ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer)

22 maart 2011 *

In zaak T-419/03,

Altstoff Recycling Austria AG, voorheen Altstoff Recycling Austria AG en ARGEV Verpackungsverwertungs-Gesellschaft mbH, gevestigd te Wenen (Oostenrijk), vertegenwoordigd door H. Wollmann, advocaat,

verzoekster,

tegen

Europese Commissie, aanvankelijk vertegenwoordigd door W. Mölls, vervolgens door W. Mölls en H. Gading, en ten slotte door W. Mölls en R. Sauer als gemachtigden,

verweerster,

* Procestaal: Duits.

ondersteund door

EVA Erfassen und Verwerten von Altstoffen GmbH, gevestigd te Wenen, vertegenwoordigd door A. Reidlinger en I. Hartung, advocaten,

en

Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, gevestigd te Wenen, vertegenwoordigd door K. Wessely, advocaat,

interveniënten,

betreffende een verzoek om nietigverklaring van de artikelen 2 en 3 van beschikking 2004/208/EG van de Commissie van 16 oktober 2003 inzake een procedure op grond van artikel 81 EG en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (Zaken COMP D3/35470 — ARA en COMP D3/35473 — ARGEV, ARO) (PB 2004, L 75, blz. 59),

wijst

HET GERECHT (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: I. Pelikánová, kamerpresident, K. Jürimäe en S. Soldevila Fragoso (rapporteur), rechters,

griffier: K. Andová,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 15 juni 2010,

het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

1 Altstoff Recycling Austria AG (hierna: „ARA") is een open vennootschap in particuliere eigendom die in 1993 is opgericht. Eigenaar en enige aandeelhouder is Altstoff Recycling Austria Verein (hierna: „ARA-Verein"). ARA-Verein groepeert ondernemingen uit de sector van de verpakkingsindustrie, de afvul- en inpakbedrijven en de handel.

2 ARA beheert in Oostenrijk een landelijk inzamelings- en terugwinningssysteem voor verpakkingen. Ten tijde van de feiten sloot zij in het kader van dit systeem met economisch zelfstandige recyclingbedrijven in elke bedrijfstak (Branchen Recycling Gesellschaften; hierna: „BRG's") afvalverwijderingsovereenkomsten, waarbij de organisatie van de inzameling, het sorteren, het transport en het terugwinnen van de verpakkingen aan deze bedrijven werd overgedragen. De BRG's zijn telkens verantwoordelijk voor bepaalde groepen verpakkingsmaterialen. De BRG's sloten op hun beurt overeenkomsten voor diensten met regionale partners, dat wil zeggen ondernemingen of regionale overheden die daadwerkelijk zorgen voor de inzameling, het sorteren, het transport en het terugwinnen van verpakkingen (hierna: „partnerovereenkomsten"). ARA en de BRG's vormen samen het „ARA-systeem".

3 Het ARA-systeem telde ten tijde van de feiten acht BRG's, namelijk ARGEV Verpackungsverwertungs-Gesellschaft mbH (hierna: „ARGEV"), die verantwoordelijk was voor de inzameling, het sorteren en het terugwinnen van metalen verpakkingen (ferro, aluminium) en lichte verpakkingen (hout, keramiek, kunststoffen, composietmaterialen, textielvezels); de Österreichischer Kunststoff Kreislauf AG (hierna: „ÖKK") voor het terugwinnen van verpakkingen van kunststof en textielvezels; Aluminium-Recycling GmbH (hierna: „Alurec") voor het terugwinnen van door ARGEV ingezamelde aluminium verpakkingen; Arbeitsgemeinschaft Verbundmaterialien GmbH voor de terugwinning van verpakkingen uit composietmaterialen met uitzondering van gemengde kartonnen verpakkingen voor drank; Verein für Holzpackmittel (hierna: „VHP") voor de terugwinning, en voor een deel ook met de inzameling, van houten verpakkingen; Ferropack Recycling GmbH (hierna: „Ferropack") voor de terugwinning van de door ARGEV ingezamelde verpakkingen uit ferrometalen, Altpapier-Recycling-Organisationsgesellschaft mbH (hierna: „ARO") voor de inzameling en terugwinning van verpakkingen van papier, karton en golfkarton en ten slotte Austria Glas Recycling GmbH (hierna: „AGR") voor de inzameling en terugwinning van verpakkingen van glas. Op 14 september 2009 nam ARA ARGEV alsook de andere BRG's van het ARA-systeem over met uitzondering van AGR.

4 ARGEV beheerde ten tijde van de feiten drie inzamelingssystemen, een huishoudsysteem voor lichte verpakkingen, een huishoudsysteem voor metalen verpakkingen en een industrieel systeem voor lichte en metalen verpakkingen. Vennoot van ARGEV ten tijde van de feiten waren ARA met een aandeel van 11 % en ARGEV-Verein, die een honderdtal leden telde, waaronder fabrikanten/importeurs, handelsvennootschappen, verpakkingsbedrijven en afvalverwijderings-/terugwinningsbedrijven.

5 ARA biedt haar diensten aan aan alle Oostenrijkse en buitenlandse ondernemingen die rechtstreeks worden geraakt door de op 1 december 1996 in werking getreden Verordnung über die Vermeidung und Verwertung von Verpackungsabfällen und bestimmten Warenresten und die Einrichtung von Sammel- und Verwertungssystemen (decreet van de Oostenrijkse minister van Milieu, Jeugd en Gezin inzake het voorkomen en terugwinnen van verpakkingsafval en bepaalde productresten en de ontwikkeling van inzamelings- en terugwinningssystemen) (BGBl. 648/1996; hierna:

„decreet"). Het decreet berust op het Abfallwirtschaftsgesetz (Oostenrijkse wet inzake afvalbeheer) (BGBl. 434/1996), zoals gewijzigd (BGBl. 102/2002; hierna: „wet"), en zet richtlijn 94/62/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 december 1994 betreffende verpakking en verpakkingsafval (PB L 365, blz. 10) om. De rechten van de licentiepartner tegenover de BRG's worden door ARA als trustee uitgeoefend.

6 De Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte (Bondskamer voor werknemers; hierna: „BAA") diende op 24 maart 1994 bij de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA (hierna: „EVA-autoriteit") een klacht in tegen het ARA-systeem. Deze klacht is vervolgens aan de Europese Commissie overgemaakt.

7 ARA en ARGEV meldden op 30 juni 1994 bepaalde overeenkomsten aan bij de EVA-autoriteit met het oog op een negatieve verklaring of in voorkomend geval een vrijstelling van het kartelverbod. Bij brief van 21 maart 1995 is de bevoegdheid voor het onderzoek van de aangemelde overeenkomsten overgedragen aan de Commissie.

8 FRS Folien-Rücknahme-Service GmbH & Co. KG en Raiffeisen Umweltgesellschaft mbH dienden op 8 mei 1996 bij de Commissie een klacht in over de voorgenomen oprichting van een gemeenschappelijke onderneming voor het opzetten van een inzamelings- en terugwinningssysteem voor verpakkingen. Deze klacht werd echter door de klagers niet voortgezet.

9 ARA meldde bij brief van 28 augustus 2001 bij de Commissie een nieuwe versie van de overeenkomsten aan en verzocht bovendien samen met ARGEV om voeging van hun aanmeldingsprocedures met het oog op een negatieve verklaring of in voorkomend geval een vrijstelling overeenkomstig artikel 81, lid 3, EG. Tegelijk verzocht ARO als aanmelder bij de procedure te worden betrokken. Deze procedure betrof alle overeenkomsten waarop het ARA-systeem berust, dat wil zeggen:

— de dispensatie- en licentieovereenkomsten tussen ARA en de ingevolge het decreet verplichte ondernemingen (zonder tariefoverzicht);

— de afvalverwijderingsovereenkomst tussen ARA en ARGEV als model van afvalverwijderingsovereenkomst tussen ARA en de andere BRG's (Arbeitsgemeinschaft Verbundmaterialien GmbH, ARO, AGR, Alurec, VHP, Ferropack en ÖKK);

— afvalverwijderings- of samenwerkingsovereenkomsten tussen ARGEV en ÖKK en tussen ARGEV en Alurec als model van overeenkomsten tussen ARGEV en ÖKK, Alurec, Ferropack en VHP;

— de overeenkomsten tussen ARGEV en ARO met hun respectieve regionale partners.

10 Bij brieven van 19 februari 1996 en 22 maart 2002 maakte BAA bij de Commissie haar opmerkingen over het ARA-systeem kenbaar onder verwijzing naar de klacht die zij op 24 maart 1994 dienaangaande bij de EVA-autoriteit had ingediend. Voorts diende EVA Erfassen und Verwerten von Altstoffen GmbH (hierna: „EVA") bij brief

van 27 april 2000 tegen de vennootschappen van het ARA-systeem een klacht in waarin de oorspronkelijke klacht van 8 mei 1996 van FRS Folien-Rücknahme-Service en Raiffeisen Umweltgesellschaft werd overgenomen en aangevuld.

11 Op 24 juli 2002 heeft de Commissie besloten in deze zaak een procedure in te leiden.

12 Bij bekendmaking van de Commissie van 19 oktober 2002 (PB C 252, blz. 2) gaf zij derden belanghebbenden de gelegenheid hun standpunt kenbaar te maken overeenkomstig artikel 19, lid 3, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81 EG] en [82 EG] (PB 1962, 13, blz. 204), zoals gewijzigd.

13 ARA en ARGEV deden als gevolg van de opmerkingen van de Commissie in deze bekendmaking vier toezeggingen, waaronder meer bepaald de volgende:

— toezegging nr. 1: ARGEV en ARO zien vanaf 29 november 2000 af van de toepassing van de met de inzamelingsbedrijven overeengekomen meestbegunstigingsclausules;

— toezegging nr. 3: ARGEV belet de regionale partners niet om voor concurrenten van het ARA-systeem te gaan werken of met hen overeenkomsten met betrekking tot het medegebruik van containers of andere inrichtingen voor de inzameling en/of sortering van gebruikte verpakkingen van huishoudens te sluiten en uit te

voeren; deze toezegging doet evenwel geen afbreuk aan het recht van ARGEV om het medegebruik van zijn inzamelings- en terugwinningssysteem door middel van overeenkomsten te regelen en alle vereiste maatregelen te nemen om aan zijn verplichtingen, zowel wettelijk als uit hoofde van de vergunningen, te voldoen;

— toezegging nr. 4: ARGEV en ARO zullen hun overeenkomsten met de regionale partners aan het einde van een looptijd van drie jaar opzeggen, wanneer de partijen geen overeenstemming bereiken over een verlenging van de overeenkomst voor maximaal twee jaar; uiterlijk na een looptijd van vijf jaar zullen ARGEV en ARO de overeenkomsten opnieuw sluiten na een concurrerende, transparante en objectieve procedure (diverse soorten aanbestedingen, offerteaanvragen enz.).

14 Op 16 oktober 2003 stelde de Commissie beschikking 2004/208/EG inzake een procedure op grond van artikel 81 EG en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (Zaken COMP D3/35470 — ARA en COMP D3/35473 — ARGEV, ARO) (PB 2004, L 75, blz. 59; hierna: „bestreden beschikking") vast.

15 De bestreden beschikking identificeert de verschillende betrokken markten voor de toepassing van artikel 81, lid 1, EG. Allereerst komt de markt waarop de bevrijdingssystemen en verwijderingssystemen actief zijn, onder de noemer „systeemmarkt". De bevrijdingssystemen betreffen de ondernemingen die onderworpen zijn aan door het decreet opgelegde verplichtingen, en zijn bedoeld om ze van die verplichtingen te bevrijden door een gemeenschappelijk terugname- en terugwinningssysteem in te voeren. De verwijderingssystemen organiseren terugname- en terugwinningsdiensten voor elke onderneming die zich niet wil aansluiten bij de bestaande bevrijdingssystemen. Gelet op de bij het decreet opgelegde verplichtingen is de betrokken markt beperkt tot verpakkingsafval.

16 Volgens de bestreden beschikking dient, wanneer de diensten niet functioneel uitwisselbaar zijn, in de systeemmarkt een onderscheid te worden gemaakt tussen de markt van de systemen voor verwijdering van verpakkingen afkomstig van huishoudens, van grote bedrijven en van industrie.

17 Aangezien de BRG's de gebruikte verpakkingen niet zelf verwijderen, vermeldt de bestreden beschikking een tweede bestaand marktniveau, de markten van inzameling en sortering van gebruikte verpakkingen waarop de BRG's als afnemers van inzamelings- en sorteerdiensten actief zijn en de ondernemingen alsook de regionale overheden als dienstverrichters. Wanneer de betrokken diensten niet functioneel uitwisselbaar zijn, wordt een onderscheid gemaakt naar de plaats van de afvalproductie tussen enerzijds de markt van de inzameling en sortering van gebruikte verpakkingen afkomstig van de huishoudens en anderzijds van de industrie. Zo ook kunnen in de sector van het huishoudafval met inachtneming van bepaalde bijzondere kenmerken drie markten worden onderscheiden, namelijk die van de inzameling van oud papier, die van de inzameling van gebruikt glas en die van de inzameling en sortering van lichte verpakkingen.

18 Ten slotte onderscheidt de bestreden beschikking de markten van inzameling en sortering en die van terugwinning van ingezamelde materialen en secundaire grondstoffen, aangezien het bij de organisatie van materiaalrecycling en het aanbod van secundaire grondstoffen om verschillende niveaus van één productmarkt gaat. De bestreden beschikking gaat er ook van uit dat er evenveel markten van terugwinningsdiensten en secundaire grondstoffen zijn als er categorieën materialen zijn. Bovendien wordt gepreciseerd dat voor dezelfde categorie materialen geen enkel onderscheid kan worden gemaakt tussen huishoud- en industriële verpakkingen.

