgivning, for at kontrollere, at minimumsmængden er opnået (jf. 166. betragtning til den anfægtede beslutning). Affaldsproducenterne har derfor forpligtelse til at bringe det sorterede materiale ud til modtageanlægget. På supplerende vis tilbyder indsamlingspartneren i de stærkt industrialiserede områder ligeledes en indsamlingstjeneste, der giver mulighed for at indsamle licenseret emballage på produktionsstederne, hvilket, som sagsøgeren har oplyst, kan afvises af affaldsproducenterne. Derimod fremgår det vedrørende husholdningsemballage af partneraftalen, at levering af indsamlingstjeneste omfatter planmæssig tømning af indsamlingscontainere og afhentning af sække, tilvejebragt af indsamlingspartneren ifølge en af denne udarbejdet fast plan over indsamlingsdage, samt transport af indsamlet affald fra husholdninger til sorteringsanlæg, eftersom indsamlingspartneren er ansvarlig over for ARA for kvaliteten af den indsamlede emballage.

74 Følgelig er der markante forskelle mellem indsamlings- og sorteringstjenesteydelser for husholdnings- og erhvervsemballage. Herefter, som det er konstateret i den anfægtede beslutning, er det ikke funktionelt muligt at substituere indsamlings- og sorteringstjenesteydelser med hensyn til emballage, som indsamles hos den private endelige forbruger, med de for industrien nødvendige tjenester (jf. 162. betragtning til den anfægtede beslutning).

75 Ganske vist er sagsøgeren af den opfattelse, at de udelukkede indsamlingsselskaber kunne tilbyde deres tjenester på markedet for indsamling og sortering af erhvervsemballage til affaldsproducenterne, som skal transportere deres affald til modtageanlægget, eller endda tilbyde deres indsamlingstjenester i konkurrence med dem, som tilbydes af indsamlingspartneren i de stærkt industrialiserede områder. Eftersom der imidlertid ikke funktionelt er mulighed for at substituere indsamlingen af husholdnings- og erhvervsaffald, kan det antages, at de specialiserede virksomheder inden for husholdningssektoren i princippet ikke vil være i stand til at levere indsamlingstjenester for erhvervsemballage. Herefter spiller det ikke nogen rolle i den foreliggende sag, at producenterne af erhvervsaffald frit kan vælge deres partner.

76 Hvad for det andet angår indsamlingen af returpapir i husstandene har Kommissionen i 157. betragtning til den anfægtede beslutning konstateret, uden at sagsøgeren har anfægtet dette, at »ARO udelukkende indkøber bestemte mængder hos den kommunale indsamling af returpapir«, hvilke mængder allerede eksisterede ved etableringen af ARA-ordningen. I henhold til 158. betragtning til den anfægtede beslutning er situationen den samme hvad angår indsamling af returglas.

77 Det fremgår af det ovenstående, at man ikke kan forestille sig, at de udelukkede indsamlings- og sorteringsvirksomheder for husholdningsaffald på den ene side let kan indtræde på markedet for indsamling og sortering af erhvervsaffald, og på den anden side kan levere deres tjenester, hvad enten det er på markedet for indsamling af returpapir eller på markedet for indsamling af returglas, idet disse markeder eksisterer takket være den kommunale indsamling og derfor er lukkede for eventuel adgang for konkurrenter. I modsætning til de af sagsøgeren fremførte argumenter er eksistensen af disse markeder følgelig ikke relevante for at udvide efterspørgslen efter

indsamlings- og sorteringstjenester for husholdningsemballage og for at sikre, at der er konkurrerende virksomheder til sagsøgerens regionale partnere.

78 Disse konklusioner ændres ikke af det af sagsøgeren under retsmødet fremførte argument om, at en begrænsning af konkurrencen ville være tvivlsom, hvis en aftale viste sig at være nødvendig for, at en virksomhed kunne trænge ind på et område, hvor den ikke hidtil havde virket (Rettens dom af 2.5.2006, sag T-328/03, O2 (Germany) mod Kommissionen, Sml. II. s. 1231, præmis 68).

79 I denne henseende skal det understreges, at i den foreliggende sag, i modsætning til den sag, som gav anledning til dommen i sagen O2 (Germany) mod Kommissionen, er det ikke blevet fastslået, at det netværk af partneraftaler, der er etableret af sagsøgeren, tillader en konkurrerende virksomhed at indtræde på markedet. Tværtimod, således som det er blevet fremhævet i præmis 65 ovenfor, kan den samlede virkning af nævnte netværk lukke adgangen til markedet for indsamlingsordninger for husholdningsemballage for ARA-ordningens konkurrenter. Dette argument skal derfor forkastes.

80 Kommissionen kunne således uden herved at anlægge et fejlagtigt skøn konkludere, at der på den ene side forelå en begrænsning af konkurrencen på markedet for indsamling og sortering af let husholdningsaffald, og at denne begrænsning gøres til genstand for en individuel fritagelse i lyset af dens positive virkninger på organiseringen af indsamling og sortering af husholdningsemballage, og på den anden side, at denne begrænsning kunne have indvirkning på markederne for indsamlingsordninger for husholdningsemballage og således på efterspørgslen efter indsamlings- og sorteringstjenester for husholdningsemballage. I øvrigt har Kommissionen ikke anlagt et fejlagtigt skøn ved at konkludere, at der, for at undgå, at sagsøgeren kan udelukke konkurrencen på markedet for indsamlingsordninger for husholdningsemballage, bør tilføjes de to påbud, der er nævnt i præmis 27 ovenfor, som betingelse for fritagelsen. Følgelig må dette anbringende forkastes.

Det andet anbringende vedrørende foreneligheden af partneraftalerne med betingelserne i forordning nr. 2790/1999

Parternes argumenter

81 Sagsøgeren er af den opfattelse, at selv om partneraftalerne medfører en eksklusivitetsforpligtelse for virksomheden, er denne forpligtelse undtaget efter artikel 81, stk. 1, EF i medfør af artikel 2, stk. 1, og artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 2790/1999, som i øvrigt ikke giver adgang til fastsættelse af påbud over for de fritagne. Ifølge den definition på det relevante marked, som er fastsat af Kommissionen i 155. betragtninger ff. til den anfægtede beslutning, er der ingen regional partner til sagsøgeren i Østrig, som har en andel, der er højere end 30 % af markedet for indsamling og/eller sortering af let emballage. Ydermere har sagsøgeren understreget, at forordning nr. 2790/1999 giver adgang til en undtagelse fra fordelingsordningerne, som forbeholder eneforhandlingsområder for visse distributører, og har konkluderet, at det ikke kan være anderledes inden for rammerne af et netværk af partneraftaler, hvormed den ordregivende myndighed reserverer eneforhandlingsområder til sine partnere.

82 Sagsøgeren har ligeledes anfægtet Kommissionens definition af det relevante geografiske marked, idet virksomheden har gjort gældende, at indsamlingsdistrikterne ikke svarer til noget økonomisk virksomhedsområde, eftersom de er blevet defineret af sagsøgeren ved gennemførelsen af udbud. Sagsøgeren har ligeledes konkluderet, at det afgørende kriterium for at fastslå en leverandørs markedsandel er den eksisterende situation før indgåelsen af partneraftaler, og ikke situationen efter deres indgåelse.

83 Endelig har sagsøgeren understreget, at årsagen til, at virksomheden ikke har henvist til forordning nr. 2790/1999 før indgivelse af stævning, er, at Kommissionen ikke havde offentliggjort en klagepunktsmeddelelse.

84 Kommissionen og intervenienterne har bestridt samtlige de af sagsøgeren fremførte argumenter.

Rettens bemærkninger

85 Indledningsvis skal der tages stilling til sagsøgerens anbringender, hvorefter sagsøgeren ikke har haft mulighed for tidligere at påberåbe sig de argumenter, der vedrører forordning nr. 2790/1999.

