ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Primeira Secção)

24 de Maio de 2007 *

No processo T-151/01,

Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland GmbH, anteriormente Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland AG, com sede em Colónia (Alemanha), representada por W. Deselaers, B. Meyring, E. Wagner e C. Weidemann, advogados,

recorrente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada, inicialmente, por S. Rating, em seguida por P. Oliver, H. Gading e M. Schneider, e finalmente por W. Mölls e R. Sauer, na qualidade de agentes,

recorrida,

apoiada por

Vfw AG, com sede em Colónia (Alemanha), representada por H. F. Wissel e J. Dreyer, advogados,

* Língua do processo: alemão.

e por

Landbell AG für Rückhol-Systeme, com sede em Mainz (Alemanha),

BellandVision GmbH, com sede em Pegnitz (Alemanha),

representadas por A. Rinne e A. Walz, advogados,

intervenientes,

que tem por objecto a anulação da Decisão 2001/463/CE da Comissão, de 20 de Abril de 2001, relativa a um processo ao abrigo do artigo 82.° [CE] (Processo COMP D3/34493 — DSD) (JO L 166, p. 1),

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS
(Primeira Secção),

composto por: R. García-Valdecasas, presidente, J. D. Cooke e I. Labucka, juízes,

secretário: K. Andová, administradora,

vista a fase escrita do processo e após a audiência de 11 e 12 de Julho de 2006,

profere o presente

Acórdão

Quadro jurídico

A — *Regulamento relativo à prevenção da produção de resíduos de embalagens*

1 Em 12 de Junho de 1991, o Governo alemão adoptou o Verordnung über die Vermeidung von Verpackungsabfällen [Regulamento relativo à prevenção da produção de resíduos de embalagens (BGBl. 1991 I, p. 1234)], cuja versão revista — aplicável no presente processo — entrou em vigor em 28 de Agosto de 1998 (a seguir «regulamento» ou «regulamento sobre as embalagens»). Esse regulamento tem por objectivo evitar ou minimizar o impacto ambiental dos resíduos de embalagens. Para esse efeito, obriga os fabricantes e os distribuidores a recolher e a valorizar as embalagens de venda usadas fora do sistema público de eliminação de resíduos.

2 Nos termos do § 3, (1), do regulamento, as embalagens de venda (a seguir «embalagens») são as que protegem, nos pontos de venda, um artigo destinado ao consumidor final. Trata-se também das embalagens utilizadas pelo comércio, pela gastronomia e por outros prestadores de serviços a fim de permitir ou facilitar a entrega dos produtos ao consumidor final (embalagens de serviço), bem como louça e talheres descartáveis.

3 O § 3, (7), do regulamento define fabricante como qualquer pessoa que fabrica embalagens, materiais para embalagens ou produtos que permitem fabricar directamente embalagens, bem como qualquer pessoa que introduz embalagens no território alemão. Quanto ao distribuidor, o § 3, (8), do regulamento estabelece que se trata de qualquer pessoa que coloca no mercado embalagens, materiais de embalagens ou produtos que permitem fabricar directamente embalagens, ou ainda mercadorias embaladas, em qualquer nível do circuito de distribuição. As sociedades de venda por correspondência são igualmente distribuidores na acepção do regulamento. Por fim, o consumidor final é definido no § 3, (10), do regulamento, como qualquer pessoa que já não procede à revenda da mercadoria sob a forma em que lhe foi fornecida.

4 Os fabricantes e os distribuidores de embalagens podem cumprir de duas maneiras a obrigação de recolha e de valorização que lhes é imposta pelo regulamento.

5 Por um lado, em conformidade com o § 6, (1) e (2), do regulamento, os fabricantes e os distribuidores devem recolher gratuitamente as embalagens utilizadas pelos consumidores finais, no ponto de venda ou nas suas imediações, e submetê-las a valorização (a seguir «sistema individual»). A obrigação de recolha de um distribuidor limita-se aos tipos, às formas e aos tamanhos de embalagens bem como aos produtos embalados que fazem parte da sua gama. Para os distribuidores que dispõem de superfícies comerciais inferiores a 200 m^2, a obrigação de recolha limita-se às embalagens dos produtos que ostentam as marcas vendidas pelo distribuidor [§ 6, (1), quarto e quinto períodos, do regulamento]. Segundo o § 6, n.º 1, terceiro período, do regulamento, no quadro de um sistema individual, o distribuidor deve avisar o consumidor final sobre a possibilidade de restituir a embalagem «através de avisos claramente identificáveis e legíveis».

6 Por outro lado, em conformidade com o disposto no § 6, (3), primeiro período, do regulamento, os fabricantes e os distribuidores podem aderir a um sistema que assegure uma recolha regular, na totalidade da zona de intervenção do distribuidor, das embalagens usadas, no domicílio do consumidor final ou próximo do seu

domicílio, a fim de as submeter a valorização (a seguir «sistema colectivo»). Os fabricantes e os distribuidores que adiram a um sistema colectivo são dispensados das obrigações de recolha e de valorização em relação a todas as embalagens abrangidas por esse sistema. Segundo o ponto 4, (2), segundo parágrafo, do anexo I do § 6 do regulamento, os fabricantes e os distribuidores devem informar os seus clientes sobre a sua participação num sistema colectivo «através de rotulagem ou de outras medidas adequadas». Podem assim mencionar essa participação nas embalagens ou utilizar outras medidas, como, por exemplo, a informação da clientela no ponto de venda ou um folheto na embalagem.

7 Em aplicação do § 6, (3), décimo primeiro período, do regulamento, os sistemas colectivos devem ser aprovados pelas autoridades competentes dos *Länder* em causa. Para serem aprovados, esses sistemas devem ter, nomeadamente, um âmbito de cobertura que deve abranger, pelo menos, o território de um *Land*, efectuar recolhas regulares próximo do domicílio dos consumidores e ter assinado acordos com colectividades locais encarregadas da gestão dos resíduos. Qualquer empresa que preencha essas condições num *Land* pode nele organizar um sistema colectivo homologado.

8 Desde 1 de Janeiro de 2000, os sistemas individuais e os sistemas colectivos estão sujeitos ao cumprimento das mesmas percentagens de valorização. Essas percentagens, que figuram no anexo I do regulamento, variam consoante a matéria que compõe a embalagem. O cumprimento das obrigações de recolha e de valorização é garantido, no caso do sistema individual, por certificados emitidos por peritos independentes e, no caso do sistema colectivo, pelo fornecimento de dados verificáveis sobre as quantidades de embalagens recolhidas e valorizadas.

9 Por outro lado, o § 6, (1), nono período, do regulamento indica que, se um distribuidor não cumprir a sua obrigação de recolha e de valorização através de um sistema individual, deve fazê-lo através de um sistema colectivo.

10 A este propósito, nas suas observações de 24 de Maio de 2000, comunicadas à Comissão no quadro do procedimento administrativo (a seguir «observações das autoridades alemãs»), as autoridades alemãs indicaram que o regulamento sobre as embalagens permitia ao distribuidor combinar a recolha perto do estabelecimento comercial, no quadro de um sistema individual, e a recolha perto do consumidor final, no quadro de um sistema colectivo, participando no sistema colectivo apenas em relação a uma parte das embalagens que tivesse colocado no mercado.

11 Nessas observações, as autoridades alemãs indicaram igualmente que, se o distribuidor optasse por participar num sistema colectivo em relação à totalidade das embalagens que comercializasse, já não estaria sujeito às obrigações previstas no § 6, (1) e (2), o que significava que uma solução de eliminação individual *a posteriori* não seria possível. Em contrapartida, se o distribuidor optasse por participar de imediato num sistema individual, seria possível uma participação posterior num sistema colectivo se a percentagem de valorização não fosse alcançada no quadro da eliminação individual.

B — *Sistema colectivo da Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland GmbH e contrato de utilização do símbolo*

12 Desde 1991, a Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland GmbH (a seguir «recorrente» ou «DSD») é a única sociedade que explora, na totalidade do território alemão, um sistema colectivo (a seguir «sistema DSD»). Para esse efeito, a DSD foi homologada, em 1993, pelas autoridades competentes de todos os *Länder*.

13 As relações entre a DSD e os fabricantes e distribuidores aderentes ao seu sistema regem-se por um contrato-tipo que tem por objecto a utilização do símbolo Der Grüne Punkt (a seguir «contrato» ou «contrato de utilização do símbolo»). Ao

assinar esse contrato, a empresa aderente é autorizada, contra remuneração, a apor o símbolo Der Grüne Punkt nas embalagens incluídas no sistema DSD (artigo 1.º, n.º 1, do contrato de utilização do símbolo).

14 A DSD assegura, por conta das empresas que aderem ao seu sistema, a recolha, a triagem e a valorização das embalagens usadas que decidam fazer participar no sistema DSD, exonerando-as, assim, da obrigação de recolha e de valorização das referidas embalagens (artigo 2.º do contrato).

15 As empresas aderentes são obrigadas a notificar os tipos de embalagens que desejam eliminar através do sistema DSD e a apor o símbolo Der Grüne Punkt em cada embalagem pertencente a esses tipos e destinada ao consumo interno na Alemanha, a fim de que a DSD possa exonerar a empresa aderente dessa obrigação (artigo 3.º, n.º 1, do contrato).

16 O utilizador do símbolo paga à DSD uma contribuição financeira em relação a todas as embalagens que ostentam o símbolo Der Grüne Punkt que distribui no território alemão em aplicação do contrato de utilização do símbolo. As excepções a essa regra devem ser objecto de um acordo escrito separado (artigo 4.º, n.º 1, do contrato) O artigo 5.º, n.º 1, do contrato dispõe também que todas as embalagens portadoras do símbolo Der Grüne Punkt e distribuídas pelo utilizador do símbolo no território alemão são facturadas (artigo 5.º, n.º 1, do contrato).

17 O montante da contribuição financeira é calculado a partir de dois tipos de elementos, a saber, por um lado, o peso da embalagem e o tipo de material utilizado e, por outro, o volume ou a superfície da embalagem. As contribuições financeiras são calculadas sem acréscimo por conta dos lucros e destinam-se exclusivamente a cobrir os custos de recolha, de triagem e de valorização, bem como as despesas administrativas a elas atinentes (artigo 4.º, n.ºs 2 e 3, do contrato). As contribuições financeiras podem ser adaptadas por decisão da DSD se esses custos variarem.

18 No quadro do sistema DSD, as embalagens de venda que ostentam o símbolo Der Grüne Punkt podem ser recolhidas quer em recipientes especiais e diferenciados consoante se trate de metais, de plásticos e de matérias compósitas, quer em contentores instalados próximo das habitações (especialmente para o papel e o vidro), ao passo que os lixos não recicláveis devem ser despejados nos recipientes do sistema público de eliminação de resíduos.

19 No entanto, a DSD não recolhe nem valoriza ela própria as embalagens usadas, mas subcontrata esse serviço a empresas locais de recolha de resíduos. As relações entre a DSD e essas empresas regem-se por um contrato-tipo, modificado em várias ocasiões, que tem por objecto a criação e a exploração de um sistema destinado à recolha e à triagem das embalagens. Ao abrigo desses contratos de serviços assinados entre a DSD e 537 empresas locais, cada uma dessas empresas dispõe do poder exclusivo de realizar, numa zona determinada, a recolha de embalagens por conta da DSD. Uma vez efectuada a triagem, essas embalagens são transportadas para um centro de reciclagem para aí serem valorizadas.

20 O contrato de serviços é objecto da Decisão 2001/837/CE da Comissão, de 17 de Setembro de 2001, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (processos COMP/34493 — DSD, COMP/37366 — Hofmann + DSD, COMP/37299 — Edelhoff + DSD, COMP/37291 — Rethmann + DSD, COMP/37288 — ARGE. e 5 outros + DSD, COMP/37287 — AWG e 5 outros + DSD, COMP/37526 — Feldhaus + DSD, COMP/37254 — Nehlsen + DSD, COMP/37252 — Schönmakers + DSD, COMP/37250 — Altvater + DSD, COMP/37246 — DASS + DSD, COMP/37245 — Scheele + DSD, COMP/37244 — SAK + DSD, COMP/37243 — Fischer + DSD, COMP/37242 — Trienekens + DSD, COMP/37267 — Interseroh + DSD) (JO L 319, p. 1). Essa decisão é objecto do recurso de anulação interposto pela recorrente no processo T-289/01, Duales System Deutschland/Comissão.

Factos na origem ao litígio

21 Em 2 de Setembro de 1992, a DSD notificou à Comissão, além dos seus estatutos, uma série de acordos, entre os quais o contrato de utilização do símbolo e o contrato de serviços, com o objectivo de obter um certificado negativo ou, na falta deste, uma decisão de isenção.

22 Após a publicação no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, em 23 de Julho de 1997 (JO 1997, C 100, p. 4), da comunicação nos termos do n.º 3 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17 do Conselho, Primeiro Regulamento de execução dos artigos [81.º CE] e [82.º CE] (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22), em que anunciava a sua intenção de se declarar favorável aos acordos notificados, a Comissão recebeu observações de terceiros interessados respeitantes, nomeadamente, a diferentes aspectos da aplicação do contrato de utilização do símbolo. Em particular, esses terceiros denunciavam uma pretensa distorção da concorrência resultante do pagamento de uma dupla contribuição financeira em caso de participação no sistema DSD e no de outro prestador de serviços.

23 Em 15 de Outubro de 1998, a DSD apresentou à Comissão uma série de compromissos destinados a evitar que os fabricantes e distribuidores de embalagens aderentes ao sistema DSD tivessem de pagar uma dupla contribuição financeira no caso de participarem noutro sistema colectivo que operasse a nível regional. Em particular, a DSD contemplava a situação em que sistemas colectivos, limitados a um ou vários *Länder*, fossem criados paralelamente ao sistema DSD. Nessa hipótese, embalagens de um mesmo tipo e de um mesmo distribuidor ou fabricante poderiam ser recolhidas, nesses *Länder*, por um dos novos sistemas colectivos e, nos outros *Länder*, pelo sistema DSD, e o compromisso da DSD a esse respeito era o seguinte (considerados 4, 58 e 59 da decisão impugnada):

«No caso da criação de sistemas que operem à escala regional em alternativa ao actual [sistema DSD] que sejam reconhecidos formalmente pelas autoridades supremas competentes do *Land* respectivo nos termos do [§ 6, (3)] do regulamento

[sobre as] embalagens, a [DSD] prontifica-se a executar o contrato de utilização do símbolo Ponto Verde de modo a que os detentores da licença de utilização do símbolo Ponto Verde possam aderir com quantidades parciais das suas embalagens a esses sistemas. A [DSD] não procederá à cobrança, com base no contrato de utilização do símbolo Ponto Verde, das taxas de licença de utilização para as embalagens que sejam comprovadamente introduzidas num semelhante sistema alternativo. Para a dispensa do pagamento [da] taxa de utilização no caso de embalagens marcadas com o [símbolo Grüne Punkt] é ainda necessário garantir que não será afectada a protecção da marca ['Der Grüne Punkt']».

24 Em 3 de Novembro de 1999, a Comissão considerou que a série de compromissos apresentada pela DSD, em 15 de Outubro de 1998, devia igualmente englobar os sistemas individuais utilizados para a eliminação de uma parte das embalagens de venda e não se limitar somente aos sistemas colectivos.

25 Em 15 de Novembro de 1999, alguns fabricantes de embalagens apresentaram uma denúncia à Comissão. Alegavam que o contrato de utilização do símbolo impedia a criação de um sistema individual de recolha das embalagens. Consideravam que a utilização do símbolo, sem prestação efectiva de um serviço de eliminação de resíduos pela DSD, constituía um abuso de posição dominante da DSD.

26 Por carta de 13 de Março de 2000, a DSD apresentou à Comissão dois compromissos suplementares. Um deles visava o caso de os fabricantes e distribuidores de embalagens escolherem um sistema individual em relação a uma parte das suas embalagens e aderirem ao sistema DSD em relação à parte restante. Nesse caso, a DSD comprometia-se a não cobrar contribuição financeira a título do contrato de utilização do símbolo em relação à parte das embalagens recolhida pelo sistema individual, na condição de que provas relativas a esse segundo tipo de recolha lhe fossem fornecidas. Essas provas deviam ser fornecidas em conformidade com as exigências mencionadas no anexo I, (2), do regulamento sobre as embalagens. Na sua carta de 13 de Março de 2000, a DSD indicava igualmente que não se lhe afigurava necessário modificar a série de compromissos apresentada em 15 de Outubro de 1998 (v. considerandos 7, 60 e 61 da decisão impugnada).

27 Em 3 de Agosto de 2000, a Comissão enviou uma comunicação de acusações à DSD, a que esta respondeu por carta de 9 de Outubro de 2000.

28 Em 20 de Abril de 2001, a Comissão adoptou a Decisão 2001/463/CE, relativa a um processo ao abrigo do artigo 82.° CE (Processo COMP D3/34493 — DSD) (JO L 166, p. 1, a seguir «decisão impugnada»).

Tramitação processual e pedidos das partes

29 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 5 de Julho de 2001, a recorrente interpôs, nos termos do artigo 230.°, quarto parágrafo, CE, um recurso de anulação da decisão impugnada.

30 Por requerimento separado, apresentado no mesmo dia, a recorrente apresentou, de harmonia com o disposto no artigo 242.° CE, um pedido de suspensão da execução do artigo 3.° dessa decisão, bem como dos artigos 4.°, 5.°, 6.° e 7.° na medida em que estes se referem ao artigo 3.°, até que o Tribunal se pronunciasse quanto ao fundo.

31 Por despacho de 15 de Novembro de 2001, Duales System Deutschland/Comissão (T-151/01 R, Colect., p. II-3295), o presidente do Tribunal indeferiu o pedido de suspensão de execução da decisão impugnada.