19 De bestreden beschikking gaat geografisch uit van het grondgebied van Oostenrijk voor de markten van inzamelings- en sorteersystemen. Daarentegen wordt voor de markten voor terugwinningsdiensten en secundaire grondstoffen uitgegaan van het gebied van de Europese Economische Ruimte (EER).

20 Nadat zij de betrokken markten had omschreven, onderzocht de Commissie de partnerovereenkomsten die haar inziens de mededinging merkbaar beperkten in de zin van artikel 81, lid 1, EG, enerzijds op de markten voor inzameling en sortering van huishoudelijk afval, behalve de overeenkomst tussen ARO en de regionale overheden, en anderzijds op de markten voor inzameling en sortering van industrieel afval. Deze beperking is het gevolg van de territoriale exclusiviteitsverbintenis ten gunste van elke regionale partner van ARGEV of ARO. De machtspositie van ARGEV en ARO op de afnemersmarkt tijdens de looptijd van de overeenkomsten ontneemt namelijk iedere andere aanbieder van inzamelings- en sorteerdiensten voor huishoud- en industrieel verpakkingsafval de toegang tot belangrijke markten en niet te verwaarlozen afzetmogelijkheden.

21 Voor huishoudverpakkingen ging het volgens de bestreden beschikking om een merkbare beperking in de zin van artikel 81, lid 1, EG. De cumulatieve werking van het door ARGEV als ten tijde van de feiten grootste afnemer van inzamelings- en sorteerdiensten opgebouwde netwerk van dienstovereenkomsten met een exclusiviteitsverbintenis bracht mee dat de uitgesloten inzamelings- en sorteerbedrijven van de gehele geografische markt werden geweerd. Aan de aanbodzijde stonden ruimtelijke beperkingen en redenen met betrekking tot de afvalverwijderingslogistiek de opbouw van een tweede inzamelingsinfrastructuur in de weg. Volgens de bestreden beschikking mocht dus worden aangenomen dat elk potentieel met ARA concurrerend bevrijdingssysteem zou moeten samenwerken met de regionale partners van het ARA-systeem, waardoor alle mogelijkheid voor uitgesloten inzamelings- en sorteerondernemingen om hun diensten aan te bieden onwaarschijnlijk werd. Dat sloot dus centrale mogelijkheden tot het aanbieden van diensten uit tot vijf jaar lang, de maximumcontractduur.

22 Wat de bedrijfsverpakkingen betreft, stelt de bestreden beschikking vast dat ARGEV en ARO ten tijde van de feiten niet de grootste afnemers van inzamelings- en sorteerdiensten waren. Op dat gebied bestonden nog meer systemen die op de markt als afnemer van afvalverwijderingsdiensten optraden, en de afvalverwijderingsondernemingen konden hun diensten ook aanbieden aan bedrijven waar veel afval wordt gegenereerd. Volgens de bestreden beschikking waren de concurrerende systemen en de bedrijven die veel afval genereren, wat economisch belang betreft, evenwel niet vergelijkbaar met het ARA-systeem en in deze context ontnam de geïdentificeerde beperking de uitgesloten ondernemingen de gehele contractduur lang niet te verwaarlozen afzetmogelijkheden en had dus merkbare gevolgen voor de mededinging.

23 Volgens de bestreden beschikking was de exclusiviteitsverbintenis in de dienstenovereenkomsten evenwel noodzakelijk voor de werking en de opbouw van de inzamelings- en sorteerinfrastructuren, die aanzienlijke investeringen van de regionale partners vergden en strekten tot de rechtstreekse uitvoering van de milieunormen. Doordat de inzameling volledig aan een enkele onderneming per inzamelingsregio voor vijf jaar maximum werd opgedragen, konden partijen eveneens enerzijds de prestaties op lange termijn plannen en organiseren en anderzijds schaal- en toepassingsvoordelen realiseren, hetgeen tot een grotere efficiëntie leidde. De exclusiviteit ten gunste van regionale partners droeg dus bij tot een betere productie en gunstigere technische of economische vooruitgang en gaf de gebruikers een billijk aandeel van de daaruit voortvloeiende winst in de zin van artikel 81, lid 3, EG. Ook bleek een verbintenis van ten minste drie jaar exclusiviteit om economische redenen onontbeerlijk om te zorgen voor duurzame en betrouwbare inzamelings- en sorteerdiensten en de investeringen door de regionale partners tot uitvoering van de inzamelings- en sorteerovereenkomsten veilig te stellen.

24 Volgens de bestreden beschikking kon de geïdentificeerde beperking de mededinging op de betrokken markten niet opheffen. Wat evenwel de diensten voor inzameling en sortering van huishoudafval betreft, preciseerde de Commissie het volgende.

25 Wat in de eerste plaats de inzameling van huishoudafval betreft, erkent de bestreden beschikking dat de gunning uiterlijk na vijf jaar van nieuwe dienstcontracten bij aanbesteding de vrije mededinging voor het verkrijgen van inzamelingsregio's garandeert. Vastgesteld wordt evenwel dat ruimtelijke beperkingen, juridische beperkingen als gevolg van milieu- en landschapsbescherming en de gewoonten van de eindverbruikers op het gebied van de afvalverwijdering in de praktijk beletten om een inzamelingsinfrastructuur in de huishoudelijke sector te dupliceren. Gelet op dit bijzondere kenmerk van het aanbod op de betrokken markten vond de Commissie de containers voor gebruikte verpakkingen die in de nabijheid van de huishoudens worden geplaatst, een element dat elke mededinging uitsloot.

26 Gelet op het voorgaande vond de Commissie dat een ongehinderde toegang tot de reeds bestaande inzamelingsinfrastructuur een onontbeerlijke voorwaarde was voor intensere mededinging niet alleen aan de vraagzijde in de sector van de diensten van inzameling van huishoudafval, maar ook op de upstreammarkt van de organisatie van de terugname en terugwinning van bij de particuliere eindverbruiker ingezamelde gebruikte verkoopverpakkingen. Concurrentie tussen afnemers van inzamelingsdiensten kon dus volgens de bestreden beschikking slechts ontstaan wanneer ARGEV de regionale partners niet verbiedt om met concurrenten van het ARA-systeem overeenkomsten te sluiten over het medegebruik van de inzamelingscontainers.

27 De bestreden beschikking stelt evenwel vast dat ARGEV in toezegging nr. 3, aan dit medegebruik aanzienlijke beperkingen wil stellen. De Commissie achtte het dus noodzakelijk bepaalde voorwaarden op te leggen om te garanderen dat werd voldaan aan de voorwaarden voor vrijstelling in de zin van artikel 81, lid 3, EG. In de eerste plaats kon ARGEV de afvalverwijderaars niet beletten met concurrenten van ARA en ARGEV overeenkomsten te sluiten en na te komen over het medegebruik van containers of andere installaties voor het inzamelen en sorteren van gebruikte verkoopverpakkingen. In de tweede plaats mag ARGEV, om te voorkomen dat zij de totale hoeveelheid ingezamelde verpakkingen voor zich opeist en zo de naleving van de quotavereisten voor concurrenten onmogelijk maakt, van de regionale partners

slechts het bewijs eisen voor de verpakkingshoeveelheden die overeenkomen met het aandeel van het ARA-systeem in alle door de verschillende inzamelingssystemen ingezamelde licentieverpakkingen. Deze tweede voorwaarde betrof alle ondernemingen die een partnerovereenkomst voor de inzameling met ARGEV hadden gesloten en was van toepassing voor zover een concurrerend systeem om medegebruik verzocht in de betrokken inzamelingsregio en vanaf het tijdpunt waarop het betrokken systeem erkend was.

28 Wat in de tweede plaats de sorteerdiensten voor huishoudafval betreft, stelt de bestreden beschikking vast dat de scheiding van de verpakkingen naar materiaalfracties technisch veeleisende procedés vereist, alsook investeringen die slechts beperkt zijn te gebruiken voor andere sorteerprocessen. De opbouw van nieuwe sorteerinstallaties zou hoge investeringen vergen, die de toetreding tot de markt voor de concurrenten van het ARA-systeem aanzienlijk moeilijker maakt.

29 ARGEV heeft weliswaar verklaard dat zij de afvalverwijderaars niet belet om de sorteerinstallaties aan concurrerende systemen ter beschikking te stellen, maar wou volgens de Commissie in toezegging nr. 3 aanzienlijke beperkingen aan het medegebruik stellen. Gezien het belang van een ongehinderde toegang tot de sorteerinstallaties voor de ontwikkeling van de mededinging moest aan de vrijstelling krachtens artikel 81, lid 3, EG volgens de Commissie dus de voorwaarde worden verbonden dat ARGEV de verwijderaars niet belette om overeenkomsten over het medegebruik van sorteerinstallaties te sluiten en na te komen.

30 De bestreden beschikking bevat met name de volgende bepalingen:

„*Artikel 2*

De bepalingen van artikel 81, lid 1, EG [...] en van artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst worden overeenkomstig artikel 81, lid 3, EG [...] en artikel 53, lid 3, van de EER-Overeenkomst buiten toepassing verklaard voor individuele inzamelings- en sorteerovereenkomsten van ARGEV en ARO met hun respectieve regionale verwijderingspartners, die een exclusiviteitsbepaling bevatten met een looptijd tot uiterlijk 31 december 2006.

Deze vrijstelling geldt voor het tijdvak van 30 juni 1994 tot en met 31 december 2006.

Artikel 3

Aan de in artikel 2 bedoelde ontheffing worden de volgende voorwaarden verbonden:

a) ARGEV belet de afvalverwijderaars niet om met concurrenten van het ARA-systeem overeenkomsten te sluiten en na te komen inzake het medegebruik van containers of andere installaties voor het inzamelen en sorteren van gebruikte, door huishoudens gegenereerde verkoopverpakkingen;

b) ARGEV mag van de afvalverwijderaars slechts het bewijs eisen voor de verpakkingshoeveelheden die overeenkomen met het aandeel van het ARA-systeem in de totale hoeveelheid verpakkingen van bepaalde materiaalfracties waarvoor in de huishoudelijke sector door systemen een licentie is verstrekt. In dit geval kan ARGEV de vergoeding krachtens paragraaf 3.1.1 van de overeenkomst met de inzamelingspartners verminderen volgens de in alinea 1, onder b, van die paragraaf genoemde verhouding. Voor de vergoedingen krachtens de paragrafen 3.1.2 en 3.1.3 van de overeenkomst met de inzamelingspartners zijn de tegenover ARGEV aangetoonde hoeveelheden beslissend. Deze voorwaarde heeft betrekking op alle afvalverwijderaars met wie ARGEV een inzamelingspartnerovereenkomst heeft gesloten."

Procesverloop en conclusies van partijen

31 Bij op 22 december 2003 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift hebben ARA en ARGEV het onderhavige beroep ingesteld.

32 Bij dezelfde dag ter griffie van het Gerecht ingeschreven afzonderlijke akte verzochten ARA en ARGEV om opschorting van de uitvoering van artikel 3, sub b, van de bestreden beschikking (zaak T-419/03 R). Bij brief van 11 maart 2004 trokken zij dit verzoek in. Bij beschikking van de president van het Gerecht van 26 maart 2004 is zaak T-419/03 R doorgehaald in het register van het Gerecht en is de beslissing over de kosten aangehouden.

33 Bij op 19 februari respectievelijk 23 april 2004 ter griffie van het Gerecht neergelegde akten verzochten EVA en BAA om toelating tot interventie in de onderhavige procedure aan de zijde van de Commissie. Bij beschikking van de president van de Eerste kamer van het Gerecht van 20 januari 2005 werden deze verzoeken toegewezen. De interveniënten dienden hun memories in op 17 mei 2005.

34 De zaak is op 16 september 2007 opnieuw toegewezen aan de Tweede kamer van het Gerecht na de gedeeltelijke vervanging van de leden van het Gerecht, en een nieuwe rechter-rapporteur is aangewezen.

35 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Tweede kamer) op 8 juli 2009 de mondelinge behandeling geopend. Partijen is op 12 augustus 2009 kennis gegeven van het rapport ter terechtzitting; de datum van de terechtzitting werd vastgesteld op 29 september 2009.

36 Op 14 september 2009 deelde ARA (hierna: „verzoekster") het Gerecht mee dat zij ARGEV en de andere BRG's behalve AGR had overgenomen.

37 Op 21 september 2009 is het Gerecht verzocht om opschorting van de door verzoekster ingestelde procedure overeenkomstig artikel 77 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht. Bij beschikking van 22 september 2009 heeft het Gerecht de behandeling van de zaak geschorst voor zes maanden.

38 De procedure is hervat op 23 maart 2010 en de terechtzitting vond plaats op 15 juni 2010.

39 Verzoeker concludeert dat het het Gerecht behage:

— de artikelen 2 en 3 van de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— subsidiair, artikel 3 van de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

40 De Commissie, EVA en BAA concluderen dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

41 Ter terechtzitting verklaarde de Commissie af te zien van het verzoek om niet-ontvankelijkverklaring van het beroep, voor zover het door ARA was ingediend. In het proces-verbaal van de terechtzitting is hiervan akte genomen.

