FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (första avdelningen)

den 24 maj 2007 *

I mål T-151/01,

**Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland GmbH,** tidigare Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland AG, Köln (Förbundsrepubliken Tyskland), företrätt av advokaterna W. Deselaers, B. Meyring, E. Wagner och C. Weidemann,

sökande,

mot

**Europeiska gemenskapernas kommission,** inledningsvis företrädd av S. Rating, därefter av P. Oliver, H. Gading och M. Schneider, och slutligen av W. Mölls och R. Sauer, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

med stöd av

**Vfw AG,** Köln (Tyskland), företrätt av advokaterna H. F. Wissel och J. Dreyer,

* Rättegångsspråk: tyska.

och av

**Landbell AG für Rückhol-Systeme,** Mainz (Tyskland),

**BellandVision GmbH,** med säte i Pegnitz (Tyskland),

företrädda av advokaterna A. Rinne och A. Walz,

intervenienter,

angående ogiltigförklaring av kommissionens beslut 2001/463/EG av den 20 april 2001 om ett förfarande enligt artikel 82 [EG] (ärende COMP D3/34493 – DSD) (EGT L 166, s. 1),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (första avdelningen)

sammansatt av ordföranden R. García-Valdecasas samt domarna J. D. Cooke och I. Labucka,

justitiesekreterare: handläggaren K. Andová,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 11 och 12 juli 2006,

följande

## Dom

### Tillämpliga bestämmelser

A — *Förordning om begränsning av förpackningsavfall*

1 Den 12 juni 1991 antog den tyska regeringen en förordning om begränsning av förpackningsavfall (Verordnung über die Vermeidung von Verpackungsabfällen) (BGBl. 1991 I, s. 1234), vars reviderade version, som är tillämplig i förevarande mål, trädde i kraft den 28 augusti 1998 (nedan kallad förordningen eller förordningen om förpackningar). Denna förordning syftar till att förebygga och minska effekterna på miljön av förpackningsavfall. Den innehåller i enlighet härmed bestämmelser enligt vilka tillverkare och distributörer är skyldiga att återta och återvinna använda konsumentförpackningar, vid sidan av det allmänna systemet för avfallshantering.

2 Enligt 3 § 1 i förordningen avses med konsumentförpackning (nedan kallad förpackning) en förpackning som en vara avsedd för slutliga konsumenter är inpackad i på försäljningsstället. Med konsumentförpackning avses även förpackningar som används inom handeln, restaurangbranschen och andra tjänstesektorer för att möjliggöra eller underlätta för den slutliga konsumenten att ta emot varorna (tjänsteförpackningar), samt engångstallrikar och engångsbestick, omfattas även av bestämmelsen.

3 Enligt 3 § 7 i förordningen definieras tillverkare som den som tillverkar förpackningar, förpackningsmaterial eller produkter som direkt kan omvandlas till förpackningar och som den som för in förpackningar i Tyskland. Med distributör avses enligt 3 § 8 i förordningen den som, oavsett på vilken nivå i distributionskedjan, distribuerar förpackningar, förpackningsmaterial eller produkter som direkt kan omvandlas till förpackningar eller varor i förpackningar. Enligt förordningen skall även postorderföretag anses vara distributörer. Slutligen definieras den slutliga konsumenten i 3 § 10 i förordningen som den som inte återförsäljer varorna i den form de levererats till vederbörande.

4 Tillverkare och distributörer av förpackningar kan uppfylla den i förordningen föreskrivna skyldigheten att återta och återvinna förpackningar på två sätt.

5 Tillverkare och distributörer skall i enlighet med 6 § 1 och 6 § 2 i förordningen, på försäljningsstället eller i dess omedelbara närhet, utan kostnad återta förpackningar som använts av slutliga konsumenter och återvinna dessa (nedan kallat det självständiga systemet). En distributörs skyldighet att återta förpackningar är begränsad till förpackade varor och förpackningar av den art, form och storlek som ingår i vederbörandes sortiment. Distributörer med en försäljningsyta under 200 $m^2$ är endast skyldiga att återta förpackningar som innehåller varor av de märken som säljs av dem själva (6 § 1 fjärde och femte meningarna i förordningen). Enligt 6 § 1 tredje meningen i förordningen skall distributören, inom ramen för det självständiga systemet, "genom klart identifierbara och läsliga anslag" informera den slutliga konsumenten om möjligheten att återlämna förpackningar.

6 Tillverkare och distributörer kan dessutom enligt 6 § 3 första meningen i förordningen ansluta sig till ett system för regelbunden insamling, inom hela distributörens försäljningsområde, av använda konsumentförpackningar hos den slutliga konsumenten eller i närheten av dennes bostad, i syfte att återvinna dessa

(nedan kallat det kollektiva systemet). Tillverkare och distributörer som ansluter sig till ett kollektivt system är befriade från skyldigheten att återta och återvinna förpackningar med avseende på alla förpackningar som omfattas av detta system. Enligt punkt 4.2 andra meningen i bilaga I till 6 § i förordningen skall tillverkare och distributörer genom "märkning eller på annat lämpligt sätt", upplysa om att de deltar i ett kollektivt system. De kan således upplysa om detta på förpackningarna eller på annat sätt, till exempel genom att informera kunderna på försäljningsstället eller genom att bifoga ett meddelande härom i förpackningen.

7 Enligt 6 § 3 elfte meningen i förordningen skall kollektiva system godkännas av de behöriga myndigheterna i de aktuella delstaterna. För att godkännas skall dessa system uppfylla vissa villkor, bland annat ha en utbredning som täcker minst en delstat, insamling skall ske regelbundet och i närheten av konsumenten och det skall finnas avtal med lokala myndigheter som ansvarar för avfallshantering. Alla företag som uppfyller dessa villkor i en delstat kan organisera ett godkänt kollektivt system i den delstaten.

8 Sedan den 1 januari 2000 gäller samma återvinningsnivåer för de självständiga och de kollektiva systemen. Dessa nivåer framgår av bilaga 1 till förordningen och varierar beroende på det material som förpackningen är gjord av. Att skyldigheten att återta och återvinna iakttas säkerställs, vad gäller det självständiga systemet, genom att intyg upprättas av oberoende experter och, vad gäller det kollektiva systemet, genom att kontrollerbara uppgifter lämnas om den förpackningskvantitet som har insamlats och återvunnits.

9 I 6 § 1 nionde meningen i förordningen anges att, om en distributör inte fullgör sin skyldighet att återta och återvinna förpackningar i enlighet med ett självständigt system, är vederbörande skyldig att delta i ett kollektivt system.

10 De tyska myndigheterna påpekade i detta avseende, i sitt yttrande av den 24 maj 2000, vilket sändes till kommissionen under det administrativa förfarandet (nedan kallat de tyska myndigheternas yttrande) att det enligt förordningen om förpackningar var möjligt för en distributör att kombinera återtagandet av förpackningar i närheten av försäljningsstället, inom ramen för ett självständigt system, med insamling i närheten av den slutliga konsumentens bostad, inom ramen för ett kollektivt system, genom att endast delta i det kollektiva systemet med avseende på en del av de förpackningar som vederbörande distribuerat.

11 De tyska myndigheterna påpekade i detta yttrande även att, om en distributör valde att delta i ett kollektivt system med avseende på samtliga förpackningar som vederbörande saluför, behövde distributören inte längre iaktta de skyldigheter som föreskrivs i 6 § 1 och 6 § 2, vilket innebar att denne i efterhand inte kunde välja att själv ombesörja avfallshanteringen. Om distributören från första början valde att tillämpa ett självständigt system, kunde denne däremot vid en senare tidpunkt delta i ett kollektivt system om återvinningsnivån inte hade uppnåtts inom ramen för det självständiga systemet.

B — *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH:s kollektiva system och avtal om användning av symbolen*

12 Sedan år 1991 är Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH (nedan kallat sökanden eller DSD) det enda bolag som har ett kollektivt system för hela Tyskland (nedan kallat DSD-systemet). År 1993 godkände de behöriga myndigheterna i samtliga delstater DSD i detta avseende.

13 Förhållandena mellan DSD och de tillverkare och distributörer som deltar i DSD-systemet regleras i ett standardavtal om användning av symbolen Der Grüne Punkt (nedan kallat avtalet eller avtalet om användning av symbolen). Ett företag som har

ingått detta avtal har tillstånd att mot vederlag förse konsumentförpackningar som omfattas av DSD-systemet med symbolen Der Grüne Punkt (1 § 1 i avtalet om användning av symbolen).

14 DSD åtar sig att för de anslutna företagens räkning ombesörja insamling, sortering och återvinning av använda konsumentförpackningar som företagen har bestämt skall omfattas av DSD-systemet. Företagen befrias därigenom från skyldigheten att återta och återvinna dessa förpackningar (2 § i avtalet).

15 De anslutna företagen skall anmäla vilka typer av förpackningar som de önskar få hanterade genom DSD-systemet och skall förse varje sådan förpackning, om den är avsedd att användas inom Tyskland, med symbolen Der Grüne Punkt, för att DSD skall kunna befria företaget från denna skyldighet (3 § 1 i avtalet).

16 Den som använder symbolen skall betala en avgift till DSD för samtliga förpackningar som bär symbolen Der Grüne Punkt och som vederbörande distribuerar i Tyskland inom ramen för avtalet om användning av symbolen. Undantag från denna regel kräver en särskild skriftlig överenskommelse (4 § 1 i avtalet). I 5 § 1 i avtalet anges även att en avgift skall erläggas för samtliga förpackningar som försetts med Der Grüne Punkt och som distribueras i Tyskland av den som använder symbolen (5 § 1 i avtalet).

17 Avgiftens storlek beräknas med utgångspunkt i två faktorer: dels förpackningens vikt och material, dels förpackningens storlek och yta. Avgifterna beräknas utan vinstpåslag och skall endast täcka kostnaderna för insamling, sortering och återvinning, samt därtill knutna administrativa avgifter (4 § 2 och 4 § 3 i avtalet). Avgifterna kan anpassas genom beslut av DSD om kostnaderna varierar.

18 Förpackningar som är försedda med symbolen Der Grüne Punkt kan, inom ramen för DSD-systemet, samlas in antingen i speciella soptunnor och sorteras efter material, nämligen metall, plast eller kombinationsmaterial, eller i behållare som ställs ut i närheten av bostäder, särskilt för papper och glas. Övrigt avfall skall lämnas i soptunnorna som tillhör det allmänna systemet för avfallshantering.

19 DSD ombesörjer emellertid ingen egen insamling eller återvinning av använda förpackningar, utan anlitar lokala avfallshanteringsföretag för utförande av dessa tjänster. Förhållandet mellan DSD och dessa företag regleras i ett standardavtal, vilket har ändrats flera gånger och som syftar till att skapa och driva ett system för insamling och sortering av förpackningar. I enlighet med de tjänsteavtal som ingåtts mellan DSD och 537 lokala företag har vart och ett av dessa företag ensamrätt att inom ett begränsat område samla in förpackningar för DSD:s räkning. Efter det att förpackningarna har sorterats transporteras de till en återvinningscentral för att återvinnas.

20 Tjänsteavtalet var föremål för kommissionens beslut 2001/837/EG av den 17 september 2001 om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] och artikel 53 i EES-avtalet (ärendena COMP/34493 – DSD, COMP/37366 – Hofmann+DSD, COMP/37299 – Edelhoff+DSD, COMP/37291 – Rechmann+DSD, COMP/37288 – ARGE och fem andra företag+DSD, COMP/37287 – AWG och fem andra företag +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 och COMP/37267 – Interseroh+DSD) (EGT L 319, s. 1). Sökanden har väckt talan om ogiltigförklaring av detta beslut i mål T-289/01, Duales System Deutschland mot kommissionen.

## Bakgrund till tvisten

21 Den 2 september 1992 anmälde DSD sina stadgar och ett antal avtal till kommissionen, däribland avtalet om användning av symbolen och tjänsteavtalet, för att erhålla ett icke-ingripandebesked eller, i andra hand, ett beslut om undantag.

22 Efter offentliggörandet den 23 juli 1997 i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* (EGT C 100, s. 4) av meddelandet enligt artikel 19.3 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar [81 EG] och [82 EG] (EGT 13, 1962, s. 204), i vilket kommissionen meddelade sin avsikt att godkänna de anmälda avtalen, inkom yttranden till kommissionen från tredje part beträffande bland annat olika aspekter av hur avtalet om användning av symbolen skulle tillämpas. I synnerhet påtalades i dessa att en snedvridning av konkurrensen skulle kunna uppstå om dubbla avgifter erlades till följd av deltagande i både DSD-systemet och ett system som tillhandahålls av en annan tjänsteleverantör.

23 Den 15 oktober 1998 ingav DSD en rad åtaganden till kommissionen. Dessa syftade till att undvika att de tillverkare och distributörer av förpackningar som anslöt sig till DSD-systemet tvingades erlägga dubbla avgifter, för det fall de deltog i ett annat kollektivt system på regional nivå. DSD avsåg särskilt en situation där det som alternativ till DSD-systemet inrättades kollektiva system för en eller flera delstater. I ett sådant fall kunde samma slags förpackningar från en och samma distributör eller tillverkare komma att samlas in enligt det alternativa kollektiva systemet i dessa delstater och enligt DSD-systemet i de övriga delstaterna. DSD gjorde följande åtagande i detta avseende (skälen 4, 58 och 59 i det angripna beslutet):

"Under förutsättning att regionala alternativa system till [DSD-systemet] som är formellt erkända av delstatsmyndigheterna i enlighet med 6 § 3 i förordningen om förpackningar inrättas, kommer [DSD] att tillämpa märkesanvändningsavtalet på ett

sådant sätt att de anslutna företagen får möjlighet att ansluta sig till ett sådant system för vissa förpackningar. [DSD] tar inte ut någon licensavgift på grundval av märkesanvändningsavtalet för de förpackningar som bevisligen omfattas av ett sådant alternativt system. En vidare förutsättning för befrielse från skyldigheten att betala licensavgiften för de förpackningar som försetts med [Der Grüne Punkt] är att skyddet av varumärket [Der Grüne Punkt] inte inskränks."

24 Den 3 november 1999 framhöll kommissionen att de åtaganden som DSD hade presenterat den 15 oktober 1998 även borde omfatta självständiga system för hantering av en del av förpackningarna, och inte begränsas till endast kollektiva system.

25 Den 15 november 1999 riktade vissa tillverkare av förpackningar ett klagomål till kommissionen. De gjorde gällande att avtalet om användning av symbolen utgjorde hinder för inrättande av självständiga system för återtagande av förpackningar. De ansåg att DSD missbrukade sin dominerande ställning varje gång symbolen användes utan att en motsvarande tjänst tillhandahölls i form av avfallshantering.

26 I en skrivelse av den 13 mars 2000 till kommissionen gjorde DSD ytterligare två åtaganden. Ett av dessa åtaganden avsåg det fall då tillverkare och distributörer av förpackningar har egna självständiga system för en del av sina förpackningar och låter samla in övriga förpackningar enligt DSD-systemet. DSD åtog sig, för detta fall, att inte ta ut någon avgift med stöd av avtalet om användning av symbolen för de förpackningar som återtas enligt det självständiga systemet, under förutsättning att det visades att förpackningarna samlades in på detta sätt. Bevisningen skulle uppfylla de villkor som anges i punkt 2 i bilaga I till förordningen om förpackningar. DSD förklarade även i skrivelse av den 13 mars 2000 att det inte ansåg det vara nödvändigt att ändra de åtaganden som hade lämnats in den 15 oktober 1998 (se skälen 7, 60 och 61 i det angripna beslutet).

27 Den 3 augusti 2000 riktade kommissionen ett meddelande om invändningar till DSD som besvarade meddelandet genom skrivelse av den 9 oktober 2000.

28 Kommissionen antog den 20 april 2001 beslut 2001/463/EG om ett förfarande enligt artikel 82 EG (ärende COMP D3/34493 – DSD) (EGT L 166, s. 1) (nedan kallat det angripna beslutet).

**Förfarandet och parternas yrkanden**

29 Sökanden väckte med stöd av artikel 230 fjärde stycket EG talan om ogiltigförklaring av det angripna beslutet genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 5 juli 2001.

30 Genom särskild handling, som ingavs till förstainstansrättens kansli samma dag, begärde sökanden med stöd av artikel 242 EG uppskov med verkställigheten av artikel 3 i det angripna beslutet, samt av artiklarna 4, 5, 6 och 7 i den mån det i dessa hänvisas till artikel 3, till dess att förstainstansrätten avgjort målet i sak.

31 Genom beslut av den 15 november 2001 i mål T-151/01 R, Duales System Deutschland mot kommissionen (REG 2001, s. II-3295), avslog förstainstansrättens ordförande ansökan om uppskov med verkställigheten av det angripna beslutet.