32 Por requerimentos registados na Secretaria do Tribunal, respectivamente, em 16, 19 e 20 de Julho de 2001, a Vfw AG, a Landbell AG für Rückhol-Systeme (a seguir «Landbell») e a BellandVision GmbH pediram para intervir no presente processo em apoio da posição da Comissão. Os pedidos de intervenção foram notificados às partes, que comunicaram as suas observações nos prazos concedidos.

33 Por despacho de 5 de Novembro de 2001, o Tribunal (Quinta Secção) admitiu a intervenção destas três empresas, as quais apresentaram individualmente observações em 7 de Fevereiro de 2002.

34 Com base em relatório do juiz-relator, o Tribunal (Primeira Secção) decidiu iniciar a fase oral do processo e, no quadro das medidas de organização do processo, dirigiu às partes uma série de questões para respostas orais na audiência. Essas questões incidiam sobre as diferentes etapas do processo de recolha e de valorização das embalagens e sobre as condições em que a concorrência entre os sistemas individuais e colectivos poderia existir. O Tribunal convidou também a Comissão a apresentar um documento fornecido pelas autoridades alemãs no quadro do procedimento administrativo. Em 26 de Julho de 2006, a Comissão comunicou esse documento.

35 Foram ouvidas as alegações das partes e as suas respostas às questões colocadas pelo Tribunal na audiência de 11 e 12 de Julho de 2006.

36 A recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a decisão impugnada;

— condenar a Comissão nas despesas.

37 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente nas despesas.

38 A Vfw conclui pedindo que o Tribunal se digne negar provimento ao recurso.

39 A Landbell conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente nas despesas.

40 A BellandVision conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente nas despesas.

Questão de direito

41 Antes de examinar os argumentos das partes sobre a admissibilidade e o fundo do litígio, deve expor-se o conteúdo da decisão impugnada.

A — *Decisão impugnada*

42 Diversamente do regulamento, que não precisou se é possível combinar um sistema individual e um sistema colectivo ou ainda recorrer a vários sistemas colectivos para recolher e valorizar as embalagens comercializadas, a decisão impugnada toma como ponto de partida a possibilidade de um fabricante ou um distribuidor de embalagens combinar esses diferentes sistemas a fim de satisfazer as obrigações que lhe incumbem por força do regulamento.

43 Neste contexto, a apreciação jurídica da Comissão divide-se em duas partes: a primeira parte é consagrada à análise do comportamento da DSD à luz do artigo 82.º CE (considerandos 65 a 160 e artigo 1.º da decisão impugnada) e a segunda ao exame das medidas susceptíveis de permitir à Comissão, com base no artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17, pôr termo ao abuso apurado (considerandos 161 a 167, e artigos 3.º a 7.º da decisão impugnada). A decisão impugnada não se pronuncia sobre a legalidade do comportamento da DSD à luz do artigo 86.º, n.º 2, CE.

1. *Quanto à possibilidade de combinar vários sistemas de recolha e de valorização para satisfazer as obrigações do regulamento sobre as embalagens*

44 A possibilidade de recorrer a vários sistemas de recolha e de valorização para satisfazer as obrigações do regulamento sobre as embalagens (a seguir «sistemas mistos») constitui o postulado da decisão impugnada na qual a Comissão contempla as três categorias de casos seguintes (considerando 101 da decisão impugnada):

— a categoria n.º 1 corresponde à hipótese em que um fabricante ou um distribuidor utiliza o sistema colectivo (nacional) da DSD para uma parte das suas embalagens e se serve de outro sistema colectivo (regional) para o resto das embalagens;

— a categoria n.º 2 corresponde à hipótese em que um fabricante ou um distribuidor utiliza o sistema DSD para uma parte das suas embalagens e se serve de um sistema individual para o resto das embalagens;

— a categoria n.º 3 corresponde à hipótese em que um fabricante ou um distribuidor confia a eliminação da totalidade das suas embalagens na Alemanha a sistemas concorrentes do sistema DSD, mas adere noutros Estados-Membros a um sistema que utiliza o símbolo Der Grüne Punkt.

45 A decisão impugnada expõe vários elementos que permitem demonstrar a possibilidade de recorrer a sistemas mistos. Assim, a decisão salienta que resulta das observações das autoridades alemãs de 24 de Maio de 2000 (considerando 20 da decisão impugnada) que o regulamento permite combinar um sistema individual e um sistema colectivo, participando num sistema colectivo apenas para a recolha de uma parte das embalagens comercializadas. Nessa hipótese, as autoridades alemãs precisam, todavia, que há que assegurar, face aos consumidores e às autoridades, quais as embalagens que estão sujeitas à obrigação de recolha no ponto de venda ou

nas suas imediações e quais as que não estão sujeitas a essa obrigação (considerando 20 da decisão impugnada). A decisão impugnada sublinha também que resulta de uma resposta anterior das autoridades alemãs que o § 6, (3), do regulamento não implica que só seja permitido o recurso a um único sistema. As autoridades alemãs assinalam, assim, nunca ter tido a intenção de permitir apenas um único sistema colectivo a nível nacional ou em cada um dos *Länder* (considerando 23 da decisão impugnada).

46 As observações das autoridades alemãs permitem, assim, reconhecer que a alternativa oferecida pelo regulamento, segundo a qual um fabricante ou um distribuidor de embalagens pode recorrer a um sistema individual ou a um sistema colectivo para cumprir as suas obrigações, não se opõe a um sistema misto. De resto, o Tribunal salienta que a recorrente não contesta, no presente processo, a possibilidade de um fabricante ou distribuidor de embalagens recorrer a um sistema misto, mas contesta antes a apreciação do seu comportamento pela Comissão no que respeita tanto ao artigo 82.° CE como ao artigo 3.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17.

2. *Apreciação relativa ao artigo 82.° CE*

47 Segundo a decisão impugnada, a DSD é a única empresa que oferece um sistema colectivo em todo o território alemão e o sistema DSD recolhe 70% das embalagens de venda na Alemanha e cerca de 82% das embalagens de venda recolhidas na Alemanha junto dos consumidores (considerando 95 decisão impugnada). A posição dominante da DSD não é contestada no presente processo.

48 No caso em apreço, o abuso de posição dominante caracterizado na decisão impugnada assenta no facto de a contribuição financeira cobrada pela DSD aos fabricantes e aos distribuidores de embalagens que aderem ao sistema DSD não estar

condicionada à utilização efectiva desse sistema, mas ser calculada com base no número de embalagens que ostentam o símbolo Der Grüne Punkt que esses fabricantes e distribuidores comercializam na Alemanha (artigo 4.°, n.° 1, e artigo 5.°, n.° 1, do contrato). Ora, os fabricantes e os distribuidores que aderem ao sistema DSD devem apor o símbolo Der Grüne Punkt em cada uma das embalagens notificadas à DSD e destinadas ao consumo na Alemanha (artigo 3.°, n.° 1, do contrato). Assim, segundo a decisão, a DSD abusa da sua posição dominante ao não associar a retribuição devida em aplicação do contrato à utilização efectiva do sistema DSD. Com efeito, resulta do inquérito levado a cabo pela Comissão, com base em denúncias de clientes ou de empresas concorrentes da DSD, que o modo de cálculo da contribuição financeira paga à DSD obsta ao desejo de alguns fabricantes de embalagens, clientes do sistema DSD, de poderem recorrer ao seu próprio sistema individual ou a outro sistema colectivo para tratar uma parte das embalagens que comercializam (considerandos 100 a 102 da decisão impugnada).

49 A este propósito, a decisão impugnada considera que a solução proposta pela DSD, isto é, uma renúncia à aposição do símbolo Der Grüne Punkt nas embalagens não abrangidas pelo sistema DSD mas por outro sistema, quer individual quer colectivo, fracassaria face às realidades económicas «num número não negligenciável de casos» (considerando 103 da decisão impugnada). Tal solução obrigaria, com efeito, a uma rotulagem selectiva das embalagens (com ou sem o símbolo Der Grüne Punkt), o que se traduziria em custos acrescidos não desprezíveis em caso de apresentação uniforme da embalagem ou de recurso a canais de distribuição diferentes (considerandos 104 e 105 da decisão impugnada). Além disso, tal solução exigiria dos fabricantes e dos distribuidores de embalagens que utilizam sistemas mistos que se certificassem de que as embalagens que ostentam o símbolo Der Grüne Punkt são realmente entregues nos pontos em que o sistema DSD recolhe essas embalagens e aquelas em que não figura esse símbolo são entregues nos pontos em que os outros sistemas asseguram a sua recolha, o que seria, na prática, impossível (considerando 106 da decisão impugnada). Finalmente, tendo em conta que, muitas vezes, o consumidor final só decide após a compra do produto embalado e, consoante as situações, só depois de o consumir, se introduz a embalagem vazia nos contentores destinados à gestão de resíduos domésticos próximo do seu local de residência ou a vai devolver ao ponto de venda, não seria possível estabelecer uma correspondência correcta entre quantidades parciais marcadas com o símbolo Der Grüne Punkt e o ponto de afluxo (considerando 107 da decisão impugnada).

50 Na decisão impugnada, a Comissão considera que os efeitos do abuso, caracterizado relativamente ao regime de retribuição associado ao contrato de utilização do símbolo, são duplos. Por um lado, ao subordinar exclusivamente a contribuição financeira à utilização do símbolo, a DSD expõe as empresas que não utilizam o serviço que consiste em assumir a obrigação de eliminação das embalagens, ou que o utilizam apenas para uma parte das embalagens, a preços e condições de transacção não equitativas. Devido à diferença excessiva entre o custo de fornecimento do serviço e o seu preço, trata-se de um caso de exploração abusiva de posição dominante na acepção do artigo 82.º, n.º 2, alínea a), CE (considerandos 111 a 113 da decisão impugnada). Por outro lado, devido ao regime de contribuição financeira definido pelo contrato de utilização do símbolo, não seria economicamente rentável, para as empresas vinculadas por esse contrato, aderir a um sistema individual ou colectivo concorrente, pois essas empresas deveriam ou pagar uma contribuição financeira à DSD, além da remuneração devida à empresa concorrente, ou introduzir linhas de embalagens e circuitos de distribuição distintos. O regime de contribuição financeira tornaria, assim, mais difícil a entrada no mercado dos concorrentes do sistema DSD (considerandos 114 e 115 da decisão impugnada).

51 A Comissão descreve mais precisamente o abuso constituído pela contribuição financeira contratual nas três categorias de casos antes citados. No tocante à categoria n.º 1, do sistema misto combinando a utilização do sistema colectivo nacional DSD e de outro sistema colectivo regional, a decisão impugnada salienta que essa hipótese implica, actualmente, a aposição de uma marcação diferenciada consoante o sistema utilizado ou o pagamento de uma retribuição a dois sistemas. Por isso, o facto de a DSD exigir o pagamento da contribuição financeira sobre a quantidade total de embalagens comercializadas na Alemanha tem por efeito privar de qualquer rentabilidade económica a participação num sistema colectivo regional (v. considerandos 118 a 123 da decisão impugnada).

52 A fim de dar resposta a este problema, a DSD tinha-se comprometido, no quadro do procedimento administrativo (considerandos 58 e 59 da decisão impugnada), a aplicar o contrato de utilização do símbolo de forma a que os fabricantes e distribuidores em causa tivessem a possibilidade de participar noutro sistema colectivo relativamente a uma parte das suas embalagens, na condição, todavia, de fazerem prova disso e de não afectarem a protecção da marca Der Grüne Punkt.

Dado que a DSD recusou suprimir a condição relativa à protecção da marca, expressão que não era, aliás, explicitada, a decisão impugnada considerou que esse compromisso não era suficiente para afastar as reservas que a Comissão apresentara (considerandos 122 e 123 da decisão impugnada).

53 No que respeita à categoria n.º 2, de um sistema misto que combina a utilização de uma sistema individual e o sistema DSD, a decisão impugnada declara que o facto de a DSD exigir o pagamento da contribuição financeira sobre a quantidade total das embalagens comercializadas na Alemanha tem por efeito excluir a participação num sistema individual relativamente a uma parte dessas embalagens (considerandos 124 a 128 da decisão impugnada).

54 A fim de dar resposta a este problema, a DSD tinha-se comprometido, no procedimento administrativo (considerandos 60 e 61 da decisão impugnada), a não cobrar qualquer contribuição financeira com base no contrato relativamente à parte das embalagens comprovadamente recolhida por um sistema individual. Nesse compromisso, a DSD precisava igualmente que a utilização do símbolo Der Grüne Punkt ficava limitada às embalagens recolhidas pelo sistema DSD e não podia, portanto, ser aposta em embalagens recolhidas pelo sistema individual. Ora, a Comissão considerou que não era muito concebível, na prática, criar linhas de embalagens e canais de distribuição distintos, dado que era quase impossível que o fabricante ou o distribuidor de embalagens em causa pudesse determinar, nessa fase, quais eram as embalagens que o consumidor ia levar ao sistema colectivo e quais as que iria levar ao sistema individual. Por isso a Comissão considerou que esse compromisso não era suficiente para afastar as reservas que manifestava sobre a situação de concorrência (considerandos 127 e 128 da decisão impugnada).

55 Relativamente à categoria n.º 3, que supõe a ausência de participação no sistema DSD na Alemanha, mas a participação num sistema de recolha e de eliminação que

utiliza o símbolo Der Grüne Punkt noutro Estado-Membro, categoria de casos em que a DSD poderia pedir o pagamento de uma contribuição financeira na Alemanha, a decisão impugnada salienta que um compromisso e uma declaração da DSD apresentados no quadro do procedimento administrativo permitem dar resposta aos problemas identificados pela Comissão a esse respeito (considerandos 62 a 64 e 129 a 135 da decisão impugnada).

56 A decisão impugnada especifica que o abuso não se justifica por uma pretensa incompatibilidade entre as disposições do regulamento e a aposição do símbolo Der Grüne Punkt sobre as embalagens em relação às quais não são prestados quaisquer serviços de dispensa da obrigação de gestão de resíduos (considerandos 136 a 142 da decisão impugnada). Também não se justificará pela necessidade de preservar o carácter distintivo do símbolo Der Grüne Punkt (considerandos 143 a 153 da decisão impugnada). Quanto a este ponto, a decisão refere-se a um acórdão do Kammergericht Berlin (Tribunal Regional de Berlim, Alemanha) de 14 de Junho de 1994 e enuncia que a função essencial desse símbolo é satisfeita «nos casos em que indica ao consumidor que este dispõe da opção de introduzir a embalagem no sistema de gestão de resíduos da DSD». Por isso, o símbolo não tem por função exigir que no caso de se verificar apenas uma adesão parcial ao sistema DSD, apenas uma quantidade parcial das embalagens deva ser marcada com o símbolo (considerando 145 da decisão impugnada).

57 A decisão impugnada salienta igualmente que o comércio entre Estados-Membros é susceptível de ser afectado de maneira sensível pela exploração abusiva de uma posição dominante constituída pelas modalidades da contribuição financeira contratual controvertida tendo em conta as circunstâncias próprias da recolha e da valorização das embalagens na Alemanha e no mercado comum (considerandos 155 a 160 da decisão impugnada). O efeito sobre o comércio entre Estados-Membros não é, aliás, contestado no presente processo.

58 Em conclusão da sua apreciação ex-artigo 82.º CE, a decisão impugnada indica que, em certas hipóteses, o comportamento da DSD que consiste em exigir o pagamento da contribuição financeira pela totalidade das embalagens comercializadas na

Alemanha com o símbolo Der Grüne Punkt constitui um abuso de posição dominante. Esta infracção ao artigo 82.° CE é caracterizada no artigo 1.° da decisão impugnada nos seguintes termos:

«O comportamento da [DSD], exigindo, nos termos do primeiro parágrafo n.° 1 do artigo 4.° e do primeiro parágrafo n.° 1 do artigo 5.° do contrato de utilização do símbolo Ponto Verde, uma contribuição financeira pelo direito de utilização do referido símbolo para todas as embalagens de venda colocadas no mercado alemão portadoras do símbolo [Der Grüne Punkt] é incompatível com o mercado comum sempre que as empresas obrigadas a proceder à gestão dos resíduos de embalagens:

a) Só usufruam do serviço de isenção dessa obrigação, tal como definido no artigo 2.° do contrato de utilização do símbolo Ponto Verde, para uma quantidade parcial das embalagens [categoria n.os 1 e 2], ou não usufruam desse serviço de isenção, mas coloquem uma embalagem de concepção uniforme no mercado alemão que esteja também em circulação noutro país membro do [Espaço Económico Europeu] e adiram a um sistema de retoma de embalagens usadas que utilize o símbolo [Der Grüne Punkt] [categoria n.° 3]; e

b) Comprovem que cumprem, para a quantidade global ou parcial de embalagens para a qual não usufruem do serviço de isenção, os seus deveres decorrentes do regulamento das embalagens através de sistema[s] de isenção concorrentes.»

3. *Apreciação relativa ao artigo 3.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17*

59 Após ter declarado a existência de um abuso de posição dominante, a decisão impugnada determina, em aplicação do artigo 3.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17, a

maneira como a DSD deve pôr termo à infracção declarada (considerandos 161 a 167 e artigos 2.º a 7.º da decisão impugnada).

60 A principal dessas medidas obriga a DSD a não cobrar contribuição financeira sobre as quantidades de embalagens comercializadas na Alemanha com o símbolo Der Grüne Punkt para as quais não se recorre ao serviço de dispensa da obrigação de eliminação dos resíduos e para as quais as obrigações impostas no regulamento sobre as embalagens são cumpridas de outra forma. Essa medida, definida no artigo 3.º da decisão impugnada, no que diz respeito às categorias n.ºs 1 e 2, é a seguinte:

«A DSD deve obrigar-se, perante todos os parceiros do contrato de utilização do símbolo Ponto Verde a não cobrar qualquer contribuição financeira por direitos de utilização do símbolo Ponto Verde para as quantidades parciais de embalagens de venda marcadas com o símbolo [Der Grüne Punkt] colocadas no mercado alemão relativamente às quais não é usufruído o serviço de isenção previsto no artigo 2.º do contrato de utilização do símbolo Ponto Verde e relativamente às quais são comprovadamente cumpridas de outra forma as obrigações decorrentes do regulamento das embalagens.