86 I den forbindelse skal det først bemærkes, at ved skrivelse af 28. august 2001 anmodede ARA og ARGEV om en negativattest for de anmeldte aftaler eller, i givet fald, en meddelelse om fritagelse i henhold til artikel 81, stk. 3, EF. Denne anmodning blev indgivet i overensstemmelse med kravene i artikel 2 i Kommissionens forordning (EF) nr. 3385/94 af 21. december 1994 om form, indhold og andre enkeltheder i forbindelse med begæringer og anmeldelser indgivet i henhold til Rådets forordning nr. 17 (EFT L 377, s. 28) og med skema A/B, som var bilagt hertil, uden at Kommissionen er fremkommet med nogen bemærkninger i den forbindelse.

87 For det andet har Kommissionen i punkt 139 i meddelelsen af 19. oktober 2002 (jf. præmis 12 ovenfor) haft til hensigt enten ikke at gøre indsigelse efter EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 over for de anmeldte aftaler eller at indrømme parterne en individuel fritagelse efter EF-traktatens artikel 81, stk. 3, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 3, eventuelt forbundet med påbud.

88 For det tredje tilsendte Kommissionen sagsøgeren en skrivelse af 1. april 2003, hvori den oplyste, at den overvejede muligheden for at vedtage en positiv beslutning i medfør af artikel 81 EF, og for i overensstemmelse med artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 17 at betinge denne beslutning af visse påbud vedrørende benyttelse af indsamlingsfaciliteter. I afsnittet med overskriften »Begrundelser« gjorde Kommissionen på detaljeret vis rede for de grunde, på grundlag af hvilke det var muligt at tildele en individuel fritagelse for partneraftalen, samt grundene til, at den fandt, at visse aftaler under ARA-ordningen kunne have en begrænsende indvirkning på konkurrencen, som kunne begrunde pålæggelse af visse påbud. Endelig blev sagsøgeren ved denne skrivelse oplyst om muligheden for at fremsætte bemærkninger inden for en frist af en måned fra modtagelsen af nævnte skrivelse. I en anden skrivelse af 6. juni 2003 informerede Kommissionen sagsøgeren om ændringen i de foreskrevne påbud som svar på såvel sagsøgerens som de østrigske myndigheders spørgsmål.

89 Under disse omstændigheder kan det ikke benægtes, at sagsøgeren under den administrative procedure har kunnet få kendskab til de anmeldte aftalers mulige begrænsende virkninger på konkurrencen for samt til de påbud, som Kommissionen overvejede at pålægge sagsøgeren inden for rammerne af den individuelle fritagelse. Som det fremgår af skrivelserne af 16. maj og af 25. juni 2003, som blev sendt af sagsøgeren til Kommissionen som svar på dennes skrivelser af 1. april og af 6. juni 2003, har sagsøgeren dog ikke udtrykkeligt anmodet om anvendelse af forordning nr. 2790/1999, og heller ikke fremkommet med nogen indvending vedrørende den manglende anvendelse af artikel 3, stk. 1, i nævnte forordning eller definitionen på det relevante marked i den forbindelse på den foreliggende sag. Som Kommissionen har fremhævet, forklarer denne omstændighed, hvorfor de argumenter, der vedrører forordning nr. 2790/1999, ikke er blevet besvaret i den anfægtede beslutning. Herefter

kan den manglende henvisning til disse argumenter i den anfægtede beslutning ikke danne grundlag for at anfægte dens lovlighed.

90 Selv i tilfælde af, at sagsøgeren med sin anmodning om fritagelse i medfør af artikel 81, stk. 3, EF indirekte skulle have anmodet om, at forordning nr. 2790/1999 fandt anvendelse, kan anbringendet vedrørende undladelsen af at anvendelse den nævnte forordning ikke medføre, at den anfægtede beslutning er ulovlig.

91 Partneraftalerne er nemlig kontrakter om levering af tjenester, som knytter sagsøgeren eksklusivt til en indsamlings- og/eller sorteringspartner for hvert indsamlingsdistrikt, idet disse hver især opererer på et forskelligt niveau i kæden for indsamling af husholdningsemballage. Med disse kontrakter fastlægger parterne betingelserne for, hvordan indsamlingen og sortering af husholdningsemballage, der hidrører fra sagsøgeren i hvert indsamlingsdistrikt, skal foregå. Det drejer sig derfor om aftaler om anvendelse af en underentreprenør mellem ikke-konkurrerende virksomheder, som er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 2, stk. 1, i forordning nr. 2790/1999.

92 Som det fremgår af 173. betragtning til den anfægtede beslutning, hvilket ikke er bestridt af sagsøgeren, er det relevante geografiske marked med henblik på vurderingen af en væsentlig begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 81, stk. 1, EF vedrørende markedsordninger og indsamlings- og sorteringsmarkeder hele Østrig, eftersom de objektive betingelser for efterspørgsel og udbud på markedet er væsensforskellige fra dem, som gælder i andre områder på det indre marked. Den østrigske lovgivning på området for emballageindsamling som nævnt ovenfor i præmis 5 fastsætter de betingelser, hvorunder nævnte virksomhed skal udføres i hele Østrig, og disse betingelser udgør derfor særlige betingelser i forhold til dem, der gælder for andre områder i det indre marked. Det er i øvrigt på hele dette område, at sagsøgeren

har etableret et netværk af partneraftaler, som på grund af den samlede virkning af kontrakterne for hvert indsamlingsdistrikt kan indvirke på konkurrencen såvel på markedet for indsamlingsordninger for husholdningsemballage som på markedet for indsamling og sortering af nævnte emballage.

93 Derimod er det relevante marked med henblik på i den foreliggende sag at vurdere, om grænsen på 30 % som fastsat i artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 2790/1999 er overskredet, indsamlingsdistriktet, såvel i dettes egenskab af det område, hvor indsamlings- og/eller sorteringspartnerne opererer med sagsøgeren som i dets egenskab af det sted, hvor de leverer deres tjenester. Sagsøgeren udsender sine udbudsmeddelelser for hvert af distrikterne, og partnerne tilbyder deres tjenester til at organisere infrastrukturerne for indsamling og sortering i hvert af disse distrikter. Derudover angiver punkt 7 i standardudbudsbetingelserne, at der foreligger særlige forhold i de enkelte indsamlingsdistrikter, som bliver beskrevet i et dokument med titlen »Select Regional, Del L«. Ligeledes angiver sagsøgerens aktivitetsrapport vedrørende 2002 mere præcist, hvordan kvarterne og kommunerne er fordelt i indsamlingsdistrikterne, som sagsøgeren har udviklet et egnet og helt igennem specifikt indsamlingskoncept for.

94 Det følger af det foregående, at hvert indsamlingsdistrikt frembyder homogene betingelser for levering af tjenester og kan adskilles fra nabodistrikterne på grund af deres særegenheder og betingelser for levering af tjenester, i overensstemmelse med de fastsatte kriterier i punkt 90 i Kommissionens meddelelse 2000/C291/01 — Retningslinjer for vertikale begrænsninger (EFT 2000 C 291, s. 1), for at fastsætte det relevante geografiske marked med henblik på udregning af tærsklen som indeholdt i forordning nr. 2790/1999.

95 Den omstændighed, at Kommissionen er kommet frem til, at det relevante geografiske marked er hele Østrig med henblik på vurderingen af de konkurrencebegrænsende virkninger af de anmeldte aftaler, ændrer ikke denne konklusion. Dette forhold forhindrer ikke i sig selv, at der kan udpeges mere afgrænsede geografiske markeder set ud fra leverandørerne af indsamlings- og sorteringstjenester, hvor betingelserne for levering af tjenester er ensartede og forskellige fra dem, som gælder

for nabodistrikterne. Som det er blevet anført i præmis 93 ovenfor, er det herefter indsamlingsdistrikterne, som udgør de relevante markeder med henblik på at fastslå, om sagsøgeren kan nyde godt af gruppefritagelsen som indeholdt i forordning nr. 2790/1999.