42 Verzoekster baseert haar beroep op zes middelen. Het eerste middel stelt schending van artikel 81 EG en artikel 2 van verordening nr. 17. Het tweede middel betreft de verenigbaarheid van de dienstencontracten met de voorwaarden van verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, [EG] op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PB L 336, blz. 21). Het derde middel betoogt dat de artikelen 2 en 3 van de bestreden beschikking voorbijgaan aan de vereisten van de „essential-facilities-leer". Het vierde middel voert aan dat de in de bestreden beschikking gestelde voorwaarden niet realiseerbaar zijn. Het vijfde middel klaagt dat de in

de bestreden beschikking gestelde voorwaarden onevenredig zijn, en het zesde middel stelt tegenstrijdigheden tussen het dispositief en de motivering van de bestreden beschikking.

43 Om te beginnen, aldus de Commissie, vormen de argumenten inzake het gebrek aan verband tussen de beperking van de mededinging en de opgelegde voorwaarde, verzoeksters recht haar systeem aan te passen en het gebrek aan nauwkeurigheid van de bestreden beschikking, in repliek aangevoerde nieuwe middelen, die dus niet-ontvankelijk zijn. Evenzo is verzoeksters argument inzake de kostenverdeling volgens de Commissie een ter terechtzitting aangevoerd nieuw middel dat dus niet-ontvankelijk is.

44 Het Gerecht merkt op dat volgens artikel 48, lid 2, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering in de loop van het geding geen nieuwe middelen mogen worden voorgedragen tenzij zij steunen op gegevens, hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken. Een middel dat in werkelijkheid slechts de uitwerking is van een eerder in het verzoekschrift rechtstreeks of stilzwijgend aangevoerd middel en dat daarmee nauw verband houdt, moet evenwel als ontvankelijk worden beschouwd (arresten Gerecht van 10 april 2003, Travelex Global and Financial Services en Interpayment Services/Commissie, T-195/00, Jurispr. blz. II-1677, punten 33 en 34, en 24 mei 2007, Duales System Deutschland/Commissie, T-151/01, Jurispr. blz. II-1607, punt 71).

45 In casu dient te worden vastgesteld dat de als nieuw beschouwde middelen een uitwerking vormen van verzoeksters argumenten in antwoord op het betoog van de Commissie in haar verweerschrift ter zake van het vierde middel inzake de realiseerbaarheid van de voorwaarden, het vijfde middel inzake de evenredigheid van de voorwaarden en het zesde middel inzake tegenstrijdigheden tussen het dispositief en de motivering van de bestreden beschikking.

46 Het betoog van de Commissie over de niet-ontvankelijkheid van nieuwe middelen moet dus worden verworpen.

Eerste middel: schending van artikel 81 EG en artikel 2 van verordening nr. 17

Argumenten van partijen

47 Volgens verzoekster wettigt geen enkele bepaling in de partnerovereenkomsten de conclusie dat er expliciet of impliciet een exclusiviteitsverbintenis te haren laste is. Zij heeft zich weliswaar beperkt en beslist met een enkele regionale partner per inzamelingsregio samen te werken, maar haars inziens belet niets haar de inzameling en/of de sortering van verpakkingen in elke contractgebied aan andere ondernemingen op te dragen. De gestelde mededingingsbeperkende werking is dus het gevolg van het bestaan van een wederkerig contract waarmee een verbruiker als particulier of als bedrijf in zijn behoeften voorziet, en valt dus niet binnen de werkingssfeer van artikel 81, lid 1, EG.

48 Voorts, aldus verzoekster, had haar beslissing zich te beperken niet tot gevolg dat er slechts een enkele partner per inzamelingsregio overbleef die zijn activiteiten in het kader van een alternatief inzamelingssysteem kon uitoefenen. Ter ondersteuning daarvan betoogt zij dat er in de praktijk meer keuze van potentiële partners zal zijn daar het bedrijf dat afval genereert, voor de verwijdering van bedrijfsverpakkingen vrij de inzamelingsonderneming kan kiezen die de verpakkingen naar de ontvangstpunten van het ARA-systeem zal voeren. Dat betekent dat in de verschillende inzamelingsregio's behalve verzoeksters regionale partner voor de inzameling van huishoudafval meerdere andere inzamelingsondernemingen actief zijn. Verzoekster voegt eraan toe dat AGR en ARO bij de verwijdering van huishoudafval in elke

inzamelingsregio inzamelingssystemen organiseerden, die vaak beroep deden op andere regionale partners. Zo bestonden geen „lokale monopolies van de inzamelingsondernemingen" en de Commissie had een negatieve verklaring voor deze overeenkomsten krachtens artikel 2 van verordening nr. 17 moeten geven.

49 De Commissie en interveniënten betwisten alle argumenten die verzoekster aanvoert.

Beoordeling door het Gerecht

50 Volgens verzoekster wettigt geen enkele bepaling in de partnerovereenkomsten de conclusie dat er expliciet of impliciet een exclusiviteitsverbintenis te haren laste is. Dit argument moet dus eerst worden onderzocht.

51 Blijkens het onderzoek van de partnerovereenkomsten bevatten zij geen enkele formele verbintenis van territoriale exclusiviteit ten gunste van de inzamelings- en/of sorteerpartners. Geen enkele bepaling verplichtte verzoekster namelijk zich te verbinden met een enkele inzamelings- en/of sorteerpartner per regio. Het Gerecht moet dus nagaan of de Commissie in de bijzondere omstandigheden van de relevante markt afdoende heeft aangetoond dat deze voor bepaalde tijd met een enkele inzamelings- en/of sorteerpartner gesloten overeenkomsten in feite een exclusiviteit inhielden die de mededinging beperkte. Vervolgens zal in voorkomend geval dienen te worden nagegaan of de geïdentificeerde concurrentiebeperking groot genoeg is om een schending van artikel 81, lid 1, EG op te leveren. Dienaangaande moet de rechterlijke toetsing van handelingen van de Commissie die ingewikkelde economische beoordelingen inhouden, zich volgens de rechtspraak beperken tot de vraag, of de procedurevoorschriften en de motiveringsregels in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn weergegeven en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling dan wel van misbruik van bevoegdheid (zie arrest Gerecht van 23 oktober 2003, Van

den Bergh Foods/Commissie, T-65/98, Jurispr. blz. II-4653, punt 80 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

52 Volgens het onderzoek van deze overeenkomsten door de Commissie is verzoekster voornemens zich slechts met een enkele inzamelings- en/of sorteerpartner per inzamelingsregio te verbinden voor een periode van drie tot vijf jaar (zie punten 95, 111 en 220 van de bestreden beschikking), hetgeen volgens verzoekster is te verklaren doordat een enkele partner volstaat om te voorzien in haar behoeften wat de betrokken diensten betreft.

53 Blijkens de partnerovereenkomsten wil verzoekster namelijk de diensten van inzameling en sortering van huishoudelijke verpakkingen aan een enkele partner per inzamelingsregio voor drie tot vijf jaar toewijzen. Niets in deze overeenkomsten rechtvaardigt de conclusie dat verzoekster in die periode kan afwijken van de beperking die zij zich heeft opgelegd, en andere inzamelings- en sorteerondernemingen tegelijk om dezelfde dienstverrichting in de betrokken inzamelingsregio kan verzoeken, bijvoorbeeld bij verhoging van de hoeveelheden licentieverpakkingen.

54 Ook andere factoren betreffende de partnerovereenkomsten rechtvaardigen de vaststelling dat de deelneming van een extra partner op het betrokken grondgebied uitgesloten is. Zo wordt de vergoeding van de regionale partners aangepast bij wijziging van het inzamelingssysteem of het volume, maar het geval van een intredende nieuwe inzamelingspartner wordt niet overwogen. De standaardoffertes die worden ingediend door de ondernemingen die de opdracht wensen te krijgen, moeten steeds de volledige betrokken inzamelingsregio betreffen.

55 Uit het voorgaande volgt dat de uitgesloten ondernemingen gedurende de gehele looptijd van de partnerovereenkomsten bij verzoekster geen offertes kunnen indienen (zie punten 221-223, 228 en 236 van de bestreden beschikking). De partnerovereenkomsten bevatten dus weliswaar geen formele verbintenis in die zin, maar hebben dezelfde gevolgen als een verbintenis van territoriale exclusiviteit ten gunste van elke inzamelings- en/of sorteerpartner. Verzoeksters argument dat er geen exclusiviteitsverbintenis is, is dus ongegrond.

56 Wat de analyse van de mededingingsbeperkende gevolgen van de partnerovereenkomsten betreft, mag het Gerecht zich volgens de rechtspraak bij het onderzoek van de gegrondheid van de beoordeling van de Commissie of sprake is van merkbare mededingingsbeperking in de zin van artikel 81, lid 1, EG, niet beperken tot de afzonderlijk beschouwde gevolgen van de exclusiviteit en uitsluitend wijzen op de door de partnerovereenkomsten in de verschillende inzamelingsregio's opgelegde beperkingen (zie in die zin arrest Van den Bergh Foods/Commissie, reeds aangehaald, punt 82). Om uit te maken of verzoeksters partnerovereenkomsten onder het verbod van artikel 81, lid 1, EG vallen, moet namelijk worden nagegaan, of overeenkomstig de rechtspraak door alle op de relevante markt gesloten soortgelijke overeenkomsten en overige elementen van de economische en juridische context van de betrokken overeenkomsten, een cumulatief effect optreedt waardoor nieuwe concurrenten uit die markt worden geweerd. Indien blijkt dat dit niet het geval is, kunnen de individuele overeenkomsten die tot de reeks overeenkomsten behoren, de mededinging niet beperken in de zin van artikel 81, lid 1, EG. Blijkt uit het onderzoek daarentegen, dat de markt moeilijk toegankelijk is, dan moet vervolgens worden nagegaan, in hoeverre de litigieuze overeenkomsten bijdragen tot het cumulatief effect, met dien verstande dat alleen verboden zijn de overeenkomsten die in aanzienlijke mate bijdragen tot een eventuele afscherming van de markt (arrest Hof van 28 februari 1991, Delimitis, C-234/89, Jurispr. blz. I-935, punten 23 en 24, en arrest Van den Bergh Foods/Commissie, reeds aangehaald, punt 83).

57 De Commissie stelde in punt 176 van de bestreden beschikking vast dat wat huishoudverpakkingen betreft, het ARA-systeem het enige inzamelings- en

terugwinningssysteem is dat het gehele Oostenrijks nationaal grondgebied voor alle materiaalfracties, met uitzondering van gemengde drankkartons, bestrijkt. Zoals blijkt uit punt 182 van de bestreden beschikking, is het, door verzoekster onweersproken, de belangrijkste afnemer van afvalverwijderingsdiensten.

58 Aangezien de grootste afnemer van afvalverwijderingsdiensten, namelijk verzoekster, de partnerovereenkomsten sluit, schermt het opgebouwde netwerk van deze overeenkomsten in de praktijk de markt voor de uitgesloten inzamelings- en sorteringsondernemingen af en beperkt het de mededinging aan de aanbodzijde op de markt van inzameling en sortering van huishoudafval voor de contractduur, namelijk drie tot vijf jaar.

59 Aangezien verzoeksters netwerk van partnerovereenkomsten het gehele Oostenrijkse grondgebied bestrijkt, wordt de mededinging niet alleen in één enkele inzamelingsregio beperkt. De beperking zal gevolgen hebben op het gehele grondgebied en dus op de gehele geografisch relevante inzamelings- en sorteermarkt (punt 226 van de bestreden beschikking). De uitgesloten ondernemingen zullen dus moeilijkheden hebben zowel om het netwerk van overeenkomsten te omzeilen en toegang te krijgen tot de Oostenrijkse markt van inzameling en sortering van huishoudafval als om zich op deze markt te kunnen handhaven.

60 Dit wordt verergerd doordat de toegang tot de markt van inzameling en sortering van huishoudafval nog extra wordt belemmerd. Ruimtelijke beperkingen en redenen van afvalverwijderingslogistiek staan namelijk de opbouw van andere inzamelingsstructuren voor huishoudafval in de weg (zie punt 227 van de bestreden beschikking), wat door de desbetreffende opmerkingen van de Oostenrijkse autoriteiten wordt bevestigd (zie punt 285 van de bestreden beschikking). Zo zullen de eventuele concurrenten van het ARA-systeem, willen zij hun bedrijf met de nodige inzamelings- en sorteerdiensten opstarten, geen overeenkomsten met andere inzamelingsondernemingen voor de ontwikkeling van aanvullende inzamelingsinfrastructuur naast de reeds bestaande containers kunnen sluiten, zodat zij zich met verzoeksters inzamelingspartners zullen moeten associëren. Zo bijvoorbeeld is het concurrerend systeem

Öko-Box gedeeltelijk aangewezen op verzoeksters inzamelingsinfrastructuur voor de ontwikkeling van zijn activiteit van inzameling en terugwinning van composiet drankverpakkingen (punten 177 en 227 van de bestreden beschikking), hetgeen verzoekster niet betwist.

61 Wat de sorteerinfrastructuur betreft, betwist verzoekster niet de vaststelling van de Commissie dat de markttoegang wordt belemmerd doordat de opbouw van nieuwe sorteerinstallaties hoge investeringen vergt, hetgeen niet onaanzienlijke belemmeringen voor toetreding tot de markt van inzameling en sortering van huishoudafval zijn (zie punt 318 van de bestreden beschikking).

62 Al deze omstandigheden brachten de Commissie in punt 227 van de bestreden beschikking tot de conclusie dat „het onwaarschijnlijk [is] dat er tijdens de contractduur van de inzamelingspartnerovereenkomst in de betrokken contractgebieden merkbare nieuwe mogelijkheden, dat wil zeggen mogelijkheden van aanzienlijke omvang, op de relevante markt ontstaan voor de uitgesloten afvalverwijderaars om hun diensten aan te bieden". Volgens punt 236 van de bestreden beschikking geldt deze conclusie ook voor de sorteerondernemingen.