A obrigação prevista no primeiro parágrafo substitui uma derrogação ao abrigo do segundo parágrafo, n.º 1, artigo 4.º do contrato de utilização do símbolo Ponto Verde.»

61 Por outro lado, no artigo 5.º da decisão impugnada, a Comissão expõe do seguinte modo as regras de prova requeridas nessas categorias de casos:

«1. [Categoria n.º 1] Como prova de que as obrigações do regulamento das embalagens são satisfeitas por outra empresa, nos termos dos artigos 3.º e 4.º, é

suficiente, no caso de uma participação parcial ou total num sistema de isenção concorrente, a confirmação do operador do sistema de que a respectiva quantidade de embalagens de venda aderiu ao sistema concorrente.

2. [Categoria n.º 2] No caso da adesão parcial ou total a uma solução de autogestão, é suficiente a apresentação ulterior do certificado de um perito independente que comprove que, para a correspondente quantidade de embalagens, foram cumpridos os requisitos de retoma e valorização. O certificado pode ser emitido a título individual para cada fabricante ou cada distribuidor ou para uma associação de autogestão de resíduos.

3. A DSD não pode exigir que o certificado seja entregue mais cedo do que o previsto no regulamento das embalagens.

4. Independentemente da versão do regulamento das embalagens que se tome por base, é suficiente para o meio de prova a apresentar à DSD que o certificado confirme ao parceiro contratual o cumprimento dos requisitos de retoma e valorização relativamente a uma determinada massa de embalagens.

5. Caso o certificado contenha outros elementos deve ser quanto a eles guardado sigilo.

6. Tanto a confirmação do operador do sistema como o certificado do perito independente podem ser substituídos por um atestado de um revisor oficial de contas que confirme posteriormente o cumprimento das obrigações previstas no regulamento das embalagens no referente a uma determinada massa de embalagens.

7. As restantes disposições do contrato de utilização do símbolo Ponto Verde não podem ser aplicadas de forma a aumentar as exigências impostas ao documento de prova a apresentar à DSD.»

62 O artigo 4.º da decisão contempla a situação particular da categoria n.º 3:

«1. A DSD não pode proceder à cobrança de qualquer contribuição financeira no caso de embalagens relativamente às quais se verifique num outro Estado-Membro uma adesão a um sistema de recolha e valorização de embalagens que utilize o símbolo [Der Grüne Punkt] e que, marcadas com este símbolo, sejam colocadas no mercado coberto pelo âmbito de aplicação do regulamento das embalagens, sempre que o cumprimento das obrigações previstas no regulamento das embalagens se processe de outra forma que não através do sistema criado pela DSD ao abrigo do [§ 6, (3),] do regulamento das embalagens.

2. Para efeitos do n.º 1 a DSD pode exigir que, na embalagem, num local junto ao símbolo [Der Grüne Punkt], se chame claramente a atenção do consumidor final, por meio de indicações escritas ou de outras formas adequadas, para o facto de a embalagem não aderir ao sistema criado pela DSD nos termos do [§ 6, (3),] do regulamento das embalagens.

3. No caso de desacordo quanto à visibilidade de tais indicações, as partes solicitarão à Comissão que nomeie um perito, no prazo de uma semana após verificação do desacordo por uma ou ambas as partes.

O perito será incumbido de apurar, no prazo de quatro semanas, se as diferentes modalidades para as indicações discutidas pelas partes correspondem ao disposto no n.º 2, em termos de função das embalagens [...]»

63 É neste contexto que devem ser examinados os argumentos das partes.

B — *Quanto à admissibilidade do recurso*

1. *Quanto à admissibilidade do recurso na medida em que visa o artigo 4.º da decisão impugnada*

64 A Comissão alega que o recurso visa a anulação da totalidade da decisão impugnada sem evocar a situação particular exposta no artigo 4.º, que é separável do resto da decisão impugnada. O silêncio da recorrente sobre este ponto não é conforme às exigências do artigo 44.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância e o recurso deve ser declarado inadmissível na medida em que visa o artigo 4.º da decisão impugnada

65 A recorrente alega que, em conformidade com as exigências do Regulamento de Processo, a petição deve conter uma exposição clara e precisa dos factos e dos fundamentos de direito que permita à Comissão preparar a sua defesa e ao Tribunal exercer a sua fiscalização (despacho do Tribunal de Primeira Instância de 28 de Abril de 1993, De Hoe/Comissão, T-85/92, Colect., p. II-523, n.º 20). Em particular, a petição deve enumerar as razões pelas quais as disposições controvertidas do contrato de utilização do símbolo não podem ser consideradas abusivas à luz do disposto no artigo 82.º CE, o que teria por efeito privar de qualquer razão de ser as medidas previstas no artigo 4.º da decisão impugnada.

66 O Tribunal salienta que a decisão impugnada caracteriza um abuso de posição dominante (artigo 1.º) e impõe, por essa razão, algumas obrigações à DSD com vista a fazer cessar esse abuso (artigos 3.º a 7.º). Em particular, a Comissão, no artigo 4.º da decisão impugnada, impõe uma obrigação com vista a fazer cessar o abuso de posição dominante no caso de um fabricante ou um distribuidor prever

comercializar embalagens num Estado-Membro diferente da Alemanha aderindo a um sistema de recolha e de valorização que utilize o símbolo Der Grüne Punkt mas que, para as mesmas embalagens comercializadas na Alemanha, cumpre as suas obrigações sem participar no sistema DSD.

67 Ora, no âmbito do primeiro fundamento do recurso, relativo à violação do artigo 82.° CE, a recorrente pede a anulação da decisão impugnada na medida em que nela se declara, erradamente, a existência de um abuso de posição dominante. Se o Tribunal acolhesse favoravelmente esse fundamento, todas as obrigações impostas à DSD pela decisão impugnada com vista a fazer cessar esse abuso deveriam ser anuladas sem que fosse necessário examinar a situação particular visada no artigo 4.° da decisão impugnada.

68 Da mesma forma, no segundo fundamento do recurso, relativo à violação do artigo 3.° do Regulamento n.° 17 e do princípio da proporcionalidade, a recorrente pede a anulação da obrigação imposta no artigo 4.° da decisão impugnada, na medida em que é desproporcionada tendo em conta a possibilidade de rotular selectivamente as embalagens ou de renunciar à utilização da marca «Der Grüne Punkt», em que equivale a obrigar a DSD a efectuar as suas prestações sendo paga posteriormente e em que exclui o pagamento de uma contribuição financeira somente pela utilização da marca.

69 Assim há que reconhecer que a petição satisfaz as condições de forma prescritas no artigo 44.°, n.° 1, alínea c), do Regulamento de Processo e que o Tribunal está, portanto, em condições de exercer a sua fiscalização. O pedido da Comissão no sentido de ser declarada a inadmissibilidade do recurso, na medida em que visa o artigo 4.° da decisão impugnada, deve, por conseguinte, ser indeferido.

2. *Quanto à apresentação de fundamentos no decurso da instância*

70 A Comissão sustenta que a réplica contém três fundamentos novos, relativos a uma nova interpretação do contrato de utilização do símbolo (v. n.º 115 *infra*), à crítica de citações de uma antiga versão do regulamento sobre as embalagens na apresentação dos factos da decisão impugnada e ao facto de o consumidor não poder pedir aos sistemas individuais para recolherem embalagens próximo do seu domicílio. Esses fundamentos deveriam, portanto, ser declarados inadmissíveis.

71 O Tribunal salienta que, nos termos do artigo 48.º, n.º 2, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo, é proibido deduzir novos fundamentos no decurso da instância, a menos que se baseiem em elementos de direito e de facto que se tenham revelado durante o processo. A este respeito, um fundamento que constitua a ampliação de um fundamento anteriormente enunciado, directa ou implicitamente, e que apresente uma ligação estreita com este, deve ser julgado admissível (v. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Abril de 2003, Travelex Global and Financial Services e Interpayment Services/Comissão, T-195/00, Colect., p. II-1677, n.ºs 33 e 34, e a jurisprudência citada).

72 No caso em apreço, os pretensos fundamentos novos criticados pela Comissão constituem, na realidade, apenas argumentos desenvolvidos pela recorrente em resposta à argumentação apresentada pela Comissão na contestação no quadro do primeiro fundamento relativo à violação do artigo 82.º CE.

73 Por consequência, o fundamento de inadmissibilidade invocado pela Comissão no que respeita à apresentação de fundamentos novos no decurso da instância deve ser rejeitado.

3. *Quanto à tomada em consideração de determinados anexos apresentados pela recorrente*

a) Quanto aos anexos preparados por C. Weidemann

74 A Comissão sublinha que os anexos preparados por C. Weidemann, um dos advogados da DSD, respeitantes à gestão ambiental da economia das embalagens na Alemanha (anexo A à petição) e à justificação do sistema DSD à luz do artigo 86.º CE (anexo A à réplica), contêm explicações que não são retomadas nos articulados da recorrente. Por isso, o Tribunal não deveria tomar em consideração esses anexos, na medida em que uma alegação de violação da legislação não pode ser feita por simples remissão para anexos.

75 O Tribunal salienta que, a fim de garantir a segurança jurídica e uma boa administração da justiça, é necessário, para que um recurso seja admissível, que os elementos essenciais de facto e de direito, em que este se baseia, resultem, pelo menos sumariamente, mas de forma coerente e compreensível, do texto da própria petição (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Dezembro de 1961, Société Fives Lille Cail e o./Alta Autoridade, 19/60, 21/60, 2/61 e 3/61, Recueil, pp. 561, 588, Colect. 1954-1961, p. 637; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 21 de Setembro de 2005, EDP/Comissão, T-87/05, Colect., p. II-3745, n.º 155, e a jurisprudência citada). A este respeito, embora o corpo da petição possa ser apoiado e completado, em aspectos específicos, por remissões para extractos de documentos que a ela são anexados, uma remissão global para outros escritos, mesmo anexados à petição, não pode compensar a ausência dos elementos essenciais da argumentação jurídica, que, por força do artigo 44.º, n.º 1, do Regulamento de Processo, devem figurar na petição (despacho do Tribunal de 21 de Maio de 1999, Asia Motor France e o./Comissão, T-154/98, Colect., p. II-1703, n.º 49; acórdão EDP/Comissão, já referido, n.º 155, e a jurisprudência citada).

76 No caso em apreço, deve declarar-se que os anexos preparados por C. Weidemann, respeitantes à gestão ambiental da economia das embalagens na Alemanha e à justificação do sistema da recorrente à luz do disposto no artigo 86.º CE, constituem verdadeiros articulados apresentados por um dos advogados que representam a DSD

perante o Tribunal. Os elementos essenciais da argumentação jurídica desenvolvida nesses anexos devem, portanto, figurar na petição ou na réplica, que deve remeter para excertos desses anexos a fim de sustentar ou completar o respectivo conteúdo e não limitar-se a remeter globalmente para os referidos anexos.

77 Ora, quando evoca o primeiro desses anexos, a petição não faz mais do que indicar — sem dar outras explicações — que a conclusão a que chega C. Weidemann, no termo do seu exame da gestão ambiental da economia das embalagens na Alemanha, é igualmente a que é exposta na petição, sem indicar a que pontos específicos desse anexo de 54 páginas se faz referência.

78 É apenas em relação a essa indicação, da qual resulta que o autor do anexo partilha a análise apresentada na petição, que deve tomar-se em consideração o anexo sobre a gestão ambiental da economia das embalagens na Alemanha.

79 No que diz respeito ao segundo anexo preparado por C. Weidemann, relativo à justificação do sistema da DSD à luz do artigo 86.° CE, há que salientar que esse anexo de 58 páginas foi apresentado «a título complementar» na fase da réplica, a qual remete «inteiramente para os desenvolvimentos do anexo quanto à exposição dos fundamentos relativos ao artigo 86.° CE».

80 Em princípio, tais indicações não podem ser consideradas suficientes à luz da jurisprudência já referida, na medida em que uma remissão global para um anexo não pode compensar a ausência dos elementos essenciais da argumentação jurídica que devem figurar na petição. A réplica denota, todavia, a preocupação de apresentar um resumo sucinto do conteúdo desse anexo, o qual completa a argumentação apresentada sobre esse ponto na petição e permite, enquanto tal, à Comissão preparar a sua defesa e ao Tribunal examinar o terceiro fundamento relativo à violação do artigo 86.°, n.° 2, CE.

81 Nestas circunstâncias, há que considerar que o anexo respeitante à justificação do sistema da recorrente à luz do disposto no artigo 86.º CE só será tomado em consideração pelo Tribunal na medida em que se reporte especificamente a argumentos expressamente invocados pela DSD nos seus articulados.

b) Quanto aos inquéritos de opinião juntos à réplica

82 A Comissão alega que a recorrente não justificou o atraso no oferecimento das provas constituídas, nomeadamente, por dois inquéritos de opinião juntos à réplica, o que é contrário ao artigo 48.º, n.º 1, do Regulamento de Processo.

83 O Tribunal salienta que os inquéritos de opinião apresentados pela recorrente na réplica não são oferecimento de provas na acepção do artigo 48.º, n.º 1, do Regulamento de Processo, mas servem para sustentar argumentos expostos na contestação, sobre os papéis desempenhados pela marca Der Grüne Punkt e pelo consumidor final na recolha e na valorização das embalagens.

84 Por consequência, o fundamento de inadmissibilidade oposto pela Comissão no que respeita aos inquéritos de opinião juntos à réplica deve ser rejeitado.

C — *Quanto ao mérito*

85 A recorrente invoca três fundamentos em apoio do seu recurso. O primeiro é relativo à violação do artigo 82.º CE. O segundo é deduzido da violação do artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17 e do princípio da proporcionalidade. O terceiro é relativo à violação do artigo 86.º, n.º 2, CE.

1. *Quanto ao primeiro fundamento, relativo à violação do artigo 82.º CE*

a) Observações preliminares sobre a tese da licença obrigatória gratuita

Argumentos das partes

86 A recorrente alega que, no artigo 3.º da decisão impugnada, a Comissão a obriga a conceder uma «licença obrigatória gratuita» da sua marca Der Grüne Punkt às empresas que aderem ao seu sistema, na medida em que o símbolo correspondente a essa marca pode, devido à decisão, passar a ser aposto em todas as embalagens, independentemente do sistema de recolha e de valorização em causa. Ora, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, uma licença obrigatória de um direito de propriedade intelectual só pode ser concedida em «circunstâncias excepcionais», isto é, quando a recusa de licença diga respeito a um direito de propriedade industrial cuja licença seja indispensável ao exercício da actividade em causa e seja susceptível de excluir qualquer concorrência no mercado derivado e essa recusa não seja objectivamente justificada (acórdãos do Tribunal de Justiça de 6 de Abril de 1995, RTE e ITP/Comissão, designado «Magill», C-241/91 P e C-242/91 P, Colect., p. I-743, n.os 50 a 56, e de 26 de Novembro de 1998, Bronner, C-7/97, Colect., p. I-7791, n.º 39). Não estando nenhuma dessas circunstâncias demonstrada no presente processo, nenhum abuso de posição dominante poderá ser caracterizado com base no artigo 82.º CE. Em apoio da sua tese, a recorrente expõe, em substância, os seguintes argumentos: em primeiro lugar, a marca Der Grüne Punkt não é indispensável para participar num sistema concorrente do sistema DSD; em segundo lugar, a concorrência não é excluída pelas disposições contratuais controvertidas; e, em terceiro lugar, várias razões objectivas justificam o comportamento da DSD, a saber, a necessidade de realizar os objectivos do regulamento, de preservar as diferentes funções da marca Der Grüne Punkt, que não pode ser objecto de uma licença obrigatória à luz do direito das marcas, e de permitir o bom funcionamento do sistema DSD.

87 A Comissão, apoiada pelas intervenientes, salienta que a decisão impugnada não obriga a DSD a conceder licenças obrigatórias gratuitas contrárias ao direito internacional e ao direito comunitário. O abuso caracterizado resulta do simples facto de o regime de contribuição financeira ser contrário ao artigo 82.º CE na medida em que a DSD exige ser remunerada por um serviço que não assegura e que está demonstrado ter sido assegurado por outro sistema.

Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

88 No quadro do primeiro fundamento, que visa o artigo 82.º CE, a recorrente contesta, em substância, as consequências que decorrem da execução da obrigação adoptada na base do artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17, tal como é exposta no artigo 3.º da decisão impugnada (v. n.º 60 *supra*), a fim de pôr termo ao abuso de posição dominante caracterizado no artigo 1.º da decisão (v. n.º 58 *supra*). Segundo a recorrente, a obrigação definida no artigo 3.º da decisão obriga-a a conceder uma «licença obrigatória gratuita» da marca Der Grüne Punkt para embalagens destinadas a ser eliminadas por sistemas concorrentes do sistema DSD.

89 No entanto, ao criticar a legalidade de tal licença obrigatória, a recorrente sustenta que a marca Der Grüne Punkt não é indispensável para participar num sistema concorrente do sistema DSD (v. n.º 93 *infra*) e que a concorrência não é excluída pelas disposições contratuais controvertidas (v. n.º 95 *infra*). Esta argumentação equivale a dizer que o comportamento da DSD, tal como caracterizado no artigo 1.º da decisão impugnada, não tem incidência sobre a concorrência e não constitui, portanto, um abuso de posição dominante na acepção do artigo 82.º CE.

90 Da mesma forma, a recorrente alega que o regime de contribuição financeira definido pelo contrato de utilização do símbolo é justificado por considerações baseadas no regulamento (v. n.ºs 98 a 101 *infra*), no direito das marcas (v. n.ºs 103 a

106, 107 a 114 *infra*) e na necessidade de assegurar o bom funcionamento do sistema DSD (v. n.os 115 e 116 *infra*). Essas considerações representam outras tantas justificações objectivas do regime de contribuição financeira que é objecto do abuso caracterizado no artigo 1.º da decisão, não podendo portanto esse regime ser considerado abusivo à luz do disposto no artigo 82.º CE.