96 Vedrørende sagsøgerens udsagn om, at det afgørende element for at fastsætte en leverandørs markedsandel er den eksisterende situation før indgåelsen af partneraftalen og ikke situationen efter dennes indgåelse, skal det bemærkes, at i henhold til artikel 9, stk. 2, litra a), i forordning nr. 2790/1999 om anvendelse af artikel 3 »beregnes markedsandelen på grundlag af oplysninger vedrørende det foregående kalenderår«. Det skal ligeledes understreges, således som Kommissionen har fremhævet, at med hensyn til nye markeder skal der tages højde for det tidspunkt, hvor markedet blev skabt. Det er først fra dette tidspunkt, at det kan fastsættes, i hvilket omfang leverandøren har markedsstyrke, ved at beregne den markedsandel, som tilkommer denne i henhold til artikel 9, stk. 3, litra a), i forordning nr. 2790/1999.

97 I den foreliggende sag betyder dette — for at kunne beregne markedsandelen for hver af indsamlings- og/eller sorteringspartnerne — at der skal tages højde for den situation, der følger efter indgåelsen af aftalerne for indsamling og sortering af husholdningsemballage, og ikke, i modsætning til hvad sagsøgeren har understreget, situationen forud herfor.

98 Indsamlings- og sorteringspartnerne i egenskab af leverandører af indsamlings- og sorteringstjenester, med hvilke sagsøgeren har indgået eksklusivaftaler, overskrider i væsentlig grad grænsen på 30 % for markedsandele som fastsat i artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 2790/1999. Dels følger det af 225. betragtning til den anfægtede beslutning, som ikke er blevet anfægtet af sagsøgeren, at kun Öko-Box har etableret en konkurrerende ordning på området for let husholdningsemballage, dvs. kompositemballage til drikkevarer. Dels, og således som sagsøgeren har anerkendt i sine skriftlige indlæg, har Öko-Box udviklet et system, som kun anvender indsamlingsinfrastrukturer for en

del af emballagen ved i dette tilfælde at rette henvendelse til sagsøgerens indsamlingspartnere. Herefter kan de regionale indsamlings- og/eller sorteringspartnere nemt nå 100 %, og artikel 2, stk. 1, i forordning nr. 2790/1999 tillader derfor ikke at give de anmeldte aftaler en gruppefritagelse, der er fritaget for ethvert påbud.

99 På baggrund af det ovenstående må det første anbringende forkastes.

Det tredje anbringende vedrørende manglende kendskab via artikel 2 og 3 i den anfægtede beslutning til teorien om »væsentlige faciliteter«

Parternes argumenter

100 Sagsøgeren er af den opfattelse, at Kommissionen har tillagt en uhindret og fri adgang for andre fritagelsesordninger til dens indsamlingsinfrastrukturer afgørende betydning med henblik på at skærpe konkurrencen og har understreget, at artikel 2 og især artikel 3 i den anfægtede beslutning udgør et forsøg på at pålægge ARA-ordningen en forpligtelse uden at respektere betingelserne i teorien om »væsentlige faciliteter«.

101 Til støtte for dette anbringende har sagsøgeren dels anført, at i princippet er virksomhedens partneraftaler ikke til hinder for en fælles benyttelse af containerne, og at der

derfor ikke af disse kontrakter fremgår nogen eksklusivitet til fordel for sagsøgeren i forhold til containerne. Under disse omstændigheder eksisterer der ikke nogen materielle begrænsninger i konkurrencen, og de af Kommissionen fastsatte påbud kan ikke støttes på artikel 81, stk. 3, EF og artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 17.

102 Dels har sagsøgeren understreget, at den anfægtede beslutning i virkeligheden pålægger virksomheden et påbud om at »afgive« kapacitet til konkurrenterne, hvilket ville falde ind under anvendelsesområdet for artikel 82 EF. Et sådant påbud ville kun være lovligt, henset til Domstolens retspraksis, hvis de organiserede indsamlingsfaciliteter var væsentlige faciliteter for sagsøgeren (Domstolens dom af 26.11.1998, sag C-7/97, Bronner, Sml. I, s. 7791). Dette er imidlertid ikke tilfældet i den foreliggende sag, eftersom det ud fra et teknisk synspunkt er muligt at fordoble sagsøgerens eksisterende strukturer for indsamlingsordninger ved at tillade konkurrerende modtageordninger at gennemføre en modtageordning på steder, hvor sagsøgeren driver en deponerings- og konverteringsordning.

103 Kommissionen har bestridt samtlige de af sagsøgeren fremførte argumenter.

Rettens bemærkninger

104 Det følger af fast retspraksis, at der foreligger misbrug, såfremt en virksomhed, der indtager en dominerende stilling på et bestemt marked, tilkendegiver, at den til en virksomhed, som den konkurrerer med på et beslægtet marked, nægter at levere såvel råstoffer som tjenesteydelser, som er absolut nødvendige for den anden virksomheds virke, i det omfang den pågældende adfærd kan udelukke al konkurrence fra denne virksomheds side (Domstolens dom i Bronner-sagen, præmis 38, og dom af 29.4.2004, sag C-418/01, IMS Health, Sml. I, s. 5039, præmis 40-45). I disse tilfælde,

hvor der bliver konstateret en overtrædelse, bl.a. vedrørende misbrug af en dominerende stilling, kan Kommissionen i medfør af artikel 3 i forordning nr. 17 sikre den effektive virkning af sin beslutning ved at pålægge visse påbud (Domstolens dom af 6.4.1995, forenede sager C-241/91 og C-242/91, RTE og ITP mod Kommissionen, Sml. I, s. 743, præmis 90 og 91).

105 I henhold til partneraftalerne er indsamlings- og sorteringspartnerne forpligtet til at gennemføre de nødvendige infrastrukturer til opfyldelsen af deres kontraktmæssige forpligtelser (jf. 98. betragtning til den anfægtede beslutning). Nævnte infrastrukturer tilhører indsamlings- og sorteringspartnerne og ikke sagsøgeren, som begrænser sig til at forhandle deres indplacering med de lokale myndigheder. Sagsøgeren har således bekræftet, at virksomheden ikke besidder nogen ejendomsret eller kontrolrettighed over disse faciliteter, som ville gøre det muligt for den ved misbrug af sin stilling at nægte sine konkurrenter levering af indsamlingstjenester for at udelukke dem fra markedet for indsamling af emballage.

106 Imidlertid er sagsøgeren i medfør af de partneraftaler og de organiseringsvalg, som virksomheden er blevet tildelt i tilsagn 3), i stand til sammen med sine partnere at kontrollere adgangen til de infrastrukturer, der er etableret i hvert indsamlingsdistrikt. På denne måde er sagsøgeren i stand til at blokere adgangen for sine konkurrenter til de indsamlings- og sorteringsinfrastrukturer, der tilhører virksomhedens partnere.

107 Som Kommissionen således har understreget i 234. betragtning til den anfægtede beslutning, er problemet i den foreliggende sag, at i henhold til det organiseringsvalg, som sagsøgeren er blevet tildelt i tilsagn 3), kan dette forhindre benyttelse af indsamlings- og sorteringsinfrastrukturerne. Ved at drage fordel af disse organiseringsvalg kan sagsøgeren bl.a. forhindre de indsamlingspartnere, som ønsker det, i at give konkurrenterne til ARA-ordningen adgang til deres infrastrukturer og dermed gøre deres adgang til markedet for indsamling af husholdningsemballage vanskeligere. Denne adfærd risikerer at give anledning til en begrænsning af konkurrencen på dette

marked og herved at begrænse efterspørgslen af indsamlings- og sorteringstjenester på markedet for indsamling og sortering af husholdningsemballage.