32 Genom ansökningar som registrerades vid förstainstansrättens kansli den 16, 19 respektive 20 juli 2001 ansökte Vfw AG, Landbell AG für Rückhol-Systeme (nedan kallat Landbell) och BellandVision GmbH om att få intervenera i förevarande förfarande till stöd för kommissionens yrkanden. Interventionsansökningarna delgavs parterna, som yttrade sig inom de förelagda fristerna.

33 Förstainstansrätten (femte avdelningen) biföll, genom beslut av den 5 november 2001, de tre företagens interventionsansökningar, varefter dessa ingav separata yttranden den 7 februari 2002.

34 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (första avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet och skickade, som en processledningsåtgärd, en rad frågor till parterna som de skulle besvara under den muntliga förhandlingen. Dessa frågor avsåg de olika stadierna av insamlings- och återvinningsförfarandet och de villkor under vilka konkurrens mellan individuella och kollektiva system kan föreligga. Förstainstansrätten uppmanade även kommissionen att inge en handling som den erhållit från de tyska myndigheterna under det administrativa förfarandet. Kommissionen ingav denna handling den 26 juni 2006.

35 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 11 och 12 juli 2006.

36 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara det angripna beslutet, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

37 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

38 Vfw har yrkat att förstainstansrätten skall ogilla talan.

39 Landbell har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

40 BellandVision har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

## Rättslig bedömning

41 Innan förstainstansrätten bedömer parternas argument i frågan om huruvida talan kan tas upp till sakprövning och beträffande själva saken finns det skäl att redogöra för innehållet i det angripna beslutet.

### A — *Det angripna beslutet*

42 I förordningen preciseras inte huruvida det var möjligt att kombinera ett individuellt system och ett kollektivt system eller att anlita flera kollektiva system för återtagande och återvinning av salufördа förpackningar. Utgångspunkten i det angripna beslutet var däremot att det var möjligt för en tillverkare eller en distributör av förpackningar att kombinera dessa olika system för att uppfylla sina skyldigheter enligt förordningen.

43 I detta sammanhang kan kommissionens rättsliga bedömning delas upp i två delar: i den första delen analyserades DSD:s agerande med avseende på artikel 82 EG (skälen 65–160 och artikel 1 i det angripna beslutet) och i den andra undersöktes de åtgärder med stöd av vilka kommissionen i enlighet med artikel 3.1 i förordning nr 17 kan ålägga ett företag att upphöra med en konstaterad överträdelse (skälen 161–167 och artiklarna 3–7 i det angripna beslutet). I det angripna beslutet behandlades inte frågan om huruvida DSD:s agerande var förenligt med artikel 86.2 EG.

1. *Huruvida det var möjligt att kombinera flera system för återtagande och återvinning för att uppfylla de skyldigheter som föreskrivs i förordningen om förpackningar*

44 Kommissionen utgick i sitt beslut från att det var möjligt att anlita flera system för återtagande och återvinning för att uppfylla skyldigheterna i förordningen om förpackningar (nedan kallade kombinerade system). Kommissionen föreställde sig (skäl 101 i det angripna beslutet) följande tre typsituationer:

— Typsituation nr 1 motsvarade det fall då en tillverkare eller en distributör använde DSD:s kollektiva system (nationellt) för en del av sina förpackningar och ett annat kollektivt system (regionalt) för övriga förpackningar.

— Typsituation nr 2 motsvarade det fall då en tillverkare eller en distributör använde DSD-systemet för en del av sina förpackningar och ett självständigt system för övriga förpackningar.

— Typsituation nr 3 motsvarade det fall då en tillverkare eller en distributör lät konkurrerande system till DSD-systemet ombesörja avfallshanteringen med avseende på alla sina förpackningar i Tyskland, men anslöt sig till ett system som använde symbolen Der Grüne Punkt i andra medlemsstater.

45 I det angripna beslutet redogjordes för flera omständigheter som ansågs visa att det var möjligt att använda kombinerade system. Enligt beslutet framgick det av de tyska myndigheternas yttrande (skäl 20 i det angripna beslutet) att det enligt förordningen var möjligt att kombinera ett självständigt system och ett kollektivt system genom att enbart delta i det kollektiva systemet med avseende på återtagande av en del av de saluförda förpackningarna. De tyska myndigheterna klargjorde beträffande denna situation att både konsumenter och myndigheter skulle informeras på ett klart och tydligt sätt om vilka förpackningar som omfattas av skyldigheten att återta

förpackningar på försäljningsstället eller i dess omedelbara närhet och vilka som inte omfattas av denna skyldighet (skäl 20 i det angripna beslutet). I det angripna beslutet betonades även att enligt ett tidigare svar från de tyska myndigheterna innebar 6 § 3 i förordningen inte att endast ett enda system kunde användas. De tyska myndigheternas avsikt hade aldrig varit att enbart tillåta ett enda kollektivt system i hela Tyskland eller i en delstat (skäl 23 i det angripna beslutet).

46 Av de tyska myndigheternas yttrande framgick att den alternativa lösning som anges i förordningen, enligt vilken en tillverkare eller en distributör av förpackningar kunde använda ett självständigt system eller ett kollektivt system för att uppfylla sina skyldigheter, inte utgjorde hinder för ett kombinerat system. Förstainstansrätten påpekar för övrigt att sökanden, i förevarande mål, inte har ifrågasatt att det var möjligt för en tillverkare eller en distributör av förpackningar att använda ett kombinerat system. Sökanden har däremot invänt mot kommissionens bedömning av sökandens agerande på grundval av artikel 82 EG och artikel 3.1 i förordning nr 17.

2. *Bedömning i enlighet med artikel 82 EG*

47 Enligt det angripna beslutet var DSD det enda företag som erbjöd ett kollektivt system i hela Tyskland. Ungefär 70 procent av konsumentförpackningarna i Tyskland, och ungefär 82 procent av de konsumentförpackningar som samlades in hos konsumenten, samlades in enligt DSD-systemet (skäl 95 i det angripna beslutet). DSD:s dominerande ställning har inte ifrågasatts i förevarande mål.

48 Det missbruk av dominerande ställning som beskrevs i det angripna beslutet bestod i att DSD tog ut en avgift av tillverkare och distributörer av förpackningar som anslöt sig till DSD-systemet oavsett huruvida dessa verkligen anlitade systemet. Avgiften

beräknades i stället på grundval av antalet förpackningar med symbolen Der Grüne Punkt som dessa tillverkare och distributörer saluförde i Tyskland (4 § 1 och 5 § 1 i avtalet). Tillverkare och distributörer som anslöt sig till DSD-systemet var tvungna att förse alla förpackningar som anmäldes till DSD och som var avsedda för försäljning i Tyskland med symbolen Der Grüne Punkt (3 § 1 i avtalet). Enligt beslutet missbrukade DSD sin dominerande ställning genom att med stöd av avtalet ta ut en avgift oavsett huruvida DSD-systemet verkligen anlitades. Det följde av kommissionens undersökning med anledning av klagomål från DSD:s kunder och konkurrenter att beräkningsmetoden för den avgift som erlades till DSD hindrade vissa tillverkare, som var anslutna till DSD-systemet, att använda egna självständiga system eller anlita ett annat kollektivt system för en del av förpackningarna de saluförde (skälen 100–102 i det angripna beslutet).

49 I det angripna beslutet angavs i detta avseende att den lösning som DSD föreslagit, nämligen att företaget skulle avstå från att kräva att de förpackningar som inte omfattades av DSD-systemet men av ett annat självständigt eller kollektivt system, försågs med symbolen Der Grüne Punkt, "i många fall" vore ekonomiskt orealistisk (skäl 103 i det angripna beslutet). Enligt en sådan lösning skulle det vara nödvändigt att selektivt märka förpackningar (med eller utan symbolen Der Grüne Punkt), vilket skulle medföra avsevärda merkostnader vid fall av enhetlig utformning av förpackningar eller vid användning av olika distributionskanaler (skälen 104 och 105 i det angripna beslutet). Enligt en sådan lösning skulle det dessutom krävas att de tillverkare och distributörer av förpackningar som använde kombinerade system försäkrade sig om att de förpackningar som bar symbolen Der Grüne Punkt endast lämnades tillbaka på ställen där förpackningar återtogs enligt DSD-systemet och att förpackningar som inte bar denna symbol lämnades tillbaka på ställen där de återtogs enligt andra system, vilket skulle vara praktiskt omöjligt (skäl 106 i det angripna beslutet). Det är slutligen i de flesta fall först efter att ha köpt en vara, och ibland först efter att ha förbrukat den, som konsumenten beslutar att återlämna förpackningen i närheten av sin bostad enligt ett kollektivt system eller på försäljningsstället enligt ett självständigt system. Det var därför omöjligt att avgöra om de förpackningar som var försedda med symbolen Der Grüne Punkt samlades in enligt det ena eller det andra systemet (skäl 107 i det angripna beslutet).

50 Kommissionen konstaterade i det angripna beslutet att missbruket, som var särskilt allvarligt vad avser systemet med en avgift kopplad till avtalet för användning av symbolen, hade två verkningar. Genom att kräva att avgiften erlades vid användning av symbolen, tillämpade DSD oskäliga priser och affärsvillkor för företag som inte nyttjade den avfallshanteringstjänst som DSD erbjöd, eller som endast nyttjade denna tjänst för en del av sina förpackningar. Med hänsyn till att skillnaden var avsevärd mellan kostnaden för tjänstens tillhandahållande och dess pris, var det fråga om missbruk av dominerande ställning i den mening som avses i artikel 82.2 a EG (skälen 111–113 i det angripna beslutet). Det avgiftssystem som reglerades i avtalet om användning av symbolen gjorde det ekonomiskt olönsamt för anslutna företag att delta i ett konkurrerande självständigt eller kollektivt system. Företagen skulle då nämligen vara tvungna att antingen erlägga en avgift till DSD, utöver den ersättning som betalades till konkurrenten, eller etablera olika förpackningslinjer och distributionskanaler. Avgiftssystemet försvårade därför ett inträde på marknaden för konkurrerande system (se skälen 114 och 115 i det angripna beslutet).

51 Kommissionen beskrev mer ingående det missbruk som den avtalsenliga avgiften gav upphov till i de tre ovannämnda situationerna. Enligt det angripna beslutet krävdes med avseende på typsituation nr 1, som avsåg kombinerad användning av det nationella kollektiva system som DSD erbjöd och ett regionalt kollektivt system, antingen att förpackningar märktes olika beroende på det system som nyttjades, eller att en avgift erlades till båda systemen. DSD:s krav att avgiften skulle erläggas med avseende på alla förpackningar som salufördes i Tyskland gjorde det således ekonomiskt olönsamt att delta i ett regionalt kollektivt system (se skälen 118–123 i det angripna beslutet).

52 För att åtgärda detta problem åtog sig DSD, inom ramen för det administrativa förfarandet (skälen 58 och 59 i det angripna beslutet), att tillämpa avtalet om användning av symbolen på ett sätt som möjliggjorde för berörda tillverkare och distributörer att delta i ett annat kollektivt system med avseende på en del av sina förpackningar, under förutsättning att detta deltagande bevisades och inte inverkade menligt på skyddet för varumärket Der Grüne Punkt. Eftersom DSD inte ville avstå

från det avtalsvillkor som avsåg skyddet för varumärket, vilket för övrigt inte var formulerat på ett klart och tydligt sätt, ansåg kommissionen att det föreslagna åtagandet inte var tillräckligt för att undanröja dess tvivel (se skälen 122 och 123 i det angripna beslutet).

53 Kommissionen ansåg, beträffande typsituation nr 2 som avsåg kombinerad användning av ett självständigt system och DSD-systemet, att DSD:s krav att en avgift skulle erläggas för alla förpackningar som salufördes i Tyskland, innebar att det inte var möjligt att delta i ett självständigt system med avseende på en del av dessa förpackningar (se skälen 124–128 i det angripna beslutet).

54 För att åtgärda detta problem åtog sig DSD, under det administrativa förfarandet (se skälen 60 och 61 i det angripna beslutet), att inte ta ut någon avgift med stöd av avtalet för de förpackningar som återtogs enligt ett självständigt system, under förutsättning att detta bevisades. I detta åtagande preciserade DSD även att symbolen Der Grüne Punkt endast skulle användas på förpackningar som återtogs enligt DSD-systemet och inte på förpackningar som återtogs enligt det självständiga systemet. Kommissionen ansåg att det knappast var praktiskt möjligt att använda olika förpackningslinjer och distributionskanaler. Det skulle nämligen vara nästan omöjligt för tillverkaren eller distributören av förpackningar att på förhand avgöra vilka förpackningar konsumenten skulle återlämna till det kollektiva systemet respektive det självständiga systemet. Kommissionen ansåg följaktligen att det föreslagna åtagandet inte var tillräckligt för att undanröja dess tvivel med avseende på den aktuella konkurrenssituationen (se skälen 127 och 128 i det angripna beslutet).

55 Typsituation nr 3 avsåg ett företag som inte deltog i DSD-systemet i Tyskland men i ett system för avfallshantering i en annan medlemsstat, vilket använde symbolen Der

Grüne Punkt. I denna situation kunde DSD ta ut en avgift i Tyskland. Enligt det angripna beslutet medförde det åtagande och den förklaring som DSD lämnade under det administrativa förfarandet att de problem som kommissionen hade identifierat i detta avseende kunde åtgärdas (se skälen 62–64 och 129–135 i det angripna beslutet).

56 I det angripna beslutet preciserades att missbruket som hade konstaterats inte kunde rättfärdigas med att det stred mot förordningens bestämmelser att använda symbolen Der Grüne Punkt på de förpackningar som inte omfattades av någon avfallshanteringstjänst (se skälen 136–142 i det angripna beslutet), eller att det var nödvändigt att bevara denna symbols särskiljningsförmåga (se skälen 143–153 i det angripna beslutet). Kommissionen hänvisade i detta avseende till en dom av Kammergericht Berlin (regional domstol i Berlin, Tyskland) av den 14 juni 1994 och angav att symbolens grundläggande funktion har fullgjorts "om den till konsumenterna signalerar att de har möjlighet att få förpackningen omhändertagen genom DSD:s försorg". Följaktligen förutsatte symbolens funktion inte att den enbart användes på de förpackningar som omhändertogs enligt DSD-systemet om endast en del av förpackningarna samlades in enligt det systemet (se skäl 145 i det angripna beslutet).

57 Av det angripna beslutet framgår även att handeln mellan medlemsstaterna kan påverkas väsentligt av ett missbruk av en dominerande ställning, vilket bestod i villkoren för den omtvistade avgift som föreskrevs i avtalet om användning av symbolen med beaktande av under vilka omständigheter förpackningar återtogs och återvanns i Tyskland och på den gemensamma marknaden (se skälen 155–160 i det angripna beslutet). Att handeln mellan medlemsstaterna påverkades har inte ifrågasatts i förevarande mål.

58 Med avseende på bedömningen enligt artikel 82 EG drog kommissionen slutsatsen att DSD:s krav att en avgift erlades för alla förpackningar som salufördes i Tyskland med symbolen Der Grüne Punkt under vissa omständigheter utgjorde missbruk av

dominerande ställning. Detta åsidosättande av artikel 82 EG beskrevs i artikel 1 i det angripna beslutet på följande sätt:

"Företaget Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland AG, Köln (nedan kallat DSD) har uppträtt på ett sätt som är oförenligt med den gemensamma marknaden genom att i enlighet med artikel 4.1 första meningen och artikel 5.1 första meningen i märkesanvändningsavtalet kräva att en licensavgift erläggs för samtliga konsumentförpackningar som marknadsförs i Tyskland och som märkts med miljömärket 'Gröna punkten', även när de företag som skall fullgöra de skyldigheter som följer av förpackningsförordningen

a) utnyttjar DSD:s undantagstjänst enligt artikel 2 i märkesanvändningsavtalet endast i fråga om delvolymer, eller inte tar dem i anspråk alls, utan marknadsför en enhetligt utformad förpackning i Tyskland som också marknadsförs i ett annat land som ingår i Europeiska ekonomiska samarbetsområdet, och som är anslutna till ett insamlingssystem som använder miljömärket 'Gröna punkten', och

b) bevisar att de avseende de förpackningar eller den delvolym för vilken de inte utnyttjar undantagstjänsten, fullgör sina skyldigheter enligt förpackningsförordningen genom att utnyttja konkurrerande undantagssystem eller genom egna insamlingssystem."

3. *Bedömning enligt artikel 3.1 i förordning nr 17*

59 Efter det att kommissionen hade konstaterat att det förelåg missbruk av dominerande ställning fastställde den, i enlighet med artikel 3.1 i förordning

nr 17, hur DSD skulle förfara för att överträdelsen i fråga skulle upphöra (skälen 161–167 och artiklarna 2–7 i det angripna beslutet).