91 Consequentemente, em vez de examinar as consequências que poderiam ter os argumentos da recorrente sobre a obrigação imposta no artigo 3.º da decisão impugnada — isto é, segundo a DSD, a «licença obrigatória gratuita» — as quais se enquadram no âmbito do segundo fundamento, consagrado à violação do artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17, a apreciação do Tribunal no quadro do primeiro fundamento — que visa o artigo 82.º CE — deve limitar-se unicamente aos argumentos relativos ao abuso de posição dominante caracterizado no artigo 1.º da decisão impugnada. Com efeito, na falta de abuso de posição dominante à luz do artigo 82.º CE, o artigo 3.º da decisão controvertida ficaria desprovido de fundamento por força do artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17, pois já não haveria infracção a fazer cessar. *A contrario*, perante um abuso de posição dominante, a Comissão dispõe realmente, em aplicação do artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17, do poder de obrigar a empresa em causa a pôr termo à infracção declarada.

92 É neste contexto que devem expor-se os argumentos das partes relativos ao abuso de posição dominante na decisão impugnada.

b) Argumentos das partes relativos ao abuso de posição dominante

i) Quanto à ausência de necessidade de utilizar a marca Der Grüne Punkt para participar num sistema concorrente do sistema DSD

93 Em primeiro lugar, a recorrente sustenta que uma licença obrigatória da sua marca não é de forma alguma indispensável, na acepção do acórdão Magill, já referido, para

permitir a um fabricante ou a um distribuidor de embalagens optar por um sistema concorrente (n.º 50, e acórdão Bronner, já referido, n.º 41). Ora, quanto a este ponto, na decisão impugnada a Comissão limita-se a indicar que seria mais «cómodo e mais simples» apor a marca da DSD nas embalagens para cuja eliminação se recorre a um sistema concorrente a fim de evitar os custos acrescidos relacionados com a marcação selectiva das embalagens (considerandos 103 a 105 da decisão impugnada). A este propósito, a recorrente sublinha que, em caso de utilização simultânea de um sistema diferente do sistema DSD, o símbolo Der Grüne Punkt poderia ser ou não aposto nas embalagens consoante o sistema a que se recorresse. Esse procedimento é, aliás, utilizado no sector vinícola, em que só são rotuladas com a marca da DSD as garrafas que são vendidas nos comércios a retalho e que não são devolvidas ao ponto de venda; nos sectores da construção e da informática, em que os produtos são vendidos em embalagens que ostentam a marca da DSD em caso de entregas aos comércios a retalho, e em embalagens que não ostentam essa marca em caso de entregas aos comércios especializados ou aos clientes profissionais e no sector da alimentação, em que as grandes embalagens, as conservas e as caixas de cartão não têm rótulo com a marca quando são entregues à indústria, aos restaurantes e às cantinas, ao passo que o têm quando são entregues aos comércios a retalho. Os fabricantes e os distribuidores de embalagens poderiam, portanto, fazer o necessário para que as embalagens com o símbolo Der Grüne Punkt fossem depositadas exclusivamente nas instalações do sistema DSD e as embalagens em que não figura esse símbolo fossem depositadas exclusivamente nos pontos em que um sistema concorrente assegura a eliminação.

94 A Comissão, a Landbell e a BellandVision alegam que a marcação não é economicamente rentável para os fabricantes e distribuidores de embalagens. A Vfw lembra igualmente que a DSD exigia aos seus clientes que pagassem uma contribuição financeira em relação a todas as embalagens que ostentassem a marca Der Grüne Punkt, independentemente de essas embalagens serem ou não efectivamente eliminadas pelo sistema DSD.

ii) Quanto à alegação de que a falta de licença obrigatória da marca Der Grüne Punkt não provoca a eliminação da concorrência

95 Em segundo lugar, a recorrente critica a decisão impugnada na medida em que indica (considerando 115) que o regime da contribuição financeira torna mais difícil

a entrada no mercado dos concorrentes do sistema DSD, o que não é suficiente para caracterizar a eliminação da concorrência requerida pelo acórdão Magill (já referido, n.º 56, e acórdão Bronner, já referido, n.º 41). Com efeito, devido às exigências do regulamento, os sistemas individuais só podem, regra geral, entrar em concorrência com o sistema DSD em relação às embalagens entregues nas pequenas empresas de artesanato, de comércio e de indústria. Quanto a este pequeno segmento de mercado, existem cerca de 40 sistemas individuais que não utilizam a marca Der Grüne Punkt, e as quantidades atribuídas a tais sistemas terão aumentado mais de 60% entre 1997 e 2000. Várias grandes cadeias de distribuição passaram igualmente a um sistema diferente do sistema DSD, o que é, portanto, possível sem dificuldade e sem que a DSD seja obrigada a conceder uma licença obrigatória. Não se pode portanto, segundo a recorrente, afirmar que a entrada no mercado se tenha tornado mais difícil.

96 A Comissão contesta os dados fornecidos pela recorrente, que se explicam pela reforma de 1998, e pelo facto de ter havido, inicialmente, muito poucas embalagens abrangidas por sistemas individuais.

iii) Quanto às diferentes justificações do comportamento da DSD

97 Em terceiro lugar, a recorrente sustenta que as disposições controvertidas do contrato de utilização do símbolo são necessárias a fim de garantir a realização dos objectivos do regulamento, de preservar as diferentes funções da marca Der Grüne Punkt — que não pode, de qualquer forma, ser objecto de uma licença obrigatória — e de permitir o bom funcionamento do sistema DSD.

— Quanto à necessidade de garantir os objectivos do regulamento

98 A recorrente expõe o conteúdo da obrigação de transparência ligada ao princípio da responsabilidade pelo produto, que é consagrada no regulamento sobre as

embalagens e cujo objectivo é, segundo as observações das autoridades alemãs, «estabelecer, com transparência para os consumidores e as autoridades, que embalagem está sujeita à obrigação de recolha no ponto de venda ou nas suas imediações e que embalagem não o está» (resposta à questão n.º 2.a). Assim, em caso de recurso a um sistema colectivo, a obrigação de transparência assume a forma de uma obrigação de rotulagem definida no ponto 4, (2), do anexo I do § 6 do regulamento, nos termos do qual «os fabricantes e distribuidores devem indicar a participação [de uma embalagem no sistema colectivo] por rotulagem ou por outras medidas adequadas» quando, em caso de utilização de um sistema individual, assume a forma da obrigação de indicação definida no § 6, (1), terceira frase, do regulamento, segundo o qual «o distribuidor deve assinalar ao consumidor final privado a possibilidade de restituir [as embalagens] através de cartazes claramente identificáveis e legíveis». Essa obrigação de transparência permite saber se, para uma dada embalagem, o fabricante ou o distribuidor responsável por essa embalagem cumpre as suas obrigações através de um sistema individual ou de um sistema colectivo. Isso permite igualmente ao consumidor saber a que sistema deve devolver essa embalagem. Por isso, uma embalagem que participa no sistema DSD deve ser recolhida e valorizada por esse sistema e uma embalagem que participa noutro sistema colectivo ou num sistema individual deve ser recolhida e valorizada pelo referido sistema. Uma embalagem não pode pertencer a dois sistemas

99 A recorrente afirma, em seguida, que o artigo 3.º da decisão impugnada viola essa obrigação de transparência, pois é a partir de agora possível que embalagens que participam em sistemas concorrentes ostentem a marca Der Grüne Punkt, que identifica o sistema DSD. Ora, se todas as embalagens ostentassem essa marca, o consumidor não poderia saber as que deveriam ser devolvidas ao ponto de venda, por pertencerem a um sistema individual, e as que deveriam ser depositadas próximo do seu domicílio, por fazerem parte de um sistema colectivo. A este propósito, a recorrente observa que é impossível determinar com exactidão *ex ante* se uma embalagem concreta será definitivamente eliminada pelo sistema DSD ou por outro sistema e que é igualmente impossível determinar, mesmo *ex post*, que um consumidor eliminou efectivamente uma embalagem através do sistema DSD (considerando 134 da decisão impugnada). É justamente por isso que é precisado no regulamento que o consumidor deve ser informado através de uma rotulagem clara a fim de saber se a embalagem concreta em questão participa no sistema DSD e deve, por conseguinte, ser a ele entregue.

100 Além disso, a recorrente sustenta que a obrigação de recolha e de valorização de um sistema individual não se aplica às embalagens que participam num sistema colectivo (v. carta do Ministério do Ambiente do *Land* de Baden-Würtemberg de 27 de Novembro de 2001). Com efeito, segundo o regulamento, tais embalagens são «dispensadas» dessa obrigação, porque são atribuídas ao sistema DSD e ostentam o símbolo Der Grüne Punkt. Essas embalagens não podem, portanto, ser recolhidas por um sistema individual. O regulamento visa evitar uma «luta pelos resíduos», em que sistemas concorrentes procuram recolher quaisquer quantidades de embalagens a fim de poderem atingir as suas percentagens de valorização. Uma concorrência equitativa e ordenada supõe, ao invés, que os diferentes sistemas retomem e valorizem apenas as embalagens em relação às quais assumam a responsabilidade pela eliminação do produto (caso dos sistemas individuais) ou aceitem essa responsabilidade (caso dos sistemas colectivos).

101 Por outro lado, a recorrente alega que a decisão impugnada interpreta de forma errada as observações das autoridades alemãs, quando afirma que o consumidor pode livremente decidir se manda valorizar as embalagens pelo sistema DSD ou por outro sistema quando o fabricante ou o distribuidor de embalagens decide recorrer ao sistema DSD em combinação com outro sistema colectivo ou com um sistema individual (considerandos 138, 141 e 145 da decisão impugnada). Em resposta a uma questão da Comissão, as autoridades alemãs indicaram somente que, em caso de recurso a um sistema individual e a um sistema colectivo, o consumidor era livre de escolher deixar a embalagem no ponto de venda, ou devolvê-la a este, ou submetê-la a eliminação próximo do domicílio, pois «o regulamento sobre as embalagens não contém indicações precisas que obriguem o consumidor final à restituição» (resposta à questão 1.b.aa). Ora, o conceito de eliminação próximo do domicílio apenas faz referência à eliminação por intermédio dos organismos públicos de eliminação dos resíduos, o «balde do lixo cinzento», e não à eliminação através do sistema DSD, que se encontra igualmente próximo do domicílio, o «balde do lixo amarelo». O consumidor não é, portanto, livre de escolher o sistema de eliminação utilizado.

102 A Comissão alega que a recorrente exagera a importância da marcação, na medida em que a obrigação de recolha e de valorização se aplica a quantidades de

embalagens e não a embalagens precisas. Além disso, segundo a Landbell e a BellandVision, o regulamento não impõe que a marca da DSD seja aposta nas embalagens.

— Quanto às justificações relativas ao direito das marcas

103 Em primeiro lugar, a recorrente alega que, na decisão impugnada, a Comissão nega a função distintiva — igualmente chamada função de origem — da marca Der Grüne Punkt, cujo objectivo é distinguir as embalagens atribuídas ao sistema DSD das que são abrangidas por outro sistema colectivo ou individual concorrente, permitindo que essa marca seja aposta em embalagens destinadas a ser eliminadas por um sistema diferente do sistema DSD. Ora, tal violação da função distintiva da marca Der Grüne Punkt é, por princípio, contrária ao direito das marcas alemão, comunitário e internacional.

104 No que diz respeito ao direito alemão, a recorrente salienta que a marca Der Grüne Punkt está registada na Alemanha como marca colectiva e que permite, portanto, «distinguir as mercadorias ou serviços das empresas filiadas no titular da marca colectiva das de outras empresas em termos de origem comercial ou geográfica, de gama, de qualidade ou de outras propriedades» [§ 97, (1), da Markengesetz, de 25 de Outubro de 1994]. Por isso, uma licença obrigatória da marca Der Grüne Punkt teria por efeito privar essa marca do seu carácter distintivo, criando o risco de provocar o cancelamento do seu registo.

105 Quanto ao direito comunitário, a recorrente sublinha que o objecto específico da marca Der Grüne Punkt, isto é, o facto de garantir ao utilizador final a identidade de origem do produto marcado (acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Outubro de 1978, Centrafarm, 3/78, Colect., p. 621, n.os 11 a 14), e de proteger o seu titular

contra riscos de confusão (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de Novembro de 1993, Deutsche Renault, C-317/91, Colect., p. I-6227, n.º 30, e a jurisprudência citada), deixaria de ser respeitado no caso de algumas embalagens participantes no sistema DSD e de outras pertencentes a um sistema concorrente ostentarem indistintamente a marca Der Grüne Punkt, de forma que a empresa concorrente da DSD poderia beneficiar da notoriedade do sistema DSD.

106 Por outro lado, a recorrente sublinha que a ilicitude de princípio das licenças obrigatórias de marcas é consagrada pelo artigo 5.º A da Convenção de Paris para a Protecção da Propriedade Industrial, de 20 de Março de 1883, revista em último lugar em Estocolmo em 14 de Julho de 1967 e alterada em 28 de Setembro de 1979 (*Recueil des traités des Nations unies*, vol. 282, n.º 11847, p. 108), ratificada por todos os Estados-Membros, e pelo artigo 21.º do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio, de 15 de Abril de 1994 (anexo 1 C do Acordo que cria a Organização Mundial do Comércio), ratificado por todos os Estados-Membros e aprovado pela Comunidade Europeia através da Decisão 94/800/CE do Conselho, de 22 de Dezembro de 1994, relativa à celebração, em nome da Comunidade Europeia e em relação às matérias da sua competência, dos acordos resultantes das negociações multilaterais do Uruguay Round (1986/1994) (JO L 336, p. 1), que não prevêem licenças obrigatórias para as marcas.

107 A Comissão salienta que a decisão impugnada diz respeito apenas ao regime de contribuição financeira criado pela DSD e não aos pretensos efeitos da decisão sobre a sua actividade enquanto titular da marca Der Grüne Punkt. Nesse aspecto, o único efeito da decisão é evitar que as empresas que recorrem ao sistema DSD paguem uma dupla contribuição financeira em caso de utilização de outro sistema. A Landbell e a BellandVision sublinham igualmente que a decisão impugnada diz respeito apenas às relações jurídicas entre a DSD e os seus co-contratantes, no quadro do contrato de utilização do símbolo, e não dá a terceiros, que não sejam co-contratantes, o direito de utilizar a marca Der Grüne Punkt.

108 Em segundo lugar, a recorrente sustenta que a decisão impugnada desconhece a função distintiva da marca Der Grüne Punkt, que permite influenciar o comportamento do consumidor em matéria de eliminação de resíduos de uma

forma essencial ao funcionamento do seu sistema. Com efeito, se o consumidor não entrega a embalagem com o símbolo Der Grüne Punkt no sistema DSD, a recorrente corre o risco de não atingir as percentagens de valorização previstas no regulamento e de perder a sua homologação. Da mesma forma, se o consumidor entrega no sistema DSD uma embalagem na qual não está aposto o símbolo Der Grüne Punkt, a recorrente continua a ser obrigada a valorizar essa embalagem mesmo que as percentagens impostas já tenham sido alcançadas [v. ponto 1, (5), primeira frase, do anexo I do § 6 do regulamento].

109 Neste contexto, a recorrente critica a afirmação que figura nos considerandos 138, 139 e 145 da decisão impugnada segundo a qual a função primordial do símbolo Der Grüne Punkt é pois satisfeita nos casos em que indica ao consumidor que este dispõe da opção de introduzir a embalagem no sistema de gestão de resíduos da DSD, na medida em que assenta numa citação fora do contexto do acórdão do Kammergericht Berlin de 1994 (nota 22 da decisão impugnada). Com efeito, a passagem citada na decisão limita-se a declarar que a marca Der Grüne Punkt não contém afirmação relativa ao carácter reciclável da embalagem. Ora, noutra passagem do acórdão, o Kammergericht reconhece a função de apelo da marca Der Grüne Punkt ao decidir que sobreembalagens podiam ostentar essa marca por razões ambientais superiores, se bem que, em certo sentido, haja fraude ao consumidor.

110 Da mesma forma, a recorrente contesta igualmente a afirmação contida na decisão impugnada segundo a qual o consumidor pode livremente decidir se manda valorizar a embalagem em questão pelo sistema DSD ou por um sistema individual ou colectivo (considerando 145 da decisão impugnada), dado que é fundamental que o consumidor possa identificar, graças à marca Der Grüne Punkt, o facto de a embalagem em causa pertencer ao sistema DSD e não a outro sistema. A este propósito, a recorrente sustenta que a função distintiva da sua marca é confirmada por inquéritos de opinião realizados para a preparação da réplica. Assim, 60,8% dos consumidores interrogados compreendem a marca Der Grüne Punkt como uma «indicação quanto a uma organização inteiramente específica que é responsável pela eliminação e pela valorização de tais embalagens» e 27,9% desses consumidores citam concretamente o sistema DSD (v. resultados do inquérito realizado pelo

instituto Infratest Burke, relatório com data de Agosto de 2001), o que demonstra a ligação existente entre a marca e o sistema DSD no espírito dos consumidores. Segundo outro inquérito de opinião, realizado pelo mesmo instituto, somente 3,3% dos consumidores interrogados indicam que a marca veicula a informação que lhe é atribuída na decisão impugnada, isto é, a indicação de uma possibilidade de eliminação (v. resultados do inquérito realizado pelo instituto Infratest Burke, relatório com data de 2001).