63 De beperking die verzoekster zich oplegt, beperkt dus niet alleen haar eigen actievrijheid. Aan de aanbodzijde beperkt zij namelijk de toegang tot de inzamelings- en sorteermarkt voor huishoudafval voor de uitgesloten inzamelings- en sorteerondernemingen, daar zij voor deze ondernemingen de mogelijkheden beperkt om op deze markt actief te zijn. Anders dan verzoekster stelt, gaan deze gevolgen dus verder dan die van wederkerige contracten waarmee een eindverbruiker als particulier of als bedrijf in zijn behoeften voorziet. De Commissie heeft dus zonder een kennelijke beoordelingsfout te maken, geoordeeld dat het netwerk van partnerovereenkomsten de relevante markt voor deze ondernemingen afschermde, met een merkbare mededingingsbeperking in de zin van artikel 81, lid 1, EG tot gevolg. Het netwerk van bij de

Commissie aangemelde partnerovereenkomsten komt dus niet in aanmerking voor een negatieve verklaring overeenkomstig artikel 2 van verordening nr. 17.

64 Nadat een merkbare mededingingsbeperking was vastgesteld, gaf de Commissie in de punten 275, 276 en 316 van de bestreden beschikking toe dat de partnerovereenkomsten voor de organisatie van de inzamelings- en sorteeractiviteiten gerechtvaardigd waren om beheers- en efficiëntieredenen, door de noodzaak van een betrouwbare inzamelingsdienst, en door de noodzaak de veiligheid van de organisatie en de investeringen tot uitvoering van de inzamelings- en sorteerovereenkomst te garanderen. Volgens de Commissie is deze exclusiviteitsverbintenis dus een onontbeerlijke beperking tot verwezenlijking van het doel de inzamelings- en sorteeractiviteiten op de Oostenrijkse markt rationeel te organiseren, in de zin van artikel 81, lid 3, EG (zie punten 268-287 en 316 van de bestreden beschikking).

65 Volgens de Commissie kon deze mededingingsbeperking op de inzamelings- en sorteermarkt voor huishoudafval evenwel de mededinging op de upstreammarkt, namelijk de markt van de verwijderingssystemen voor huishoudafval, beperken wanneer verzoekster haar partners een feitelijke exclusiviteit in de inzamelings- en sorteerdiensten kon opleggen (zie punten 230, 234 en 286 van de bestreden beschikking). Met deze exclusiviteit kon zij namelijk haar potentiële concurrenten de toegang tot de bestaande inzamelings- en sorteerinfrastructuur ontzeggen. In die situatie hebben laatstbedoelden geen werkelijke en concrete mogelijkheid om verzoeksters netwerk van overeenkomsten te omzeilen want op de inzamelings- en sorteermarkt voor huishoudafval zou er geen andere inzamelings- en sorteeronderneming zijn die hun deze diensten onder competitieve voorwaarden vanaf het begin van hun activiteit kan aanbieden. Verzoeksters toezegging zich slechts met een enkele inzamelings- en/of sorteerpartner per inzamelingsregio te verbinden zou kunnen leiden tot een mededingingsbeperking op de markt van de verwijderingssystemen voor huishoudafval,

waardoor de vraag naar inzamelings- en/of sorteerdiensten op de markt voor de inzameling en sortering van huishoudverpakkingen onmiddellijk zou worden beperkt (zie punt 287 van de bestreden beschikking).

66 Anders dan verzoekster stelt, ligt het probleem dus niet in het feit dat de partnerovereenkomsten leiden tot „plaatselijke monopolies van de inzamelingsondernemingen" in strijd met artikel 81, lid 1, EG, maar in het feit dat door de beperking van de mededinging op de markt voor de inzameling en sortering van huishoudverpakkingen, in de in punt 65 hierboven vermelde omstandigheden de mededinging op de markt van de verwijderingssystemen voor huishoudafval kan worden uitgeschakeld, waardoor de vraag naar inzamelings- en/of sorteerdiensten op de inzamelings- en sorteermarkt voor huishoudverpakkingen wordt beperkt.

67 In casu erkende de Commissie in de punten 231, 234 en 236 van de bestreden beschikking dat verzoekster het medegebruik van inzamelings- en sorteerinfrastructuur niet verbiedt. Toch was de Commissie van mening dat bepaalde mogelijkheden die verzoekster zich krachtens toezegging nr. 3 had toegekend, konden worden gebruikt om de markttoegang van haar potentiële concurrenten te bemoeilijken. Om dit risico te neutraliseren besliste de Commissie om verzoekster krachtens artikel 8, lid 1, van verordening nr. 17 de twee bij artikel 3 van de bestreden beschikking vastgestelde en in punt 27 hierboven vermelde voorwaarden op te leggen (zie punten 287, 288 en 318 van de bestreden beschikking).

68 De mogelijkheid dat verzoekster kon profiteren van het bestaan van één enkele partner per inzamelingsregio en van de mogelijkheden die zij zich in toezegging nr. 3 had toegekend om de mededinging op de markt van de verwijderingssystemen voor huishoudafval uit te schakelen, rechtvaardigde volgens de Commissie de oplegging van de in artikel 3 van de bestreden beschikking vermelde voorwaarden. Deze voorwaarden, die er in wezen toe strekken verzoekster te beletten het medegebruik van de inzamelings- en sorteerinfrastructuur te verbieden en bij medegebruik het haar niet toekomende deel van de ingezamelde verpakkingen op te eisen, zullen kunnen voorkomen dat verzoekster de toegang belet van de systemen die met de reeds bestaande inzamelings- en sorteerinfrastructuur concurreren, en zo de mededinging op

de markt van de verwijderingssystemen voor huishoudafval kan beperken, en aldus de vraag naar inzamelings- en/of sorteerdiensten op de markt voor de inzameling en sortering van huishoudverpakkingen beperkt.

69 Verzoekster betwist deze conclusie met het argument dat er een uitgebreide keuze van potentiële partners is, aangezien de bedrijven die afval genereren, voor de verwijdering van bedrijfsafval vrij hun regionale partners kiezen en AGR en ARO voor de verwijdering van huishoudafval in elke inzamelingsregio de inzamelingssystemen organiseerden, die vaak een beroep deden op andere regionale partners.

70 Wat in de eerste plaats de markt van de inzameling van bedrijfsverpakkingen betreft, dient er enerzijds op te worden gewezen dat er blijkens de dossierstukken en anders dan verzoekster stelt, één enkele partnerovereenkomst voor de inzameling van bedrijfs- en huishoudverpakkingen is waarbij één enkele partner van verzoekster zorgt voor de inzameling van deze twee soorten verpakkingen. Volgens deze overeenkomst kunnen deze twee soorten verpakkingen zelfs tegelijk worden ingezameld. Dat één enkele partner moet zorgen voor de inzameling van deze twee soorten verpakkingen, belet dus de ondernemingen die slechts gespecialiseerd zijn in de inzameling van een enkele soort van deze verpakkingen om inzamelingspartner te worden. Volgens verzoekster verhindert dit hen evenwel niet op de markt te komen want zij kunnen de bedrijven die afval genereren, transport- of inzamelingsdiensten voor dit afval in de in punt 75 hierna vermelde voorwaarden aanbieden.

71 Anderzijds dient erop te worden gewezen dat de markten voor de inzameling en sortering van huishoud- en bedrijfsverpakkingen voldoende verschillen om de substitueerbaarheid van de diensten van de op een van deze twee markten gespecialiseerde inzamelings- en sorteerondernemingen uit te sluiten zodat deze ondernemingen niet op de andere markt actief kunnen zijn. Zoals de Commissie door verzoekster onweersproken vaststelde, moeten de inzamelings- en sorteerdiensten gelet op de specifieke

inzamelings- en sorteerbehoeften verschillend worden georganiseerd (zie punt 161 van de bestreden beschikking).

72 Wat de sortering betreft, genereren grote ondernemingen namelijk grotere hoeveelheden verpakkingsafval, dat op de plaats waar het wordt gegenereerd al is gesorteerd in afzonderlijke materiaalfracties. Bedrijfsafval behoeft derhalve geen sorteerinfrastructuur zoals huishoudafval, waarbij nog komt dat de inzamelingspartner krachtens de partnerovereenkomst een boete kan opleggen, aan wie gemengd afval aanbiedt.

73 Evenzo heeft de inzameling van bedrijfsverpakkingen vergeleken met die van huishoudverpakkingen blijkens de partnerovereenkomst bepaalde kenmerken. Zo handelt de inzamelingspartner bij bedrijfsafval als beheerder van een regionaal ontvangstpunt. Zijn hoofdactiviteit bestaat uit de ontvangst van materiaal van bedrijven met grote afvalvolumes die als afvalleveranciers optreden, en uit de registratie van de bewijzen van weging van geleverd materiaal overeenkomstig de Oostenrijkse wetgeving tot verificatie of de minimumhoeveelheden zijn bereikt (zie punt 166 van de bestreden beschikking). Wie bedrijfsafval genereert, is dus gehouden het gesorteerde materiaal naar het ontvangstpunt te brengen. In sterk geïndustrialiseerde regio's biedt de inzamelingspartner extra ook een dienst aan voor de inzameling van licentieverpakkingen op de plaats waar zij worden gegenereerd, die, zoals verzoekster opmerkte, kan worden geweigerd door de afvalproducent. Blijkens de partnerovereenkomst worden daarentegen bij inzameling van huishoudafval de inzamelingscontainers systematisch geledigd en worden de door de inzamelingspartner geleverde inzamelingszakken op een door hem vastgestelde vooraf geplande inzameldag ingezameld, en wordt de bij de huishoudens ingezamelde afval vervoerd naar de sorteerinstallatie, waarbij de inzamelingspartner door ARA op de kwaliteit van de ingezamelde verpakkingen kan worden aangesproken.

74 Er zijn dus sterke verschillen tussen de diensten van inzameling en sortering van huishoud- en van bedrijfsverpakkingen. Zoals de bestreden beschikking vaststelt, bestaat er dus geen functionele onderlinge substitueerbaarheid van de inzamelings- en sorteerdiensten voor huishoud- en voor bedrijfsverpakkingen (zie punt 162 van de bestreden beschikking).

75 Volgens verzoekster konden de uitgesloten inzamelingsondernemingen hun diensten op de markt voor de inzameling en sortering van bedrijfsverpakkingen weliswaar aanbieden aan wie afval genereert en het naar het ontvangstpunt moet brengen, of hem in sterk geïndustrialiseerde regio's zelfs inzamelingsdiensten aanbieden die met die van de inzamelingspartner concurreren, maar de in de huishoudsector gespecialiseerde ondernemingen dienen wegens het gebrek aan functionele onderlinge substitueerbaarheid van de inzameling van huishoud- en bedrijfsverpakkingen, te worden geacht in beginsel geen diensten van inzameling van bedrijfsverpakkingen te kunnen verrichten. Dat de producenten van bedrijfsafval hun partner vrij kunnen kiezen, kan in casu dus geen enkele rol spelen.

76 Wat in de tweede plaats de verwijdering van huishoudelijk oud papier betreft, stelde de Commissie in punt 157 van de bestreden beschikking door verzoekster onweersproken vast: „ARO koopt slechts bepaalde hoeveelheden bij de gemeentelijke inzameling van oud papier in". De gemeentelijke inzameling van oud papier en, aldus punt 158 van de bestreden beschikking, van oud glas bestond al vóór de invoering van het ARA-systeem.

77 Het voorgaande maakt dus onaannemelijk dat de uitgesloten ondernemingen voor de inzameling en sortering van huishoudverpakkingen enerzijds gemakkelijk op de markt voor de inzameling en sortering van bedrijfsverpakkingen kunnen komen en anderzijds hun diensten kunnen aanbieden op de markt van de inzameling van oud papier of op die van de inzameling van oud glas, want deze markten werken dankzij bestaande gemeentelijke inzameling en zijn dus ontoegankelijk voor eventuele concurrenten. Anders dan verzoekster betoogt, is het bestaan van deze markten dus irrelevant om de vraag naar diensten voor de inzameling en sortering van

huishoudverpakkingen uit te breiden en het voortbestaan van de met verzoeksters regionale partners concurrerende ondernemingen te verzekeren.

78 Aan deze conclusies wordt niet afgedaan door verzoeksters argument ter terechtzitting dat kan worden betwijfeld of de mededinging wordt beperkt wanneer een overeenkomst voor een onderneming noodzakelijk bleek om op een voor haar nieuwe markt door te dringen [arrest Gerecht van 2 mei 2006, O2 (Germany)/Commissie, T-328/03, Jurispr. blz. II-1231, punt 68].

79 Anders dan in de zaak die leidde tot het arrest O2 (Germany)/Commissie, reeds aangehaald, is in casu niet aangetoond dat verzoeksters netwerk van partnerovereenkomsten de toegang tot de markt open liet voor een concurrerende onderneming. Zoals opgemerkt in punt 65 hierboven kon de cumulatieve werking van dit netwerk de concurrenten van het ARA-systeem daarentegen weren van de markt van de verwijderingssystemen voor huishoudafval. Dit argument kan dus niet slagen.