108 Som det er blevet anført i præmis 67 ovenfor, har Kommissionen, for at fjerne nævnte risiko, fundet det nødvendigt at knytte de påbud, der er indeholdt i artikel 3 i den anfægtede beslutning, til den individuelle fritagelse i henhold til artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 17.

109 Det drejer sig herefter i den foreliggende sag ikke om en ensidig afvisning fra sagsøgerens side af at tilvejebringe en nødvendig tjeneste til konkurrenterne for udviklingen af et beslægtet marked i strid med artikel 82 EF, og som derfor berettiger anvendelsen af teorien om »væsentlige faciliteter«. Det drejer sig om et tilfælde, hvor den stilling, som sagsøgeren forbeholder sig i medfør af partneraftaler med indsamlings- og sorteringsvirksomheder, kan give anledning til en begrænsning af konkurrencen på markedet for ordningerne for indsamling af husholdningsemballage, og derved begrænser efterspørgslen i indsamlings- og sorteringstjenester på markedet for indsamling og sortering af husholdningsaffald. Følgelig har Kommissionen med rette i den foreliggende sag ikke anvendt teorien om »væsentlige faciliteter« og den af Domstolen tilknyttede retspraksis.

110 Det følger af det ovenstående dels, at Kommissionen ikke har forsøgt i den foreliggende sag at anvende teorien om »væsentlige faciliteter«, dels at hverken teorien om »væsentlige faciliteter« eller den af Domstolen tilknyttede retspraksis finder anvendelse på den foreliggende sag med henblik på at undersøge lovligheden af de påbud, der ledsager den individuelle fritagelse, som Kommissionen har tildelt sagsøgeren. Følgelig må dette anbringende forkastes.

Det fjerde anbringende om den urealiserbare karakter af de i den anfægtede beslutning indeholdte påbud

Parternes argumenter

111 Sagsøgeren har anført, at de påbud, der er pålagt ved den anfægtede beslutning, underkender Domstolens retspraksis vedrørende proportionalitetsprincippet, eftersom de ikke er egnede til at nå det tilstræbte mål og ikke udgør det mindst indgribende påbud.

112 Sagsøgeren er endvidere af den opfattelse, at Kommissionen ikke i tilstrækkelig grad har taget højde for ARA-ordningens særlige kendetegn, eftersom indsamlingen, sorteringen og nyttiggørelsen til forskel fra det eksisterende indsamlingssystem for affald i Tyskland for en stor dels vedkommende foretages af forskellige virksomheder, og disse partnere kan ikke tilvejebringe efterfølgende bevis for omfanget af indsamlet, sorteret og nyttiggjort emballage, men er forpligtet til — til stadighed — at modtage den fysisk indsamlede emballage på sagsøgerens modtageanlæg. Følgelig kan det påbud, der er fastsat i artikel 3, litra b), i den anfægtede beslutning, kun have det ene formål at forhindre sagsøgeren i at kræve en kvoteandel af de indsamlede produkter, der er større end den, der tilkommer virksomheden. Dette påbud medfører derfor, at sagsøgeren bliver informeret om ARA-ordningens markedsandel på tidspunktet for modtagelsen af den indsamlede emballage, hvilket ikke er muligt af to årsager. Den første årsag er, at de eksterne fritagelsesordninger, dvs. dem, som ikke har interesse i benyttelse af indsamlingsinfrastrukturerne, ikke er forpligtet til at informere sagsøgeren om deres licensmængder, hvilket gør det umuligt at beregne sagsøgerens kvoteandel i forhold til den samlede mængde husholdningsaffald. Den anden årsag er, at oplysninger vedrørende markedsandele først efterfølgende er til rådighed, efter de periodiske angivelser af de licensmængder, der er håndteret af producenterne

og importørerne. Derfor er sagsøgeren af den opfattelse, at der for at kunne fordele de indsamlede produkter mellem de forskellige operatører af systemet må anvendes fordelingsmetoder, som på forhånd er kendt fra tidspunktet for levering af en given mængde emballage.

113 Endelig har sagsøgeren tilføjet, at der ikke eksisterer nogen forbindelse mellem begrænsningen af konkurrencen og det påbud, der er fastsat i artikel 3, litra b), i den anfægtede beslutning, og har understreget, at virksomheden den 28. august 2003 fremsendte et forslag til Kommissionen med henblik på at fastsætte en anden fordelingsmetode, som tager højde for, at de forskellige indsamlingssystemer hvert år på forudsigelig vis forbeholder sig en tilbagetagningskapacitet, der er fastsat over for indsamlingsvirksomheden på grundlag af den forventede licensmængde. Ikke desto mindre har Kommissionen ikke taget højde for denne model.

114 Kommissionen og intervenienterne har bestridt samtlige de af sagsøgeren fremførte argumenter.

Rettens bemærkninger

115 Det bemærkes indledningsvis, at sagsøgeren har påberåbt sig proportionalitetsprincippet såvel til støtte for sit fjerde anbringende vedrørende den realiserbare karakter af de påbud, der er indeholdt i den anfægtede beslutning, som til støtte for et selvstændigt anbringende (femte anbringende). Forholdsmæssigheden af påbuddene og navnlig proportionaliteten af påbuddet i artikel 3, litra b), i den anfægtede beslutning skal derfor undersøges inden for rammerne af det femte anbringende, og den realiserbare karakter af det pågældende påbud skal ligeledes undersøges i denne forbindelse.

116 For indledningsvis at kunne tage stilling til de af sagsøgeren fremførte argumenter, og som det fremgår af sagens akter, skal det fremhæves, at licensmængderne i de eksterne ordninger i den foreliggende sag ingen rolle spiller for beregningen af sagsøgerens kvoteandel af den samlede husholdningsemballage. Det skal understreges, at problemet med fordelingen af den indsamlede emballage kun opstår i tilfælde af benyttelse af indsamlingsinfrastrukturerne. I dette tilfælde, hvor sagsøgeren ikke kan forvente at tilegne sig hele den indsamlede mængde emballage, bør der foretages en beregning af den del af emballagen, der tilkommer hver af fritagelsesordningerne, som deler nævnte infrastrukturer, for at kunne fordele den indsamlede emballage imellem sig. Følgelig er det af sagsøgeren fremførte argument vedrørende rådigheden over oplysninger om licensmængderne i de eksterne ordninger åbenbart ubegrundet.

117 For det andet har sagsøgeren ikke formået, på trods af sine bemærkninger, at godtgøre, at det ikke skulle være muligt at beregne virksomhedens kvoteandel af den samlede mængde husholdningsemballage på tidspunktet for modtagelsen af den indsamlede emballage på de fungerende modtageanlæg, idet fordelingen af den indsamlede emballage kræver en på forhånd fastsat fordelingsmetode, der er gyldig for en periode af et år. Tværtimod fremgår det af fritagelses- og licensaftalen, som forbinder sagsøgeren med affaldsproducenterne, at for at kunne beregne den af sagsøgeren skyldige årlige licensafgift må affaldsproducenterne angive de nøjagtige mængder af emballage, der månedligt eller kvartalsvis er bragt ind på markedet, senest den tiende dag i den anden måned efter afslutningen af den periode, som er genstand for opgørelsen, afhængig af om der er tale om en stor eller en lille producent. Dette indebærer, at mængderne af den emballage, der er omfattet af licens- og fritagelseskontrakterne, kan beregnes af sagsøgeren på grundlag af disse kontrakter og de oplysninger, som denne modtager regelmæssigt.