111 Finalmente, a recorrente alega que o facto de apor a marca Der Grüne Punkt na embalagem que participa num sistema concorrente põe em causa a função distintiva dessa marca, pois os consumidores são defraudados em todas as hipóteses contempladas na decisão impugnada. Com efeito, para a recorrente, mesmo em caso de recurso a vários sistemas, o consumidor deve poder sempre determinar para cada embalagem o sistema ao qual deve recorrer, seja ele o sistema DSD — através da marca Der Grüne Punkt –outro sistema colectivo — através de um meio conforme ao ponto 4, (2), do anexo I do § 6 do regulamento — ou um sistema individual — através de um meio conforme ao § 6, (1) do regulamento. Assim, em caso de utilização conjunta de um sistema individual e do sistema DSD, perto de 48,4% dos consumidores interrogados no quadro de um dos inquéritos de opinião já referidos não compreendem as informações contraditórias representadas, por um lado, pela indicação de uma recolha no ponto de venda em conformidade com o § 6, (1), do regulamento, e, por outro, pela indicação transmitida pelo símbolo Der Grüne Punkt de uma recolha próximo do domicílio por meio do sistema DSD.

112 Mais amplamente, a recorrente alega que a decisão impugnada terá como resultado que quase todas as embalagens ostentem, na Alemanha, a marca Der Grüne Punkt. Assim, a participação no sistema DSD até ao limite de 1% das embalagens comercializadas poderia permitir a um utilizador do símbolo utilizar gratuitamente essa marca para os 99% restantes. Existiria o risco, portanto, de o sistema DSD ter de tratar embalagens entregues por erro ao seu sistema e em relação às quais não cobraria uma contribuição financeira. Além disso, e quase simultaneamente, tendo em conta a limitação do significado da marca Der Grüne Punkt a uma simples possibilidade de eliminação, os resultados da recolha do sistema DSD deveriam diminuir e esta correria o risco de já não atingir as percentagens legais de valorização.

113 Por outro lado, a recorrente alega que a marca Der Grüne Punkt desempenha igualmente uma função de controlo que permite evitar e perseguir os abusos cometidos pelos fabricantes e pelos distribuidores de embalagens que utilizam o sistema DSD sem pagar contribuição financeira através de controlos efectuados nos pontos de venda, de controlos por triagem ou de controlos pelas autoridades. A este propósito, a decisão impugnada tornaria mais difícil uma protecção efectiva contra o problema dos aproveitadores que quase levou a DSD à falência em 1993.

114 A Comissão, apoiada pelas intervenientes, lembra que, não havendo fraude ou confusão, a função de origem de uma marca, que serve para distinguir ou individualizar a origem de uma mercadoria ou de um serviço, não é afectada. Ora, no caso em apreço, a percepção da marca Der Grüne Punkt pelo consumidor final que compra bens de consumo e que recorre a diferentes sistemas para eliminar as embalagens, resume-se à indicação de que é possível assegurar a eliminação da embalagem pelo sistema da recorrente. Além disso, a marca «Der Grüne Punkt» não desempenha um papel determinante na recolha das embalagens, dado que os baldes do lixo amarelos e os contentores de vidro e de papel utilizados pelo sistema DSD estão longe de ter a indicação dessa marca em todas as zonas de recolha. É, aliás, por essa razão, que os consumidores não associam os pequenos contentores de recolha com o símbolo, mas com o tipo de material em causa.

— Quanto ao bom funcionamento do sistema DSD

115 Após ter inicialmente alegado que as disposições controvertidas relativas à contribuição financeira eram proporcionais aos serviços prestados, na medida em que a remuneração fixa da autorização de utilizar a marca Der Grüne Punkt e da disponibilização do sistema DSD constituía a única solução praticável, por não ser possível determinar exactamente o número de embalagens concretamente entregues ao sistema DSD, a recorrente alegou, na réplica, que a contribuição financeira devida em aplicação das disposições controvertidas valia apenas para as embalagens em relação às quais se recorria ao sistema DSD. Assim, a licença conferida pela DSD por força do contrato de utilização do símbolo vale apenas para as embalagens que

participam no sistema DSD e não para as que pertencem a outro sistema colectivo ou a um sistema individual. Tal restrição da licença às embalagens que ostentam o símbolo Der Grüne Punkt é conforme ao regulamento, que exige uma rotulagem clara das embalagens que participam num sistema colectivo a fim de indicar que o fabricante ou o distribuidor em causa está «dispensado» da obrigação de recolher e de valorizar essas embalagens, que passam a ser da responsabilidade da DSD [decisão do Verwaltungsgerichtshof Kassel (Tribunal Administrativo Superior de Kassel, Alemanha) de 20 de Agosto de 1999]. Ora, tal sistema não poderia funcionar se as embalagens em relação às quais não se recorresse ao sistema DSD ostentassem igualmente o símbolo que identifica esse sistema. Nenhuma disposição do contrato de utilização do símbolo permite ou obriga, portanto, o utilizador do símbolo a apor a marca Der Grüne Punkt nas embalagens em relação às quais não recorre ao sistema DSD e não existe desequilíbrio entre a prestação da DSD (a recolha e a valorização das embalagens) e a contribuição financeira pedida em contrapartida.

116 Quanto à referência feita pela Comissão ao acórdão do Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justiça, Alemanha) de 15 de Março de 2001, proferido no processo BäKo, a recorrente salienta que, nesse acórdão, o Bundesgerichtshof considerou que as disposições contratuais relativas à contribuição financeira não eram adequadas. Pelo contrário, declarou que a recorrente não pode reclamar a integralidade da contribuição financeira em aplicação do artigo 4.º, n.º 1, e do artigo 5.º, n.º 1, do contrato de utilização do símbolo em relação às embalagens que não entram no âmbito da sua competência legal, isto é, as da indústria e das grandes empresas. Com efeito, nessa hipótese, que não é visada na decisão impugnada (nota 14 da decisão impugnada), a recorrente não tinha fornecido o serviço solicitado de assumir as obrigações. Ora, no presente processo, as embalagens em causa ostentam a marca Der Grüne Punkt e caiem indiscutivelmente no âmbito de competência da DSD, isto é, são depositadas no domicílio dos consumidores finais privados aos quais a DSD fornece o serviço de tomada a cargo das obrigações de tratamento e de valorização das embalagens, e isso mesmo quando os consumidores entregam a embalagem por erro a um sistema público de eliminação de resíduos ou a um sistema concorrente de recolha e de valorização das embalagens.

117 A Comissão sublinha que, em caso de recurso ao sistema DSD e a outro sistema colectivo ou a um sistema individual, a relação entre a prestação efectuada pela DSD e a contribuição financeira pedida em contrapartida seria desequilibrada se se limitasse a tomar em consideração a aposição, na embalagem, do símbolo Der Grüne Punkt, porque tal sistema não teria em conta a realidade do serviço fornecido às empresas aderentes.

118 Por outro lado, a Comissão salienta que a argumentação apresentada pela recorrente na réplica, segundo a qual a contribuição financeira se aplica unicamente às embalagens tratadas pelo seu sistema, é contrária à sua prática anterior. A este respeito, a Comissão invoca, por um lado, o acórdão BäKo (n.º 116, *supra*), em que o Bundesgerichtshof declarou que, contrariamente ao que afirmava a DSD, essa empresa não podia deter nenhum crédito contra um dos seus clientes em relação às embalagens que ostentassem a marca Der Grüne Punkt que fossem entregues a empresas de recolha. Por outro lado, a Comissão refere o processo Hetzel, no qual a DSD invocava o contrato de utilização do símbolo para se opor ao pedido de um dos seus clientes no sentido de ser reembolsado da parte da contribuição financeira correspondente às embalagens em relação às quais a DSD não estava em condições de assegurar um serviço que consiste em assumir a obrigação de eliminação [acórdão do Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Regional Superior de Düsseldorf, Alemanha) de 11 de Agosto de 1998, que foi objecto de recurso para o Bundesgerichtshof].

c) Apreciação do Tribunal

i) Quanto ao abuso caracterizado na decisão impugnada

119 Segundo a decisão impugnada, o comportamento da DSD consistente em exigir o pagamento de uma contribuição financeira em relação à totalidade das embalagens comercializadas na Alemanha com o símbolo Der Grüne Punkt, mesmo quando é feita a prova de que, no que respeita à quantidade de embalagens em relação à qual o

fabricante ou o distribuidor não recorre ao sistema DSD, as obrigações de recolha e de valorização previstas no regulamento são cumpridas através de outro sistema colectivo ou de um sistema individual, constitui um abuso de posição dominante (v. n.º 58 *supra*). Os efeitos desse abuso são, segundo a decisão impugnada, duplos, e caracterizam ao mesmo tempo um abuso de exploração dos clientes da DSD, devido à desproporção entre a remuneração exigida e o serviço prestado, e uma barreira à entrada de empresas concorrentes propondo soluções alternativas ao sistema DSD, tendo em conta os custos ligados à co-utilização de um sistema diferente do sistema DSD (v. n.º 50 *supra*).

120 A este propósito deve recordar-se que o conceito de exploração abusiva é um conceito objectivo que visa os comportamentos de uma empresa em posição dominante susceptíveis de influenciar a estrutura de um mercado onde, devido precisamente à presença da empresa em questão, o grau de concorrência já está enfraquecido e que têm como consequência a criação de obstáculos, recorrendo a meios diferentes dos que regem uma concorrência normal entre produtos ou serviços com base nas prestações dos operadores económicos, à manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou ao desenvolvimento desta concorrência (acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche/Comissão, 85/76, Colect., p. 217, n.º 91).

121 Em particular, resulta do artigo 82.º, n.º 2, alínea a), CE que tal prática abusiva pode, nomeadamente, consistir em impor de forma directa ou indirecta preços ou condições de transacção não equitativas. Assim, há exploração abusiva quando uma empresa em posição dominante exige pelos seus serviços remunerações desproporcionadas em relação ao valor económico da prestação fornecida (acórdãos do Tribunal de Justiça de 13 de Novembro de 1975, General Motors/Comissão, 26/75, Recueil, p. 1367, Colect., p. 467, de 14 de Fevereiro de 1978, United Brands/ /Comissão, 27/76, Colect., p. 77, n.ºs 235 a 268, e de 11 de Novembro de 1986, British Leyland/Comissão, 226/84, Colect., p. 3263, n.ºs 27 a 30).

122 Da mesma forma, uma empresa em posição dominante pode entravar de maneira abusiva a entrada de concorrentes, vinculando, de direito ou de facto, os compradores aos seus serviços, impedindo-os assim de se abastecerem junto de fornecedores concorrentes (v., neste sentido, acórdão Hoffmann-La Roche/Comissão, já referido, n.º 90).

ii) Quanto à exclusividade reivindicada pela recorrente

123 Neste contexto, o principal argumento avançado pela recorrente na sua petição é que a concorrência entre os sistemas só pode efectuar-se em consideração, por um lado, do facto de o fabricante ou o distribuidor em causa transferir para a DSD as embalagens em relação às quais deseja ser dispensado da obrigação de recolha e de valorização imposta no regulamento, e por outro, do facto de o consumidor final dever poder identificar claramente as embalagens que pode entregar ao sistema DSD e as que pode entregar a outro sistema colectivo ou a um sistema individual (v. n.º 115 *supra*).

124 A marca Der Grüne Punkt permite, assim, ao mesmo tempo, indicar quais são as embalagens transferidas para a DSD, e, portanto, dispensadas das obrigações de recolha e de valorização que incumbem ao fabricante e ao distribuidor, e indicar ao consumidor o que deve fazer, o que permite garantir a realização da missão confiada à DSD por esse fabricante ou por esse distribuidor de embalagens. Por consequência, só as embalagens em relação às quais se recorre ao sistema DSD devem ser marcadas com o símbolo Grüne Punkt correspondente a esse sistema, uma vez que se trata das embalagens em relação às quais a recorrente dispensa contratual e legalmente o fabricante ou o distribuidor em causa da sua obrigação de recolha e de valorização decorrente do regulamento. Além disso, o facto de a embalagem em causa ser objecto apenas de uma simples indicação quanto ao sistema de recolha e

de valorização a utilizar permite influenciar o comportamento do consumidor final que, assim, não seria defraudado por outras indicações que o levem a devolver essa embalagem a outro sistema.

125 Na base desta argumentação, a recorrente alega que o seu regime de contribuição financeira não constitui um abuso à luz do artigo 82.º CE, dado que esse regime limita a remuneração devida em contrapartida da prestação de recolha e de valorização através do sistema DSD unicamente às embalagens que ostentam o símbolo Der Grüne Punkt em relação às quais o fabricante ou o distribuidor de embalagens pediu para ser dispensado das suas obrigações decorrentes do regulamento. A título de exemplo, isso significa que, se um fabricante ou um distribuidor de embalagens decidisse comercializar 100 embalagens na Alemanha e confiar a recolha e a valorização de metade dessas embalagens à DSD, deveria apor o símbolo Der Grüne Punkt em 50 embalagens para indicar que essas 50 embalagens se destinam a ser recolhidas e valorizadas pela DSD à qual confiou a responsabilidade de tratar essas embalagens. Se esse fabricante ou distribuidor decidisse apor o símbolo nas 100 embalagens que comercializa, deveria pagar uma contribuição financeira calculada nessa base — e isso mesmo que, concretamente, somente 50 embalagens se encontrassem no sistema DSD — dado que a DSD seria potencialmente obrigada a recolher e a valorizar as 100 embalagens com o símbolo Der Grüne Punkt que lhe fossem confiadas em aplicação do regulamento. A extensão da contribuição financeira paga em virtude do contrato de utilização do símbolo dependeria, assim, do número de embalagens com o símbolo Der Grüne Punkt.

126 No entanto, a recorrente não contesta o facto de o fabricante ou o distribuidor de embalagens poder combinar o sistema DSD com outro sistema colectivo ou com um sistema individual a fim, nomeadamente, de evitar pagar um serviço que não é concretamente assegurado pelo sistema DSD (v. n.º 46 *supra*). Todavia, em tal hipótese, a recorrente sustenta que esse fabricante ou distribuidor deveria estar em condições — antes de entregar o produto ao consumidor final — de distinguir as embalagens em relação às quais recorre ao sistema DSD daquelas em que recorre a outro sistema. Para retomar o exemplo já referido, isso significaria que, em relação à outra metade das 100 embalagens colocadas no mercado, o fabricante ou distribuidor deveria revelar a participação num sistema colectivo diferente do

sistema DSD através de uma menção na embalagem ou de qualquer outra medida adequada ou certificar-se, em caso de recurso a um sistema individual, que o distribuidor assinalasse ao consumidor final a possibilidade de restituição da embalagem no ponto de venda. De qualquer forma, a recorrente considera que o símbolo Der Grüne Punkt não poderia ser aposto nas 50 embalagens em relação às quais esse fabricante não recorresse ao sistema DSD.

127 Seguindo a argumentação da recorrente, o símbolo Der Grüne Punkt é exclusivo e não pode ser utilizado conjuntamente com outra indicação susceptível de identificar um sistema concorrente do sistema DSD. Segundo a recorrente, as embalagens marcadas com o símbolo Der Grüne Punkt pertencem exclusivamente ao seu sistema e não podem ser tomadas em conta por outro sistema.

128 Para sustentar esta argumentação e contestar o conteúdo da decisão impugnada, a recorrente invoca tanto o modo como se exerce a concorrência (v. n.º 93), que, em sua opinião, pode desenrolar-se com base numa marcação exclusiva das embalagens em função do sistema utilizado (v. n.º 95), como o regulamento (v. n.os 98 a 101), o direito das marcas (v. n.os 103 a 113) e as necessidades próprias ao funcionamento do sistema DSD (v. n.os 115 e 116), que impõem a referida marcação exclusiva em caso de utilização do sistema DSD.

iii) Quanto às modalidades de funcionamento dos sistemas mistos

129 O exame da argumentação da recorrente obriga o Tribunal a verificar as suas premissas. Importa, nomeadamente, determinar se, como afirma a recorrente, o

fabricante ou o distribuidor de embalagens transfere para a DSD um número determinado de embalagens destinadas a ostentar o símbolo Der Grüne Punkt e se, o que a recorrente contesta, as embalagens confiadas à DSD podem participar ao mesmo tempo num sistema de recolha e de valorização diferente do sistema DSD.

130 Na audiência, as partes foram interrogadas sobre as modalidades de funcionamento dos sistemas mistos a fim de permitir ao Tribunal saber qual o papel da embalagem enquanto tal, mais concretamente, da embalagem com o símbolo Der Grüne Punkt, na execução das obrigações de recolha e de valorização impostas no regulamento. Essa exposição, sob forma contraditória, permitiu ao Tribunal chegar às seguintes conclusões.

131 Em primeiro lugar, há que salientar que as percentagens de valorização previstas no anexo I do § 6 do regulamento alemão sobre as embalagens são calculadas em percentagem da massa de matéria comercializada efectivamente recolhida e valorizada e não em função do número ou do tipo de embalagens em causa, quer ostentem ou não um símbolo identificador de um sistema colectivo. O ponto 1 (1), do anexo I do § 6 do regulamento determina, assim, que os fabricantes e os distribuidores de embalagens devem satisfazer as exigências relativas à valorização das embalagens que comercializaram e que o mesmo acontece no que diz respeito aos operadores de sistemas colectivos quanto às embalagens pelas quais os fabricantes ou os distribuidores participam em tais sistemas. A este propósito, é especificado no ponto 1 (2), do anexo I do § 6 do regulamento que as quantidades de embalagens pertinentes são determinadas «em percentagem da massa», trate-se das embalagens comercializadas pelo fabricante ou pelo distribuidor ou das embalagens pelas quais o fabricante ou o distribuidor participa num sistema colectivo. Além disso, desde 1 de Janeiro de 2000, os sistemas individuais e os sistemas colectivos estão sujeitos às mesmas percentagens de valorização por matéria (considerando 19 da decisão impugnada).