60 Enligt den viktigaste av de åtgärder som kommissionen beslutade om fick DSD inte kräva någon avgift för i Tyskland saluförda förpackningar som bar symbolen Der Grüne Punkt men för vilka DSD:s avfallshanteringstjänst inte togs i anspråk, samt med avseende på vilka skyldigheterna enligt förpackningsförordningen hade fullgjorts på annat sätt. Denna åtgärd angavs i artikel 3 i det angripna beslutet, vilken såvitt avser typsituationerna nr 1 och 2 har följande lydelse:

"DSD skall åta sig att inte kräva någon licensavgift av parterna till märkesanvändningsavtalet för sådana delvolymer av konsumentförpackningar som är märkta med miljömärket 'Gröna punkten' och som marknadsförs i Tyskland och för vilka undantagstjänsten enligt artikel 2 i märkesanvändningsavtalet inte tas i anspråk samt för vilka skyldigheterna enligt förpackningsförordningen klart har fullgjorts på annat sätt.

Åtagandet enligt första stycket skall ersätta ett undantag enligt artikel 4.1 andra meningen i märkesanvändningsavtalet."

61 I artikel 5 i det angripna beslutet angavs, för övrigt, de bevisregler som gällde för sådana situationer:

"1. [Typsituation nr 1] I fall av partiell eller fullständig anslutning till ett konkurrerande undantagssystem räcker det med en bekräftelse från systemopera-

tören att den relevanta förpackningsvolymen omfattas av det konkurrerande systemet för att skyldigheterna enligt artiklarna 3 och 4 i förpackningsförordningen skall anses ha fullgjorts på annat sätt.

2. [Typsituation nr 2] I fall av partiell eller fullständig anslutning till ett eget insamlingssystem räcker det att en sakkunnig i efterhand tillhandahåller ett intyg om att skyldigheten att återta och återvinna den aktuella förpackningsvolymen har fullgjorts. Intyget kan utställas antingen till en individuell tillverkare eller distributör eller till en sammanslutning av operatörer av egna insamlingssystem.

3. DSD kan under inga omständigheter kräva att intyget skall tillhandahållas vid ett tidigare tillfälle än vad som föreskrivs i förpackningsförordningen.

4. Oberoende av ifrågavarande version av förpackningsförordningen räcker det som bevis för DSD att det i intyget till avtalsparten bekräftas att skyldigheten att återta och återvinna en viss förpackningsvolym har fullgjorts.

5. Om intyget innehåller andra uppgifter, skall dessa strykas.

6. Systemoperatörens bekräftelse och den oberoende sakkunniges intyg kan ersättas av ett utlåtande från en auktoriserad revisor som i efterhand bekräftar att skyldigheterna enligt förpackningsförordningen i fråga om en viss förpackningsvolym har fullgjorts.

7. Övriga bestämmelser i märkesanvändningsavtalet får inte tillämpas på ett sådant sätt att kraven på de bevis som skall lämnas till DSD höjs."

62 I artikel 4 i beslutet behandlades de särskilda omständigheter som avsågs i typsituation nr 3:

"1. DSD får inte kräva någon licensavgift för förpackningar som samlas in och återvinns i en annan medlemsstat inom ett system som använder miljömärket [Der Grüne Punkt] och som marknadsförs försedda med det märket inom det område där förpackningsförordningen är tillämplig, om skyldigheterna enligt förpackningsförordningen klart har fullgjorts på annat sätt än genom anslutning till det system som DSD inrättat enligt artikel 6.3 i förpackningsförordningen.

2. Som förutsättning för att inte begära någon licensavgift får DSD kräva att det klart skall framgå för den slutliga konsumenten, i text eller på annat lämpligt sätt i närheten av märket [Der Grüne Punkt] på den förpackning som avses i punkt 1, att förpackningen inte omfattas av det tvåfaldiga system som i enlighet med artikel 6.3 i förpackningsförordningen har inrättats av DSD.

3. Om det råder oenighet om upplysningens igenkännlighet, skall parterna inom en vecka efter det att den ena eller båda sidorna har konstaterat oenigheten begära att kommissionen utnämner en sakkunnig.

Den sakkunnige skall inom fyra veckor fastställa om de möjliga utformningarna av upplysningen som parterna diskuterat uppfyller de krav som anges i punkt 2 med hänsyn till förpackningens grundläggande funktioner."

63 Det är i detta sammanhang som parternas argument skall undersökas.

B — *Huruvida talan kan tas upp till sakprövning*

1. *Huruvida talan kan tas upp till sakprövning i den del den avser artikel 4 i det angripna beslutet*

64 Kommissionen har gjort gällande att talan avser ogiltigförklaring av det angripna beslutet i dess helhet och att den särskilda situation som avses i artikel 4, vilken kan åtskiljas från resten av det angripna beslutet, inte har behandlats separat. Eftersom sökanden inte har yttrat sig härom uppfyller sökandens ansökan inte kraven i artikel 44.1 c i förstainstansrättens rättegångsregler och talan skall därför avvisas i den del den avser artikel 4 i det angripna beslutet.

65 Sökanden har gjort gällande att de faktiska och rättsliga förhållanden som möjliggör för kommissionen att förbereda sitt försvar och för förstainstansrätten att utöva sin kontroll, klart och tydligt framgår av ansökan, på det sätt som krävs i rättegångsreglerna (förstainstansrättens beslut av den 28 april 1993 i mål T-85/92, De Hoe mot kommissionen, REG 1993, s. II-523, punkt 20). Sökanden har i ansökan särskilt angett varför de omtvistade bestämmelserna i avtalet om användning av symbolen inte kan anses utgöra ett missbruk enligt artikel 82 EG, vilket skulle medföra att det inte längre skulle finnas stöd för de åtgärder som angavs i artikel 4 i det angripna beslutet.

66 Förstainstansrätten anser att det angripna beslutet innehöll en beskrivning av ett missbruk av dominerande ställning (artikel 1) och att DSD genom beslutet ålades vissa skyldigheter för att detta missbruk skulle upphöra (artiklarna 3–7). Kommissionen ålade särskilt i artikel 4 i det angripna beslutet sökanden att vidta åtgärder för att missbruket av dominerande ställning skulle upphöra för det fall en

tillverkare eller en distributör avsåg att saluföra förpackningar i en annan medlemsstat än Tyskland och anslöt sig till ett system för återtagande och återvinning som använde symbolen Der Grüne Punkt, men som med avseende på samma förpackningar saluförda i Tyskland uppfyllde sina skyldigheter utan att delta i DSD-systemet.

67 Sökanden har som första grund gjort gällande att kommissionen åsidosatt artikel 82 EG. Med åberopande av denna grund har sökanden yrkat att förstainstansrätten skall ogiltigförklara det angripna beslutet eftersom kommissionen felaktigt funnit att sökanden missbrukat sin dominerande ställning. Om förstainstansrätten bifaller talan på denna grund skall alla skyldigheter som kommissionen ålade DSD genom det angripna beslutet och som syftade till att detta missbruk skulle upphöra ogiltigförklaras, utan att det är nödvändigt att undersöka den särskilda situation som avses i artikel 4 i det angripna beslutet.

68 Sökanden har som andra grund gjort gällande att kommissionen åsidosatte artikel 3 i förordning nr 17 och proportionalitetsprincipen. Med åberopande av denna grund har sökanden yrkat att förstainstansrätten skall ogiltigförklara den skyldighet som kommissionen ålade sökanden genom artikel 4 i det angripna beslutet. Sökanden har gjort gällande att den nämnda skyldigheten inte var proportionerlig med hänsyn till att det är möjligt att selektivt märka eller avstå från att märka förpackningar med symbolen Der Grüne Punkt. DSD har även gjort gällande att det enligt den föreskrivna skyldigheten var tvunget att tillhandahålla sina tjänster mot betalning i efterskott och inte kunde ta ut en avgift endast för användning av varumärket.

69 Förstainstansrätten anser därför att talan uppfyller kraven i artikel 44.1 c i förstainstansrättens rättegångsregler och att förstainstansrätten därmed kan utöva sin kontroll. Kommissionens yrkande att talan skall avvisas i den del den avser artikel 4 i det angripna beslutet skall följaktligen avslås.

2. *Huruvida nya grunder har åberopats under rättegången*

70 Kommissionen har gjort gällande att repliken innehåller tre nya grunder. Enligt kommissionen har sökanden gjort en ny tolkning av avtalet om användning av symbolen (se punkt 115 nedan), och anfört att det i avsnittet om de faktiska omständigheterna i det angripna beslutet hänvisades till en tidigare version av förordningen om förpackningar samt att en konsument inom ramen för ett självständigt system inte kan begära att förpackningar samlas in i närheten av sin bostad. Dessa grunder skall därför avvisas.

71 Förstainstansrätten påpekar att nya grunder inte får åberopas under rättegången enligt artikel 48.2 första stycket i rättegångsreglerna, såvida de inte föranleds av rättsliga eller faktiska omständigheter som framkommit först under förfarandet. I detta hänseende gäller att en grund som utgör en utvidgning av en grund som tidigare – direkt eller underförstått – har åberopats och som har ett nära samband med denna emellertid kan prövas i sak (se förstainstansrättens dom av den 10 april 2003 i mål T-195/00, Travelex Global and Financial Services och Interpayment Services mot kommissionen, REG 2003, s. II-1677, punkterna 33 och 34, och där angiven rättspraxis).

72 De grunder som enligt kommissionen är nya och som den därför har invänt mot i förevarande mål utgör i själva verket enbart en utveckling av sökandens argument till svar på kommissionens argumentering i svaromålet med avseende på den första grunden om ett åsidosättande av artikel 82 EG.

73 Kommissionens invändning om rättegångshinder med anledning av att nya grunder har åberopats skall följaktligen avslås.

3. *Huruvida vissa av de bilagor som sökanden har ingett skall beaktas*

a) Angående de bilagor som C. Weidemann upprättat

74 Kommissionen har påpekat att de bilagor som upprättats av C. Weidemann, en av DSD:s advokater, om miljöaspekter av hanteringen av förpackningar i Tyskland (bilaga A till ansökan) och DSD-systemets rättfärdigande enligt artikel 86 EG (bilaga A till repliken), innehåller förklaringar som inte förekommer i sökandens inlagor. Enligt kommissionen skall förstainstansrätten därför inte beakta dessa bilagor, eftersom ett påstående om att lagstiftningen har åsidosatts inte får ske medelst enbart en hänvisning till bilagorna.

75 Enligt förstainstansrätten krävs det, i syfte att garantera rättssäkerheten och en god rättskipning, för att en talan skall kunna tas upp till sakprövning att de väsentligaste faktiska och rättsliga omständigheter som talan grundas på åtminstone kortfattat, men på ett konsekvent och begripligt sätt, framgår av innehållet i själva ansökan (domstolens dom av den 15 december 1961 i de förenade målen 19/60, 21/60, 2/61 och 3/61, Société Fives Lille Cail m.fl. mot Höga myndigheten, REG 1961, s. 561 och s. 588, och förstainstansrättens dom av den 21 september 2005 i mål T-87/05, EDP mot kommissionen, REG 2005, s. II-3745, punkt 155, och där angiven rättspraxis). Ansökan kan visserligen stödjas och kompletteras på särskilda punkter genom hänvisningar till bestämda avsnitt i handlingar som bifogas ansökan, men en allmän hänvisning till andra skrivelser kan inte avhjälpa det faktum att grundläggande uppgifter vilka enligt artikel 44.1 i rättegångsreglerna skall finnas med i själva ansökan saknas (se förstainstansrättens beslut av den 21 maj 1999 i mål T-154/98, Asia Motor France m.fl. mot kommissionen, REG 1999, s. II-1703, punkt 49, och domen i det ovannämnda målet EDP mot kommissionen, punkt 155 och där angiven rättspraxis).

76 I förevarande mål skall det konstateras att de bilagor som upprättats av C. Weidemann, om miljöaspekter av hanteringen av förpackningar i Tyskland och DSD-systemets rättfärdigande enligt artikel 86 EG i själva verket utgör inlagor som har ingetts av en av DSD:s advokater vid förstainstansrätten. De huvudsakliga

delarna av den rättsliga argumenteringen i dessa bilagor borde därför ha funnits med i ansökan eller repliken. Sökanden borde i dessa dokument ha hänvisat till specifika avsnitt i bilagorna, för att stödja eller komplettera dokumentens innehåll, i stället för att hänvisa generellt till dessa bilagor.

77 I ansökan anges med avseende på den första bilagan enbart – utan att någon förklaring ges – att den slutsats som C. Weidemann drog av sin undersökning av miljöaspekterna av hanteringen av förpackningar i Tyskland även är den slutsats som görs i ansökan. I ansökan hänvisas inte till några specifika punkter i denna bilaga om 54 sidor.

78 Det är enbart med avseende på denna enda hänvisning, av vilken det framgår att bilagans författare godtog den analys som görs i ansökan, som bilagan om miljöaspekter av hanteringen av förpackningar i Tyskland skall beaktas.

79 Vad avser den andra bilagan som C. Weidemann upprättat, om DSD-systemets rättfärdigande enligt artikel 86 EG, har denna bilaga om 58 sidor lämnats in "i kompletterande syfte" tillsammans med repliken, vilken hänvisar "i sin helhet till den redogörelse som lämnas i bilagan för de grunder som gäller artikel 86 EG".

80 Sådana hänvisningar kan i princip inte anses tillräckliga enligt ovannämnda rättspraxis, i den mån en allmän hänvisning till en bilaga inte kan kompensera avsaknaden av väsentliga delar av den rättsliga argumentering som ansökan borde innehålla. Repliken innehåller emellertid en kortfattad sammanfattning av bilagans innehåll, vilken kompletterar den argumentering som görs i ansökan med avseende på denna punkt och möjliggör för kommissionen att förbereda sitt försvar och för förstainstansrätten att undersöka den tredje grunden som avser åsidosättande av artikel 86.2 EG.

81 Förstainstansrätten skall, i detta sammanhang, enbart beakta bilagan rörande ett rättfärdigande av sökandens system enligt artikel 86 EG i den mån denna specifikt hänför sig till argument som DSD uttryckligen har åberopat i sina inlagor.

b) De opinionsundersökningar som har ingetts som bilagor till repliken

82 Kommissionen har gjort gällande att sökanden inte har motiverat varför bevisning, som bland annat utgörs av två opinionsundersökningar som ingetts som bilagor till repliken, lämnades in för sent, vilket strider mot artikel 48.1 i rättegångsreglerna.

83 Förstainstansrätten anser att de opinionsundersökningar som sökanden har ingett tillsammans med repliken inte utgör ytterligare bevisning i den mening som avses i artikel 48.1 i rättegångsreglerna. Dessa opinionsundersökningar utgör stöd för argumentering i repliken till svar på kommissionens argument i svaromålet avseende varumärket Der Grüne Punkts och den slutliga konsumentens roll med avseende på återtagande och återvinning av förpackningar.

84 Kommissionens invändning om rättegångshinder med avseende på de opinionsundersökningar som har ingetts som bilagor till repliken skall följaktligen avslås.

C — *Prövning i sak*

85 Sökanden har åberopat tre grunder till stöd för sin talan. Den första grunden avser åsidosättande av artikel 82 EG. Den andra grunden gäller åsidosättande av artikel 3.1 i förordning nr 17 och av proportionalitetsprincipen. Den tredje grunden avser åsidosättande av artikel 86.2 EG.

1. *Den första grunden: Åsidosättande av artikel 82 EG*

a) Inledande anmärkningar avseende beviljande av en tvångslicens utan kostnad

Parternas argument

86 Sökanden har gjort gällande att kommissionen, i artikel 3 i det angripna beslutet, ålade sökanden att bevilja en "tvångslicens utan kostnad" till varumärket Der Grüne Punkt till företag som deltar i DSD-systemet. Beslutet innebär nämligen att alla förpackningar kan förses med den symbol som motsvarar detta varumärke, oberoende av vilket system för återtagande och återvinning som används. Enligt domstolens rättspraxis kan en tvångslicens till en immaterialrätt emellertid endast beviljas under "särskilda omständigheter", nämligen då en vägran att bevilja en licens avser en rättighet som åtnjuter industriellt rättsskydd för vilken licensen är nödvändig för att verksamheten i fråga skall kunna utövas och är av beskaffenheten att utestänga all konkurrens från marknaden, samt då vägran inte är objektivt berättigad (domstolens dom av den 6 april 1995 i de förenade målen C-241/91 P och C-242/91 P, RTE och ITP mot kommissionen, kallad Magill, REG 1995, s. I-743, punkterna 50–56, och av den 26 november 1998 i mål C-7/97, Bronner, REG 1998, s. I-7791, punkt 39). Eftersom inte någon av dessa omständigheter föreligger i förevarande fall, kan inte något missbruk av dominerande ställning fastställas med stöd av artikel 82 EG. Sökanden har till stöd för sitt resonemang gjort gällande följande: för det första att det inte är nödvändigt att använda varumärket Der Grüne Punkt för att delta i ett konkurrerande system till DSD-systemet, för det andra att konkurrensen inte har eliminerats genom de omtvistade avtalsbestämmelserna, och för det tredje att det finns flera objektiva omständigheter som berättigar DSD:s agerande. Dessa omständigheter är att det är nödvändigt att uppfylla förordningens syften och bevara de olika funktionerna hos varumärket Der Grüne Punkt, vilket inte kan vara föremål för en tvångslicens enligt varumärkesrätten, samt att säkerställa att DSD-systemet fungerar väl.