80 Zo kon de Commissie zonder kennelijk onjuiste beoordeling tot de conclusie komen dat enerzijds sprake was van mededingingsbeperking op de markt voor de inzameling en sortering van lichte huishoudverpakkingen en dat deze beperking in aanmerking kon komen voor een individuele vrijstelling gelet op de gunstige gevolgen ervan voor de organisatie van de inzameling en de sortering van huishoudverpakkingen, en anderzijds dat deze beperking gevolgen kon hebben op de markt van de verwijderingssystemen voor huishoudafval en dus op de vraag naar inzamelings- en sorteerdiensten op de markt van huishoudverpakkingen. Voorts heeft de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout gemaakt waar zij, om te voorkomen dat verzoekster de mededinging op de markt van de verwijderingssystemen voor huishoudafval kon uitschakelen, van mening was dat aan de vrijstelling de in punt 27 hierboven vermelde twee voorwaarden dienden te worden verbonden. Dit middel moet dus worden verworpen.

Tweede middel: verenigbaarheid van de partnerovereenkomsten met de voorwaarden van verordening nr. 2790/1999

Argumenten van partijen

81 Volgens verzoekster zal een exclusiviteitsverbintenis, ook al wordt zij haar door de partnerovereenkomsten opgelegd, worden vrijgesteld van de toepassing van artikel 81, lid 1, EG krachtens artikel 2, lid 1, en artikel 3, lid 1, van verordening nr. 2790/1999, dat bovendien niet toestaat dat voorwaarden worden opgelegd aan wie wordt vrijgesteld. Volgens de definitie van de relevante markt door de Commissie in de punten 155 en volgende van de bestreden beschikking controleert namelijk geen van verzoeksters regionale partners in Oostenrijk meer dan 30 % van de markt van de inzameling en sortering van lichte verpakkingen. Verzoekster wijst er ook op dat verordening nr. 2790/1999 een vrijstelling verleent voor distributiesystemen die exclusieve gebieden aan bepaalde distributeurs voorbehouden, zodat haars inziens niets anders kan gelden voor een netwerk van partnerovereenkomsten waarin de aanbestedende dienst aan zijn partners exclusieve gebieden voorbehoudt.

82 Verzoekster brengt voorts tegen de definitie door de Commissie van de relevante geografische markt in dat de inzamelingsregio's met geen enkele zone van economische activiteit overeenkomen, want zij bepaalde de inzamelingsregio's in de aanbestedingen. Ook is zij van mening dat de situatie vóór en niet die na het sluiten van partnerovereenkomsten beslissend is voor de bepaling van het marktaandeel van een aanbieder.

83 Ten slotte, aldus verzoekster, heeft zij vóór de indiening van het verzoekschrift niet op verordening nr. 2790/1999 gewezen, daar de Commissie geen mededeling van punten van bezwaar had bekendgemaakt.

84 De Commissie en interveniënten betwisten alle argumenten die verzoekster aanvoert.

Beoordeling door het Gerecht

85 Allereerst dient te worden ingegaan op het door verzoekster gestelde dat zij de aan verordening nr. 2790/1999 ontleende argumenten niet eerder kon aanvoeren.

86 In de eerste plaats dient eraan te worden herinnerd dat ARA en ARGEV bij brief van 28 augustus 2001 om een negatieve verklaring voor de aangemelde overeenkomsten of in voorkomend geval om vrijstelling overeenkomstig artikel 81, lid 3, EG hebben verzocht. Dit verzoek is ingediend overeenkomstig de vereisten van artikel 2 van verordening (EG) nr. 3385/94 van de Commissie van 21 december 1994 betreffende vorm, inhoud en overige bijzonderheden van verzoeken en aanmeldingen uit hoofde van verordening nr. 17 (PB L 377, blz. 28), alsook van het eraan gehechte A/B-formulier, zonder dat de Commissie hierover opmerkingen heeft gemaakt.

87 In de tweede plaats, aldus punt 139 van de bekendmaking van 19 oktober 2002 (zie punt 12 hierboven), was de Commissie voornemens geen bezwaar te maken tegen de overeenkomstig artikel 81 EG en artikel 53 EER aangemelde overeenkomsten, dan wel de partijen een individuele vrijstelling te verlenen overeenkomstig artikel 81, lid 3, EG en artikel 53, lid 3, EER, eventueel onder voorwaarden.

88 In de derde plaats deelde de Commissie verzoekster bij brief van 1 april 2003 mee de mogelijkheid van een positieve beschikking krachtens artikel 81 EG te overwegen en in deze beschikking bepaalde voorwaarden over het medegebruik van de inzamelingsinstallaties te stellen overeenkomstig artikel 8, lid 1, van verordening nr. 17. In het deel „Motivering" zette de Commissie in detail uiteen waarom voor de partnerovereenkomst een individuele vrijstelling kon worden toegekend en waarom sommige overeenkomsten van het ARA-systeem haars inziens tot uitschakeling van de mededinging konden leiden, waardoor bedoelde voorwaarden gerechtvaardigd waren. Ten slotte gaf deze brief verzoekster de gelegenheid om binnen een maand na ontvangst ervan opmerkingen te maken. Bij een tweede brief van 6 juni 2003 deelde de Commissie verzoekster in antwoord op haar vragen en die van de Oostenrijkse autoriteiten gewijzigde voorwaarden mee.

89 In deze omstandigheden kon verzoekster tijdens de administratieve procedure onbetwistbaar kennis nemen van de mogelijke gevolgen van de aangemelde overeenkomsten inzake uitschakeling van de mededinging alsook van de door de Commissie in het kader van een individuele vrijstelling overwogen voorwaarden. Blijkens verzoeksters brieven aan de Commissie van 16 mei en 25 juni 2003 in antwoord op die van 1 april en 6 juni 2003 verzocht verzoekster evenwel niet uitdrukkelijk om toepassing van verordening nr. 2790/1999 en maakte zij geen bezwaar tegen de niet-toepassing in casu van artikel 3, lid 1, van deze verordening of de definitie van de relevante markt. Dat verklaart, zoals de Commissie opmerkte, dat de aan verordening nr. 2790/1999 ontleende argumenten in de bestreden beschikking niet zijn beantwoord. Dat de

bestreden beschikking niet naar deze argumenten verwijst, doet dus niet af aan de geldigheid ervan.

90 Gesteld dat verzoeksters verzoek om een vrijstelling krachtens artikel 81, lid 3, EG impliciet een verzoek zou inhouden om toepassing van verordening nr. 2790/1999, laat het middel dat in wezen is ontleend aan niet-toepassing van deze verordening de geldigheid van de bestreden beschikking hoe dan ook onverlet.

91 De partnerovereenkomsten zijn namelijk contracten voor dienstverrichting die verzoekster per inzamelingsregio exclusief binden aan een inzamelings- en/of sorteerpartner, telkens op een ander niveau van de keten voor verwijdering van huishoudverpakkingen. Partijen bepalen met deze contracten de voorwaarden voor inzameling en sortering van de onder verzoekster vallende huishoudverpakkingen in elke inzamelingsregio. Het zijn dus onderaannemingscontracten tussen niet-concurrerende ondernemingen, die binnen de werkingssfeer van artikel 2, lid 1, van verordening nr. 2790/1999 vallen.

92 Uit punt 173 van de bestreden beschikking blijkt, door verzoekster onweersproken, dat voor systeemmarkten en de markten voor de inzameling en sortering moet worden uitgegaan van het gehele Oostenrijkse grondgebied als relevante geografische markt om na te gaan of de mededinging merkbaar is beperkt in de zin van artikel 81, lid 1, EG, want de objectieve voorwaarden op het gebied van vraag en aanbod op deze markt verschillen merkbaar van die in andere regio's van de interne markt. De in punt 5 hierboven vermelde Oostenrijkse wetgeving inzake verpakkingverwijdering bepaalt namelijk de voorwaarden voor de ontwikkeling van deze activiteit op het gehele Oostenrijkse grondgebied, en deze voorwaarden vormen dus bijzondere voorwaarden tegenover die in andere regio's binnen de interne markt. Overigens bouwt verzoekster haar netwerk van partnerovereenkomsten over dit gehele grondgebied

op; dit netwerk kan wegens het cumulatieve effect van de overeenkomsten voor elke inzamelingsregio de mededinging zowel op de systeemmarkt voor de verwijdering van huishoudverpakkingen als op de markt voor de inzameling en sortering van deze verpakkingen nadelig beïnvloeden.

93 Daarentegen is het relevante grondgebied om na te gaan of in casu de drempel van 30 % van artikel 3, lid 1, van verordening nr. 2790/1999 is overschreden, de inzamelingsregio als grondgebied waarop de inzamelings- en/of sorteerpartners zich met verzoekster verbinden en als plaats van hun dienstverrichting. Verzoekster schrijft namelijk haar aanbestedingen voor elk van deze regio's uit en de partners bieden hun diensten aan door inzamelings- en sorteerinfrastructuur in elk van deze regio's te organiseren. Bovendien heeft elke inzamelingsregio blijkens punt 7 van de standaardaanbesteding specifieke kenmerken, die zijn beschreven in een document „Select Regional, Teil L". Zo ook blijkt uit verzoeksters activiteitenverslag over 2002 duidelijker dat de districten en gemeenten zijn ingedeeld per inzamelingsregio, voor elke waarvan verzoekster een eigen en geheel specifiek inzamelingsconcept heeft ontwikkeld.

94 Uit het voorgaande volgt dat elke inzamelingsregio homogene dienstverrichtingsvoorwaarden vertoont en wegens haar bijzondere kenmerken en dienstverrichtingsvoorwaarden kan worden onderscheiden van aangrenzende regio's conform de criteria van punt 90 van bekendmaking 2000/C 291/01 van de Commissie — Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (PB 2000, C 291, blz. 1), om de relevante geografische markt voor de berekening van de drempel van verordening nr. 2790/1999 vast te stellen.

95 Dat de Commissie voor het onderzoek van de mededingingsbeperkende gevolgen van de aangemelde overeenkomsten het gehele Oostenrijkse grondgebied als relevante geografische markt heeft genomen, doet aan deze conclusie niet af. Dit belet immers niet dat vanuit het oogpunt van degenen die inzamelings- en sorteerdiensten verrichten, daarbinnen geografische deelmarkten voorkomen waarop de

dienstverrichtingsvoorwaarden homogeen zijn en verschillen van die van aangrenzende regio's. Zoals vastgesteld in punt 93 hierboven vormen dus de inzamelingsregio's de relevante markten om te bepalen of verzoekster in aanmerking kan komen voor een groepsvrijstelling in de zin van verordening nr. 2790/1999.

96 Wat verzoeksters argument betreft dat de situatie vóór en niet na het sluiten van partnerovereenkomsten beslissend is om het marktaandeel van een aanbieder te bepalen, dient eraan te worden herinnerd dat overeenkomstig artikel 9, lid 2, sub a, van verordening nr. 2790/1999, voor de toepassing van artikel 3 „het marktaandeel wordt berekend op grond van gegevens die betrekking hebben op het voorafgaande kalenderjaar". Ook dient, zoals de Commissie opmerkte, erop te worden gewezen dat bij nieuwe markten rekening moet worden gehouden met het tijdstip van ontstaan van de markt. Pas vanaf dan kan worden vastgesteld of de aanbieder een machtspositie heeft door zijn marktaandeel overeenkomstig artikel 9, lid 2, sub a, van verordening nr. 2790/1999 te berekenen.

97 Dat betekent in casu dat voor de berekening van het marktaandeel van elke inzamelings- en/of sorteerpartner, anders dan verzoekster stelt, niet van de situatie vóór, maar van die na het sluiten van de overeenkomsten voor inzameling en sortering van huishoudverpakkingen is uit te gaan.

98 De inzamelings- en sorteerpartners overschrijden als aanbieders van inzamelings- en sorteerdiensten, waarmee verzoekster zich exclusief verbindt, merkbaar de drempel van 30 % van het marktaandeel in de zin van artikel 3, lid 1, van verordening nr. 2790/1999. Enerzijds, aldus punt 225 van de bestreden beschikking, door verzoekster onweersproken, zette alleen Öko-Box op het gebied van lichte huishoudverpakkingen een concurrerend systeem op voor een soort huishoudverpakkingen, namelijk voor gemengde kartonnen verpakkingen voor drank. Anderzijds ontwikkelde Öko-Box, zoals verzoekster in haar stukken erkende, een systeem dat slechts voor een deel

van de verpakkingen inzamelingsinfrastructuren gebruikt, via verzoeksters inzamelingspartners. Het marktaandeel van de regionale inzamelings- en sorteerpartners kan dus gemakkelijk 100 % bereiken zodat voor de aangemelde overeenkomsten ingevolge artikel 2, lid 1, van verordening nr. 2790/1999 geen onvoorwaardelijke groepsvrijstelling kan worden toegekend.

99 Gelet op het voorgaande, moet dit middel worden afgewezen.

Derde middel: schending door de artikelen 2 en 3 van de bestreden beschikking van de „essential-facilities-leer"

Argumenten van partijen

100 Volgens verzoekster hechtte de Commissie een beslissend belang aan vrije en ongehinderde toegang van de andere inzamelingssystemen tot haar inzamelingsinfrastructuur met het oog op intensere mededinging en zijn artikel 2 en vooral artikel 3 van de bestreden beschikking een poging om het ARA-systeem een verplichting op te leggen met voorbijgaan van de vereisten van de „essential-facilities-leer".

101 Ter ondersteuning van dit middel stelt verzoekster enerzijds dat haar partnerovereenkomsten in beginsel niet in de weg staan aan medegebruik van de containers, zodat uit deze overeenkomsten geen enkele exclusiviteit te haren gunste inzake de

containers volgt. In deze omstandigheden bestaan geen materiële mededingingsbeperkingen en kunnen de door de Commissie opgelegde voorwaarden geen grondslag vinden in artikel 81, lid 3, EG en artikel 8, lid 1, van verordening nr. 17.