118 Det er korrekt, at de endelige oplysninger vedrørende det foregående kalenderår først er til rådighed efter den tiende dag i den anden måned efter afslutningen af den sidste

måned eller det sidste kvartal i nævnte kalenderår. Dette betyder imidlertid ikke, som sagsøgeren hævder, at fordelingen af emballagen først kan finde sted femten måneder efter starten på regnskabsåret, hvilket forhindrer den »stadige fordeling« af indsamlet emballage. Fordelingen af den indsamlede emballage kan foretages løbende samtidig med indsamlingen på grundlag af reelle licensmængder af emballage, der er bragt ind på markedet i de forudgående måneder. Resultatet af denne fordeling vil blive korrigeret ved slutningen af året med kompensation på grundlag af de endelige, reelle mængder, der er oplyst af affaldsproducenterne. Som Kommissionen har angivet, kunne fordelingen ligeledes basere sig konsekvent på de forventede mængder, som først ville kunne tilpasses på visse fastsatte tidspunkter. Således som det fremgår af sagsakterne, har denne sidste mulighed været foreslået af sagsøgeren og er blevet godkendt af Kommissionen under spørgsmålet om foreløbige forholdsregler, som har fundet sted ved Retten.

119 For det tredje skal det fremhæves, således som det fremgik under retsmødet, at den anfægtede beslutning midlertidigt er blevet gennemført på tilfredsstillende vis for parterne.

120 Det følger af det ovenstående, at den stadige fordeling af indsamlet emballage ikke udgør en hindring for realiseringen af det påbud, der er indeholdt i artikel 3, litra b), i den anfægtede beslutning og, i modsætning til hvad sagsøgeren har gjort gældende, således ikke kræver anvendelse af en forud fastsat fordelingsmetode, der er gyldig for en periode af et år.

121 De øvrige argumenter, som sagsøgeren har fremført, ændrer ikke denne bedømmelse.

122 Hvad for det første angår argumentet om, at der ikke eksisterer nogen forbindelse mellem begrænsningen af konkurrencen og det pålagte påbud, skal dette argument anses for åbenbart ubegrundet. Det fremgår af 290. og 293. betragtning til den anfægtede beslutning, at der er en klar forbindelse mellem på den ene side det pålagte påbud og på den anden side risikoen for en vertikal afskærmning af markedet for sagsøgerens konkurrenter i tidligere led samt begrænsningen af efterspørgslen efter indsamlings- og sorteringstjenester på markedet for indsamling og sortering af husholdningsemballage. Nævnte risiko ville opstå som følge af en individuel fritagelse af aftalerne, hvorved sagsøgeren kun knytter sig til en enkelt partner pr. indsamlingsdistrikt og forbeholder sig faciliteter, som kunne forhindre den fælles benyttelse af infrastrukturerne for indsamling og sortering. Formålet med dette påbud er derfor at undgå, at sagsøgeren kan opnå dokumentation vedrørende de emballagemængder, der svarer til de konkurrerende ordninger, som sammen med sagsøgeren deler infrastrukturerne for indsamling og sætter sig i besiddelse af de mængder, som svarer til disse ordninger, bl.a. i forhold til den østrigske kontrolmyndighed. En sådan adfærd fra sagsøgerens side ville forhindre de konkurrerende ordninger i at overholde deres tilbagetagningskvoter og gøre deres overlevelse på markedet vanskeligere. Deres forsvinden fra markedet ville føre til en begrænsning i efterspørgslen af indsamlings- og sorteringstjenester på markedet for indsamling og sortering af husholdningsemballage. Således er det, i modsætning til de af sagsøgeren fremførte argumenter og i lyset af artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 17 med rette, at Kommissionen har pålagt det pågældende påbud med henblik på at undgå, at den individuelle fritagelse, der er blevet tildelt sagsøgeren, kan give anledning til en begrænsning af konkurrencen på markedet for indsamlingsordninger for husholdningsemballage og dermed en begrænsning af efterspørgslen af indsamlings- og sorteringstjenester for husholdningsemballage.

123 Hvad for det andet angår sagsøgerens anbringende om, at Kommissionen har kopieret en stor del af teksten om det påbud, som er nævnt i artikel 3, litra b), i beslutningen vedrørende den tyske ordning for affaldsindsamling uden at tage højde for ARA-ordningens særegenheder, skal disse ligeledes betragtes som åbenbart ugrundede. Undersøgelsen af de to pågældende beslutninger viser, at afsnittene heri ikke er sammenfaldende. Derudover viser undersøgelsen af den anfægtede beslutning, i modsætning til hvad sagsøgeren har gjort gældende, at den dokumentation, som det i artikel 3, litra b), i nævnte beslutning fastsatte påbud henviser til, ikke har til formål at erstatte den fysiske modtagelse af den indsamlede emballage, men at attestere,

hvilken del af den indsamlede emballage der stammer fra sagsøgeren. Ifølge artikel 11, stk. 8, i affaldsforordningen og påbud nr. 2 i fritagelsesbeslutningen — set i lyset af indførelsen og driften af en indsamlings- og nyttiggørelsesordning — tjener denne dokumentation til over for de østrigske kontrolmyndigheder at påvise, at sagsøgeren opfylder sine indsamlingskvoter. Ifølge 291. betragtning til den anfægtede beslutning kan de også anvendes til at nedsætte partnernes betaling i tilfælde af benyttelse af indsamlingsinfrastrukturerne.

124 Det følger af alle de ovenstående bemærkninger, at de af Kommissionen foreslåede fordelingsmetoder er baseret på oplysninger, som er let tilgængelige for sagsøgeren på tidspunktet for fordeling af den indsamlede emballage, såsom de forventede mængder eller licensmængderne vedrørende de forudgående måneder, og at disse metoder derfor tager højde for ARA-ordningens særlige forhold på samme måde som den af sagsøgeren foreslåede metode. Den eneste forskel er, at med de af Kommissionen foreslåede metoder kan de forventede mængder eller licensmængderne vedrørende de forudgående måneder efterfølgende korrigeres, f.eks. på grundlag af faktiske og endelige mængder af licensemballage, der er bragt ind på markedet og anmeldt af affaldsproducenterne. Som det er blevet fremhævet i præmis 118 ovenfor, er denne efterfølgende korrektion ikke uforenelig med en stadig fordeling af indsamlet emballage mellem de fritagelsesordninger, som deles om indsamlingsinfrastrukturerne. Herefter, og i modsætning til det af sagsøgeren anførte, er påbuddet ikke urealiserbart.

125 Følgelig skal dette anbringende forkastes.

Det femte anbringende vedrørende tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet

Parternes argumenter

126 Sagsøgeren har gjort gældende, at det i artikel 3, litra b), i den anfægtede beslutning indeholdte påbud er uforholdsmæssigt, idet den pålægger sagsøgeren påbud, som kan forhindre virksomheden i at overholde de foreskrevne kvoter og derfor vil true dennes eksistens. Nævnte påbud vil nemlig begrænse sagsøgerens adgang til de indsamlingsfaciliteter, som virksomheden råder over. Det er på den baggrund, at sagsøgeren har givet sig selv ret til at indrette sin ordning ved kontraktmæssigt at forbyde indsamlingsselskaberne at handle på egne vegne. Misforholdet er især tydeligt i to tilfælde: ved erhvervelsen af yderligere licensmængder gennem en anden fritagelsesordning og ved indførelsen gennem andre fritagelsesordninger af indsamlingsfaciliteter, som helt eller delvis er deres egne.

127 I det første tilfælde er sagsøgeren af den opfattelse, at introduktionen på markedet af en anden fritagelsesordning ville begrænse ARA-ordningens andel af samtlige mængder husholdningsemballage og dermed dens markedsandel. Konkurrenterne ville ikke begrænse sig til at afskære ARA-ordningens kunder, men vil derudover indføre yderligere licensmængder af emballage på markedet, som for tiden hverken indsamles af producenterne eller distributørerne, og som sagsøgeren kalder »parasitvirksomheders mængdeemballage«. I denne situation er den andel af de af de regionale partnere indsamlede produkter, som kan indkræves af sagsøgeren, begrænset, hvilket ikke giver denne mulighed for at overholde de foreskrevne kvoter, således at Bundesministerium für Umwelt, Jugend und Familie (det østrigske forbundsministerium for miljø, børn og familie) vil kunne trække sin godkendelse tilbage. Det af Kommissionen pålagte påbud vil således begrænse sagsøgerens adgang til indsamlingsfaciliteterne.