87 Kommissionen har, med stöd av intervenienterna, gjort gällande att DSD enligt det angripna beslutet inte är tvunget att bevilja tvångslicenser utan kostnad, när detta strider mot internationell rätt och gemenskapsrätten. Det beskrivna missbruket var enbart resultatet av att avgiftssystemet var oförenligt med artikel 82 EG genom att DSD krävde ersättning för en tjänst som inte tillhandahölls av företaget utan enligt ett annat system, vilket hade visats.

Förstainstansrättens bedömning

88 Sökanden har, inom ramen för den första grunden som avser artikel 82 EG, kritiserat följderna av ett genomförande av den skyldighet som kommissionen ålade sökanden i artikel 3 i det angripna beslutet, i enlighet med artikel 3.1 i förordning nr 17 (se punkt 60 ovan), i syfte att det missbruk av dominerande ställning som kommissionen beskrev i artikel 1 i det angripna beslutet skulle upphöra (se punkt 58 ovan). Enligt sökanden innebär denna skyldighet att sökanden skall bevilja en "tvångslicens utan kostnad" till varumärket Der Grüne Punkt med avseende på förpackningar som skall återvinnas enligt system som konkurrerar med DSD-systemet.

89 Sökanden har emellertid, genom att ifrågasätta huruvida en sådan tvångslicens är lagenlig, gjort gällande att det inte är nödvändigt att använda varumärket Der Grüne Punkt för att delta i ett konkurrerande system till DSD-systemet (se punkt 93 nedan). Sökanden har även anfört att konkurrensen inte eliminerades genom de omtvistade avtalsbestämmelserna (se punkt 95 nedan). Enligt denna argumentering påverkade inte DSD:s agerande, såsom kommissionen beskrev det i artikel 1 i det angripna beslutet, konkurrensen. Detta agerande utgör således inte missbruk av dominerande ställning i den mening som avses i artikel 82 EG.

90 Sökanden har på samma sätt gjort gällande att det avgiftssystem som definieras i avtalet om användning av symbolen var berättigat av överväganden som har stöd i förordningen (se punkterna 98–100 nedan), varumärkesrätten (se punkterna 103–

114 nedan) och nödvändigheten att säkerställa att DSD-systemet fungerar väl (se punkterna 115 och 116 nedan). Enligt sökanden utgör dessa överväganden sakliga skäl för det avgiftssystem som kommissionen enligt artikel 1 i beslutet ansåg utgöra missbruk. Sökanden anser därför att detta system inte utgör missbruk enligt artikel 82 EG.

91 Förstainstansrätten begränsar sin bedömning inom ramen för den första grunden – som avser artikel 82 EG – till en bedömning av argumenten avseende det missbruk av dominerande ställning som beskrevs i artikel 1 i det angripna beslutet. Förstainstansrätten undersöker alltså inte eventuella följder av sökandens argumentering på skyldigheten i artikel 3 i det angripna beslutet – enligt DSD att bevilja en "tvångslicens utan kostnad" – vilka omfattas av den andra grunden som avser åsidosättande av artikel 3.1 i förordning nr 17. Om DSD inte skulle anses ha missbrukat sin dominerande ställning enligt artikel 82 EG, skulle artikel 3 i det angripna beslutet sakna grund enligt artikel 3.1 i förordning nr 17, eftersom det inte skulle föreligga någon överträdelse. Om DSD däremot skulle anses ha missbrukat sin dominerande ställning, kan kommissionen enligt artikel 3.1 i förordning nr 17 ålägga det berörda företaget att upphöra med den konstaterade överträdelsen.

92 Det är mot denna bakgrund som parternas argument avseende det missbruk av dominerande ställning som kommissionen beskrev i det angripna beslutet skall ses.

b) Parternas argument avseende missbruket av dominerande ställning

i) Sökandens argument att det inte var nödvändigt att använda varumärket Der Grüne Punkt för att delta i ett system som konkurrerar med DSD-systemet

93 Sökanden har i första hand gjort gällande att en tillverkare eller en distributör av förpackningar inte måste ha en tvångslicens till varumärket Der Grüne Punkt, i den

mening som avses i domen i det ovannämnda målet Magill, för att kunna delta i ett konkurrerande system (punkt 50, och domen i det ovannämnda målet Bronner, punkt 41). Kommissionen påpekade emellertid i detta avseende i det angripna beslutet enbart att det skulle vara mer "praktiskt och enkelt" att förse de förpackningar som omfattas av ett konkurrerande system med DSD:s varumärke, för att undvika den merkostnad som uppstår vid selektiv märkning av förpackningar (skälen 103–105 i det angripna beslutet). Sökanden har i detta avseende betonat att då ett annat system nyttjas i konkurrens med DSD-systemet kan förpackningarna förses eller inte förses med symbolen Der Grüne Punkt, beroende av vilket system som nyttjas. Detta tillvägagångssätt används för övrigt i vinsektorn, där enbart de flaskor som säljs i detaljhandeln och som inte återlämnas till butiken är försedda med DSD:s varumärke, samt i byggnadssektorn och datasektorn, där varor säljs i förpackningar som bär DSD:s varumärke vid leverans till detaljhandeln och i förpackningar som inte bär detta varumärke vid leverans till specialhandeln eller företagskunder. Tillvägagångssättet används även i livsmedelssektorn där stora förpackningar, konserver och kartonger inte är försedda med en etikett med varumärket då de levereras till industrin, restauranger och matsalar, men är försedda med en sådan etikett då de levereras till detaljhandeln. Tillverkare och distributörer av förpackningar skulle alltså kunna se till att förpackningar som bär symbolen Der Grüne Punkt enbart lämnas i DSD-systemets insamlingsbehållare och att förpackningar som inte bär denna symbol enbart lämnas på platser där insamling säkerställs enligt ett konkurrerande system.

94 Kommissionen, Landbell och BellandVision har gjort gällande att selektiv märkning är ekonomiskt olönsam för tillverkare och distributörer av förpackningar. Vfw har även påpekat att DSD har begärt att företagets kunder erlägger avgiften för alla förpackningar som bär varumärket Der Grüne Punkt, oberoende av huruvida förpackningarna faktiskt återtas och återvinns enligt DSD-systemet eller inte.

ii) Huruvida konkurrensen elimineras vid avsaknad av en tvångslicens till varumärket Der Grüne Punkt

95 Sökanden har i andra hand ifrågasatt det angripna beslutet med anledning av att det anges i skäl 115 att avgiftssystemet gör det svårare för konkurrenter till DSD-

systemet att inträda på marknaden, vilket inte är tillräckligt för att fastställa att konkurrensen har eliminerats på det sätt som avses i domen i det ovannämnda målet Magill (punkt 56, och domen i det ovannämnda målet Bronner, punkt 41). De självständiga systemen kan emellertid, med anledning av kraven i förordningen, enbart konkurrera med DSD-systemet med avseende på förpackningar som levererats till små hantverks-, handels- eller industriföretag. Det finns ungefär 40 självständiga system som inte använder varumärket Der Grüne Punkt på denna lilla del av marknaden, och antalet förpackningar som tilldelas dessa system ökade med över 60 procent mellan åren 1997 och 2000. Flera stora distributionskedjor har även bytt från DSD-systemet till ett annat system, vilket alltså är möjligt utan svårighet och utan att DSD skulle vara tvungen att bevilja en tvångslicens. Inträdet på marknaden har alltså inte försvårats.

96 Kommissionen har ifrågasatt de uppgifter som sökanden har lämnat och som kan förklaras mot bakgrund av 1998 års reform och att väldigt få förpackningar inledningsvis hanterades enligt självständiga system.

iii) De olika skäl som åberopats till stöd för att DSD:s agerande var motiverat

97 Sökanden har i tredje hand gjort gällande att de omtvistade bestämmelserna i avtalet om användning av symbolen är nödvändiga för att säkerställa att förordningens syften uppfylls, bevara de olika funktionerna hos varumärket Der Grüne Punkt – som under alla omständigheter inte kan bli föremål för en tvångslicens – och säkerställa att DSD-systemet fungerar väl.

— Nödvändigheten att garantera att förordningens syften uppfylls

98 Sökanden har redogjort för innehållet i kravet på öppenhet som är relaterat till principen om produktansvar, vilken fastslås i förordningen om förpackningar. Enligt

de tyska myndigheternas yttrande, syftar den principen till att "fastställa på ett öppet sätt för konsumenter och myndigheter vilka förpackningar som omfattas eller inte omfattas av skyldigheten att återta använda förpackningar i butiken eller i närheten av denna" (svar på fråga 2 a). Vid anlitande av ett kollektivt system innebär således kravet på öppenhet en skyldighet att märka förpackningar enligt punkt 4.2 i bilaga I till 6 § i förordningen, enligt vilken "tillverkare och distributörer av förpackningen [skall] genom märkning eller på annat lämpligt sätt ... visa deltagande [av en förpackning i det kollektiva systemet]". Vid användning av ett självständigt system däremot består kravet på öppenhet i den upplysningsskyldighet som föreskrivs i 6 § 1 tredje meningen i förordningen, enligt vilken "distributören skall upplysa den slutliga konsumenten om möjligheten till återtagande [av förpackningar] genom klart identifierbara och läsbara anslag". Detta krav på öppenhet gör det möjligt att veta, beträffande en viss förpackning, huruvida tillverkaren eller distributören som ansvarar för denna förpackning uppfyller sina skyldigheter genom ett eget självständigt system eller genom att delta i ett kollektivt system. Detta krav möjliggör även för konsumenten att veta till vilket system förpackningen skall återlämnas. En förpackning som omfattas av DSD-systemet skall därför återtas och återvinnas enligt detta system och en förpackning som deltar i ett annat kollektivt system eller ett självständigt system skall återtas och återvinnas enligt det systemet. En viss förpackning kan inte omfattas av både DSD-systemet och ett annat system.

99 Sökanden har därefter anfört att artikel 3 i det angripna beslutet innebär ett åsidosättande av kravet på öppenhet, eftersom beslutet innebär att förpackningar som ingår i konkurrerande system kan förses med varumärket Der Grüne Punkt, vilket är DSD-systemets kännetecken. Om alla förpackningar var försedda med detta varumärke skulle konsumenten inte kunna veta vilka som skall återlämnas till försäljningsstället därför att de omfattas av ett självständigt system, och vilka som skall återlämnas i närheten av vederbörandes bostad därför att de omfattas av ett kollektivt system. Sökanden har i detta hänseende påpekat att det är omöjligt att på förhand avgöra med säkerhet huruvida en viss förpackning faktiskt återtas och återvinns enligt DSD-systemet eller enligt ett annat system och att det också är omöjligt att avgöra, även i efterhand, om en konsument faktiskt har anförtrott en viss förpackning till DSD-systemet (skäl 134 i det angripna beslutet). Detta är anledningen till att det i förordningen preciseras att konsumenten genom tydlig märkning skall informeras om huruvida en viss förpackning deltar i DSD-systemet och följaktligen skall återtas enligt detta system.

100 Sökanden har dessutom gjort gällande att skyldigheten att återta och återvinna förpackningar enligt ett självständigt system inte är tillämplig på förpackningar som omfattas av ett kollektivt system (se skrivelse av den 27 november 2001 från miljöministeriet i Baden-Württemberg, s. 7). Enligt förordningen är sådana förpackningar nämligen "befriade" från denna skyldighet därför att de omfattas av DSD-systemet och bär symbolen Der Grüne Punkt. Dessa förpackningar kan därför inte återtas enligt ett självständigt system. Ett av förordningens syften är att undvika en "avfallsstrid" mellan konkurrerande system i syfte att samla in så stora förpackningskvantiteter som möjligt för att uppnå de fastställda återvinningsnivåerna. En rättvis och ordnad konkurrens skulle snarare förutsätta att förpackningar enbart skall återtas och återvinnas enligt de olika systemen om dessa även ansvarar för varans bortskaffande (vad avser självständiga system) eller om detta ansvar överförs till dem (vad avser kollektiva system).

101 Sökanden har för övrigt gjort gällande att de tyska myndigheternas yttranden tolkades felaktigt i det angripna beslutet. Kommissionen hävdade nämligen att konsumenten fritt kan bestämma att låta förpackningarna återtas och återvinnas enligt DSD-systemet eller ett annat system då tillverkaren eller distributören av förpackningarna beslutar sig för att delta i DSD-systemet i kombination med ett annat kollektivt eller självständigt system (skälen 138, 141 och 145 i det angripna beslutet). Som svar på en fråga från kommissionen har de tyska myndigheterna enbart påpekat att då tillverkaren eller distributören deltar både i ett självständigt system och i ett kollektivt system, kan konsumenten fritt välja att lämna kvar förpackningen i butiken eller att återlämna den vid ett senare tillfälle eller få den insamlad i närheten av sin bostad eftersom "förordningen om förpackningar inte innehåller någon tydlig information om att den slutliga konsumenten är skyldig att återlämna förpackningar" (svar på fråga 1 b aa). Begreppet "avfallshantering i närheten av bostaden" hänvisar enbart till återtagande och återvinning som utförs av de myndigheter som är ansvariga härför, "den gråa soptunnan". Det begreppet omfattar inte återtagande och återvinning enligt DSD-systemet, vilket även finns i närheten av bostaden, "den gula soptunnan". Konsumenten kan alltså inte fritt välja avfallshanteringssystem.

102 Kommissionen har gjort gällande att sökanden har överdrivit betydelsen av märkning i den mån skyldigheten att återta och återvinna förpackningar är

tillämplig på förpackningskvantiteter och inte på specifika förpackningar. Enligt Landbell och BellandVision krävs det dessutom enligt förordningen inte att förpackningar förses med DSD:s varumärke.

— Huruvida DSD:s agerande var motiverat med hänsyn till varumärkesrätten

103 Sökanden har i första hand gjort gällande att kommissionen i det angripna beslutet ansåg att varumärket Der Grüne Punkt saknar särskiljande funktion, även kallad ursprungsfunktion. Denna funktion syftar till att särskilja de förpackningar som omfattas av DSD-systemet från de som omfattas av ett konkurrerande kollektivt eller självständigt system. Enligt kommissionen skall det tillåtas att förpackningar som skall återtas och återvinnas enligt ett annat system än DSD-systemet märks med varumärket Der Grüne Punkt. Sådan märkning skulle emellertid inverka menligt på varumärket Der Grüne Punkts särskiljande funktion, vilket principiellt är oförenligt med varumärkesrätten i Tyskland, inom gemenskapen, och på internationell nivå.

104 Vad avser tysk rätt har sökanden gjort gällande att varumärket Der Grüne Punkt är registrerat i Tyskland som kollektivt varumärke och gör det således möjligt att "särskilja varumärkesinnehavarens varor eller tjänster från de från andra företag vad avser kommersiellt eller geografiskt ursprung, slag, kvalitet eller andra egenskaper" (97 § första stycket Markengesetz av den 25 oktober 1994 (den tyska lagen om skydd av varumärken och andra kännetecken)). Om sökanden skulle vara tvungen att bevilja en tvångslicens till varumärket Der Grüne Punkt skulle detta mista sin särskiljningsförmåga och riskera att avföras ur varumärkesregistret.

105 Sökanden har, vad avser gemenskapsrätten, betonat att varumärket Der Grüne Punkts särskilda föremål, nämligen att till konsumenten förmedla varans eller tjänstens ursprung (domstolens dom av den 19 oktober 1978 i mål 3/78, Centrafarm, REG 1978, s. 1823, punkterna 11–14; svensk specialutgåva, volym 4 s. 171), och att

skydda innehavaren av varumärket mot risker för förväxling (se domstolens dom av den 30 november 1993 i mål C-317/91, Deutsche Renault, REG 1993, s. I-6227, punkt 30, och där angiven rättspraxis; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-439), inte längre skulle respekteras om vissa förpackningar som deltar i DSD-systemet och andra som omfattas av ett konkurrerande system utan åtskillnad skulle bära varumärket Der Grüne Punkt. DSD:s konkurrenter skulle därmed kunna dra fördel av att DSD-systemet är välkänt.