102 Anderzijds stelt verzoekster dat de bestreden beschikking haar in feite een verplichting oplegt capaciteiten aan concurrenten „over te dragen", hetgeen binnen de werkingssfeer van artikel 82 EG valt. De rechtspraak van het Hof acht een dergelijke voorwaarde slechts rechtmatig indien verzoeksters inzamelingsinstallaties essentieel waren (arrest Hof van 26 november 1998, Bronner, C-7/97, Jurispr. blz. I-7791). Dat is hier niet het geval want technisch kunnen de bestaande structuren van verzoeksters inzamelingssysteem worden gedupliceerd door concurrerende systemen op plaatsen waar zij een brengsysteem beheert en omgekeerd, een inzamelingssysteem te laten organiseren.

103 De Commissie betwist alle door verzoekster aangevoerde argumenten.

Beoordeling door het Gerecht

104 Volgens vaste rechtspraak geldt de weigering door een onderneming met een machtspositie op een gegeven markt om aan een onderneming waarmee zij op een verwante markt concurreert, de grondstoffen te leveren respectievelijk de diensten te verlenen die laatstgenoemde voor de uitoefening van haar werkzaamheden nodig heeft, als misbruik voor zover het betrokken gedrag alle mededinging door deze onderneming kan uitschakelen (arrest Bronner, reeds aangehaald, punt 38, en arrest Hof van 29 april 2004, IMS Health, C-418/01, Jurispr. blz. I-5039, punten 40-45). In deze gevallen kan de Commissie na vaststelling dat sprake is van een inbreuk, met name

misbruik van een machtspositie, krachtens artikel 3 van verordening nr. 17 bepaalde verplichtingen opleggen met het oog op de nuttige werking van haar beschikking (arrest Hof van 6 april 1995, RTE en ITP/Commissie, C-241/91 P en C-242/91 P, Jurispr. blz. I-743, punten 90 en 91).

105 De partnerovereenkomsten belasten de inzamelings- en sorteerpartners met de ontwikkeling van de tot nakoming van hun contractuele verplichtingen nodige infrastructuur (zie punt 98 van de bestreden beschikking). Deze infrastructuur is eigendom van de inzamelings- en sorteerpartners en niet van verzoekster, die met de regionale overheden alleen over de locatie ervan onderhandelt. Zo stelt verzoekster dat zij geen enkel recht van eigendom of controle van deze installaties heeft, waarvan zij misbruik zou kunnen maken om haar concurrenten inzamelingsdiensten te weigeren en ze aldus van de markt voor verwijdering van verpakkingen te weren.

106 Verzoekster kan evenwel krachtens de partnerovereenkomsten en de organisatiebevoegdheden die zij zich in toezegging nr. 3 heeft toegekend, samen met haar partners de toegang tot de in elke inzamelingsregio ontwikkelde infrastructuur controleren. Verzoekster kan zo de toegang van haar concurrenten tot de inzamelings- en sorteerinfrastructuur van haar partners beletten.

107 Zoals de Commissie in punt 234 van de bestreden beschikking opmerkte, is het probleem in casu dat verzoekster krachtens de organisatiebevoegdheden die zij zich in toezegging nr. 3 heeft toegekend, het medegebruik van de inzamelings- en sorteerinfrastructuur kan beletten. Verzoekster kan met gebruikmaking van deze organisatiebevoegdheden de inzamelingspartners die zulks wensen, met name beletten hun infrastructuur voor de concurrenten van het ARA-systeem open te stellen en zo hun toegang tot de markt van de verwijderingssystemen voor huishoudafval bemoeilijken. Dit gedrag dreigt te leiden tot mededingingsbeperking op deze markt en zo de

vraag naar inzamelings- en sorteerdiensten op de markt van de inzameling en sortering van huishoudverpakkingen te beperken.

108 Zoals opgemerkt in punt 67 hierboven, achtte de Commissie het om dit risico te neutraliseren nodig om aan de individuele vrijstelling overeenkomstig artikel 8, lid 1, van verordening nr. 17 de bij artikel 3 van de bestreden beschikking gestelde voorwaarden te verbinden.

109 In casu gaat het niet om een eenzijdige weigering door verzoekster om voor de concurrerende ondernemingen een dienst ten behoeve van de ontwikkeling van een verwante markt te verrichten, die in strijd zou zijn met artikel 82 EG en dus de toepassing van de „essential-facilities-leer" zou rechtvaardigen. Het gaat om een geval waarin de positie die verzoekster zich krachtens de partnerovereenkomsten met de inzamelings- en sorteerondernemingen voorbehoudt, kan leiden tot mededingingsbeperking op de markt van de verwijderingssystemen voor huishoudafval, waardoor de vraag naar inzamelings- en sorteerdiensten op de markt van de inzameling en sortering van huishoudverpakkingen wordt beperkt. Bijgevolg heeft de Commissie in casu terecht de „essential-facilities-leer" en de desbetreffende rechtspraak van het Hof niet toegepast.

110 Uit het voorgaande volgt enerzijds dat de Commissie in casu de „essential-facilities-leer" niet heeft proberen toe te passen en anderzijds dat de rechtmatigheid van de voorwaarden voor de door de Commissie aan verzoekster verleende individuele vrijstelling in casu niet diende te worden getoetst aan de „essential-facilities-leer" en de desbetreffende rechtspraak van het Hof. Dit middel moet bijgevolg worden afgewezen.

Vierde middel: de bij de bestreden beschikking gestelde voorwaarden kunnen in de praktijk niet worden toegepast

Argumenten van partijen

111 Volgens verzoekster gaan de bij de bestreden beschikking opgelegde voorwaarden voorbij aan de rechtspraak van het Hof inzake het evenredigheidsbeginsel, want zij zijn niet geschikt om het nagestreefde doel te bereiken en vormen niet de kleinst mogelijke belasting.

112 Voorts hield de Commissie volgens verzoekster onvoldoende rekening met de bijzondere kenmerken van het ARA-systeem want, anders dan in het Duitse afvalverwijderingssysteem, worden de inzameling, de sortering en de terugwinning meestal door verschillende ondernemingen verzorgd, en deze partners zijn niet in staat achteraf het bewijs te leveren van het volume ingezamelde, gesorteerde en teruggewonnen verpakkingen, maar zijn gehouden de fysiek ingezamelde verpakkingen continu naar verzoeksters ontvangstpunten te brengen. Doel van de bij artikel 3, sub b, van de bestreden beschikking opgelegde voorwaarde is dus alleen verzoekster te beletten een groter dan het haar toekomende aandeel van de ingezamelde producten op te eisen. Deze voorwaarde impliceert dus dat verzoekster het marktaandeel van het ARA-systeem bij aflevering van de ingezamelde verpakkingen kent, hetgeen om twee redenen onmogelijk is. De eerste is dat de externe inzamelingssystemen, dat wil zeggen die welke geen belang bij collectief gebruik van de inzamelingsinfrastructuur hebben, niet zijn gehouden verzoekster hun licentievolumes mee te delen, waardoor verzoeksters aandeel in het totaalvolume huishoudverpakkingen niet kan worden berekend. De tweede reden is dat inlichtingen over marktaandelen slechts achteraf na de periodieke aangifte van de licentievolumes door de fabrikanten en de importeurs beschikbaar

zijn. Zo zou volgens verzoekster voor de verdeling van de ingezamelde producten tussen de verschillende exploitanten van het systeem, een vooraf vanaf de levering van een bepaald verpakkingsvolume bekende verdelingsmethode zijn vereist.

113 Ten slotte, aldus verzoekster, is er geen enkel verband tussen de mededingingsbeperking en de bij artikel 3, sub b, van de bestreden beschikking opgelegde voorwaarde, en heeft zij de Commissie op 28 augustus 2003 een voorstel voor een andere verdelingsmethode meegedeeld die voorziet in de jaarlijkse reservering vooraf door de verschillende inzamelingssystemen bij de inzamelingsonderneming van een bepaalde terugnamecapaciteit op basis van verwachte licentievolumes. De Commissie hield evenwel geen rekening met dit model.

114 De Commissie en interveniënten betwisten alle argumenten die verzoekster aanvoert.

Beoordeling door het Gerecht

115 Allereerst dient te worden opgemerkt dat verzoekster het evenredigheidsbeginsel zowel ten grondslag legt aan haar vierde middel inzake de realiseerbaarheid van de bij de bestreden beschikking gestelde voorwaarden, als aanvoert als autonoom middel (vijfde middel). In het kader van het vijfde middel dient dus de evenredigheid van de voorwaarden en met name van de voorwaarde van artikel 3, sub b, van de bestreden beschikking, en in het kader van het onderhavige middel de realiseerbaarheid van de betrokken voorwaarde te worden onderzocht.

116 In de eerste plaats dient ter beantwoording van verzoeksters argumenten te worden opgemerkt dat, zoals blijkt uit de dossierstukken, de licentievolumes van de externe systemen in casu geen rol spelen om verzoeksters aandeel in het volledige volume huishoudverpakkingen te berekenen. Slechts bij medegebruik van de inzamelingsinfrastructuur rijst namelijk het probleem van de verdeling van de ingezamelde verpakkingen. Aangezien verzoekster in dat geval niet alle ingezamelde verpakkingen kan opeisen, dient het deel van de verpakkingen dat overeenkomt met elk inzamelingssysteem dat mede gebruik maakt van deze infrastructuur, te worden berekend om de ingezamelde verpakkingen onder hen te verdelen. Bijgevolg is verzoeksters argument inzake de beschikbaarheid van de gegevens inzake de licentievolumes van de externe systemen ongegrond.

117 In de tweede plaats slaagde verzoekster er, ondanks haar argumenten, niet in aan te tonen waarom haar aandeel in alle volumes huishoudverpakkingen bij de aflevering van de bij de ontvangstpunten ingezamelde verpakkingen niet zal kunnen worden berekend omdat de verdeling van de ingezamelde verpakkingen een vooraf voor een jaar vastgestelde verdelingsmethode vergt. Blijkens de dispensatie- en licentieovereenkomst tussen verzoekster en de bedrijven die afval genereren, moeten deze bedrijven namelijk ter berekening van de door verzoekster verschuldigde jaarlijkse vergoeding de exacte hoeveelheden op de markt komende verpakkingen uiterlijk de tiende dag van de tweede maand na het einde van de afrekeningsperiode aangeven per maand of kwartaal, naargelang het om een grote of een kleine producent gaat. Dat betekent dat verzoekster de verpakkingsvolumes die onder de dispensatie- en licentieovereenkomsten vallen, op basis van deze overeenkomsten en de periodiek door haar ontvangen gegevens kan berekenen.

118 De definitieve gegevens over het voorafgaande kalenderjaar zijn weliswaar eerst beschikbaar de eerste tien dagen van de tweede maand na het einde van de laatste maand of het laatste kwartaal van het betrokken jaar, maar dat betekent niet dat de

verpakkingen, zoals verzoekster stelt, eerst vijftien maanden na het begin van het boekjaar zullen kunnen worden verdeeld, waardoor de „continuverdeling" van de ingezamelde verpakkingen wordt belet. De ingezamelde verpakkingen zullen kunnen worden verdeeld naargelang van de inzameling op basis van de werkelijke volumes in de voorafgaande maanden op de markt gebrachte licentieverpakkingen. Het resultaat van deze verdeling zal op het einde van het jaar worden gecorrigeerd door compensatie op basis van de definitieve werkelijke volumes die worden meegedeeld door de bedrijven die afval genereren. Zoals de Commissie heeft opgemerkt, kan de verdeling ook systematisch worden gebaseerd op verwachte hoeveelheden die slechts op bepaalde tijdstippen zullen kunnen worden aangepast. Blijkens de dossierstukken is deze laatste mogelijkheid door verzoekster voorgesteld en door de Commissie aanvaard in de kortgedingprocedure voor het Gerecht.

119 In de derde plaats dient te worden opgemerkt dat, zoals ter terechtzitting is gebleken, de bestreden beschikking voorlopig op een voor partijen bevredigende wijze is uitgevoerd.

120 Uit het voorgaande volgt dat de continuverdeling van de ingezamelde verpakkingen niet in de weg staat aan de uitvoering van de voorwaarde van artikel 3, sub b, van de bestreden beschikking en, anders dan verzoekster stelt, niet verplicht tot het gebruik van een vooraf voor een jaar vastgestelde verdelingsmethode.

121 Verzoeksters overige argumenten doen aan deze conclusie niet af.

122 In de eerste plaats is het argument dat er geen verband tussen de mededingingsbeperking en de opgelegde voorwaarde is, ongegrond. Blijkens de punten 290 en 293 van de bestreden beschikking is er geen duidelijk verband tussen enerzijds de opgelegde voorwaarde en anderzijds het gevaar van afscherming van de verticale upstreammarkt voor verzoeksters concurrenten alsook van een geringere vraag naar inzamelings- en sorteerdiensten op de markt van de inzameling en sortering van huishoudverpakkingen. Dit gevaar volgt uit de toekenning van een individuele vrijstelling voor de overeenkomsten waarbij verzoekster zich slechts met een enkele partner per inzamelingsregio verbindt en zich bevoegdheden toekent die het medegebruik van de inzamelings- en sorteerinfrastructuur kunnen beletten. Deze voorwaarde heeft dus tot doel te voorkomen dat verzoekster bewijs over de hoeveelheden verpakkingen kan verkrijgen die zijn aangebracht door concurrerende systemen die samen met haar de inzamelingsinfrastructuur gebruiken en hoeveelheden opeist die overeenkomen met deze systemen, met name tegenover de Oostenrijkse toezichthoudende instantie. Een dergelijke handelwijze van verzoekster zou de concurrerende systemen beletten de terugnamequota in acht te nemen en bemoeilijkt hun voortbestaan op de markt. Zouden zij van de markt verdwijnen, dan zou de vraag naar inzamelings- en sorteersystemen op de markt voor inzameling en sortering van huishoudverpakkingen verminderen. Anders dan verzoekster stelt en gelet op artikel 8, lid 1, van verordening nr. 17, legde de Commissie dus terecht de betrokken voorwaarde op om te voorkomen dat de aan verzoekster toegekende individuele vrijstelling kon leiden tot een mededingingsbeperking op de markt van de verwijderingssystemen voor huishoudafval en dus tot een geringere vraag naar diensten voor de inzameling en sortering van huishoudverpakkingen.