128 Sagsøgeren er endvidere af den opfattelse, at den af Kommissionen foreslåede løsning, der består i at tilpasse antallet af containere for at kunne imødegå betydeligere indsamlingsmængder, ikke er tilfredsstillende. Således kan sagsøgeren først efterfølgende få kendskab til, om indsamlingsfaciliteterne er tilstrækkelige, og de korrigerende foranstaltninger kan først effektivt vedtages inden for to år. Det er derfor, at sagsøgeren vurderer, at for at kunne dele containerne skal fritagelsesordningerne hvert år på forhånd fastsætte de nødvendige containermængder samt de tilsvarende indsamlingsmængder.

129 Sagsøgeren har præciseret, at foranstaltningen med indsamlingsfaciliteter og adgangen til de indsamlede mængder frembyder den samme problematik, og at hvis det pågældende påbud pålægger virksomheden at afstå indsamlingsmængder til konkurrenterne, vil samtlige de forventede faciliteter miste deres betydning.

130 Hvad angår det andet tilfælde har sagsøgeren anført, at de konkurrerende systemer især er leverandører, som har specialiseret sig i visse konkrete typer emballage, og som er i stand til at indføre andre indsamlingsfaciliteter og derved alternativt anvende de faciliteter, som er drevet af sagsøgeren. Dette er især tilfældet med ordningerne for Öko-Box og Bonus. Ifølge sagsøgeren er denne adfærd fra de konkurrerende ordningers side helt og holdent forudsigelig, eftersom fælles benyttelse af indsamlingsinfrastrukturerne ikke skaber en reel priskonkurrence, som kun opstår ved indførelsen af egne indsamlingsinfrastrukturer. Sagsøgeren er herefter af den opfattelse, at selv i tilfælde af kun delvis benyttelse af indsamlingsinfrastrukturerne vil sagsøgeren være forpligtet via det pålagte påbud til at afstå fra varetagelsen af indsamlede mængder i højere grad end i forhold til den konkurrerende ordnings behov, hvilket ville være åbenlyst urimeligt.

131 I øvrigt har sagsøgeren gjort indsigelse om, at Kommissionen ikke har budt på nogen løsning på problemet med den delvise benyttelse af indsamlingsinfrastrukturer, og at den end ikke har undersøgt det fremsatte kompromisforslag.

132 Endelig har sagsøgeren gjort gældende, at det i artikel 3, litra b), i den anfægtede beslutning indeholdte påbud vil tvinge virksomheden til at omorganisere emballageindsamlingen, hvilket vil medføre en forøgelse af indsamlingsomkostningerne og følgelig et effektivitetstab for ARA-ordningen. Sagsøgeren vurderer herefter, at disse omkostninger bør væltes over på dem, som drager nytte af benyttelse af indsamlingsinfrastrukturerne, dvs. de konkurrerende ordninger og indsamlingspartnerne. Ligeledes er sagsøgeren af den opfattelse, at omkostningerne til ordningens funktion (eller systemomkostningerne) ligeledes burde væltes over på de konkurrerende ordninger.

133 Kommissionen og intervenienterne har bestridt samtlige de af sagsøgeren fremførte argumenter.

Rettens bemærkninger

134 Det bemærkes, at i henhold til fast retspraksis kræver proportionalitetsprincippet, der hører til fællesskabsrettens almindelige grundsætninger, at institutionernes retsakter ikke må gå videre, end hvad der er nødvendigt og passende i forhold til det påtænkte formål, idet den mindst bebyrdende foranstaltning skal vælges, såfremt det er muligt at vælge mellem flere egnede (Domstolens dom af 11.7.2002, sag C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, Sml. I, s. 6453, præmis 59, af 9.9.2004, forenede sager C-184/02 og C-223/02, Spanien og Finland mod Parlamentet og Rådet, Sml. I, s. 7789, præmis 57, og af 7.7.2009, sag C-558/07, S.P.C.M. m.fl., Sml. I, s. 5783, præmis 41).

135 I den foreliggende sag er det af Kommissionen påtænkte formål ved hjælp af pålæggelse af det påbud, der er indeholdt i artikel 3, litra b), i den anfægtede beslutning, at undgå den afskærmning af konkurrencen på markedet for indsamlingsordninger for husholdningsemballage, som kunne opstå, hvis der blev tildelt en individuel fritagelse for de indsamlings- og sorteringsaftaler, som er anmeldt af sagsøgeren, og som kunne begrænse efterspørgslen efter indsamlings- og sorteringstjenester på markedet

for indsamling og sortering af husholdningsemballage. Det fremgår således af 290. og 292. betragtning til den anfægtede beslutning, at i tilfælde af fælles benyttelse af indsamlingsinfrastrukturerne kunne sagsøgeren forsøge at bemægtige sig al den indsamlede emballage og således forhindre de konkurrerende ordninger i at overholde deres indsamlingskvote. Som det er blevet bemærket i præmis 122 ovenfor, vil et forbud for sagsøgeren mod at forlange dokumentation for de emballagemængder, der svarer til den andel, der er tilbageholdt af virksomhedens konkurrenter, ud af den samlede mængde husholdningsemballage medvirke til at undgå, at den bemægtiger sig al den indsamlede emballage, bl.a. i forhold til den østrigske kontrolmyndighed, over for hvilken den ved forevisning af dokumentation skal bevise at have opfyldt sin indsamlingskvote. Som det ligeledes fremgår af præmis 123 ovenfor, er et sådant forbud forenelig med ARA-ordningens særlige kendetegn.

136 For at undgå, at sagsøgeren forsøger at bemægtige sig al den indsamlede emballage, bør der fastsættes en fordeling af nævnte emballage. I denne henseende har Kommissionen foreslået fordelingsmetoder, der bygger på konkrete andele, der nøjagtigt svarer til licensmængderne for hver ordning, hvilket fjerner risikoen for monopolisering af indsamlet emballage fra sagsøgerens side. Disse fordelingsmetoder forhindrer nemlig sagsøgeren i at forsøge at svække de konkurrerende ordningers stilling ved kunstigt at forøge de mængder, som er blevet meddelt til indsamlingspartnerne. Disse metoder forekommer derfor tilfredsstillende i forhold til det tilstræbte formål, som er at undgå enhver fjernelse af konkurrencen på markedet for indsamlingsordninger for husholdningsemballage, og således at undgå begrænsning af efterspørgslen efter indsamlings- og sorteringstjenester på markedet for indsamling og sortering af husholdningsemballage.

137 Herefter er det i artikel 3, litra b), i den anfægtede beslutning indeholdte påbud ikke uhensigtsmæssigt set i lyset af det af Kommissionen tiltænkte formål (jf. i denne retning dommen i sagen Käserei Champignon Hofmeister, præmis 60-64).

138 Denne konklusion afsvækkes ikke af de af sagsøgeren fremførte argumenter om erhvervelse af yderligere licensmængder fra en anden fritagelsesordning og den delvise benyttelse af de indsamlingsfaciliteter, der er etableret af sagsøgeren.