106 Sökanden har för övrigt betonat att tvingande varumärkeslicenser i princip är otillåtna enligt artikel 5 A i Pariskonventionen för industriellt rättsskydd av den 20 mars 1883, senast reviderad i Stockholm den 14 juli 1967 och ändrad den 28 september 1979 (Förenta nationernas fördragssamling, volym 828, nr 11847, s. 108, SÖ 1970:60), ratificerad av alla medlemsstater, och i artikel 21 i avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter, av den 15 april 1994 (bilaga 1C till avtalet om upprättande av Världshandelsorganisationen), ratificerat av alla medlemsstater och godkänt av Europeiska gemenskapen genom rådets beslut 94/800/EG av den 22 december 1994, om ingående, på Europeiska gemenskapens vägnar – vad beträffar frågor som omfattas av dess behörighet – av de avtal som är resultatet av de multilaterala förhandlingarna i Uruguayrundan (1986–1994) (EGT L 336, s. 1, s. 214; svensk specialutgåva, område 11, volym 38, s. 3) som inte innehåller några bestämmelser om tvingande varumärkeslicenser.

107 Kommissionen har anfört att det angripna beslutet enbart avser det avgiftssystem som DSD har upprättat och inte presumerade effekter av beslutet på företagets verksamhet som innehavare av varumärket Der Grüne Punkt. I detta avseende medför beslutet endast att företagen som tar DSD-systemets tjänster i anspråk slipper erlägga en dubbel avgift vid användning av ett annat system. Landbell och BellandVision har även betonat att det angripna beslutet endast avser de rättsliga förhållandena mellan DSD och dess avtalsparter, inom ramen för avtalet om användning av symbolen, och medför inte en rätt för tredjeman som inte är avtalspart att använda varumärket Der Grüne Punkt.

108 Sökanden har i andra hand gjort gällande att varumärket Der Grüne Punkts särskiljande funktion inte beaktades i det angripna beslutet. Denna funktion gör det möjligt att påverka konsumentens uppträdande i fråga om avfallshantering på ett

sätt som är av avgörande betydelse för DSD-systemets funktion. Om konsumenten inte återlämnar förpackningar som bär symbolen Der Grüne Punkt till DSD-systemet, riskerar sökanden att inte uppnå de återvinningsnivåer som föreskrivs i förordningen och därmed förlora sitt tillstånd. Om konsumenten återlämnar en förpackning som inte bär symbolen Der Grüne Punkt till DSD-systemet, är sökanden skyldig att återvinna denna förpackning även om de föreskrivna nivåerna redan har uppnåtts (se punkt 1.5 första meningen i bilaga I till 6 § i förordningen).

109 Sökanden har i detta sammanhang kritiserat påståendet i skälen 138, 139 och 145 i det angripna beslutet, enligt vilket symbolen Der Grüne Punkts väsentliga funktion är uppfylld så snart denna symbol signalerar till konsumenten att en viss förpackning kan återtas och återvinnas enligt DSD-systemet. Enligt sökanden finner detta påstående stöd i ett citat som tagits ur sitt sammanhang och som hämtats ur en dom från 1994 av Kammergericht i Berlin (fotnot 22 i det angripna beslutet). I det citerade avsnittet konstaterades enbart att varumärket Der Grüne Punkt inte innebär en bekräftelse av huruvida en viss förpackning är återvinningsbar. I ett annat avsnitt i domen godtog Kammergericht däremot att varumärket Der Grüne Punkt har en appellfunktion genom att fastställa att emballage kan bära detta varumärke av väsentliga miljöhänsyn, även om detta i viss bemärkelse innebär att konsumenten vilseleds.

110 Sökanden har även ifrågasatt påståendet i det angripna beslutet, enligt vilket konsumenten fritt kan besluta huruvida en viss förpackning skall återvinnas enligt DSD-systemet eller enligt ett konkurrerande självständigt eller kollektivt system (skäl 145 i det angripna beslutet). Det är nämligen av grundläggande betydelse att konsumenten via varumärket Der Grüne Punkt kan fastställa om förpackningen i fråga omfattas av DSD-systemet och inte av ett annat system. Sökanden har i detta hänseende gjort gällande att detta varumärkes särskiljande funktion har bekräftats av opinionsundersökningar som gjordes vid förberedelsen av repliken. 60,8 procent av de tillfrågade konsumenterna uppfattade således varumärket Der Grüne Punkt som ett "kännetecken för en mycket specifik organisation vilken är ansvarig för bortskaffande och återvinning av sådana förpackningar" och 27,9 procent av de nämnda konsumenterna nämnde uttryckligen DSD-systemet (se resultaten från den

enkät som gjordes av institutet Infratest Burke, i en rapport från augusti år 2001, bilaga 85 till repliken), vilket visar att konsumenterna förknippar det nämnda varumärket med DSD-systemet. Enligt en annan opinionsundersökning som gjordes av samma institut svarade endast 3,3 procent av de tillfrågade konsumenterna att varumärket förmedlar den information det ansågs göra i det angripna beslutet, nämligen att förpackningen i fråga kan återvinnas (se resultaten av den enkät som utförts av institutet Infratest Burke, i en rapport från augusti år 2001, bilaga 86 till repliken).

111 Sökanden har slutligen gjort gällande att den omständigheten att en förpackning som omfattas av ett konkurrerande system förses med varumärket Der Grüne Punkt kan inverka menligt på detta varumärkes särskiljande funktion, eftersom konsumenterna vilseleds i alla tre typsituationer som omnämns i det angripna beslutet. Enligt sökanden måste konsumenten, även då flera system används, alltid kunna avgöra med avseende på varje förpackning vilket system som är ansvarigt för dess återtagande och återvinning. Det kan vara fråga om DSD-systemet – genom att förpackningen i fråga är försedd med varumärket Der Grüne Punkt – ett annat kollektivt system – genom att förpackningen är märkt på ett sätt som är förenligt med punkt 4.2 i bilaga I till 6 § i förordningen – eller ett självständigt system – genom att förpackningen är märkt på ett sätt som är förenligt med 6 § 1 i förordningen. Nästan 48,4 procent av de konsumenter som har tillfrågats inom ramen för en av de ovannämnda opinionsundersökningarna har, med avseende på användning av ett självständigt system i konkurrens med DSD-systemet, svarat att de inte förstår den motsägelsefulla information som presenterats, dels om återtagande i butiken enligt 6 § 1 i förordningen, och dels, via symbolen Der Grüne Punkt, om återtagande i närheten av bostaden enligt DSD-systemet.

112 Sökanden har mer allmänt gjort gällande att det angripna beslutet medför att nästan alla förpackningar i Tyskland kommer att bära varumärket Der Grüne Punkt. Den som använder detta märke och som deltar i DSD-systemet för motsvarande 1 procent av sina salufördа förpackningar, kan använda märket utan kostnad för resterande 99 procent. Det finns en risk på kort sikt att förpackningar som felaktigt återlämnas till DSD-systemet och för vilka DSD inte erhåller någon avgift, måste omhändertas enligt det systemet. Samtidigt skulle insamlingen enligt DSD-systemet minska och riskera att inte längre uppnå de lagstadgade återvinningsnivåerna, med hänsyn till att varumärket Der Grüne Punkts betydelse begränsas till en enkel möjlighet till bortskaffande.

113 Sökanden har för övrigt gjort gällande att varumärket Der Grüne Punkt även uppfyller en kontrollfunktion som gör det möjligt att förhindra och beivra missbruk av de tillverkare och distributörer av förpackningar som nyttjar DSD-systemet utan att erlägga någon avgift, genom kontroller i butikerna, gallringskontroller eller myndighetskontroller. Enligt DSD medför det angripna beslutet i detta avseende att det blir svårare att på ett effektivt sätt skydda sig mot "free-rider"-problemet vilket nästan försatte företaget i konkurs år 1993.

114 Kommissionen har, med stöd av intervenienterna, påmint om att i avsaknad av vilseledande eller förväxling påverkas inte ett varumärkes ursprungsfunktion, vars syfte är att särskilja eller bestämma en varas eller tjänsts ursprung. I förevarande fall uppfattar den slutliga konsumenten, som köper konsumtionsvaror och nyttjar olika system för återtagande och återvinning av förpackningarna, varumärket Der Grüne Punkt i korthet som en upplysning om att en förpackning kan återtas och återvinnas enligt sökandens system. Varumärket Der Grüne Punkt har dessutom inte en avgörande roll vid insamlingen av förpackningar eftersom de gula soptunnor och behållare för glas och papper som används av DSD-systemet inte bär detta varumärke i alla insamlingsområden. Det är för övrigt av denna anledning som konsumenterna inte förknippar insamlingsbehållarna med symbolen, utan med det material som är i fråga.

— Huruvida DSD-systemet fungerar väl

115 Sökanden har inledningsvis gjort gällande att de omtvistade bestämmelserna avseende avgiften var proportionerliga i förhållande till de tillhandahållna tjänsterna, i den mån en standardavgift för användning av varumärket Der Grüne Punkt och deltagande i DSD-systemet utgjorde den enda praktiska lösningen då det inte gick att exakt fastställa det antal förpackningar som återlämnades till DSD-systemet. Sökanden har därefter i repliken gjort gällande att den avgift som skall erläggas enligt de omtvistade bestämmelserna endast avsåg de förpackningar för vilka DSD-systemet tagits i anspråk. Den licens som DSD beviljade i enlighet med avtalet om

användning av symbolen var således endast tillämplig på förpackningar som omfattades av DSD-systemet men inte av ett annat konkurrerande kollektivt eller självständigt system. En sådan begränsning av licensen till förpackningar som bär symbolen Der Grüne Punkt är förenlig med förordningen, enligt vilken förpackningar som deltar i ett kollektivt system skall vara tydligt märkta för att informera om att den berörda tillverkaren eller distributören är "befriad" från skyldigheten att återta och återvinna dessa förpackningar, vilka hädanefter omfattas av DSD:s ansvar (beslut av den 20 augusti 1999, av Verwaltungsgerichtshof Kassel (högsta administrativa domstol i Kassel, Tyskland)). En sådan ordning skulle emellertid inte kunna fungera om de förpackningar för vilka DSD-systemet inte anlitas också var försedda med den symbol som kännetecknar det systemet. Det föreskrivs inte i avtalet om användning av symbolen att den som använder symbolen kan eller är skyldig att förse de förpackningar för vilka han inte tar DSD-systemet i anspråk med varumärket Der Grüne Punkt. Därmed föreligger det inte någon obalans mellan DSD:s prestation (återtagande och återvinning av förpackningar) och den avgift som företaget begär i motprestation.

116 Vad avser kommissionens hänvisning till domen av den 15 mars 2001 av Bundesgerichtshof (Tysklands högsta allmänna domstol), i målet BäKo, har sökanden påpekat att Bundesgerichtshof i den domen inte fastställde att avtalsbestämmelserna avseende avgiften var oskälig. Den domstolen konstaterade i stället att sökanden, enligt 4 § 1 och 5 § 1 i avtalet om användning av symbolen, inte kan begära att avgiften erläggs i dess helhet med avseende på förpackningar som inte omfattas av sökandens lagstadgade behörighet, nämligen förpackningar från industrin och större företag. I detta fall, som inte avses i det angripna beslutet (fotnot 15), hade sökanden inte tillhandahållit den avfallshanteringstjänst som efterfrågades. I förevarande mål är förpackningarna i fråga försedda med varumärket Der Grüne Punkt och omfattas obestridligen av DSD:s behörighet. Detta innebär att de lämnas av de slutliga konsumenterna till vilka DSD tillhandahåller en tjänst som omfattar återtagande och återvinnande av förpackningar. Detta gäller även då konsumenterna felaktigt lämnar tillbaka förpackningar till ett offentligt system för avfallshantering eller till ett konkurrerande system för insamling och återvinning av förpackningar.

117 Kommissionen har betonat att då både DSD-systemet och ett annat kollektivt eller självständigt system anlitas, skulle förhållandet mellan DSD:s prestation och den avgift som begärs vara i obalans om det enbart beaktades huruvida en förpackning var försedd med symbolen Der Grüne Punkt. I en sådan situation skulle nämligen den tjänst som DSD faktiskt tillhandahåller deltagande företag inte beaktas.

118 Kommissionen har för övrigt påpekat att sökandens argumentering i repliken, att avgiften enbart är tillämplig på förpackningar som hanteras enligt sökandens system, är oförenlig med sökandens tidigare praxis. Kommissionen har i detta avseende åberopat domen BäKo (punkt 116 ovan) i vilken Bundesgerichtshof fastställde, i motsats till vad DSD har gjort gällande, att det företaget inte kunde ha någon fordran gentemot sina kunder vad avser förpackningar som bär varumärket Der Grüne Punkt men som har levererats till företagskunder. Kommissionen har även hänvisat till målet Hetzel, i vilket DSD åberopade avtalet om användning av symbolen för att invända mot en begäran från en av sina kunder om återbetalning av den del av avgiften som avsåg förpackningar med avseende på vilka DSD inte hade möjlighet att fullgöra skyldigheten till återtagande och återvinning (dom av Oberlandesgericht Düsseldorf (appellationsdomstolen i Düsseldorf, Tyskland), av den 11 augusti 1998, i målet Hertzel, vilken har överklagats till Bundesgerichtshof).

c) Förstainstansrättens bedömning

i) Det missbruk som beskrivs i det angripna beslutet

119 Enligt det angripna beslutet utgör DSD:s krav att en avgift skall erläggas för alla förpackningar som saluförs i Tyskland med symbolen Der Grüne Punkt missbruk av dominerande ställning. Detta gäller även om det har visats, beträffande den förpackningskvantitet med avseende på vilken tillverkaren eller distributören inte

nyttjar DSD-systemet, att skyldigheterna att återta och återvinna som föreskrivs i förordningen är uppfyllda enligt ett annat kollektivt eller självständigt system (se punkt 58 ovan). Detta missbruk har enligt beslutet två verkningar: dels ett otillbörligt utnyttjande av DSD:s kunder genom att den ersättning som begärs inte står i proportion till den utförda tjänsten, dels ett inträdeshinder för konkurrenter som erbjuder lösningar som är alternativa till DSD-systemet, med beaktande av kostnaderna för kombinerad användning av DSD-systemet och ett annat system (se punkt 50 ovan).

120 Det skall i detta avseende påminnas om att begreppet missbruk är ett objektivt begrepp. Det omfattar sådana beteenden av ett företag med dominerande ställning som kan påverka strukturen hos en marknad där konkurrensen redan är försvagad just på grund av det ifrågavarande företagets existens och som, genom att andra metoder används än sådana som räknas till normal konkurrens om varor och tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas prestationer, medför att hinder läggs i vägen för att den på marknaden ännu existerande konkurrensen upprätthålls eller utvecklas (domstolens dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, REG 1979, s. 461, punkt 91; svensk specialutgåva, volym 4, s. 315).

121 Det framgår särskilt av artikel 82.2 a EG att ett sådant missbruk bland annat kan bestå i ett direkt eller indirekt påtvingande av oskäliga priser eller andra oskäliga affärsvillkor. Det föreligger alltså missbruk av en dominerande ställning när ett företag som innehar en dominerande ställning tar ut avgifter för sina tjänster som inte står i proportion till det ekonomiska värdet av den utförda prestationen (domstolens dom av den 13 november 1975 i mål 26/75, General Motors mot kommissionen, REG 1975, s. 1367, av den 14 februari 1978 i mål 27/76, United Brands mot kommissionen, REG 1978, s. 207, punkterna 235–268, och av den 11 november 1986 i mål 226/84, British Leyland mot kommissionen, REG 1986, s. 3263, punkterna 27–30).

122 Ett företag som har en dominerande ställning kan på samma sätt lägga hinder i vägen för sina konkurrenter genom att juridiskt eller faktiskt binda kunderna till de egna tjänsterna och därigenom hindra dem från att anlita konkurrerande företag (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 90).

ii) Den ensamrätt som sökanden har gjort gällande

123 Sökandens huvudargument i detta sammanhang är att det enbart kan föreligga konkurrens mellan systemen om den berörda tillverkaren eller distributören till DSD överför de förpackningar avseende vilka vederbörande önskar bli befriade från den skyldighet att återta och återvinna som föreskrivs i förordningen, och om den slutliga konsumenten klart och tydligt kan fastställa vilka förpackningar som kan återlämnas till DSD-systemet och de som kan återlämnas till ett annat kollektivt eller självständigt system (se punkt 115 ovan).