132 Em segundo lugar, decorre do que precede que a repartição das quantidades de embalagens entre os diferentes sistemas, decidida pelo fabricante ou pelo

distribuidor de embalagens, não tem por objecto quantidades de embalagens pré-definidas mas as massas de matéria que correspondem a essas embalagens. Na prática, isso significa que, quando um fabricante de embalagens decide confiar à DSD a recolha e a valorização de metade das embalagens em matéria plástica que comercializa na Alemanha, a DSD fica incumbida de recolher e de valorizar uma quantidade de matéria correspondente a metade dessas embalagens. Para satisfazer as percentagens de valorização previstas no regulamento, a DSD deve, portanto, demonstrar às autoridades alemãs ter submetido a valorização 60% da massa de plástico que lhe foi confiada por esse fabricante (sendo 60% a percentagem de valorização aplicável ao plástico). Da mesma forma, se o fabricante pode demonstrar ter transferido para a DSD a sua obrigação de recolha e de valorização no que respeita a metade da quantidade de plástico comercializada, deve, por outro lado, provar que recolheu e valorizou a quantidade de matéria restante, correspondente à outra metade, através de um sistema individual ou de outro sistema colectivo.

133 Em terceiro lugar, a partir do momento em que as percentagens de valorização previstas no regulamento são alcançadas e que a repartição das quantidades de embalagens entre sistemas se efectua com base nas massas de matérias em causa e não em função das embalagens enquanto tais, quer ostentem ou não o símbolo Der Grüne Punkt, este não tem o papel e a importância que lhe dá a recorrente. Assim, um fabricante ou um distribuidor de embalagens que decide confiar à DSD a recolha e a valorização de uma parte das embalagens que comercializa na Alemanha e assegurar ele próprio a recolha e a valorização da outra parte dessas embalagens, através de um sistema individual, ou confiando-a a outro sistema colectivo, apenas deve repartir as quantidades de matérias entre os diferentes sistemas em causa sem se preocupar em definir concretamente o comportamento do consumidor final, contrariamente ao que a recorrente afirma.

134 Para retomar o exemplo concreto da cadeia de restauração rápida evocado na audiência, isto significa que, quando o consumidor final compra uma sanduíche vendida numa embalagem destinada a conservar o calor, esse consumidor pode livremente decidir consumir o produto no local e colocar a embalagem nos

recipientes colocados pela cadeia de restauração rápida, no quadro do seu sistema individual, ou levar esse produto para casa para entregar em seguida a embalagem nas instalações de recolha da DSD situadas perto do seu domicílio. Essa embalagem pode, portanto, ser entregue nos dois sistemas de recolha e de valorização propostos pela cadeia de restauração rápida para satisfazer as obrigações previstas no regulamento.

135 Contrariamente ao que alega a recorrente (v. n.º 112), o facto de a embalagem em causa ostentar eventualmente o símbolo Der Grüne Punkt, apesar de poder ser recolhida e valorizada por outro sistema, não põe em causa o bom funcionamento do sistema DSD, dado que o que importa, na relação contratual entre a recorrente e o fabricante ou o distribuidor de embalagens, é garantir que as quantidades de matéria a valorizar colocadas no mercado sejam efectivamente recolhidas e valorizadas para atingir as percentagens previstas no regulamento. Ora, como acima se afirmou, a satisfação dessas percentagens em relação ao sistema DSD não assenta no facto de saber se a embalagem em causa ostenta ou não o símbolo Der Grüne Punkt.

136 Deste modo, na hipótese de uma cadeia de restauração rápida comercializar 100 toneladas de plástico num dado ano, e de saber, tendo em conta os resultados do ano anterior, que 50 dessas 100 toneladas se encontram no seu próprio sistema individual, deve recorrer a um sistema colectivo para demonstrar que as outras 50 toneladas de plástico colocadas no mercado serão recolhidas e valorizadas em conformidade com as obrigações do regulamento. Se o comportamento dos clientes dessa cadeia de restauração rápida for conforme a essa repartição das quantidades, ou seja, 50 toneladas de plástico a recolher e valorizar através de uma sistema individual e outras 50 toneladas de plástico a recolher e valorizar através de um sistema colectivo, as percentagens de valorização dos diferentes sistemas em causa serão alcançadas.

137 Se, todavia, o comportamento dos clientes dessa cadeia não for conforme à repartição antecipada das quantidades, são accionados mecanismos de correcção a

fim de tomar em conta essa realidade. Por exemplo, se somente 10 toneladas de plástico se encontrarem no sistema individual, a cadeia de restauração rápida deve adquirir então as 40 toneladas de plástico em falta junto dos sistemas que se encontram em situação de excedente por terem tido de recolher e valorizar 40 toneladas de plástico suplementares. Da mesma forma, se 90 toneladas de plástico se encontrarem no sistema individual, a cadeia de restauração rápida poderá pedir a redução da sua contribuição financeira ao sistema colectivo em causa, na medida em que essa cadeia demonstre que retomou e valorizou 40 das 50 toneladas que lhe tinham sido confiadas. Estas possibilidades de rectificação permitem garantir que cada sistema satisfaz as obrigações prescritas no regulamento, sendo simultaneamente remunerado em função do serviço efectivamente prestado.

138 Tais possibilidades de rectificação das quantidades de matéria atribuídas contratualmente em função dos resultados concretos da recolha e da valorização existem igualmente no caso de um fabricante ou um distribuidor de embalagens decidir recorrer a dois ou a vários sistemas colectivos, tal como o sistema DSD e o sistema Landbell. A título incidental, deve, aliás, salientar-se que essas possibilidades de rectificação foram concretizadas num acordo de compensação, invocado na audiência, que permite aos diferentes gestores de sistema partilhar as quantidades de matéria valorizadas pelas empresas de recolha às quais recorrem em consideração das quantidades de matéria pelas quais são responsáveis por força dos contratos assinados com os fabricantes e com os distribuidores de embalagens.

139 Por consequência, resulta do que precede que o fabricante ou o distribuidor de embalagens não transfere para a DSD um número determinado de embalagens destinadas a ostentar o símbolo Der Grüne Punkt, mas antes uma quantidade de matéria que esse fabricante ou esse distribuidor vai comercializar na Alemanha e cuja recolha e valorização pretende confiar ao sistema DSD. É, portanto, possível um fabricante ou um distribuidor de embalagens recorrer a sistemas mistos para dar cumprimento às percentagens de valorização fixadas no regulamento.

iv) Quanto às críticas da recorrente relativas à análise exposta na decisão impugnada

140 Essa exposição das modalidades práticas de funcionamento dos sistemas mistos permite apreciar o alcance das críticas da recorrente relativas à análise exposta na decisão impugnada.

141 A título preliminar, deve recordar-se que só as disposições do contrato de utilização do símbolo relativas à contribuição financeira são qualificadas de abusivas pela decisão impugnada (a saber, o artigo 4.°, n.° 1 e o artigo 5.°, n.° 1, do contrato). A decisão impugnada não critica, portanto, o facto de o artigo 3.°, n.° 1, do contrato impor ao fabricante ou ao distribuidor que deseja utilizar o sistema DSD a aposição do símbolo Der Grüne Punkt em cada embalagem notificada e destinada ao consumo interno. Em contrapartida, a Comissão considera abusivo o comportamento da DSD consistente em exigir o pagamento de uma contribuição financeira em relação à totalidade das embalagens comercializadas na Alemanha com o referido símbolo quando ficou provado que algumas dessas embalagens foram recolhidas e valorizadas por outro sistema colectivo ou por um sistema individual.

— Quanto à alegação de que não é necessário apor o símbolo Der Grüne Punkt em todas as embalagens em caso de recurso a um sistema misto devido à possibilidade de utilizar uma marcação selectiva em função do sistema utilizado

142 Em primeiro lugar, quanto ao argumento da recorrente segundo o qual não é necessário que o símbolo Der Grüne Punkt figure na embalagem em caso de recurso

a um sistema misto, tendo em conta a possibilidade de apor ou não a marca Der Grüne Punkt nas embalagens em função do sistema a que se recorre, resulta do que precede que nenhuma disposição do regulamento impõe a marcação selectiva das embalagens.

143 Além disso, como se expõe na decisão impugnada (considerandos 103 a 107), a marcação selectiva das embalagens em função do sistema utilizado terá por consequência acarretar custos acrescidos não desprezíveis para os fabricantes e para os distribuidores que desejassem comercializar uma embalagem uniforme na Europa ou recorrer a sistemas mistos, devido à necessidade de intervir na fase da linha de embalagens e de controlar a sua comercialização até à fase da entrega ao consumidor final. Além disso, é muito possível que tais esforços sejam inúteis, tendo em conta o facto de ser o consumidor final e não o fabricante ou o distribuidor que decide do local de recolha e de valorização da embalagem. De qualquer forma, na a sua argumentação, a recorrente não contesta que a marcação selectiva tem por efeito dissuadir os fabricantes e os distribuidores de embalagens de recorrerem a outros sistemas que não o sistema DSD, o que constitui, precisamente, um dos efeitos do comportamento da DSD qualificado de abusivo na decisão impugnada (considerandos 114 e 115 da decisão impugnada).

144 De resto, há que salientar que os exemplos de marcações selectivas citados pela recorrente não se enquadram no âmbito de aplicação da decisão impugnada, na medida em que dizem respeito a sectores em relação aos quais uma parte das embalagens em causa, a que é destinada a clientes profissionais, se situa fora do domínio de intervenção das recorrente, que se ocupa de embalagens destinadas ao consumidor final.

145 Consequentemente, há que reconhecer que a solução da marcação selectiva, preconizada pela recorrente, não é imposta no regulamento e não permite pôr temo ao abuso caracterizado na decisão impugnada.

— Quanto aos argumentos baseados na inexistência de eliminação da concorrência

146 Em segundo lugar, no que toca aos argumentos da recorrente segundo os quais a concorrência não é eliminada pelo comportamento controvertido da DSD, dado que as quantidades de embalagens atribuídas aos sistemas individuais aumentaram 60% entre 1997 e 2000 e que alguns clientes da DSD passaram do seu sistema para outro sistema colectivo (v. n.º 95 *supra*), deve salientar-se que esses dados não contemplam o caso dos sistemas mistos que utilizam, em parte, o sistema DSD e, em parte, outro sistema colectivo ou um sistema individual.

147 Além disso, o aumento das quantidades atribuídas aos sistemas individuais citado pela recorrente não se afigura determinante face aos dados comunicados pela Comissão na tréplica, na medida em que em 1997 muito poucas embalagens eram efectivamente recuperadas por sistemas individuais e que em 2000 somente 333 000 toneladas foram recolhidas por sistemas individuais, ou seja, apenas 6% dos 5,5 milhões de toneladas recolhidas pelo sistema DSD nesse ano.

148 De qualquer forma, esses dados não bastam para pôr em causa a apreciação da Comissão, na decisão impugnada, no que respeita ao carácter abusivo, à luz do artigo 82.º CE, do comportamento da DSD que consiste em exigir o pagamento de uma contribuição financeira em relação à totalidade das embalagens comercializadas na Alemanha com o símbolo Der Grüne Punkt, apesar de ter sido feita prova de que algumas dessas embalagens foram recolhidas e valorizadas por outro sistema colectivo ou por um sistema individual.

149 O argumento baseado no desenvolvimento dos sistemas individuais e da passagem de alguns clientes do sistema DSD para outro sistema colectivo deve, portanto, ser rejeitado.

— Quanto à necessidade de garantir os objectivos do regulamento

150 Em terceiro lugar, no que diz respeito à necessidade de garantir os objectivos do regulamento permitindo à recorrente impor que as embalagens que são confiadas ao sistema DSD ostentem exclusivamente o símbolo Der Grüne Punkt (v. n.os 98 a 101 *supra*), resulta da exposição das modalidades práticas do funcionamento dos sistemas mistos que tal exclusividade não é imposta no regulamento em caso de recurso a sistemas mistos. Além disso, o exame dessas modalidades práticas permite concluir que o símbolo não tem a incidência que lhe atribui a recorrente, dado que as percentagens de valorização que devem ser atingidas para respeitar as obrigações de recolha e de valorização enunciadas no regulamento são calculadas em função da matéria recolhida e não em função da marca aposta nas embalagens.

151 A este propósito, no que respeita à determinação do papel desempenhado pelo consumidor final, importa salientar que a recorrente está de acordo em reconhecer que é impossível determinar com exactidão *ex ante* se uma embalagem concreta será efectivamente eliminada pelo sistema DSD. Além disso, a recorrente não pode validamente contestar que, em resposta a uma questão da Comissão que desejava saber se era exacto que, «segundo o regulamento [sobre as] embalagens, o consumidor final poderá escolher livremente se deixa a embalagem no ponto de venda ou a vai lá devolver, ou a [submete a eliminação] perto do seu local de residência», as autoridades alemãs responderam que «[o] Regulamento [sobre as] embalagens não contém qualquer disposição expressa que obrigue o consumidor final a uma devolução» e que se «[a]plica, por conseguinte, o pressuposto contido na pergunta» (v. observações das autoridades alemãs, resposta à questão 1.b.aa; reproduzida na decisão impugnada, considerando 20, nota 8. Quanto a este ponto, a recorrente não pode alegar que o conceito de «eliminação perto do local de residência» visa a eliminação por meio do sistema público de eliminação de resíduos e não o recurso a um sistema colectivo, dado que resulta claramente do título da questão n.º 1 colocada pela Comissão, que tem por objecto os meios de respeitar as percentagens de valorização previstas no regulamento, e do conteúdo das observações das autoridades alemãs em resposta à questão n.º 1.a, que especifica

que a recolha perto do domicílio do consumidor final se efectua através de um sistema colectivo e que esse conceito remete para um sistema colectivo na acepção do § 6, (3), do regulamento.

152 Por consequência, nenhum dos argumentos apresentados pela recorrente permite pôr em causa a decisão impugnada na medida em que indica que o regulamento deixa ao consumidor final a liberdade de decidir, em caso de sistema misto, a que sistema devolve a embalagem (considerandos 138, 141 e 145 da decisão impugnada).

153 Por outro lado, no que diz respeito à possibilidade de indicar ao consumidor que uma embalagem pode ser recolhida e valorizada por vários sistemas, resulta da decisão impugnada (considerandos 141 e 145) que os diferentes modos de publicidade previstos no regulamento — isto é, a rotulagem ou qualquer outro meio adequado para os sistemas colectivos [ponto 4, (2), do anexo I do § 6, (1), terceira frase, do regulamento] e a possibilidade de restituição da embalagem no ponto de venda para os sistemas individuais [§ 6, (1), terceira frase, do regulamento] — permitem informar o consumidor final das diferentes possibilidades de restituição propostas para a embalagem em causa sem, com isso, validar a argumentação da recorrente, segundo a qual a aposição do símbolo Der Grüne Punkt numa embalagem tem por efeito impedir a recolha e a valorização por um sistema diferente do sistema DSD.

154 A este propósito, há que recordar que não é precisado no regulamento que o símbolo Der Grüne Punkt não pode figurar nas embalagens recolhidas no quadro de um sistema colectivo concorrente ou de um sistema individual se respeitarem as condições impostas no regulamento para identificar o sistema utilizado em combinação com o sistema DSD. Tais indicações podem ser cumulativas e uma mesma embalagem pode, assim, participar em vários sistemas ao mesmo tempo. É neste sentido que a Comissão interpreta, com razão, o conteúdo da obrigação de

transparência definida pelas autoridades alemãs nas suas observações, segundo as quais deve definir-se claramente, tanto perante os consumidores como perante as autoridades, quais as embalagens submetidas à obrigação de recolha nos pontos de venda ou nas imediações destes e quais as que não estão sujeitas a essa obrigação (resposta à questão 2.a, última frase; considerandos 20, 141 e 142 da decisão impugnada).

155 Os argumentos relativos à necessidade de garantir os objectivos do regulamento devem ser, portanto, rejeitados.

— Quanto às justificações relativas ao direito das marcas

156 Em quarto lugar, no que toca aos argumentos da recorrente relativos ao direito das marcas (v. n.os 103 a 113 *supra*), há que salientar que o facto de o símbolo Der Grüne Punkt e a indicação de um «meio adequado» que designa outro sistema colectivo na acepção do ponto 4, (2), do anexo I do § 6 do regulamento, figurarem na mesma embalagem, em caso de utilização conjunta de dois sistemas colectivos, e o facto de constarem de uma embalagem o símbolo Der Grüne Punkt e a indicação de uma possibilidade de devolução no ponto de venda, em caso de utilização conjunta do sistema DSD e de um sistema individual, não põe em causa a função essencial da marca DSD (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 5 de Outubro de 1988, Volvo, 238/87, Colect., p. 6211, n.º 9, e Magill, já referido, n.os 49 e 50; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 16 de Dezembro de 1999, Micro Leader/Comissão, T-198/98, Colect., p. II-3989, n.º 56). Com efeito, como se indica na decisão impugnada, resulta de um acórdão do Kammergericht Berlin de 14 de Junho de 1994 que essa marca indica «quanto ao tipo de circulação em causa, somente que o produto assim marcado pode ser submetido à gestão de resíduos do sistema [DSD]» sem fornecer indicações quanto à qualidade do serviço proposto (considerando 145 da decisão impugnada). Além disso, em caso de atribuição de uma parte das embalagens a um concorrente da DSD, o consumidor é livre de decidir se manda valorizar a embalagem pelo sistema DSD ou pelo sistema concorrente.

157 Assim, uma vez que a função do símbolo Der Grüne Punkt é identificar a possibilidade de eliminação da embalagem em causa através do sistema DSD e que esse símbolo pode ser aposto conjuntamente com outros sinais ou outros mecanismos que permitam identificar outra possibilidade de eliminação por um sistema individual ou por um sistema colectivo concorrente, não pode alegar-se que a decisão impugnada constitua uma violação desproporcionada do direito das marcas ou, de qualquer forma, uma violação não justificada pela necessidade de evitar um abuso de posição dominante na acepção do artigo 82.º CE.

158 A este respeito, a crítica formulada pela recorrente sobre a utilização que é feita, na decisão impugnada, do acórdão do Kammergericht Berlin (v. n.º 109 *supra*) não é pertinente. Essa crítica limita-se a salientar o contexto particular em que intervém o acórdão, no qual o Kammergericht Berlin refuta a ideia segundo a qual o símbolo Der Grüne Punkt pode dar indicações sobre a qualidade do serviço de eliminação dos resíduos, sem pôr em causa a conclusão a que chega a Comissão, isto é, que a mesma embalagem pode conter várias indicações que informem o consumidor sobre a conduta a adoptar no que respeita aos diferentes sistemas susceptíveis de recolher e de valorizar a embalagem em questão. O exemplo, exposto acima, da cadeia de restauração rápida ilustra assim o significado concreto da marca Der Grüne Punkt quando é aposta numa embalagem de cuja recolha e valorização também se pode ocupar outro sistema.