139 Hvad for det første angår argumentet om erhvervelse af yderligere licensmængder fra en anden fritagelsesordning skal det dels understreges, at affaldsforordningens artikel 11, stk. 7, for så vidt som denne bestemmelse er relevant, fastslår, at procentsatserne skal fastlægges således, at mindst 50 % af mængden for hver emballagekategori, for hvilken der er forudset deltagelse i en ordning, skal indsamles. På den anden side skal sagsøgerens minimumsindsamlings- og nyttiggørelseskvoter i medfør af det første påbud i aftalen i lyset af etableringen og driften af en indsamlings- og nyttiggørelsesordning beregnes »i forhold til de emballagemængder, som i løbet af et kalenderår er genstand for en kontrakt i overensstemmelse med artikel 11, stk. 7, i [affaldsforordningen]«. Tilkomsten af »parasitemballage« dvs. emballage, som indtil nu ikke var omfattet af nogen indsamlingsordning, vil herefter ikke have nogen indflydelse på sagsøgerens indsamlingskvoter, som fortsat vil blive beregnet på den ovenfor angivne måde. I øvrigt er det ganske vist korrekt, at den omstændighed, at parasitemballage kan blive til licensemballage for sagsøgerens konkurrerende ordninger, har til følge, at denne emballage ikke vil komme i sagsøgerens besiddelse med henblik på at opfylde sin indsamlingskvote. I lyset af økonomien i den gældende nationale lovgivning i en situation med benyttelse af indsamlingsinfrastrukturer for at indsamle den nødvendige emballagemængde for at nå deres indsamlingskvoter må ordningerne imidlertid ikke medregne parasitemballage, men bør forøge deres indsamlingskapacitet, f.eks. ved at forøge hyppigheden af tømningen af containere.

140 Sagsøgerens antagelse, hvorefter virksomheden først efterfølgende kan få kendskab til, at de forudsete indsamlingskapaciteter ikke er tilstrækkelige, kan ikke ændre denne konklusion. Som det er anført i præmis 118 ovenfor, kan sagsøgeren på forhånd vurdere omfanget af licensemballage og kan med udgangspunkt i dette tal fastslå sit behov for indsamling og beslutte, om det kan betale sig at forøge indsamlingskapaciteterne. Tilsvarende kan sagsøgeren korrigere de forudsete indsamlingskapaciteter

ud fra den emballagemængde, der faktisk er indført på markedet og løbende meddelt af licenshaverne.

141 Endelig udgør fælles benyttelse af indsamlingsinfrastrukturerne, i modsætning til hvad sagsøgeren har gjort gældende, ikke en reel afståelse af indsamlingsfaciliteter til fordel for nye konkurrenter, som kunne være til skade for sagsøgeren. I virkeligheden begrænser den fælles anvendelse ikke sagsøgerens indsamlingsfaciliteter, eftersom indsamlingsfaciliteterne er betinget af licensemballagemængden, som hver indsamlingsordning meddeler til indsamlingspartnerne og derfor holder regnskab med forøgelsen af licensemballagemængden i hvert indsamlingsdistrikt. Som det allerede er blevet anført i præmis 139 ovenfor, må sagsøgeren herfor, for at sikre, at indsamlingskvoterne overholdes, tilpasse indsamlingen til de nye behov, f.eks. ved at anmode partnerne om at forøge containerkapaciteten eller ved at forøge hyppigheden af tømning af containere.

142 Følgelig må argumentet vedrørende erhvervelse af yderligere licensmængder via en konkurrerende fritagelsesordning afvises.

143 For det andet kan argumentet om fælles benyttelse af de indsamlingsinfrastrukturer, som er indført af sagsøgeren gennem ordninger, som har deres egne indsamlingsinfrastrukturer, ikke drage tvivl om forholdsmæssigheden af det pågældende påbud. Således som det fremgår af sagens akter, giver det påbud, der er pålagt sagsøgeren i artikel 3, litra b), i den anfægtede beslutning, ikke ret til de konkurrerende ordninger, som anmoder om delvis benyttelse af indsamlingsinfrastrukturerne, til at bemægtige sig en emballagemængde, der svarer til den samlede licensemballagemængde, der er indført på markedet, og som de er indehavere af. Tværtimod skal de konkurrerende ordninger på forhånd anmelde den andel af licensemballagemængden, som de er indehavere af, og på grund af hvilken de ønsker en fælles benyttelse, og det er kun denne andel, som vil blive taget i betragtning ved fordeling af den indsamlede emballage. I øvrigt skal det understreges, at denne mulighed har været foreslået af sagsøgeren og

er blevet godkendt af Kommissionen under proceduren om anvendelse af foreløbige forholdsregler, som har fundet sted ved Retten.

144 Hvad angår sagsøgerens bemærkning om, at fælles benyttelse af indsamlingsinfrastrukturerne, helt eller delvis, ikke skaber en reel priskonkurrence, skal det erindres, at den anfægtede beslutning giver sagsøgeren mulighed for at nedsætte det vederlag, der er fastsat i partneraftalerne. Således vil sagsøgerens konkurrenter bære såvel omkostningerne til tilvejebringelse af containere og indsamlingssække som omkostningerne til indsamling af affald fra husholdninger og fra forbrugere, som har en lignende emballagemængde og transport af licensemballage, som kommer fra disse. Denne omstændighed bringer dem, set i lyset af visse omkostninger, uden tvivl i den samme situation som sagsøgeren. Set i lyset af de mulige forskelle i organiseringen og driften af ordningen, nyttiggørelsen og afsættelsen med fortjeneste af materialer samt af forskellige virksomheders handelspolitik kan en priskonkurrence ikke desto mindre ikke udelukkes.

145 Vedrørende den nødvendige karakter af det pågældende påbud fremgår det af 290. og 293. betragtning til den anfægtede beslutning, at uden dette påbud ville sagsøgeren være i stand til at forsøge at kontrollere fordelingen af den indsamlede emballage ved at bemægtige sig en andel af emballagen, som i virkeligheden ikke tilkommer virksomheden. Selv om sagsøgeren har foreslået en anden fordelingsmetode, der bygger på en bestemt mængde, der fastsættes på forhånd på årlig basis ud fra de forventede licensmængder, har virksomheden ikke godtgjort, at der foreligger andre forhold, som gør dette påbud overflødigt. På baggrund af sagsøgerens stærke stilling på markedet vil den af virksomheden foreslåede fordelingsmetode ikke forhindre denne i at ændre i de efterspurgte mængder hvert år ved kunstigt at forøge de forventede licensmængder med henblik på at svække de konkurrerende ordningers position og således begrænse andelen af disponible containere for konkurrenterne. Som Kommissionen har angivet i sine skriftlige indlæg, uden at sagsøgeren har kunnet anfægte dette argument, ville hver af de konkurrerende ordninger forsøge at imødegå dette ved at forøge de efterspurgte mængder, hvilket ville give anledning til en kamp om andelene mellem de konkurrerende ordninger, i særdeleshed i de økonomisk mest favorable områder, hvor sagsøgeren ville have en særdeles god placering i lyset af dennes stærke stilling på markedet. Derimod bygger den i artikel 3, litra b), i den anfægtede beslutning indeholdte fordeling på egnede, objektive og verificerbare metoder,

som beskytter de nye konkurrenters interesser, alt imens de respekterer sagsøgerens stilling på markedet.

146 Følgelig findes der ingen anden forholdsregel, som gør det muligt på effektiv vis at undgå fjernelse af konkurrencen på det vertikale marked i tidligere led. Herefter er det i artikel 3, litra b), i den anfægtede beslutning indeholdte påbud nødvendigt for at nå det tilstræbte formål (jf. i denne retning Domstolens dom i sagen Käserei Champignon Hofmeister, præmis 66, og dom af 10.12.2002, sag C-491/01, British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco, Sml. I, s.1453, præmis 139).

147 Det fremgår af samtlige ovenstående bemærkninger, at det pågældende påbud ikke tilsidesætter proportionalitetsprincippet, eftersom det udgør en foranstaltning, der er egnet til at nå det formål, der tilstræbes med den anfægtede beslutning, dvs. at undgå begrænsningen af konkurrencen på markedet for indsamlingsordninger af husholdningsemballage og den følgende begrænsning i efterspørgslen efter indsamlings- og sorteringstjenester, og at påbuddet ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål.