124 Varumärket Der Grüne Punkt gör det således möjligt att både upplysa om vilka förpackningar som överförts till DSD och som alltså inte omfattas av tillverkarens eller distributörens skyldighet att återta och återvinna förpackningar, samt informera konsumenter om var de skall återlämna förpackningarna. Det är därmed möjligt att säkerställa att det uppdrag som tillverkaren eller distributören anförtrott DSD utförs. Följaktligen borde endast de förpackningar som omfattas av DSD-systemet vara märkta med symbolen Der Grüne Punkt, vilken kännetecknar det systemet. Sökanden har nämligen, med avseende på dessa förpackningar, enligt avtal och gällande bestämmelser befriat den berörda tillverkaren eller distributören från den skyldighet att återta och återvinna förpackningar som föreskrivs i förordningen. Att förpackningen i fråga enbart är försedd med en enda upplysning om tillämpligt

system för återtagande och återvinning gör det dessutom möjligt att påverka den slutliga konsumentens beteende. Denne kommer således inte att vilseledas av andra upplysningar om att förpackningen kan återlämnas till ett annat system.

125 Sökanden har, på grundval av denna argumentering, gjort gällande att avgiftssystemet inte innebär missbruk av dominerande ställning med avseende på artikel 82 EG. Enligt detta system är nämligen den ersättning som skall erläggas för återtagande och återvinning av förpackningar enligt DSD-systemet begränsad till förpackningar som bär symbolen Der Grüne Punkt och med avseende på vilka tillverkaren eller distributören av förpackningar har begärt att bli befriad från sina skyldigheter enligt förordningen. Detta innebär exempelvis att om en tillverkare eller distributör av förpackningar beslutar sig för att saluföra 100 förpackningar i Tyskland, och ger DSD i uppdrag att återta och återvinna hälften av dessa, skall vederbörande förse 50 förpackningar med symbolen Der Grüne Punkt för att informera konsumenten om att DSD är ansvarig för återtagande och återvinning av dessa förpackningar. Om tillverkaren eller distributören i stället beslutar att förse de 100 saluförda förpackningarna med symbolen, måste vederbörande betala en avgift som beräknas på denna grund. Detta gäller även om enbart 50 förpackningar återtas och återvinns enligt DSD-systemet, med hänsyn till att DSD skulle vara skyldig att eventuellt återta och återvinna de 100 förpackningar som bär symbolen Der Grüne Punkt och för vilka DSD ansvarar enligt förordningen. Storleken på den avgift som erläggs med stöd av avtalet om användning av symbolen beror således av antalet förpackningar som bär symbolen Der Grüne Punkt.

126 Sökanden har likväl inte ifrågasatt att tillverkare eller distributörer av förpackningar kan kombinera DSD-systemet med ett annat kollektivt system eller ett självständigt system för att, bland annat, undvika att betala för en tjänst som faktiskt inte tillhandahålls enligt DSD-systemet (se punkt 46 ovan). Sökanden har emellertid, med avseende på en sådan situation, gjort gällande att tillverkaren eller distributören – innan varan hamnar hos den slutliga konsumenten – måste kunna skilja de förpackningar som omfattas av DSD-systemet från dem som omfattas av ett annat system. Detta skulle i det ovannämnda exemplet innebära att tillverkaren eller distributören, med avseende på hälften av de 100 förpackningar som släppts ut på

marknaden, skall säkerställa att det framgår att förpackningarna omfattas av ett annat kollektivt system än DSD-systemet genom en upplysning på förpackningen eller någon annan lämplig åtgärd. Då ett självständigt system används, skall distributören informera den slutliga konsumenten om möjligheten att återlämna förpackningen på försäljningsstället. Sökanden anser under alla förhållanden att de 50 förpackningar med avseende på vilka tillverkaren inte anlitar DSD-systemet, inte kan märkas med symbolen Der Grüne Punkt.

127 Enligt sökandens argumentering kan symbolen Der Grüne Punkt endast användas ensam och inte i kombination med ett annat tecken som kan identifiera ett konkurrerande system till DSD-systemet. Det senare systemet omfattar enbart förpackningar som är märkta med symbolen Der Grüne Punkt, vilka inte kan omhändertas enligt ett annat system.

128 Sökanden har, till stöd för denna argumentering, och för att ifrågasätta innehållet i det angripna beslutet, hänvisat till det sätt på vilket konkurrensen utövas (se punkt 93), vilket kan vara genom exklusiv märkning av förpackningarna enligt det system som anlitas (se punkt 95), förordningen (se punkterna 98–100), varumärkesrätten (se punkterna 103–113) och till vad som behövs för att DSD-systemet skall fungera väl (se punkterna 115 och 116), nämligen exklusiv märkning vid användning av DSD-systemet.

iii) Hur de kombinerade systemen fungerar

129 Förstainstansrättens prövning av sökandens argumentering kräver en kontroll av de bakomliggande omständigheterna. Det skall bland annat fastställas huruvida, vilket

sökanden har gjort gällande, tillverkaren eller distributören av förpackningar överför ett bestämt antal förpackningar till DSD, vilka skall märkas med symbolen Der Grüne Punkt. Förstainstansrätten skall även pröva huruvida de förpackningar som omfattas av DSD-systemet samtidigt kan omfattas av ett annat system för återtagande och återvinning, vilket sökanden har ifrågasatt.

130 Förstainstansrätten frågade parterna under förhandlingen hur de kombinerade systemen fungerar för att kunna avgöra vilken betydelse en förpackning har i sig, och särskilt en förpackning som är märkt med symbolen Der Grüne Punkt, vid fullgörandet av den skyldighet att återta och återvinna förpackningar som föreskrivs i förordningen. På grundval av parternas redogörelse anser förstainstansrätten följande vara utrett beträffande dessa omständigheter.

131 De återvinningsnivåer som har fastställts i bilaga I till 6 § i förordningen om förpackningar är beräknade som en procentandel av den salufördа materialmängd som faktiskt har återtagits och återvunnits och inte med hänsyn till de berörda förpackningarnas antal eller art, oberoende av om förpackningarna är försedda eller inte med en symbol som kännetecknar ett kollektivt system. I punkt 1.1 i bilaga I till 6 § i förordningen föreskrivs således att tillverkare och distributörer av förpackningar skall uppfylla kraven som uppställs för återvinning med avseende på de förpackningar de har salufört. Detta gäller även den som driver ett kollektivt system, med avseende på de förpackningar beträffande vilka tillverkare eller distributörer deltar i ett sådant system. Det preciseras i detta hänseende i punkt 1.2 i bilaga I till 6 § i förordningen att den relevanta förpackningskvantiteten bestäms "som en procentandel av mängden material". Detta gäller oberoende av om det är fråga om förpackningar som saluförs av tillverkaren eller distributören eller sådana beträffande vilka tillverkaren eller distributören deltar i ett kollektivt system. Dessutom tillämpas, sedan den 1 januari 2000, samma återvinningsnivåer per materialsort för självständiga och kollektiva system (skäl 19 i det angripna beslutet).

132 Det följer dessutom av det ovan sagda att fördelningen av förpackningskvantiteterna mellan de olika systemen, vilken fastställs av tillverkaren eller distributören av

förpackningar, inte utgörs av i förväg fastställda förpackningskvantiteter utan av den materialmängd som dessa förpackningar motsvarar. Detta innebär i praktiken att då en tillverkare av förpackningar anlitar DSD för återtagande och återvinning av hälften av de plastförpackningar som vederbörande saluför i Tyskland, är DSD ansvarigt för att återta och återvinna den materialmängd som motsvarar hälften av dessa förpackningar. För att uppnå de återvinningsnivåer som föreskrivs i förordningen skall DSD alltså visa de tyska myndigheterna att företaget återvunnit 60 procent av den plastmängd med avseende på vilken tillverkaren har anlitat företaget (60 procent är den återvinningsnivå som gäller för plast). På samma sätt, om tillverkaren kan visa att DSD övertagit dennes skyldighet att återta och återvinna förpackningar med avseende på hälften av den salufördа plastmängden, skall tillverkaren även visa att denne ansvarat för återtagande och återvinning, enligt ett självständigt system eller ett annat kollektivt system, av den andra hälften.

133 När de återvinningsnivåer som föreskrivs i förordningen har uppnåtts och förpackningskvantiteter fördelats mellan systemen på grundval av de berörda materialmängderna och inte på grundval av förpackningarna i sig, vare sig de är försedda med symbolen Der Grüne Punkt eller inte, har denna symbol inte den vikt och betydelse som sökanden anser den ha. En tillverkare eller en distributör av förpackningar som beslutar att anlita DSD för återtagande och återvinning av en del av de förpackningar vederbörande säljer i Tyskland och själv ta hand om återtagandet och återvinningen av övriga förpackningar, antingen genom ett självständigt system eller genom att anlita ett annat kollektivt system, skall således endast fördela materialmängder mellan de olika berörda systemen utan att – som sökanden har påstått – behöva avgöra den slutliga konsumentens konkreta agerande.

134 Detta innebär, med avseende på det konkreta exempel rörande snabbmatskedjan som har åberopats under förhandlingen, att en slutlig konsument som köper en smörgås i en förpackning avsedd att bevara värmen, fritt kan välja att äta smörgåsen på plats och kasta förpackningen i restaurangens soptunna, inom ramen för det

självständiga systemet. Konsumenten i fråga kan även besluta att ta med smörgåsen hem för att därefter lämna förpackningen i en av DSD:s insamlingsbehållare som finns i närheten av konsumentens bostad. Denna förpackning kan alltså lämnas tillbaka enligt de två insamlings- och återvinningssystem som snabbmatskedjan har anlitat för att uppfylla de skyldigheter som föreskrivs i förordningen.

135 Förstainstansrätten anser, i motsats till vad sökanden har gjort gällande (se punkt 112), att den omständigheten att förpackningen i fråga eventuellt är försedd med symbolen Der Grüne Punkt, även om förpackningen kan återtas och återvinnas enligt ett annat system, inte inverkar menligt på DSD-systemets funktion. Det som är av betydelse i avtalsförhållandet mellan sökanden och tillverkaren eller distributören av förpackningar är nämligen att det garanteras att de återvinningsbara materialmängder som släppts ut på marknaden faktiskt återtas och återvinns för att de nivåer som föreskrivs i förordningen skall uppnås. Huruvida DSD uppnår dessa nivåer beror, i enlighet med det ovan sagda, emellertid inte på huruvida förpackningen i fråga bär symbolen Der Grüne Punkt eller inte.

136 För det fall en snabbmatskedja saluför 100 ton plast under ett visst år och, mot bakgrund av det föregående årets resultat, har vetskap om att 50 av dessa 100 ton återfinns i kedjans eget självständiga system, måste den dessutom anlita ett kollektivt system för att visa att övriga 50 ton plast som släppts ut på marknaden kommer att återtas och återvinnas i enlighet med kraven i förordningen. Om beteendet hos snabbmatskedjans kunder överensstämmer med denna fördelning, det vill säga att 50 ton plast kommer att återtas och återvinnas enligt ett självständigt system och övriga 50 ton enligt ett kollektivt system, kommer båda systemens återvinningsnivåer att uppnås.

137 Om beteendet hos denna snabbmatskedjas kunder emellertid inte överensstämmer med den förväntade fördelningen, kommer korrigeringsmekanismer att användas

för att den faktiska situationen skall beaktas. Om exempelvis enbart 10 ton plast återfinns i det självständiga systemet, skall snabbmatskedjan köpa resterande 40 ton plast från system som befinner sig i en överskottssituation eftersom 40 extra ton plast har återtagits och återvunnits enligt de systemen. På samma sätt, om 90 ton plast återfinns i det självständiga systemet skulle snabbmatskedjan kunna be att få erlägga en reducerad avgift till det berörda kollektiva systemet, i den mån denna kedja visar att den återtagit och återvunnit 40 av de 50 ton som det kollektiva systemet anförtrotts. Med dessa möjligheter till korrigering kan det säkerställas att varje system uppfyller kraven i förordningen och samtidigt erhåller ersättning för den tjänst som faktiskt tillhandahållits.

138 Sådana möjligheter till korrigering av de materialmängder som tilldelats enligt avtal i enlighet med de faktiska resultaten från insamlingen och återvinningen föreligger även i det fall en tillverkare eller en distributör av förpackningar beslutar sig för att anlita två eller flera kollektiva system, såsom DSD-systemet och Landbell-systemet. Det skall för övrigt påpekas att dessa möjligheter till korrigering har fastställts i ett kompensationsavtal, som har åberopats under förhandlingen. De som driver de olika systemen kan därmed mellan sig dela upp de materialmängder som har återvunnits av de anlitade avfallshanteringsföretagen, i enlighet med de mängder som de ansvarar för enligt avtal med tillverkarna och distributörerna av förpackningar.

139 Det framgår av det ovan sagda att en tillverkare eller en distributör av förpackningar inte anförtror DSD ett bestämt antal förpackningar som är avsedda att märkas med symbolen Der Grüne Punkt. De anförtror snarare en materialmängd som tillverkaren eller distributören kommer att saluföra i Tyskland och för vilken vederbörande avser att anlita DSD-systemet i fråga om återtagande och återvinning. Det är alltså möjligt för en tillverkare eller en distributör av förpackningar att använda kombinerade system för att uppnå de återvinningsnivåer som föreskrivs i förordningen.

iv) Sökandens kritik av kommissionens analys i det angripna beslutet

140 Denna beskrivning av hur de kombinerade systemen fungerar i praktiken gör det möjligt att bedöma sökandens kritik avseende kommissionens analys som i det angripna beslutet.

141 Förstainstansrätten påminner inledningsvis om att kommissionen ansåg att endast de bestämmelser i avtalet om användning av symbolen som rör avgiften utgjorde missbruk (nämligen 4 § 1 och 5 § 1 i avtalet). I det angripna beslutet kritiserades inte den omständigheten att det i 3 § 1 i avtalet krävs att en tillverkare eller distributör som önskar anlita DSD-systemet förser varje förpackning som har anmälts och som är avsedd för inhemsk användning med symbolen Der Grüne Punkt. Kommissionen ansåg däremot att DSD:s agerande utgjorde missbruk i den mån företaget begärde att avgiften erlades med avseende på samtliga förpackningar som salufördes i Tyskland med den nämnda symbolen även om det visades att vissa av dessa förpackningar redan hade återtagits och återvunnits enligt ett annat kollektivt eller självständigt system.

— Huruvida det är nödvändigt att märka alla förpackningar med symbolen Der Grüne Punkt vid användning av ett kombinerat system med anledning av möjligheten till selektiv märkning efter använt system

142 Sökanden har anfört att det inte är nödvändigt att en förpackning förses med symbolen Der Grüne Punkt då ett kombinerat system används, med anledning av

möjligheten att förse förpackningar med varumärket Der Grüne Punkt eller inte beroende på vilket system som anlitats. Det framgår i detta avseende av det ovan anförda att förordningen inte innehåller något krav på selektiv märkning av förpackningar.

143 Det följer dessutom av det angripna beslutet (skälen 103–107) att selektiv märkning av förpackningar efter använt system skulle medföra en betydande merkostnad för de tillverkare och distributörer som önskar saluföra en och samma förpackning i Europa eller anlita kombinerade system. Det skulle nämligen vara nödvändigt att vidta åtgärder vid tillverkningen av olika förpackningar och att kontrollera saluföringen av dessa tills de når den slutliga konsumenten. Det ansågs även föreligga en risk att sådana insatser skulle vara förgäves med hänsyn till att det är den slutliga konsumenten och inte tillverkaren eller distributören som bestämmer var förpackningen skall återtas och återvinnas. Sökanden har, under alla omständigheter, inte invänt mot påståendet att selektiv märkning avskräcker tillverkare och distributörer från att anlita andra system än DSD-systemet, vilket är en av de effekter av DSD:s agerande som ansetts utgöra missbruk i det angripna beslutet (skälen 114 och 115).

144 Förstainstansrätten påpekar för övrigt att de exempel på selektiv märkning som sökanden har nämnt inte omfattas av det angripna beslutets tillämpningsområde. De nämnda exemplen avser sektorer med avseende på vilka en del av förpackningarna i fråga, nämligen den del som är avsedd för företagskunder, befinner sig utanför sökandens verksamhetsområde, vilket utgörs av förpackningar till slutliga konsumenter.

145 Förstainstansrätten konstaterar emellertid att den lösning med selektiv märkning som sökanden har förordat inte föreskrivs i förordningen. Den medför inte heller att det missbruk som kommissionen påtalat i det angripna beslutet upphör.

— Argumenten att konkurrensen inte eliminerats

146 Sökanden har även anfört att konkurrensen inte eliminerades genom DSD:s omtvistade agerande med anledning av att de förpackningskvantiteter som tilldelades de självständiga systemen ökade med 60 procent mellan åren 1997 och 2000 och att vissa av DSD:s kunder övergått från företagets system till ett annat kollektivt system (se punkt 95 ovan). Det skall i detta sammanhang anges att dessa uppgifter inte avser fallet med kombinerade system som omfattar både DSD-systemet och ett annat kollektivt eller självständigt system.