159 Quanto aos argumentos relativos aos inquéritos de opinião fornecidos pela recorrente (v. n.º 110 *supra*), deve salientar-se que os resultados desses inquéritos não põem em causa o raciocínio exposto na decisão impugnada. Com efeito, é lógico que os consumidores identifiquem o símbolo Der Grüne Punkt aposto na embalagem como sendo a indicação de que esta pode ser entregue nas instalações de recolha situadas próximo do seu domicílio. No entanto, isso não permite conhecer as reacções desses consumidores perante uma embalagem em que são apostos vários símbolos que identificam sistemas colectivos. Ora, a Comissão e as intervenientes indicam, a este propósito, o que foi confirmado na audiência, que as instalações de recolha utilizadas por esses sistemas são geralmente as mesmas e que a maior parte das vezes o consumidor deposita as embalagens nessas instalações em

função da matéria utilizada e não em função do símbolo que figura na embalagem. Da mesma forma, no que diz respeito à hipótese de um sistema misto que combina o sistema DSD e um sistema individual, a indicação segundo a qual 48,4% dos consumidores não compreendem as indicações contraditórias que remetem para esses dois sistemas não parece pertinente tendo em conta o facto de que tais indicações mais não fazem do que indicar a livre escolha oferecida ao consumidor em caso de sistema misto e de que, por isso, não podem suscitar uma contradição, como ilustra o exemplo da cadeia de restauração rápida examinado acima.

160 Além disso, há que salientar que o argumento deduzido da fraude ao público visado pela marca não pode proceder (v. n.º 111 *supra*), dado que o contrato de utilização do símbolo diz respeito apenas aos utilizadores do referido símbolo, isto é, aos fabricantes e aos distribuidores de embalagens que recorrem ao sistema DSD, e não aos consumidores.

161 De resto, deve observar-se que aceitar a exclusividade reivindicada pela recorrente teria por único efeito impedir os fabricantes e distribuidores de embalagens de recorrerem a um sistema misto e legitimar a possibilidade de a recorrente ser remunerada por um serviço que os interessados demonstraram que não foi concretamente efectuado, uma vez que foi confiado a outro sistema colectivo ou a um sistema individual segundo as modalidades definidas no artigo 1.º da decisão impugnada.

162 Os argumentos relativos ao direito das marcas devem, portanto, ser rejeitados, pois a função própria da marca Der Grüne Punkt não é posta em causa pela existência de sistemas mistos.

— Quanto ao bom funcionamento do sistema DSD

163 Por último, no que toca aos argumentos relativos à necessidade de respeitar o bom funcionamento do sistema DSD (v. n.os 115 e 116 *supra*), resulta do que precede que este não é posto em causa no caso de sistemas mistos. De qualquer forma, as necessidades próprias do funcionamento do sistema DSD não podem justificar o comportamento da recorrente, caracterizado nos acórdãos BäKo do Bundesgerichtshof e Hertzel do Oberlandesgericht Düsseldorf, citados pela Comissão (v. n.os 116 e 118 *supra*), consistindo as diferentes denúncias apresentadas à Comissão (considerandos 3 e 6 da decisão impugnada) e a tese apresentada inicialmente pela DSD na petição (v. n.º 115 *supra*) em exigir o pagamento de uma contribuição financeira em relação à totalidade das embalagens comercializadas na Alemanha com o símbolo Der Grüne Punkt, apesar de ter sido feita prova de que algumas dessas embalagens foram recolhidas e valorizadas por outro sistema colectivo ou por um sistema individual.

Conclusão

164 Resulta do que precede que, em conformidade com o que é indicado na decisão impugnada, nem o regulamento sobre as embalagens, nem o direito das marcas, nem as necessidades próprias do funcionamento do sistema DSD autorizam a recorrente a exigir às empresas que recorrem ao seu sistema o pagamento de uma contribuição financeira em relação à totalidade das embalagens comercializadas na Alemanha com o símbolo Der Grüne Punkt, quando essas empresas demonstram que não recorrem ao sistema DSD em relação a uma parte ou à totalidade dessas embalagens.

165 Por consequência, o primeiro fundamento deve ser julgado improcedente.

2. *Quanto ao segundo fundamento, relativo à violação do artigo 3.º do Regulamento n.º 17 e à violação do princípio da proporcionalidade*

166 A recorrente afirma que, segundo o artigo 3.º do Regulamento n.º 17, a Comissão pode, mediante decisão, obrigar as empresas a pôr termo à infracção declarada. A decisão destinada a fazer cessar a infracção deve respeitar o princípio da proporcionalidade e apenas pode, por conseguinte, ordenar o que for adequado e necessário para pôr termo à infracção e para restabelecer a legalidade à luz das regras que foram violadas (acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Julho de 1991, ITP/Comissão, T-76/89, Colect., p. II-575, n.º 80, e de 8 de Junho de 1995, Langnese-Iglo/Comissão, T-7/93, Colect., p. II-1533, n.º 209). Ora, no caso em apreço, as medidas impostas pelos artigos 3.º, 4.º e 5.º da decisão impugnada não satisfazem essas exigências.

a) Quanto à marcação selectiva

167 Em substância, a recorrente alega que a marcação selectiva das embalagens em função do sistema utilizado é mais adequada do que a obrigação imposta na decisão impugnada.

168 A recorrente salienta que, na decisão impugnada, a Comissão indica que, para os clientes da DSD, a rotulagem selectiva de uma embalagem uniforme (com ou sem a marca Der Grüne Punkt) fracassaria «num número não negligenciável de casos, por questões de ordem económica» (considerando 103 da decisão impugnada). Por conseguinte, não deveria ser imposta uma licença obrigatória nos casos em que a rotulagem selectiva não fracassasse por questões de ordem económica. Em tais casos, segundo a recorrente, um abuso de posição dominante estaria *per se* excluído e as medidas previstas no artigo 3.º e no artigo 4.º, n.º 1, da decisão impugnada seriam desproporcionadas.

169 A Comissão sublinha que a decisão impugnada contempla hipóteses em que todas as embalagens são idênticas e expõe as razões pelas quais não seria realista pedir aos fabricantes e aos distribuidores de embalagens diferenciar as embalagens consoante o sistema de recolha e de valorização a que se recorre.

170 O Tribunal lembra que, na fase da caracterização do abuso de posição dominante, a decisão impugnada examinou a argumentação da DSD segundo a qual os fabricantes e distribuidores de embalagens que recorrem ao seu sistema deviam estar em condições de renunciar a apor o símbolo Der Grüne Punkt nas embalagens não pertencentes ao sistema DSD. Segundo a decisão impugnada, a marcação selectiva das embalagens, em função do sistema utilizado, não constitui uma solução adequada susceptível de permitir aos fabricantes e aos distribuidores de embalagens utilizar um sistema individual ou outro sistema colectivo em combinação com o sistema DSD. Com efeito, a Comissão considera que isso implicaria um acréscimo significativo dos custos de produção e de distribuição (considerandos 104 e 105 da decisão impugnada); que é difícil ou mesmo impossível controlar o trajecto real das embalagens no canal de distribuição e de venda (considerando 106 da decisão impugnada) e que cabe ao consumidor decidir do local de entrega em caso de recurso a um sistema individual e a um sistema colectivo (considerando 107 da decisão impugnada).

171 É neste contexto que deve compreender-se o excerto da decisão impugnada, citado pela recorrente, nos termos do qual prescindir de apor o símbolo Der Grüne Punkt nas embalagens não pertencentes ao sistema DSD «fracassaria, num número não negligenciável de casos, por questões de ordem económica» (considerando 103 da decisão impugnada).

172 Mesmo assim, não pode deduzir-se dessa apreciação que as medidas impostas nos artigos 3.º a 5.º da decisão impugnada sejam desproporcionadas. Com efeito, essas medidas limitam-se a obrigar a DSD a não cobrar uma contribuição financeira sobre a totalidade das embalagens marcadas com o símbolo Der Grüne Punkt quando for

demonstrado que uma parte dessas embalagens foi recolhida e valorizada por outro sistema. Ora, como resulta do exame das modalidades de funcionamento dos sistemas mistos, efectuado no quadro do primeiro fundamento (v. n.os 131 a 138, *supra*), a concorrência entre sistemas efectua-se com base nas quantidades de matéria a valorizar e não em função de quantidades pré-definidas de embalagens pertencentes exclusivamente — através nomeadamente da marcação selectiva — a um ou outro dos sistemas a que se recorre. Além disso, tais medidas não põem em causa de forma desproporcionada os interesses da DSD, pois esta continua a ser remunerada pelo serviço que assegura, isto é, pela recolha e pela valorização das quantidades de matéria confiadas pelos fabricantes e pelos distribuidores de embalagens que aderem ao seu sistema.

173 Por isso, o facto de poder ser teoricamente possível apor selectivamente o símbolo nas embalagens não pode ter por consequência a anulação das medidas antes referidas, dado que essa solução é mais dispendiosa e difícil de executar para os fabricantes e para os distribuidores de embalagens do que as medidas definidas nos artigos 3.° a 5.° da decisão impugnada, que visam somente limitar a remuneração do serviço proposto pela DSD ao serviço efectivamente prestado pelo seu sistema.

174 De resto, aceitar o princípio da marcação selectiva equivaleria, para a Comissão, a permitir à DSD continuar a abusar da sua posição dominante, na medida em que se correria o risco de os custos ligados a essa solução e as dificuldades práticas da sua execução dissuadirem os clientes da DSD de recorrer a um sistema diferente do sistema DSD para recolher e valorizar na Alemanha uma parte (categoria n.os 1 e 2) ou a totalidade das suas embalagens (categoria n.° 3).

175 Por consequência, há que rejeitar esta primeira crítica.

b) Quanto à imposição de uma licença obrigatória sem restrição no tempo

176 A recorrente sustenta que o artigo 3.º e o artigo 4.º, n.º 1, da decisão impugnada são desproporcionados porque obrigam a conceder a terceiros uma licença de utilização da marca Der Grüne Punkt sem restrição no tempo, e isso mesmo em caso de não participação no sistema DSD, quando a única fundamentação dada sobre este ponto tem a ver com o facto de a entrada no mercado ser extremamente dificultada em razão das disposições controvertidas do contrato (considerando 115 da decisão impugnada). Uma licença obrigatória só poderá, portanto, ser contemplada para o período correspondente à entrada dos concorrentes no mercado.

177 A Comissão sublinha que os potenciais concorrentes da recorrente seriam de novo afastados do mercado se os seus clientes voltassem a ficar sujeitos à contribuição financeira devida à DSD em relação às quantidades retiradas do sistema DSD.

178 O Tribunal recorda que, no quadro da sua apreciação relativa ao artigo 82.º CE, a decisão impugnada considerou que o comportamento da DSD consistente em exigir o pagamento de uma contribuição financeira em relação à totalidade das embalagens comercializadas na Alemanha com o símbolo Der Grüne Punkt era constitutivo de um abuso de exploração e de uma barreira à entrada (considerandos 110 a 135 e artigo 1.º da decisão impugnada). Segundo a decisão, a contribuição financeira não pode ser exigida quando os fabricantes e distribuidores de embalagens que recorrem ao sistema DSD apenas em relação a uma parte das embalagens comercializadas na Alemanha demonstram que cumprem as obrigações de recolha e de valorização impostas no regulamento através de sistemas colectivos concorrentes ou de sistemas individuais (categoria n.º 1 e n.º 2). Da mesma forma, a contribuição financeira não pode ser exigida quando os fabricantes e distribuidores de embalagens que não recorrem ao sistema DSD na Alemanha, mas comercializam nesse país uma embalagem de concepção uniforme que comercializam igualmente noutro Estado-Membro em relação à qual aderem ao sistema de recolha que utiliza o símbolo Der

Grüne Punkt demonstrem que cumprem as obrigações impostas no regulamento através de sistemas colectivos concorrentes ou de sistemas individuais (categoria n.º 3)

179 É para fazer cessar essa infracção ao artigo 82.º CE que a Comissão impõe à DSD que respeite as obrigações definidas no artigo 3.º e no artigo 4.º, n.º 1, da decisão impugnada.

180 Essas obrigações não visam, portanto, terceiros, mas fabricantes ou distribuidores de embalagens que são co-contratantes da DSD no quadro do contrato de utilização do símbolo (casos do artigo 3.º que visa as categorias n.º 1 e n.º 2), ou titulares de uma licença de utilização da marca Der Grüne Punkt noutro Estado-Membro, no quadro de uma sistema de recolha ou de valorização que utiliza o símbolo correspondente a essa marca (casos do artigo 4.º, n.º 1, que visa a categoria n.º 3).

181 Da mesma forma, essas obrigações não têm por objecto impor à DSD uma licença sem restrição no tempo para a utilização da marca Der Grüne Punkt, mas somente obrigar a DSD a não cobrar uma contribuição financeira sobre a totalidade das embalagens com o símbolo Der Grüne Punkt quando for demonstrado que a totalidade ou uma parte somente dessas embalagens foi recolhida e valorizada através de outro sistema.

182 Por consequência, na medida em que os utilizadores do símbolo Der Grüne Punkt façam prova de que as quantidades de embalagens em relação às quais não recorrem ao sistema DSD foram efectivamente recolhidas e valorizadas pelo ou pelos sistemas colectivos ou individuais a que recorrem, a recorrente não pode alegar que é desproporcionado pedir-lhe que renuncie a ser paga por um serviço que não presta.

183 Por consequência, há que rejeitar esta segunda crítica.

c) Quanto à obrigação de prestação prévia

184 A recorrente salienta que resulta do artigo 3.°, primeiro período, do artigo 4.°, n.° 1, e do artigo 5.°, n.ºs 2 e 3, da decisão impugnada, que os utilizadores do símbolo podem livremente recusar pagar a contribuição financeira pela utilização da marca Der Grüne Punkt se declararem que têm a intenção de deixar de recorrer ao sistema DSD em relação a uma parte das suas embalagens e que vão cumprir as obrigações resultantes do regulamento através de uma solução individual de eliminação. O artigo 5.°, n.ºs 3 e 7, da decisão impugnada proíbe à recorrente de pedir a apresentação do certificado de um perito antes da data prevista pelo regulamento (ou seja, 1 de Maio do ano seguinte) ou exigir outras justificações. Essa medida é desproporcionada e conduz a uma repartição não equitativa dos riscos, na medida em que a recorrente deve renunciar ao pagamento prévio da contribuição financeira e remeter esse pagamento para um procedimento de produção da prova que terá lugar dezasseis meses mais tarde, devendo simultaneamente suportar, durante esse período, o risco de liquidez do seu cliente.

185 A Comissão alega que a hipótese segundo a qual a quase totalidade das embalagens distribuídas é retirada do sistema da DSD é pouco verosímil, em razão das obrigações de prova relativas a tal situação. Além disso, o conceito de «prestação prévia» é inexacto, dado que a recorrente só se veria na contingência de obter um pagamento *a posteriori* se os outros sistemas de recolha não atingissem as percentagens previstas. Ora, as empresas que propõem sistemas de recolha individuais não aconselharão os seus clientes a agir assim, uma vez que se esforçam

por alcançar a percentagem prevista em relação à quantidade que lhes é contratualmente atribuída a fim de se eximirem à obrigação de adquirir uma licença parcial, *a posteriori*, junto de um concorrente, completada, eventualmente, pelo pagamento de juros, se essa percentagem não for alcançada.

186 A título preliminar, o Tribunal salienta que a hipótese avançada pela recorrente, segundo a qual alguns utilizadores do símbolo poderiam recusar-se a pagar a contribuição financeira pela utilização da marca Der Grüne Punkt declarando que têm a intenção de deixar de recorrer ao sistema DSD em relação a uma parte das suas embalagens é, na prática, pouco verosímil, dado que o regulamento impõe a esses utilizadores que façam prova de que respeitaram de facto as suas obrigações de recolha e de valorização das embalagens comercializadas através de outro sistema e que, se tal não for o caso, esses utilizadores devem comprar as quantidades ao sistema DSD se esse sistema tiver retomado as quantidades de matéria correspondentes a essas embalagens (v. n.os 137 e 138 *supra*).

187 Por outro lado, resulta do artigo 5.°, n.° 3, da decisão impugnada que «[a] DSD não pode exigir que o certificado seja entregue mais cedo do que o previsto no regulamento das embalagens» e do artigo 5.°, n.° 7, que «[a]s restantes disposições do contrato de utilização do símbolo Ponto Verde não podem ser aplicadas de forma a aumentar as exigências impostas ao documento de prova a apresentar à DSD».

188 Estas medidas visam garantir a possibilidade de o fabricante ou o distribuidor de embalagens que recorre a um sistema colectivo concorrente ou a um sistema individual em relação a uma parte das embalagens que comercializa, fornecer à DSD o certificado do operador do sistema ou do perito independente, ou ainda o atestado de um revisor oficial de contas, necessário para demonstrar que as obrigações impostas no regulamento são cumpridas por um sistema diferente do sistema DSD em relação a uma determinada quantidade de embalagens (v. artigos 5.°, n.os 1, 2, 4 e 6).

189 Por isso, a recorrente não pode alegar que essas medidas são desproporcionadas, dado que este procedimento de certificação é válido para todos os sistemas, incluindo para o sistema DSD, e que não apresenta razões particulares que justifiquem que esse procedimento seja derrogado. Além disso, o conceito de «prestação prévia» invocado pela recorrente é enganador, dado que a DSD é remunerada em consideração das quantidades de matéria que lhe são confiadas pelos seus clientes e que só em caso de problema, isto é, se os outros sistemas de recolha não alcançarem as percentagens previstas para as quantidades que lhes foram confiadas, a DSD pode pedir para ser paga pelo restante.