123 In de tweede plaats dient ook verzoeksters argument dat de Commissie de tekst van de voorwaarde in artikel 3, sub b, grotendeels heeft overgenomen uit de beschikking inzake het Duitse systeem voor afvalverwijdering zonder rekening te houden met de specifieke kenmerken van het ARA-systeem, ongegrond te worden verklaard. Onderzoek van de twee betrokken beschikkingen wijst namelijk uit dat de betrokken passages ervan niet overeenkomen. Anders dan verzoekster stelt, toont onderzoek van de bestreden beschikking bovendien aan dat het bewijs waarnaar de bij artikel 3, sub b, van deze beschikking opgelegde voorwaarde verwijst, niet in de plaats komt van de fysieke aflevering van de ingezamelde verpakkingen, maar tot bewijs strekt van

het aandeel van de ingezamelde verpakkingen dat aan verzoekster toekomt. Volgens § 11, lid 8, van het decreet en voorwaarde nr. 2 voor de erkenning van de ontwikkeling en exploitatie van een inzamelings- en terugwinningssysteem dient met dit bewijs tegenover de Oostenrijkse toezichthoudende instantie te worden aangetoond dat verzoekster voldoet aan haar inzamelingsquota. Volgens punt 291 van de bestreden beschikking kan het ook worden gebruikt om de vergoeding van de partners bij medegebruik van de inzamelingsinfrastructuur te verminderen.

124 Uit al het voorgaande volgt dat de door de Commissie voorgestelde verdelingsmethodes berusten op voor verzoekster bij de verdeling van de ingezamelde verpakkingen gemakkelijk toegankelijke gegevens zoals de verwachte hoeveelheden of de licentievolumes over voorafgaande maanden, welke methodes dus even goed rekening houden met de bijzondere kenmerken van het ARA-systeem als de door verzoekster voorgestelde methode. Het enige verschil ligt hierin dat de verwachte hoeveelheden of de licentievolumes over voorafgaande maanden in de door de Commissie voorgestelde methodes achteraf kunnen worden gecorrigeerd, bijvoorbeeld op basis van de werkelijke en definitieve hoeveelheden licentieverpakkingen die op de markt worden gebracht en worden aangemeld door bedrijven die afval genereren. Zoals opgemerkt in punt 118 hierboven, is deze correctie achteraf niet onverenigbaar met een continuverdeling van de ingezamelde verpakkingen tussen de inzamelingssystemen die gelijktijdig de inzamelingsinfrastructuur gebruiken. Anders dan verzoekster stelt, is het dus niet onmogelijk aan deze voorwaarde te voldoen.

125 Bijgevolg moet dit middel worden afgewezen.

Vijfde middel: schending van het evenredigheidsbeginsel

Argumenten van partijen

126 Verzoekster acht de voorwaarde van artikel 3, sub b, van de bestreden beschikking onevenredig op grond dat zij lasten oplegt die haar kunnen beletten de voorgeschreven quota te halen en dus haar voortbestaan bedreigen. Deze voorwaarde vermindert namelijk verzoeksters toegang tot de inzamelingscapaciteiten waarover zij beschikt. Daarom heeft verzoekster zichzelf het recht toegekend haar systeem aan te passen en de inzamelingsondernemingen contractueel te verbieden uit eigen beweging te handelen. De onevenredigheid is bijzonder treffend in twee gevallen: bij verwerving van extra licentievolumes door een ander inzamelingssysteem, en bij ontwikkeling door andere inzamelingssystemen van geheel of gedeeltelijk eigen inzamelingsinstallaties.

127 In het eerste geval, aldus verzoekster, zou het aandeel van het ARA-systeem in alle volumes huishoudverpakkingen en dus haar marktaandeel verminderen wanneer een ander inzamelingssysteem op de markt kwam. De concurrenten zouden namelijk niet alleen de klanten bij het ARA-systeem weghalen, maar ook extra volumes licentieverpakkingen op de markt brengen die de fabrikanten of de distributeurs thans niet terugnemen en die verzoekster „volumes van parasitaire ondernemingen" noemt. In deze situatie wordt het deel van de door de regionale partners ingezamelde producten die verzoekster kan opeisen, beperkt, zodat zij de voorgeschreven quota niet zou kunnen halen en het Bundesministerium für Umwelt, Jugend und Familie (Oostenrijks ministerie van Milieu, Jeugd en Gezin) haar erkenning zou kunnen intrekken. Zo zou de door de Commissie opgelegde voorwaarde verzoeksters toegang tot inzamelingscapaciteiten verminderen.

128 Bovendien acht zij de door de Commissie voorgestelde oplossing om de containervolumes aan te passen en aldus grotere inzamelingsvolumes te kunnen verwerken, onbevredigend. Verzoekster zou dus pas achteraf kunnen weten dat de inzamelingscapaciteiten onvoldoende zijn en daadwerkelijk corrigerende maatregelen zouden pas na twee jaar mogelijk zijn. Daarom moeten de concurrerende inzamelingssystemen, willen zij gelijktijdig gebruikmaken van de containers, haars inziens elk jaar vooraf de nodige containervolumes en de desbetreffende inzamelingsvolumes vaststellen.

129 Volgens verzoekster vormen de beschikking over inzamelingscapaciteiten en de toegang tot ingezamelde hoeveelheden eenzelfde problematiek en zouden alle prognoses over haar capaciteiten dode letter worden indien de betrokken voorwaarde haar verplichtte inzamelingsvolumes af te staan aan concurrenten.

130 Wat het tweede geval betreft, merkt verzoekster op dat de concurrerende systemen vooral in bepaalde soorten verpakkingen gespecialiseerde aanbieders zijn, die andere inzamelingsinstallaties kunnen ontwikkelen met een aanvullend beroep op de door haar geëxploiteerde installaties. Dat geldt met name voor de systemen Öko-Box en Bonus. Verzoekster acht dit gedrag van de concurrerende systemen volstrekt voorspelbaar daar bij medegebruik van de inzamelingsinfrastructuur geen echte prijsconcurrentie ontstaat, die alleen bij de ontwikkeling van een eigen inzamelingsinfrastructuur kan ontstaan. Haars inziens dwingt de opgelegde voorwaarde haar dus ook bij slechts gedeeltelijk medegebruik van de inzamelingsinfrastructuur af te zien van een groter deel van de ingezamelde volumes dan hetgeen overeenkomt met het concurrerende systeem, hetgeen kennelijk onredelijk is.

131 Voorts klaagt verzoekster dat de Commissie geen enkele oplossing voor het probleem van het gedeeltelijke medegebruik van de inzamelingsinfrastructuur heeft geboden en het voorgestelde compromisvoorstel niet eens heeft onderzocht.

132 Ten slotte, aldus verzoekster, dwingt de voorwaarde van artikel 3, sub b, van de bestreden beschikking haar de verpakkingsinzameling te reorganiseren, met hogere inzamelingskosten en dus efficiëntieverlies van het ARA-systeem tot gevolg. Deze kosten zullen haars inziens dus moeten worden afgewenteld op de medegebruikers van de inzamelingsinfrastructuur, namelijk de concurrerende systemen en de inzamelingspartners. Voorts zullen ook de concurrerende systemen moeten bijdragen in de werkingskosten van het systeem (of systemische kosten).

133 De Commissie en interveniënten betwisten alle argumenten die verzoekster aanvoert.

Beoordeling door het Gerecht

134 Volgens vaste rechtspraak vereist het evenredigheidsbeginsel, dat deel uitmaakt van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht, dat de maatregelen van de instellingen niet buiten de grenzen treden van hetgeen geschikt en noodzakelijk is ter verwezenlijking van de doelstellingen die met de betrokken regeling worden nagestreefd, met dien verstande dat wanneer een keuze mogelijk is tussen verschillende geschikte maatregelen, die maatregel moet worden gekozen die de minste belasting met zich brengt (arresten Hof van 11 juli 2002, Käserei Champignon Hofmeister, C-210/00, Jurispr. blz. I-6453, punt 59; 9 september 2004, Spanje en Finland/Parlement en Raad, C-184/02 en C-223/02, Jurispr. blz. I-7789, punt 57, en 7 juli 2009, S P C M e.a., C-558/07, Jurispr. blz. I-5783, punt 41).

135 In casu wil de Commissie met de oplegging van de voorwaarde van artikel 3, sub b, van de bestreden beschikking voorkomen dat de mededinging op de markt van de verwijderingssystemen voor huishoudverpakkingen wordt uitgeschakeld, hetgeen mogelijk is bij toekenning van een individuele vrijstelling voor de door verzoekster aangemelde inzamelings- en sorteerovereenkomsten en waarbij de vraag naar diensten van

inzameling en sortering op de markt van inzameling en sortering van huishoudafval zou verminderen. Blijkens de punten 290 en 292 van de bestreden beschikking kan verzoekster bij medegebruik van de inzamelingsinfrastructuur namelijk alle ingezamelde verpakkingen proberen op te eisen en aldus de concurrerende systemen beletten hun terugnamequota te halen. Zoals blijkt uit punt 122 hierboven kan een aan verzoekster opgelegd verbod bewijzen te vragen over de hoeveelheden verpakkingen die overeenkomen met het aandeel van haar concurrenten in alle huishoudverpakkingen, voorkomen dat zij alle ingezamelde verpakkingen opeist, met name tegenover de Oostenrijkse toezichthoudende instantie aan wie zij bewijs moet overleggen dat zij haar terugnamequota heeft gehaald. Ook is dit verbod, zoals blijkt uit punt 123 hierboven, verenigbaar met de specifieke kenmerken van het ARA-systeem.

136 Om te voorkomen dat verzoekster alle ingezamelde verpakkingen probeert op te eisen, moet een verdeling van deze verpakkingen worden vastgesteld. Daartoe stelde de Commissie verdelingsmethodes voor op basis van de exacte aandelen die overeenkomen met de licentiehoeveelheden van elk systeem, hetgeen het gevaar van monopolisering van de ingezamelde verpakkingen door verzoekster neutraliseert. Deze verdelingsmethodes beletten verzoekster namelijk te proberen de positie van de concurrerende systemen te verzwakken door de aan de inzamelingspartners meegedeelde hoeveelheden kunstmatig te verhogen. Deze methodes geven dus voldoening uit het oogpunt van het nagestreefde doel dat erin bestaat te voorkomen dat de mededinging op de markt van de verwijderingssystemen voor huishoudafval wordt uitgeschakeld en zo een vermindering van de vraag naar inzamelings- en/of sorteerdiensten op de markt voor de inzameling en sortering van huishoudverpakkingen te voorkomen.

137 Tegen de achtergrond van het door de Commissie nagestreefde doel is de voorwaarde van artikel 3, sub b, van de bestreden beschikking dus niet ongeschikt (zie in die zin arrest Käserei Champignon Hofmeister, reeds aangehaald, punten 60-64).

138 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door verzoeksters argumenten inzake de verwerving van extra licentievolumes door een ander inzamelingssysteem en het gedeeltelijke gebruik van de door haar ontwikkelde inzamelingsinstallaties.

139 Wat in de eerste plaats het argument inzake de verwerving van extra licentievolumes door een ander inzamelingssysteem betreft, dient er enerzijds op te worden gewezen dat de quota krachtens § 11, lid 7, van het decreet, in de in deze zaak relevante versie, aldus moeten worden vastgesteld dat ten minste 50 % van de hoeveelheid van elk verpakkingsmateriaal waarvoor aan een systeem wordt deelgenomen, wordt ingezameld. Anderzijds zullen voor verzoekster de minimale inzamelings- en terugwinningsquota krachtens voorwaarde nr. 1 van de erkenning voor de ontwikkeling en de exploitatie van een inzamelings- en terugwinningssysteem worden berekend „ten aanzien van de verpakkingshoeveelheden waarover in de loop van een kalenderjaar overeenkomstig § 11, lid 7, van het [decreet] een contract wordt gesloten". De inzameling van de „parasitaire verpakkingen", dat wil zeggen verpakkingen die geen enkel verwijderingssysteem tot dusver terugnam, zal verzoeksters inzamelingsquota onverlet laten; zij worden verder op dezelfde als hierboven aangegeven wijze berekend. Doordat de parasitaire verpakkingen licentieverpakkingen kunnen worden van systemen die verzoekster beconcurreren, zal zij er voorts weliswaar niet over kunnen beschikken om haar inzamelingsquota te halen, maar de systemen mogen, gelet op de systematiek van de toepasselijke nationale wetgeving, in een situatie van medegebruik van de inzamelingsinfrastructuur voor de inzameling van de voor het halen van hun inzamelingsquota nodige hoeveelheden verpakkingen, niet rekenen op de parasitaire verpakkingen, maar dienen hun inzamelingscapaciteit te verhogen door bijvoorbeeld frequentere containerophaling.