147 Den ökning av de kvantiteter som tilldelas de självständiga systemen som sökanden har hänvisat till verkar dessutom inte avgörande med hänsyn till de uppgifter som kommissionen har presenterat i dupliken. Väldigt få förpackningar omhändertogs nämligen enligt självständiga system år 1997 och endast 333 000 ton samlades in enligt självständiga system år 2000, motsvarande 6 procent av de 5,5 miljoner ton som samlades in enligt DSD-systemet det året.

148 Dessa uppgifter är under alla omständigheter inte tillräckliga för att ifrågasätta kommissionens bedömning i det angripna beslutet att DSD:s agerande utgjorde missbruk enligt artikel 82 EG. Agerandet i fråga bestod i att DSD krävde att en avgift erlades för alla förpackningar som salufördes i Tyskland med symbolen Der Grüne Punkt, även om det visades att vissa av dessa förpackningar hade återtagits och återvunnits enligt ett annat kollektivt eller självständigt system.

149 Argumentet att självständiga system har etablerats och att vissa av DSD-systemets kunder övergått till ett annat kollektivt system kan därför inte godtas.

— Nödvändigheten att säkerställa att förordningens syften uppfylls

150 Med avseende på nödvändigheten att säkerställa att förordningens syften uppfylls genom att sökanden kan kräva att de förpackningar som anförtros DSD-systemet endast är försedda med symbolen Der Grüne Punkt (se punkterna 98–100 ovan), framgår det av beskrivningen av hur de kombinerade systemen fungerar i praktiken att det i förordningen inte föreskrivs någon sådan ensamrätt vid anlitande av kombinerade system. Bedömningen av hur systemen fungerar i praktiken gör det dessutom möjligt att fastställa att denna symbol inte har den verkan som sökanden tillskriver den. De återvinningsnivåer som skall uppnås för att skyldigheterna till återtagande och återvinning i förordningen skall uppfyllas har beräknats på grundval av det insamlade materialet och inte på grundval av det varumärke som förpackningarna är försedda med.

151 Förstainstansrätten påpekar i detta hänseende, vad avser bedömningen av den slutliga konsumentens roll, att sökanden har medgett att det är omöjligt att med säkerhet bestämma i förväg om en viss förpackning faktiskt kommer att återtas och återvinnas enligt DSD-systemet. Sökanden kan dessutom inte på goda grunder ifrågasätta att de tyska myndigheterna, som svar på en fråga från kommissionen om det var riktigt att "enligt förordningen om förpackningar kan konsumenten fritt välja om han vill lämna kvar förpackningen i butiken eller återlämna den vid ett senare tillfälle eller låta den insamlas i närheten av bostaden", angav att "i förordningen om förpackningar föreskrivs ingen klar skyldighet för den slutliga konsumenten att återlämna förpackningar" och att "antagandet i kommissionens fråga alltså stämmer" (se svar på fråga 1 b aa i de tyska myndigheternas yttrande som återges i det angripna beslutet, skäl 20, fotnot 9). Sökanden kan i detta avseende inte göra gällande att begreppet "insamling i närheten av bostaden" avser insamling enligt det offentliga systemet för avfallshantering och inte anlitande av ett kollektivt system. Det framgår nämligen klart och tydligt av rubriken till kommissionens fråga nr 1, vilken avser hur de återvinningsnivåer som uppställs i förordningen kan uppnås, och av innehållet i de tyska myndigheternas yttrande till svar på fråga 1 a, i vilket det

preciseras att insamling i närheten av den slutliga konsumentens bostad görs enligt ett kollektivt system, att det nämnda begreppet hänvisar till ett kollektivt system i den mening som avses i 6 § 3 i förordningen.

152 Inte något av sökandens argument gör det följaktligen möjligt att ifrågasätta slutsatsen i det angripna beslutet att den slutliga konsumenten enligt förordningen, då det är fråga om kombinerade system, fritt kan välja vilket system han vill återlämna en viss förpackning till (skälen 138, 141 och 145 i det angripna beslutet).

153 Det följer av det angripna beslutet (skälen 141 och 145), med avseende på möjligheten att informera konsumenten om att en förpackning kan återtas och återvinnas enligt flera system, att de olika informationssätt som föreskrivs i förordningen – nämligen märkning och varje annat sätt som är lämpligt för de kollektiva systemen (punkt 4.2 i bilaga I till 6 § i förordningen) och information om möjligheten att återlämna förpackningen på försäljningsstället med avseende på de självständiga systemen (6 § 1 tredje meningen i förordningen) – gör det möjligt att upplysa den slutliga konsumenten om olika möjligheter till återtagande av förpackningen i fråga. Detta innebär emellertid inte att det finns fog för sökandens argumentering att en förpackning som försetts med symbolen Der Grüne Punkt inte kan återtas och återvinnas enligt ett annat system än DSD-systemet.

154 Förstainstansrätten påminner i detta hänseende om att det inte anges i förordningen att förpackningar som samlas in enligt ett konkurrerande kollektivt eller självständigt system inte kan förses med symbolen Der Grüne Punkt. Detta gäller för övrigt under förutsättning att de villkor som uppställs i förordningen för upplysningar om det system som används i kombination med DSD-systemet respekteras. Sådana upplysningar kan vara kumulativa och en och samma förpackning kan alltså omfattas av flera system samtidigt. Kommissionen har med rätta tolkat innebörden av kravet på öppenhet på detta sätt. Det kravet har definierats av de tyska myndigheterna i deras yttrande, enligt vilket det klart och

tydligt skall anges vilka förpackningar som omfattas av skyldigheten att återta dem på försäljningsstället eller i dess omedelbara närhet och vilka som inte omfattas av denna skyldighet (se svar på fråga 2 a sista meningen i de tyska myndigheternas yttrande, samt skälen 20, 141 och 142 i det angripna beslutet).

155 Argumenten avseende nödvändigheten att säkerställa att förordningens syften iakttas kan därför inte godtas.

— Huruvida agerandet är motiverat med hänsyn till varumärkesrätten

156 Förstainstansrätten anser, vad avser sökandens argument avseende varumärkesrätten (se punkterna 103–113 ovan), att den omständigheten att symbolen Der Grüne Punkt och en på ett "lämpligt sätt" lämnad hänvisning till ett annat kollektivt system i den mening som avses i punkt 4.2 i bilaga I till 6 § i förordningen förekommer på en och samma förpackning, då de två systemen används gemensamt, samt att Der Grüne Punkt och en upplysning om att förpackningen kan återlämnas i butiken förekommer på samma förpackning, vid gemensam användning av DSD-systemet och ett självständigt system, uppenbart inte inverkar menligt på DSD:s varumärkes väsentliga funktion (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 5 oktober 1988 i mål 238/87, Volvo, REG 1988, s. 6211, punkt 9, och domen i det ovannämnda målet Magill, punkterna 49 och 50, samt förstainstansrättens dom av den 16 december 1999 i mål T-198/98, Micro Leader mot kommissionen, REG 1999, s. II-3989, punkt 56). Enligt det angripna beslutet följer det av en dom av den 14 juni 1994 av Kammergericht Berlin att detta varumärke "[inte] säger mer än att en produkt med ett sådant märke kan samlas in genom det tvåfaldiga systemet" utan att lämna någon information om kvaliteten hos den erbjudna tjänsten (skäl 145 i det angripna beslutet). Då en del av förpackningarna anförtros en konkurrent till DSD kan konsumenten dessutom fritt välja att låta återvinna en förpackning enligt DSD-systemet eller ett konkurrerande system.

157 Om symbolen Der Grüne Punkts funktion således är att upplysa om möjligheten att en viss förpackning kan återvinnas enligt DSD-systemet och den symbolen kan användas gemensamt med andra kännetecken eller metoder för upplysning om andra möjligheter till återvinning enligt ett självständigt system eller ett konkurrerande kollektivt system, kan det inte med fog göras gällande att det angripna beslutet ger upphov till ett oproportionerligt intrång i varumärkesrätten eller, under alla omständigheter, har en inverkan på denna rätt som inte kan rättfärdigas av att det är nödvändigt att undvika missbruk av en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 82 EG.

158 Sökandens kritik av kommissionens tolkning av domen av Kammergericht Berlin (se punkt 109 ovan) i det angripna beslutet är inte relevant i detta avseende. Denna kritik är begränsad till det särskilda sammanhang i vilket den domen meddelades. Kammergericht Berlin ansåg nämligen inte att symbolen Der Grüne Punkt utgör en upplysning om avfallshanteringens kvalitet. Kommissionens slutsats att flera kännetecken som upplyser konsumenterna om hur de skall förhålla sig till de olika systemen för återtagande och återvinning kan förekomma på en och samma förpackning påverkas emellertid inte av detta. Det ovan nämnda exemplet avseende snabbmatskedjan visar således varumärket Der Grüne Punkts faktiska betydelse då en förpackning som även omfattas av ett annat system för insamling och återvinning bär varumärket.

159 Förstainstansrätten anser, vad avser de argument som grundas på de opinionsundersökningar som sökanden har lämnat in (se punkt 110 ovan), att resultaten från dessa undersökningar inte påverkar kommissionens bedömning i det angripna beslutet. Det är logiskt att en konsument uppfattar symbolen Der Grüne Punkt som en upplysning om att en förpackning som är försedd med den symbolen kan återlämnas i de insamlingsbehållare som är placerade i närheten av konsumentens bostad. Detta visar emellertid inte hur konsumenter skulle reagera med avseende på en förpackning som är försedd med flera symboler som kännetecknar olika kollektiva system. Kommissionen och intervenienterna har i detta hänseende påpekat, vilket även har bekräftats under förhandlingen, att samma insamlingsbe-

hållare i allmänhet nyttjas av de olika systemen, och att konsumenten för det mesta lämnar förpackningar i behållarna efter material och inte efter den symbol som förekommer på förpackningen. Vad avser de system som kombinerar DSD-systemet och ett självständigt system, verkar det sakna betydelse att 48,4 procent av konsumenterna inte skulle förstå motsägelsefulla hänvisningar till de två systemen eftersom de endast upplyser om konsumentens fria val vid fall av blandade system. Sådana hänvisningar till de två systemen ger därmed inte upphov till någon motsägelse, vilket det ovan bedömda exemplet med snabbmatskedjan visar.

160 Förstainstansrätten påpekar även att det argument som avser vilseledande av den allmänhet som varumärket vänder sig till inte kan leda till framgång för talan (se punkt 111 ovan) eftersom avtalet om användning av symbolen endast avser den som använder symbolen, nämligen tillverkare och distributörer av förpackningar som anlitar DSD-systemet, och inte konsumenter.

161 Förstainstansrätten observerar i övrigt att om den ensamrätt som sökanden har åberopat godtas, skulle tillverkare och distributörer av förpackningar vara förhindrade att använda ett kombinerat system. Ett sådant godtagande skulle även rättfärdiga möjligheten för sökanden att få ersättning för en tjänst som, enligt bevisning från berörda parter, faktiskt inte har utförts, eftersom den har anförtrotts ett annat kollektivt system eller ett självständigt system på det sätt som beskrivs i artikel 1 i det angripna beslutet.

162 Argumenten avseende varumärkesrätten kan därmed inte godtas, eftersom kombinerade system inte inverkar menligt på varumärket Der Grüne Punkts väsentliga funktion.

— Förutsättningarna för att DSD-systemet skall fungera väl

163 Vad avser argumenten att det påtalade agerandet är nödvändigt för att DSD-systemet skall fungera väl (se punkterna 115 och 116 ovan), framgår det av det ovan sagda att systemets funktion inte påverkas av ett kombinerat system. Förutsättningarna för att DSD-systemet skall fungera kan under alla omständigheter inte rättfärdiga sökandens agerande, som beskrivs i domarna i målet BäKo av Bundesgerichtshof och Hertzel av Oberlandesgericht Düsseldorf som kommissionen åberopat (se punkterna 116 och 118 ovan), de olika klagomål som gjorts till kommissionen (skälen 3 och 6 i det angripna beslutet) eller den ståndpunkt som DSD inledningsvis lagt fram i sin ansökan (se punkt 115 ovan) att en avgift skall erläggas för alla förpackningar som saluförs i Tyskland och som bär symbolen Der Grüne Punkt, trots att det har visats att vissa av förpackningarna har återtagits och återvunnits enligt ett annat kollektivt system eller ett självständigt system.

5) Slutsats

164 Av det ovan anförda följer, i överensstämmelse med det angripna beslutet, att sökanden varken med stöd av förordningen om förpackningar, varumärkesrätten, eller argumentet avseende förutsättningarna för att DSD-systemet skall fungera, kan kräva att de företag som anlitar DSD-systemet skall erlägga en avgift för alla förpackningar som saluförs i Tyskland och som bär symbolen Der Grüne Punkt, om företagen visar att de inte anlitar DSD-systemet för vissa eller alla förpackningar.

165 Talan kan därmed inte bifallas såvitt avser den första grunden.

2. *Den andra grunden: Överträdelse av artikel 3 i förordning nr 17 och åsidosättande av proportionalitetsprincipen*

166 Sökanden har anfört att kommissionen, enligt artikel 3 i förordning nr 17, genom beslut kan ålägga företag att upphöra med en konstaterad överträdelse. Ett sådant beslut skall vara förenligt med proportionalitetsprincipen och kan följaktligen enbart föreskriva åtgärder som är ändamålsenliga och nödvändiga för att få överträdelsen att upphöra och för att företagen åter skall agera i enlighet med de regler som har överträtts (förstainstansrättens dom av den 10 juli 1991 i mål T-76/89, ITP mot kommissionen, REG 1991, s. II-575, punkt 80, och av den 8 juni 1995 i mål T-7/93, Langnese-Iglo mot kommissionen, REG 1995, s. II-1533, punkt 209). De åtgärder som föreskrivs i artiklarna 3, 4 och 5 i det angripna beslutet uppfyller emellertid inte de nämnda kraven.

a) Selektiv märkning

167 Sökanden har anfört att selektiv märkning av förpackningar efter använt system är en mer lämplig lösning än den skyldighet som föreskrivs i det angripna beslutet.

168 Sökanden har erinrat om att kommissionen ansåg att selektiv märkning av en enhetligt utformad förpackning (med eller utan varumärket Der Grüne Punkt) vore "i många fall ekonomiskt orealistisk[t]" för DSD:s kunder (skäl 103 i det angripna beslutet). I de fall då selektiv märkning inte är ekonomiskt orealistisk borde det därför inte föreligga någon skyldighet att bevilja tvångslicenser. I sådana fall är missbruk av dominerande ställning i sig uteslutet varmed de åtgärder som föreskrivs i artiklarna 3 och 4.1 i det angripna beslutet är oproportionerliga.

169 Kommissionen har betonat att det angripna beslutet avser de fall då alla förpackningar är identiska. Enligt kommissionen vore det orealistiskt att be tillverkare och distributörer av förpackningar att använda olika förpackningar beroende på vilket system för återtagande och återvinning som har anlitats.

170 Förstainstansrätten erinrar om att kommissionen vid sin bedömning av hur allvarligt missbruket av dominerande ställning var, prövade huruvida DSD:s argumentering att de tillverkare och distributörer av förpackningar som anlitar DSD-systemet borde avstå från att förse de förpackningar som inte omfattas av det systemet med symbolen Der Grüne Punkt. Enligt det angripna beslutet utgör selektiv märkning av förpackningar, i enlighet med det system som nyttjas, inte en lämplig lösning som möjliggör för tillverkare och distributörer av förpackningar att nyttja ett självständigt system eller ett annat kollektivt system i kombination med DSD-systemet. Kommissionen ansåg att detta skulle medföra betydande merkostnader för tillverkning och distribution (skälen 104 och 105 i det angripna beslutet). Enligt kommissionen skulle det även vara svårt eller till och med omöjligt att kontrollera en förpacknings väg genom distributionskanalen (skäl 106 i det angripna beslutet). Av det angripna beslutet framgår även att det är konsumenten som bestämmer var en förpackning skall återlämnas vid anlitande både av ett självständigt och av ett kollektivt system (skäl 107).

171 Det är mot denna bakgrund som det utdrag ur det angripna beslutet som sökanden har citerat skall förstås. Enligt detta utdrag vore det "i många fall ekonomiskt orealistisk[t]" att avstå från att märka de förpackningar som inte omfattas av DSD-systemet med symbolen Der Grüne Punkt (skäl 103 i det angripna beslutet).

172 Från denna bedömning kan inte den slutsatsen dras att de åtgärder som föreskrivs i artiklarna 3–5 i det angripna beslutet är oproportionerliga. Enligt dessa åtgärder är DSD enbart skyldigt att inte ta ut någon avgift för förpackningar som är märkta med symbolen Der Grüne Punkt om det har visats att en del av dessa förpackningar har

återtagits och återvunnits enligt ett annat system. Enligt den bedömning av hur de kombinerade systemen fungerar som gjorts inom ramen för den första grunden (se punkterna 131–138 ovan), konkurrerar de olika systemen på grundval av de materialmängder som skall återvinnas och inte på grundval av ett i förväg fastställt antal förpackningar som – bland annat genom selektiv märkning – uteslutande omfattas av endera av de system som har anlitats. Åtgärderna i fråga skadar dessutom inte på ett oproportionerligt sätt DSD:s intressen, eftersom företaget erhåller ersättning för den tjänst det tillhandahåller, nämligen återtagande och återvinning av de materialmängder som det anförtrotts av tillverkare och distributörer som är anslutna till DSD-systemet.