190 Por consequência, há que rejeitar a terceira crítica.

d) Quanto à exclusão de uma contribuição financeira adequada pela simples utilização da marca

191 A recorrente alega que, através dos artigos 3.º e 4.º da decisão impugnada, a Comissão a obriga a não cobrar uma contribuição financeira quando se provar que as obrigações resultantes do regulamento são cumpridas por outro método. A DSD não tem, portanto, o direito de reclamar uma contribuição financeira aos utilizadores do símbolo pela simples utilização da marca Der Grüne Punkt. Essa exclusão é contrária à jurisprudência do Tribunal de Justiça que admite a cobrança de uma contribuição financeira razoável (acórdão Volvo, já referido, n.º 11).

192 A Comissão sublinha que a decisão impugnada não impõe uma licença obrigatória à DSD, mas visa somente evitar que esta cobre uma contribuição financeira quando a embalagem na qual é aposto o símbolo não é recolhida nem valorizada pelo sistema DSD. Na audiência, a Comissão precisou que, como o contrato de utilização do

símbolo notificado pela DSD não distingue a contribuição financeira devida pela utilização da marca da devida pela utilização do sistema DSD, a decisão não se pronuncia sobre a questão de saber se uma contribuição financeira pode ser pedida pela simples utilização da marca.

193 O Tribunal salienta que a obrigação imposta à DSD, no artigo 3.º da decisão impugnada, permite aos fabricantes e aos distribuidores que recorrem ao seu sistema em relação a apenas uma parte das suas embalagens não pagar uma contribuição financeira à DSD quando for feita a prova de que as embalagens que ostentam o símbolo Der Grüne Punkt não foram recolhidas nem valorizadas pelo sistema DSD mas por um sistema concorrente.

194 No entanto, mesmo neste caso, não pode excluir-se que a marca Der Grüne Punkt aposta na embalagem em causa possa ter um valor económico enquanto tal, uma vez que permite indicar ao consumidor que a embalagem em causa pode ser entregue ao sistema DSD, como de resto é indicado na decisão impugnada (considerando 145). Assim, mesmo que a referida embalagem não seja efectivamente entregue ao sistema DSD e que se demonstre que o seu equivalente em matéria foi recolhido ou valorizado por um sistema concorrente, a verdade é que a marca deixa ao consumidor a possibilidade de eliminar essa embalagem através do sistema DSD. Tal possibilidade oferecida ao consumidor em relação a todas as embalagens comercializadas com o símbolo Der Grüne Punkt, façam ou não parte do sistema DSD, após verificação das quantidades recolhidas, é susceptível de ter um preço que, mesmo não podendo representar o preço efectivo da prestação de recolha e de valorização como podia acontecer em aplicação das disposições controvertidas do contrato de utilização do símbolo, deveria poder ser pago à DSD em contrapartida da prestação oferecida no caso em apreço, isto é, a disponibilização do seu sistema.

195 Interrogada sobre este ponto na audiência, a Comissão reconheceu que essa questão não era contemplada na decisão impugnada, a qual se limitava a examinar a

legalidade do comportamento da DSD em relação ao pagamento de uma contribuição financeira por uma prestação comprovadamente não efectuada pelo sistema DSD mas por outro sistema.

196 Por consequência, há que salientar que a decisão impugnada deve ser interpretada no sentido de que não exclui a possibilidade de a DSD cobrar uma contribuição financeira adequada pela simples utilização da marca quando se demonstrar que a embalagem com o símbolo Der Grüne Punkt foi recolhida e valorizada por outro sistema.

e) Quanto à possibilidade de apor uma menção explicativa

Argumentos das partes

197 A recorrente sustenta que a obrigação definida no artigo 3.°, primeiro parágrafo, da decisão impugnada é desproporcionada na medida em que a impede de exigir que os utilizadores do símbolo aponham uma menção explicativa nas embalagens das categorias n.° 1 e n.° 2. Segundo a DSD, tal menção explicativa, que poderia ser aposta sem grande dificuldade pelos fabricantes e pelos distribuidores de embalagens que recorrem ao seu sistema, permitiria atenuar a violação da marca Der Grüne Punkt resultante da decisão impugnada. A referida menção poderia, assim, indicar ao consumidor que, em certo ou em certos *Länder*, a embalagem não participa no sistema DSD mas noutro sistema colectivo (categoria n.° 1) ou que, mesmo que a embalagem ostente o símbolo Der Grüne Punkt, alguns pontos de venda não recorrem ao sistema correspondente mas a um sistema individual (categoria n.° 2).

198 Por outro lado, a recorrente salienta que, segundo o artigo 4.º, n.º 2, da decisão impugnada, pode exigir aos fabricantes ou distribuidores de embalagens que não recorrem ao sistema DSD na Alemanha mas comercializam noutro Estado-Membro uma embalagem uniforme em relação à qual aderem a um sistema de recolha que utiliza o símbolo Der Grüne Punkt (categoria n.º 3), que aponham uma menção explicativa na embalagem a fim de chamar a atenção do consumidor para o facto de essa embalagem não ser recolhida pelo sistema DSD na Alemanha. Segundo a recorrente, tal medida é desproporcionada, dado que outra medida, isto é, a dissimulação total do símbolo Der Grüne Punkt e não a simples aposição de uma menção explicativa ao lado do referido símbolo, seria menos prejudicial à função de origem da sua marca.

199 A Comissão observa que, no que respeita à categoria n.º 1, nada permite pensar que o regulamento proíbe que sistemas concorrentes utilizem o mesmo símbolo. Segundo a recorrente, as empresas sujeitas a tal proibição deveriam modificar a menção explicativa relativamente a cada introdução do sistema concorrente num novo *Land*. Para tanto, seria necessário, designadamente na fase de lançamento da concorrência, alterar continuamente as embalagens. Para a categoria n.º 2, uma menção explicativa na embalagem é impossível. Quanto à categoria n.º 3, a Comissão afirma que, se a marca Der Grüne Punkt beneficiasse da protecção alegada pela recorrente, os fabricantes deveriam prever diferentes embalagens para cada Estado-Membro, o que não seria economicamente rentável e constituiria um entrave às trocas comerciais.

Apreciação do Tribunal

200 No que diz respeito à crítica relativa ao artigo 3.º, primeiro parágrafo, da decisão impugnada, há que salientar que a aposição das menções explicativas pretendidas pela recorrente não pode ter por efeito fazer cessar o abuso de posição dominante

caracterizado no artigo 1.º da decisão. Tais menções explicativas assentam, com efeito, na ideia de que seria possível distinguir as embalagens com o símbolo Der Grüne Punkt, que pertencem ao sistema DSD, das embalagens em que é aposto o símbolo Der Grüne Punkt mas que não fazem parte do sistema DSD e que deveriam, portanto, ser objecto de uma menção destinada a chamar a atenção do consumidor. Ora, como foi já exposto (v. n.os 131 a 138 *supra*), as modalidades de funcionamento dos sistemas mistos não assentam na identificação das embalagens pelos consumidores, que continuavam a ser livres de decidir a que sistema vão devolver a embalagem, mas na atribuição de massas de matéria a valorizar.

201 A aposição das menções explicativas pretendidas pela recorrente não permitiria, portanto, fazer cessar o abuso de posição dominante caracterizado pela Comissão nas categorias de casos I e II.

202 Por consequência, há que rejeitar a crítica relativo ao carácter desproporcionado do artigo 3.º, n.º 1, da decisão impugnada na medida em que não contempla a possibilidade de apor uma menção explicativa.

203 No que diz respeito à crítica relativa ao artigo 4.º, n.º 2, da decisão impugnada, há que salientar que resulta dessa medida que «[para a categoria n.º 3] a DSD pode exigir que, na embalagem, num local junto ao símbolo [Der Grüne Punkt], se chame claramente a atenção do consumidor final, por meio de indicações escritas ou de outras formas adequadas, para o facto de a embalagem não aderir ao sistema criado pela DSD nos termos do [§ 6, (3)] do regulamento [sobre as] embalagens». Esta disposição consiste na simples reprodução de um compromisso proposto pela DSD no quadro do procedimento administrativo (considerandos 63 e 133 da decisão impugnada). A DSD não pode, portanto, alegar, no quadro do presente processo, que uma solução diferente daquela que ela própria propôs à Comissão constitui

agora uma solução mais adequada para responder ao problema identificado na altura do procedimento. Além disso, aceitar a solução preconizada pela recorrente, isto é, a dissimulação do símbolo Der Grüne Punkt em vez da menção explicativa num local junto do referido símbolo, equivaleria a impor aos fabricantes de embalagens prever diferentes tipos de embalagens para cada Estado-Membro, o que não é economicamente racional.

204 Em consequência, há que rejeitar a crítica relativa ao carácter desproporcionado do artigo 4.º, n.º 2, da decisão impugnada, na medida em que obriga à aposição de uma menção explicativa na embalagem quando se poderia ter optado por dissimular o símbolo Der Grüne Punkt.

3. *Quanto ao terceiro fundamento, relativo à violação do artigo 86.º, n.º 2, CE e do artigo 253.º CE*

a) Argumentos das partes

205 A recorrente alega que uma violação do artigo 82.º CE está excluída porque se encarrega de um serviço de interesse económico geral na acepção do artigo 86.º, n.º 2, CE, a saber, a gestão dos resíduos para fins ambientais, mais concretamente, a recolha e a valorização das embalagens em todo o território alemão, incluindo nas zonas rurais não rentáveis (acórdãos do Tribunal de Justiça de 27 de Abril de 1994, Almelo, C-393/92, Colect., p. I-1477, n.º 47, e de 23 de Maio de 2000, Sydhavnens Sten & Grus, C-209/98, Colect., p. I-3743, n.os 75 e 76; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Fevereiro de 1997 FFSA e o./Comissão, T-106/95, Colect., p. II-229, n.º 72). Este serviço de interesse económico geral foi-lhe concedido pelos *Länder* alemães devido ao reconhecimento do sistema DSD nos termos do § 6, (3), décima primeira frase, do regulamento. Ora, a decisão impugnada

ameaça a realização, em condições economicamente aceitáveis, desse serviço, uma vez que destrói o efeito de sinal da marca Der Grüne Punkt e poderia impedi-la de eliminar os resíduos em todo o território. Da mesma forma, a decisão impugnada viola o dever de fundamentação que lhe incumbe de harmonia com o disposto no artigo 253.° CE, pois não se pronuncia sobre o artigo 86.°, n.° 2, CE.

206 A Comissão, apoiada pelas intervenientes, contesta a afirmação segundo a qual a DSD é titular de um serviço de interesse económico geral confiado pelas autoridades regionais responsáveis pelos resíduos, na medida em que qualquer operador de sistema colectivo poderá obter a mesma autorização que a DSD com base no § 6, (3), décima primeira frase, do regulamento. Além disso, decorre do regulamento que o legislador não terá querido impedir a coexistência de sistemas individuais e de sistemas colectivos, em paralelo com o sistema criado pela recorrente. Essa concorrência não é um risco, mas o objectivo do regulamento.

b) Apreciação do Tribunal

207 Nos termos do artigo 86.°, n.° 2, CE, as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral estão submetidas às regras do Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação dessas regras não constitua um obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. Esse artigo dispõe igualmente que o desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade.

208 No caso em apreço, deve salientar-se que, mesmo admitindo que a recorrente esteja encarregada de um serviço de interesse económico geral na acepção do artigo 86.°,

n.º 2, CE, com o mesmo fundamento, de resto, que todos os sistemas colectivos aprovados pelas autoridades dos *Länder*, não é menos verdade que não ficou demonstrado o risco de que a decisão impugnada ponha em causa essa missão.

209 Com efeito, contrariamente ao que é alegado pela recorrente no quadro do presente fundamento, o facto de a DSD não poder ser remunerada por uma prestação comprovadamente efectuada por outro sistema não permite de forma alguma demonstrar que a decisão impugnada ameaça a realização, em condições economicamente aceitáveis, do serviço de recolha e de valorização confiado ao sistema DSD.

210 Em particular, resulta dos n.ºs 156 a 158, *supra*, que a decisão impugnada não põe em causa a função essencial da marca Der Grüne Punkt no quadro do contrato de utilização do símbolo. Da mesma forma, nenhum elemento dos autos permite concluir que existe o risco de a decisão já não permitir à DSD eliminar as embalagens em todo o território alemão.

211 Por outro lado, não tendo a recorrente invocado a aplicação do artigo 86.º, n.º 2, CE no quadro do procedimento administrativo, a Comissão não pode ser censurada por não ter fundamentado a sua decisão quanto a este ponto.

212 Por consequência, há que julgar improcedente o terceiro fundamento.

213 Resulta do que precede que deve ser negado provimento ao recurso na totalidade.

Quanto às despesas

214 Por força do disposto no artigo 87.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a recorrente sido vencida e tendo a Comissão, a Landbell e a BellandVision pedido condenação da recorrente nas despesas, há que condenar esta a suportar as suas próprias despesas bem como as efectuadas pela Comissão, pela Landbell e pela BellandVision, incluindo as relativas ao processo de medidas provisórias. A Vfw, que não concluiu pedindo a condenação da recorrente nas despesas, suportará as suas próprias despesas, incluindo as relativas ao processo de medidas provisórias.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Primeira Secção)

decide:

1) É negado provimento ao recurso.

2) A recorrente, Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland GmbH, suportará as suas próprias despesas bem como as despesas efectuadas pela Comissão, pela Landbell AG Rückhol-Systeme e pela BellandVision GmbH, incluindo as relativas ao processo de medidas provisórias.

3) **A Vfw AG suportará as suas próprias despesas, incluindo as relativas ao processo de medidas provisórias.**

García-Valdecasas Cooke Labucka

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 24 de Maio de 2007.

O secretário

E. Coulon

O presidente

J. D. Cooke

Índice

Quadro jurídico ..... II - 1612

A — Regulamento relativo à prevenção da produção de resíduos de embalagens ... II - 1612

B — Sistema colectivo da Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland GmbH e contrato de utilização do símbolo ..... II - 1615

Factos na origem ao litígio ..... II - 1618

Tramitação processual e pedidos das partes ..... II - 1620

Questão de direito ..... II - 1623

A — Decisão impugnada ..... II - 1623

1. Quanto à possibilidade de combinar vários sistemas de recolha e de valorização para satisfazer as obrigações do regulamento sobre as embalagens ..... II - 1624

2. Apreciação relativa ao artigo 82.º CE ..... II - 1625

3. Apreciação relativa ao artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17 ..... II - 1630

B — Quanto à admissibilidade do recurso ..... II - 1634

1. Quanto à admissibilidade do recurso na medida em que visa o artigo 4.º da decisão impugnada ..... II - 1634

2. Quanto à apresentação de fundamentos no decurso da instância ..... II - 1636

3. Quanto à tomada em consideração de determinados anexos apresentados pela recorrente ..... II - 1637

a) Quanto aos anexos preparados por C. Weidemann ..... II - 1637

b) Quanto aos inquéritos de opinião juntos à réplica ..... II - 1639

C — Quanto ao mérito ..... II - 1639

1. Quanto ao primeiro fundamento, relativo à violação do artigo 82.º CE .... II - 1640

a) Observações preliminares sobre a tese da licença obrigatória gratuita . II - 1640

Argumentos das partes ..... II - 1640

Apreciação do Tribunal de Primeira Instância ..... II - 1641

b) Argumentos das partes relativos ao abuso de posição dominante ..... II - 1642

i) Quanto à ausência de necessidade de utilizar a marca Der Grüne Punkt para participar num sistema concorrente do sistema DSD . II - 1642

ii) Quanto à alegação de que a falta de licença obrigatória da marca Der Grüne Punkt não provoca a eliminação da concorrência ..... II - 1643

iii) Quanto às diferentes justificações do comportamento da DSD ... II - 1644

— Quanto à necessidade de garantir os objectivos do regulamento II - 1644

— Quanto às justificações relativas ao direito das marcas ..... II - 1647

— Quanto ao bom funcionamento do sistema DSD ..... II - 1651

c) Apreciação do Tribunal ..... II - 1653

i) Quanto ao abuso caracterizado na decisão impugnada ..... II - 1653

ii) Quanto à exclusividade reivindicada pela recorrente ..... II - 1655

iii) Quanto às modalidades de funcionamento dos sistemas mistos ... II - 1657

iv) Quanto às críticas da recorrente relativas à análise exposta na decisão impugnada ..... II - 1662

— Quanto à alegação de que não é necessário apor o símbolo Der Grüne Punkt em todas as embalagens em caso de recurso a um sistema misto devido à possibilidade de utilizar uma marcação selectiva em função do sistema utilizado ..... II - 1662

— Quanto aos argumentos baseados na inexistência de eliminação da concorrência ..... II - 1664

— Quanto à necessidade de garantir os objectivos do regulamento II - 1665

— Quanto às justificações relativas ao direito das marcas ..... II - 1667

— Quanto ao bom funcionamento do sistema DSD ..... II - 1670

Conclusão ..... II - 1670

2. Quanto ao segundo fundamento, relativo à violação do artigo 3.º do Regulamento n.º 17 e à violação do princípio da proporcionalidade ..... II - 1671

a) Quanto à marcação selectiva ..... II - 1671

b) Quanto à imposição de uma licença obrigatória sem restrição no tempo II - 1674

c) Quanto à obrigação de prestação prévia ..... II - 1676

d) Quanto à exclusão de uma contribuição financeira adequada pela simples utilização da marca ..... II - 1678

e) Quanto à possibilidade de apor uma menção explicativa ..... II - 1680

Argumentos das partes ..... II - 1680

Apreciação do Tribunal ..... II - 1681

3. Quanto ao terceiro fundamento, relativo à violação do artigo 86.º, n.º 2, CE e do artigo 253.º CE ..... II - 1683

a) Argumentos das partes ..... II - 1683

b) Apreciação do Tribunal ..... II - 1684

Quanto às despesas ..... II - 1686