140 Het argument dat verzoekster slechts achteraf kan weten dat de verwachte inzamelingscapaciteiten onvoldoende zijn, kan deze conclusie niet weerleggen. Zoals aangegeven in punt 118 hierboven, kan verzoekster namelijk vooraf het volume licentieverpakkingen ramen, op die basis haar inzamelingsbehoefte vaststellen en beslissen of de inzamelingscapaciteit dient te worden verhoogd. Zo ook zal zij de inzamelingscapaciteiten kunnen corrigeren die op basis van de daadwerkelijk op de markt

gebrachte en continu door de licentiehouders meegedeelde verpakkingsvolumes worden vastgesteld.

141 Ten slotte vormt het medegebruik van de inzamelingsinfrastructuur, anders dan verzoekster stelt, geen werkelijke afstand van inzamelingscapaciteiten ten gunste van de nieuwe concurrenten, die haar schade zou berokkenen. Het medegebruik vermindert in feite haar inzamelingscapaciteiten niet want de inzamelingscapaciteiten hangen af van het volume licentieverpakkingen dat elk inzamelingssysteem meedeelt aan de inzamelingspartners, en houden dus rekening met de verhoging van het volume licentieverpakkingen in elk inzamelingsgebied. Zoals reeds aangegeven in punt 139 hierboven zal verzoekster dus om de inzamelingsquota te halen, de inzameling aan de nieuwe behoeften moeten aanpassen, bijvoorbeeld door de partners te verzoeken de containercapaciteit te verhogen of door frequentere ophaling.

142 Bijgevolg moet het argument over de verwerving van extra licentievolumes door een concurrerend inzamelingssysteem worden verworpen.

143 In de tweede plaats laat het argument inzake het gedeeltelijke gebruik van de door verzoekster ontwikkelde inzamelingsinfrastructuur door systemen met een eigen inzamelingsinfrastructuur de evenredigheid van de betrokken voorwaarde onverlet. Blijkens de dossierstukken geeft de bij artikel 3, sub b, van de bestreden beschikking aan verzoekster opgelegde voorwaarde concurrerende systemen die om een gedeeltelijk gebruik van de inzamelingsinfrastructuur verzoeken, geen recht een hoeveelheid verpakkingen op te eisen dat equivalent is aan het totale volume op de markt gebrachte licentieverpakkingen waarvan zij houder zijn. De concurrerende systemen zullen daarentegen vooraf het deel van het volume licentieverpakkingen moeten aanmelden waarvan zij houder zijn, waarvoor zij een beroep op medegebruik willen doen en slechts met dit deel zal rekening worden gehouden voor de verdeling van de ingezamelde verpakkingen. Overigens dient erop te worden gewezen dat deze mogelijkheid

door verzoekster is voorgesteld en door de Commissie in het kort geding voor het Gerecht is aanvaard.

144 Wat verzoeksters argument betreft dat bij volledig of gedeeltelijk medegebruik van de inzamelingsinfrastructuur geen echte prijsconcurrentie ontstaat, dient eraan te worden herinnerd dat verzoekster krachtens de bestreden beschikking de in de partnerovereenkomsten bedongen vergoeding kan verminderen. Zo zullen haar concurrenten zowel de kosten voor de ter beschikking gestelde containers en inzamelingszakken als die voor de inzameling bij de huishoudens en gebruikers met een soortgelijk verpakkingsvolume en voor het vervoer van de hun toekomende licentieverpakkingen moeten dragen. Weliswaar komen zij aldus voor bepaalde kosten in dezelfde situatie als verzoekster, maar gelet op de mogelijke verschillen in organisatie en beheer van het systeem, de rendabele terugwinning en verhandeling van de materialen alsook het handelsbeleid van de verschillende ondernemingen, valt prijsconcurrentie niet uit te sluiten.

145 Wat de noodzaak van de betrokken voorwaarde betreft, blijkt uit de punten 290 en 293 van de bestreden beschikking dat verzoekster zonder deze voorwaarde de verdeling van de ingezamelde verpakkingen zou kunnen proberen te controleren en een deel van de verpakkingen zou kunnen opeisen dat niet onder haar valt. Verzoekster stelde weliswaar een andere verdelingsmethode op basis van een bepaalde terugnamecapaciteit voor die elk jaar vooraf naargelang van de verwachte licentievolumes wordt vastgesteld, maar heeft niet aangetoond dat er andere maatregelen waren die deze voorwaarde overbodig maakten. Gelet op verzoeksters sterke marktpositie belette de door haar voorgestelde verdelingsmethode namelijk niet de gevraagde hoeveelheden jaarlijks te wijzigen door de verwachte licentiehoeveelheden kunstmatig te verhogen om de positie van de concurrerende systemen af te zwakken en zo het deel van de voor de concurrenten beschikbare containers te verminderen. Zoals de Commissie er in haar stukken op wees, zonder dat verzoekster dit argument heeft weersproken, zullen de concurrerende systemen hierop proberen te reageren door meer hoeveelheden te vragen, hetgeen zal leiden tot een aandelenwedloop tussen concurrerende systemen vooral in de economisch aantrekkelijkere regio's waar verzoekster gelet op haar sterke marktpositie zeer goed geplaatst zal zijn. Daarentegen berust de verdeling in artikel 3, sub b, van de bestreden beschikking op geschikte, objectieve en

controleerbare methodes die de belangen van de nieuwe concurrenten beschermen zonder verzoeksters marktpositie aan te tasten.

146 Bijgevolg is er geen andere maatregel die de uitschakeling van de mededinging op de verticale upstreammarkt even doeltreffend kan voorkomen. De voorwaarde van artikel 3, sub b, van de bestreden beschikking is dus noodzakelijk om het nagestreefde doel te bereiken [zie in die zin arrest Käserei Champignon Hofmeister, reeds aangehaald, punt 66, en arrest Hof van 10 december 2002, British American Tobacco (Investments) en Imperial Tobacco, C-491/01, Jurispr. blz. I-11453, punt 139].

147 Uit al het voorgaande volgt dat de betrokken voorwaarde het evenredigheidsbeginsel niet schendt, daar zij een maatregel vormt waarmee het door de bestreden beschikking nagestreefde doel kan worden bereikt om te voorkomen dat de mededinging op de markt van de verwijderingssystemen voor huishoudafval wordt beperkt en dus de vraag naar inzamelings- en/of sorteerdiensten voor huishoudafval vermindert, en niet verder gaat dan nodig om dit doel te bereiken.

148 Het argument ontleend aan een efficiëntieverlies van het ARA-systeem doordat verzoekster bij medegebruik van de inzamelingsinfrastructuur bepaalde kosten niet mag afwentelen op de concurrerende systemen en op de inzamelingspartners, laat deze conclusie onverlet. Enerzijds vloeien de systemische kosten, aldus de punten 139 en 304 van de bestreden beschikking, voort uit de ontwikkeling van het ARA-systeem en beantwoorden zij aan de bijzondere kenmerken van dit systeem. Verzoekster heeft niet aangetoond dat bij medegebruik de concurrenten die naast haar gebruikmaken van de inzamelingsinfrastructuur, ook profiteren van het volledige ARA-systeem voor de ontwikkeling van hun activiteit van afvalverwijdering. Daarentegen kan worden aangenomen dat de concurrenten op basis van medegebruik van de

inzamelingsinfrastructuur hun eigen technologie van afvalverwijdering ontwikkelen. Dat verzoekster deze kosten moet dragen, brengt dus geen efficiëntieverlies voor het ARA-systeem mee en het is dus ongerechtvaardigd ze op derden af te wentelen. Betreffende de uit het medegebruik van de inzamelingsinfrastructuur voortvloeiende kosten dient er anderzijds op te worden gewezen dat verzoekster niet heeft aangetoond in hoeverre het medegebruik van de inzamelingsinfrastructuur de kosten per kilogram ingezamelde verpakkingen wijzigt. Derhalve kan niet worden vastgesteld in hoeverre het de efficiëntie van het ARA-systeem zou kunnen verminderen indien verzoekster ze niet op derden mocht afwentelen.

149 Bijgevolg moet dit middel worden afgewezen.

Zesde middel: tegenstrijdigheden tussen het dispositief en de motivering van de bestreden beschikking

Argumenten van partijen

150 Verzoekster ziet een tegenstrijdigheid tussen de punten 301 en 313 van de bestreden beschikking en het dispositief ervan, in het bijzonder artikel 3, sub b. Dit artikel heeft het niet over de mogelijkheid de voorwaarde niet toe te passen wanneer de concurrerende systemen niet om medegebruik van de inzamelingsinfrastructuur verzoeken en zegt niets over het tijdstip van toepassing van de voorwaarde. Haars inziens moet het dispositief van de bestreden beschikking aldus worden gecorrigeerd dat uit de tekst ervan duidelijk de band blijkt tussen de oplegging van de voorwaarde, het medegebruik van de inzamelingsinstallaties en het tijdstip waarop de voorwaarde van

toepassing wordt. Verzoekster komt tot de conclusie dat de bestreden beschikking onvoldoende nauwkeurig en terzake doend is.

151 De Commissie betwist alle door verzoekster aangevoerde argumenten.

Beoordeling door het Gerecht

152 Vastgesteld dient te worden dat artikel 3, sub b, van de bestreden beschikking weliswaar bepaalt dat verzoekster „van de afvalverwijderaars slechts het bewijs [mag] eisen voor de verpakkingshoeveelheden die overeenkomen met het aandeel van het ARA-systeem in de totale hoeveelheid verpakkingen van bepaalde materiaalfracties waarvoor in de huishoudelijke sector door systemen een licentie is verstrekt", maar het dispositief van een beschikking moet volgens de rechtspraak worden gelezen met inachtneming van de motivering waarop deze berust, in casu de punten 301 en 313 van de bestreden beschikking (zie in die zin arrest Gerecht van 15 september 1998, European Night Services e.a./Commissie, T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, Jurispr. blz. II-3141, punt 211). Punt 301 van de bestreden beschikking overweegt dat „[i]ndien een concurrerend systeem geen medegebruik wenst, maar eigen inzamelingsinstallaties installeert, [...] de voorwaarden niet van toepassing [zijn]", en punt 313 dat het „[t]ot een korting van de vergoeding [...] enkel [komt] voor zover het concurrerende systeem in het betrokken inzamelingsgebied medegebruik nastreeft en dan nog pas enkel vanaf het tijdstip dat het systeem is erkend".

153 Zo ook bepaalt artikel 3, sub b, van de bestreden beschikking weliswaar dat „[d]eze voorwaarde [...] betrekking [heeft] op alle afvalverwijderaars met wie ARGEV een

inzamelingspartnerovereenkomst heeft gesloten", maar volgens de in punt 152 hierboven aangehaalde rechtspraak moet dit onderdeel van dit artikel ook worden gelezen met inachtneming van punt 292 van de bestreden beschikking. Dit punt preciseert enerzijds dat de voorwaarde alle ondernemingen betreft die met verzoekster een partnerovereenkomst hebben gesloten, ongeacht of zij het medegebruik van de infrastructuur toestaan, om hen te stimuleren overeenkomsten met concurrerende systemen te sluiten, en anderzijds geldt de voorwaarde van artikel 3, sub b, van de bestreden beschikking alleen voor de gevallen waarin een concurrerend systeem verzoekt om medegebruik van de inzamelingsinfrastructuur overeenkomstig de voorwaarde van artikel 3, sub a, van deze beschikking.

154 Bij lezing van het dispositief van de bestreden beschikking met inachtneming van de motivering waarop deze berust, blijkt dus, anders dan verzoekster stelt, duidelijk en nauwkeurig dat de betrokken voorwaarde enerzijds slechts geldt wanneer een concurrerend systeem om medegebruik van de inzamelingsinfrastructuur verzoekt, en anderzijds dat het relevante tijdstip voor de toepassing van de voorwaarde het tijdstip van erkenning van het systeem is. Derhalve moeten dit middel en het beroep in zijn geheel worden verworpen.

Kosten

155 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie, EVA en BAA te worden verwezen in haar eigen kosten en die van de Commissie, EVA en BAA, daaronder begrepen die welke op het kort geding zijn gevallen.

HET GERECHT (Tweede kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) Altstoff Recycling Austria AG zal haar eigen kosten dragen alsmede die van de Europese Commissie, EVA Erfassen und Verwerten von Altstoffen GmbH en van de Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, daaronder begrepen die welke op het kort geding zijn gevallen.

Pelikánová Jürimäe Soldevila Fragoso

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 22 maart 2011.

ondertekeningen

Inhoud

Voorgeschiedenis van het geding . . . . . II - 981

Procesverloop en conclusies van partijen . . . . . II - 993

In rechte . . . . . II - 995

Eerste middel: schending van artikel 81 EG en artikel 2 van verordening nr. 17 . . . . . II - 997

Argumenten van partijen . . . . . II - 997

Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 998

Tweede middel: verenigbaarheid van de partnerovereenkomsten met de voorwaarden van verordening nr. 2790/1999 . . . . . II - 1009

Argumenten van partijen . . . . . II - 1009

Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 1010

Derde middel: schending door de artikelen 2 en 3 van de bestreden beschikking van de „essential-facilities-leer” . . . . . II - 1015

Argumenten van partijen . . . . . II - 1015

Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 1016

Vierde middel: de bij de bestreden beschikking gestelde voorwaarden kunnen in de praktijk niet worden toegepast . . . . . II - 1019

Argumenten van partijen . . . . . II - 1019

Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 1020

Vijfde middel: schending van het evenredigheidsbeginsel . . . . . II - 1025

Argumenten van partijen . . . . . II - 1025

Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 1027

Zesde middel: tegenstrijdigheden tussen het dispositief en de motivering van de bestreden beschikking . . . . . II - 1033

Argumenten van partijen . . . . . II - 1033

Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 1034

Kosten . . . . . II - 1035