148 Argumentet om ARA-ordningens effektivitetstab som følge af, at sagsøgeren i tilfælde af fælles benyttelse af indsamlingsinfrastrukturerne ikke har godkendelse til at overvælte visse omkostninger på de konkurrerende ordninger og på indsamlingspartnerne, kan ikke ændre denne konklusion. Hvad dels angår systemomkostningerne opstår de, i henhold til 139. og 140. betragtning til den anfægtede beslutning, ved etableringen af ARA-ordningen og svarer til nævnte ordnings særlige egenskaber. I tilfælde af fælles benyttelse har sagsøgeren ikke godtgjort, at konkurrenterne, som drager fordel af benyttelse af indsamlingsinfrastrukturerne, også nyder godt af ARA-ordningen i dens helhed for at udføre deres indsamlingsvirksomhed for affald. Det kan derimod forekomme, at konkurrenterne på grundlag af den fælles benyttelse alene af

indsamlingsinfrastrukturerne kan etablere deres egen indsamlingsteknologi for affald. Den omstændighed, at sagsøgeren må bære disse omkostninger, medfører herefter ikke noget effektivitetstab for ARA-ordningen, og det er derfor ikke berettiget at overvælte disse omkostninger på tredjemand. Hvad dels angår de omkostninger, der følger af fælles benyttelse af indsamlingsinfrastrukturerne, skal det understreges, at sagsøgeren ikke har formået at påvise, i hvilket omfang fælles benyttelse af indsamlingsinfrastrukturerne vil ændre omkostningen pr. kilo af indsamlet emballage. Da sagsøgeren ikke kan overvælte omkostningerne på tredjemand, kan omfanget af en eventuel begrænsning af ARA-ordningens effektivitet herefter ikke godtgøres.

149 Følgelig skal dette anbringende forkastes.

Det sjette anbringende vedrørende modsigelserne mellem den dispositive del af og begrundelsen for den anfægtede beslutning

Parternes argumenter

150 Sagsøgeren har gjort gældende, at der eksisterer en modsigelse imellem 301. og 313. betragtning til den anfægtede beslutning og dennes dispositive del, især artikel 3, litra b). Denne artikel tager ikke højde for muligheden af at undlade at anvende påbuddet i det tilfælde, hvor de konkurrerende ordninger ikke anmoder om den fælles benyttelse af indsamlingsinfrastrukturerne, og den giver ikke nogen oplysninger med hensyn til tidspunktet for, hvornår påbuddet skulle finde anvendelse. Ifølge sagsøgeren burde den anfægtede beslutnings dispositive del korrigeres, således at dens ordlyd fremhæver forbindelsen mellem pålæggelse af påbuddet, fælles benyttelse af

indsamlingsfaciliteterne og tidspunktet for påbuddets anvendelse. Sagsøgeren har afslutningsvis konkluderet, at den anfægtede beslutning hverken er tilstrækkeligt præcis eller relevant.

151 Kommissionen har bestridt samtlige de af sagsøgeren fremførte argumenter.

Rettens bemærkninger

152 Det skal fastslås, at selv om det er korrekt, at artikel 3, litra b), i den anfægtede beslutning bestemmer, at sagsøgeren »kun af indsamlingsselskaberne må kræve, at disse skal dokumentere emballagemængder, som svarer til ARA-ordningens andel af de i alt gennem ordningerne på husholdningsområdet for bestemte materialegrupper licenserede emballagemængder«, skal en beslutnings dispositive del dog ifølge retspraksis sammenholdes med den tilknyttede begrundelse, dvs. i den foreliggende sag 301. og 313. betragtning til den anfægtede beslutning (jf. i denne retning Rettens dom af 15.9.1998, forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, European Night Services m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 3141, præmis 211). Det fremgår imidlertid af 301. betragtning til den anfægtede beslutning, at »[s]åfremt og i det omfang en konkurrerende ordning ikke ønsker at benytte en eksisterende indsamlingsstruktur, men derimod installerer egne indsamlingsfaciliteter, finder påbuddene ingen anvendelse«, og af 313. betragtning, at »[d]er kun kan blive tale om en reduktion af betalingen, såfremt og i det omfang den konkurrerende ordning tilstræber en benyttelse i det pågældende indsamlingsdistrikt og først fra tidspunktet for tilladelsen til ordningen«.

153 Tilsvarende bemærkes, at selv om det er korrekt, at artikel 3, litra b), i den anfægtede beslutning angiver, at »[d]ette påbud omfatter alle indsamlingsselskaber, som

ARGEV har indgået en indsamlingspartneraftale med«, skal denne del af nævnte artikel dog ligeledes fortolkes i lyset af 192. betragtning til den anfægtede beslutning. Denne betragtning præciserer dels, at påbuddet vedrører samtlige indsamlingsselskaber, som har indgået indsamlingspartneraftale med sagsøgeren, uafhængigt af, om de godkender fælles benyttelse af infrastrukturerne for at give dem et incitament til at indgå aftaler med de konkurrerende ordninger, og dels, at det i artikel 3, litra b), i den anfægtede beslutning indeholdte påbud udelukkende gælder i tilfælde, hvor en konkurrerende ordning anmoder om at måtte drage fordel af fælles benyttelse af indsamlingsinfrastrukturer i henhold til det i artikel 3, litra a), i nævnte beslutning indeholdte påbud.

154 Følgelig, og i modsætning til det af sagsøgeren anførte, angiver den anfægtede beslutnings positive del klart og præcist, at den dels alene pålægger det pågældende påbud i tilfælde, hvor en konkurrerende ordning anmoder om fælles benyttelse af indsamlingsinfrastrukturer, dels, at det relevante tidspunkt for at anvende påbuddet er tidspunktet for ordningens fritagelse. Af det anførte følger, at Kommissionen bør frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

155 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgeren har tabt sagen, bør denne i overensstemmelse med Kommissionens såvel som EVA's og BAA's påstande, ud over at bære sine egne omkostninger, pålægges at betale Kommissionens, EVA's og BAA's omkostninger, herunder omkostningerne i sagen om foreløbige forholdsregler.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling):

1) Europa-Kommissionen frifindes.

2) Altstoff Recycling Austria AG bærer sine egne omkostninger og betaler Kommissionens, EVA Erfasssen und Verwerten von Altstoffen GmbH's og BundesKammer für Arbeiter und Angestelltes omkostninger, herunder omkostningerne i sagen om foreløbige forholdsregler.

Pelikánová Jürimäe Soldevila Fragoso

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 22. marts 2011.

Underskrifter

Indhold

Sagens baggrund ..... II - 981

Retsforhandlinger og parternes påstande ..... II - 993

Retlige bemærkninger ..... II - 995

Det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 81 EF og artikel 2 i forordning nr. 17 ..... II - 997

Parternes argumenter ..... II - 997

Rettens bemærkninger ..... II - 998

Det andet anbringende vedrørende foreneligheden af partneraftalerne med betingelserne i forordning nr. 2790/1999 ..... II - 1009

Parternes argumenter ..... II - 1009

Rettens bemærkninger ..... II - 1010

Det tredje anbringende vedrørende manglende kendskab via artikel 2 og 3 i den anfægtede beslutning til teorien om »væsentlige faciliteter« ..... II - 1015

Parternes argumenter ..... II - 1015

Rettens bemærkninger ..... II - 1016

Det fjerde anbringende om den urealiserbare karakter af de i den anfægtede beslutning indeholdte påbud ..... II - 1019

Parternes argumenter ..... II - 1019

Rettens bemærkninger ..... II - 1020

Det femte anbringende vedrørende tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet ..... II - 1025

Parternes argumenter ..... II - 1025

Rettens bemærkninger ..... II - 1027

Det sjette anbringende vedrørende modsigelserne mellem den dispositive del af og begrundelsen for den anfægtede beslutning. . . . . II - 1033

Parternes argumenter . . . . . II - 1033

Rettens bemærkninger. . . . . II - 1034

Sagens omkostninger . . . . . II - 1035