173 Den omständigheten att det teoretiskt sett är möjligt att selektivt märka förpackningar med symbolen medför inte att de ovannämnda åtgärderna är ogiltiga. Denna lösning är nämligen dyrare och svårare att genomföra för tillverkare och distributörer av förpackningar, jämfört med de åtgärder som anges i artiklarna 3–5 i det angripna beslutet. De sistnämnda åtgärderna syftar enbart till att begränsa ersättningen för de tjänster DSD erbjuder till tjänster som företaget faktiskt har tillhandahållit.

174 Om kommissionen skulle godta selektiv märkning skulle DSD kunna fortsätta att missbruka sin dominerande ställning. De kostnader som en sådan lösning är förenad med och de praktiska svårigheterna att genomföra den riskerar nämligen att avskräcka DSD:s kunder från att anlita ett annat system än DSD-systemet för återtagande och återvinning i Tyskland av en del av (typsituationerna nr 1 och 2) eller alla deras förpackningar (typsituation nr 3).

175 Den första invändningen kan därför inte godtas.

b) Skyldigheten att bevilja tvångslicenser utan begränsning i tiden

176 Sökanden har gjort gällande att den skyldighet som föreskrivs i artiklarna 3 och 4.1 i det angripna beslutet är oproportionerliga. Enligt dessa artiklar skall nämligen tredje man beviljas en licens utan begränsning i tiden till varumärket Der Grüne Punkt, även vid icke-deltagande i DSD-systemet. Enligt den enda motivering som lämnades i detta avseende skulle emellertid marknadsinträdet för utomstående försvåras avsevärt med anledning av de omtvistade bestämmelserna i avtalet (se skäl 115 i det angripna beslutet). Enligt sökanden kan en tvångslicens därför enbart komma i fråga med avseende på den tidsperiod som konkurrenterna behöver för att träda in på marknaden.

177 Kommissionen har betonat att sökandens potentiella konkurrenter på nytt skulle utestängas från marknaden om deras kunder anslöts till DSD:s avgiftssystem med avseende på de förpackningskvantiteter som inte omfattas av DSD-systemet.

178 Förstainstansrätten erinrar om att kommissionen, inom ramen för den bedömning som gjordes i det angripna beslutet avseende artikel 82 EG, ansåg att DSD:s krav att en avgift skall erläggas för alla förpackningar som saluförs i Tyskland och som är försedda med symbolen Der Grüne Punkt utgjorde missbruk av dominerande ställning och ett inträdeshinder (skälen 110–135 och artikel 1 i det angripna beslutet). Enligt beslutet kan en avgift inte tas ut när de tillverkare och distributörer av förpackningar som endast anlitar DSD-systemet för en del av sina förpackningar, visar att de skyldigheter att återta och återvinna förpackningar som föreskrivs i förordningen fullgörs enligt konkurrerande kollektiva eller självständiga system (typsituationerna nr 1 och 2). Avgiften kan inte heller utkrävas då tillverkare och distributörer av förpackningar som inte anlitar DSD-systemet i Tyskland men som i den medlemsstaten saluför en standardiserad förpackning som de även saluför i en

annan medlemsstat och vilken omfattas av ett system för återtagande som använder symbolen Der Grüne Punkt, visar att de skyldigheter som föreskrivs i förordningen fullgörs enligt konkurrerande kollektiva eller självständiga system (typsituation nr 3).

179 I syfte att få denna överträdelse av artikel 82 EG att upphöra ålade kommissionen DSD att iaktta de skyldigheter som anges i artiklarna 3 och 4.1 i det angripna beslutet.

180 Dessa skyldigheter avser alltså inte tredje man utan tillverkare eller distributörer av förpackningar som antingen är DSD:s medkontrahenter i avtal om användning av symbolen (s. 3 § som avser typsituationerna nr 1 och 2), eller innehavare av en licens för användning av varumärket Der Grüne Punkt i en annan medlemsstat, inom ramen för ett system för återtagande eller återvinning som använder den symbol som motsvarar detta varumärke (s. 4 § 1 som avser typsituation nr 3).

181 De nämnda skyldigheterna syftar inte till att tvinga DSD att bevilja en licens för användning av varumärket Der Grüne Punkt som är obegränsad i tiden. Avsikten är enbart att ålägga DSD att inte ta ut en avgift för alla förpackningar som bär symbolen Der Grüne Punkt då det har visats att alla eller enbart en del av dessa förpackningar har återtagits och återvunnits enligt ett annat system.

182 Så länge den som använder symbolen Der Grüne Punkt visar att den förpackningskvantitet med avseende på vilken vederbörande inte anlitar DSD-systemet faktiskt har återtagits och återvunnits enligt det eller de kollektiva eller självständiga system som i stället har anlitats, kan sökanden följaktligen inte göra gällande att en begäran om att inte behöva erlägga någon avgift för en tjänst som inte har tillhandahållits vore oproportionerlig.

183 Den andra invändningen kan följaktligen inte godtas.

c) Skyldigheten att erlägga förskottsbetalning

184 Sökanden anser att det följer av artiklarna 3 första meningen, 4.1, 5.2 och 5.3 i det angripna beslutet att den som använder symbolen kan välja att avstå från att betala avgiften för användning av varumärket Der Grüne Punkt genom att meddela att DSD-systemet inte längre anlitas med avseende på en del av förpackningarna i fråga och att de skyldigheter som föreskrivs i förordningen kommer att fullgöras enligt ett självständigt avfallshanteringssystem. Enligt artikel 5.3 och 5.7 i det angripna beslutet kan sökanden inte kräva att ett intyg från en sakkunnig tillhandahålls före det datum som föreskrivs i förordningen (nämligen den 1 maj påföljande år) eller begära annan bevisning. En sådan åtgärd vore oproportionerlig och skulle leda till en orättvis fördelning av riskerna. Sökanden skulle nämligen vara tvungen att avstå från förskottsbetalningen av avgiften och uppskjuta denna betalning till dess att bevisning läggs fram 16 månader senare. Sökanden skulle samtidigt, under den tidsperioden, behöva bära risken för kundens bristande betalningsförmåga.

185 Kommissionen har gjort gällande att en situation i vilken nästan alla förpackningar som distribueras återkallas från DSD-systemet knappast är sannolik, med anledning av gällande beviskrav. Begreppet "förskottsbetalning" är dessutom oriktig, eftersom sökanden enbart skulle behöva kräva betalning i efterskott om de andra avfallshanteringssystemen inte uppnår de föreskrivna nivåerna. De företag som erbjuder självständiga system avråder sina kunder från att agera på detta sätt eftersom de

måste anstränga sig för att uppnå den föreskrivna nivån med avseende på den kvantitet de har tilldelats enligt avtal, i syfte att undvika att i efterskott behöva förvärva en dellicens hos en konkurrent, i förekommande fall med erläggande av ränta, om nivån i fråga inte uppnåtts.

186 Förstainstansrätten påpekar inledningsvis att den situation som sökanden har beskrivit, i vilken vissa av dem som använder symbolen skulle kunna vägra att betala avgiften för användning av varumärket Der Grüne Punkt genom att göra gällande att de inte längre avser att anlita DSD-systemet med avseende på en del av sina förpackningar, i praktiken knappast är trolig. Enligt förordningen skall dessa användare nämligen bevisa att de har fullgjort skyldigheten att återta och återvinna salufördа förpackningar enligt ett annat system, eller, om sådan bevisning inte kan läggas fram, förvärva de mängder som saknas från DSD-systemet om de materialmängder som motsvarar dessa förpackningar återtagits enligt det systemet (se punkterna 137 och 138 ovan).

187 Det framgår för övrigt av artikel 5.3 i det angripna beslutet att "DSD inte under några omständigheter kan kräva att intyget skall tillhandahållas vid ett tidigare tillfälle än vad som föreskrivs i förordningen om förpackningar". I artikel 5.7 anges att "övriga bestämmelser i märkesanvändningsavtalet får inte tillämpas på ett sådant sätt att kraven på de bevis som skall lämnas till DSD höjs".

188 Dessa åtgärder avser att säkerställa att en tillverkare eller distributör av förpackningar som anlitar ett konkurrerande kollektivt system eller ett självständigt system för en del av de förpackningar som vederbörande saluför, har möjlighet att till DSD överlämna en bekräftelse från systemoperatören, ett intyg från en oberoende sakkunnig, eller ett utlåtande från en auktoriserad revisor, vilket är nödvändigt för att det skall visas att de skyldigheter som föreskrivs i förordningen fullgörs enligt ett annat system än DSD-systemet för en bestämd förpackningskvantitet (se artikel 5.1, 5.2, 5.4 och 5.6).

189 Sökanden kan således inte göra gällande att dessa åtgärder är oproportionerliga eftersom detta tillståndsförfarande gäller för alla system, inklusive DSD-systemet, och eftersom sökanden inte har anfört några särskilda skäl som berättigar en avvikelse från detta förfarande. Begreppet "förskottsbetalning" som sökanden har åberopat är dessutom vilseledande, eftersom DSD erhåller betalning i förhållande till de materialmängder som företaget anförtros av sina kunder. Det är nämligen endast när problem uppstår, då de andra systemen för insamling inte uppnår de nivåer som föreskrivits för de mängder som har anförtrotts dem, som DSD kan begära att få ersättning för överskottet.

190 Den tredje invändningen kan följaktligen inte godtas.

d) Huruvida det är uteslutet att begära en adekvat avgift enbart för användning av varumärket

191 Sökanden har gjort gällande att kommissionen, genom artiklarna 3 och 4 i det angripna beslutet, har ålagt sökanden att inte ta ut någon avgift då det visas att de skyldigheter som följer av förordningen säkerställs på annat sätt. DSD har alltså inte rätt att begära någon avgift från dem som använder symbolen enbart för användning av varumärket Der Grüne Punkt. Att neka sökanden denna rätt vore oförenligt med domstolens rättspraxis enligt vilken en rimlig avgift kan uttas (domen i det ovannämnda målet Volvo, punkt 11).

192 Kommissionen har betonat att DSD enligt det angripna beslutet inte är skyldigt att bevilja en tvångslicens. Beslutet syftar enbart till att undvika att DSD tar ut en avgift då förpackningen som är försedd med symbolen inte återtas eller återvinns enligt DSD-systemet. Kommissionen har under förhandlingen preciserat att det i det avtal

om användning av symbolen som DSD har anmält inte görs åtskillnad mellan den avgift som skall erläggas med anledning av användningen av varumärket och den avgift som skall erläggas med anledning av användning av DSD-systemet. Frågan om huruvida en avgift kan begäras enbart med anledning av att varumärket används, har av denna anledning inte behandlats i beslutet.

193 Förstainstansrätten anser att enligt den skyldighet som åläggs DSD i artikel 3 i det angripna beslutet behöver tillverkare och distributörer som anlitar företagets system för endast en del av sina förpackningar, inte erlägga någon avgift till DSD om det har visats att förpackningarna som bär symbolen Der Grüne Punkt inte har samlats in och återvunnits enligt DSD-systemet utan enligt ett konkurrerande system.

194 Det kan emellertid, även i det fallet, inte uteslutas att varumärket Der Grüne Punkt som förpackningen i fråga är försedd med kan ha ett ekonomiskt värde i sig. Det varumärket innebär nämligen en upplysning för konsumenten om att förpackningen i fråga kan återlämnas till DSD-systemet, vilket för övrigt har angetts i det angripna beslutet (skäl 145 i det angripna beslutet). Även om den nämnda förpackningen faktiskt inte återlämnas till DSD-systemet, och det har visats att dess motsvarighet i material har samlats in och återvunnits enligt ett konkurrerande system, medför varumärket en möjlighet för konsumenten att få förpackningen insamlad enligt DSD-systemet. Det är troligt att en sådan möjlighet för konsumenten beträffande alla förpackningar som saluförts försedda med symbolen Der Grüne Punkt, oberoende av om de omfattas av DSD-systemet eller inte, efter det att den insamlade mängden har kontrollerats, har ett pris. Även om detta pris inte motsvarar den verkliga kostnaden för insamlingen och återvinningen, vilket kunde vara fallet om de omtvistade bestämmelserna i avtalet om användning av symbolen tillämpades, borde detta pris kunna tas ut av DSD för den tjänst som erbjuds i förevarande fall, nämligen tillgång till DSD-systemet.

195 När kommissionen tillfrågades om detta under förhandlingen, bekräftade den att denna fråga inte behandlats i det angripna beslutet. I beslutet hade rättsenligheten i

DSD:s agerande enbart undersökts med avseende på frågan om huruvida en avgift skulle erläggas för en tjänst beträffande vilken det har bevisats att den inte har tillhandahållits enligt DSD-systemet utan enligt ett annat system.

196 Förstainstansrätten anser följaktligen att det angripna beslutet skall tolkas så att det inte är uteslutet att DSD kan ta ut en adekvat avgift enbart för användningen av varumärket när det har visats att förpackningen som är försedd med symbolen Der Grüne Punkt har återtagits och återvunnits enligt ett annat system.

e) Möjligheten att förse förpackningar med en förklarande text

Parternas argument

197 Sökanden har gjort gällande att skyldigheten som föreskrivs i artikel 3 första stycket i det angripna beslutet inte är proportionerlig i den mån den medför att det inte kan krävas av dem som använder symbolen att de i de ovannämnda typsituationerna nr 1 och 2 förser förpackningarna med en förklarande text. Enligt DSD skulle en sådan text, som tillverkare och distributörer som anlitar företagets system skulle kunna förse förpackningarna med, göra det möjligt att lindra den menliga inverkan på varumärket Der Grüne Punkt som följer av det angripna beslutet. Den nämnda texten skulle således kunna upplysa konsumenten om att förpackningen, i en viss delstat, inte omfattas av DSD-systemet utan av ett annat kollektivt system (typsituation nr 1). En sådan text skulle även kunna informera om att vissa försäljningsställen inte har anlitat DSD-systemet utan ett självständigt system, även om förpackningen är märkt med symbolen Der Grüne Punkt (typsituation nr 2).

198 Sökanden har för övrigt anfört, i enlighet med artikel 4.2 i det angripna beslutet, att företaget kan kräva av tillverkare eller distributörer av förpackningar som inte har anlitat DSD-systemet i Tyskland men som i en annan medlemsstat saluför en standardförpackning som omfattas av ett system för återtagande som använder symbolen Der Grüne Punkt (typsituation nr 3), att de förser förpackningen med en förklarande text för att uppmärksamma konsumenten på att förpackningen i fråga inte återtas enligt DSD-systemet i Tyskland. En sådan åtgärd skulle enligt sökanden vara oproportionerlig, eftersom en annan åtgärd, nämligen att symbolen Der Grüne Punkt döljs helt och hållet och inte enbart att förpackningen förses med en förklarande text bredvid den nämnda symbolen, skulle inverka i mindre grad på varumärkets ursprungsfunktion.

199 Kommissionen har beträffande typsituation nr 1 påpekat att det inte finns någon anledning att anta att konkurrerande system enligt förordningen är förbjudna att använda samma symbol. Enligt den av sökanden företrädda uppfattningen måste företagen ändra den förklarande texten varje gång som det konkurrerande systemet införs i en ny delstat. I typsituation nr 2 skulle det vara omöjligt att förse förpackningen med en förklarande text. Kommissionen har, vad avser typsituation nr 3, anfört att om varumärket Der Grüne Punkt skulle åtnjuta ett sådant skydd som sökanden har gjort gällande, borde tillverkare använda olika förpackningar i varje medlemsstat, vilket skulle vara ekonomiskt olönsamt och utgöra ett hinder för handeln.

Förstainstansrättens bedömning

200 Förstainstansrätten anser, beträffande invändningen avseende artikel 3 första stycket i det angripna beslutet, att märkning av förpackningar med sådana förklarande texter inte medför att det missbruk av dominerande ställning som beskrivs i artikel 1

i det angripna beslutet upphör. Användningen av dylika texter förutsätter att det är möjligt att skilja mellan förpackningar som är försedda med symbolen Der Grüne Punkt och som omfattas av DSD-systemet, och förpackningar som är försedda med den symbolen men som inte omfattas av DSD-systemet och som därför borde förses med en upplysning för att väcka konsumenternas uppmärksamhet. I enlighet med vad som anförts ovan (se punkterna 131–138) beror de kombinerade systemens funktion inte av huruvida konsumenterna förknippar en viss förpackning med ett visst system, eftersom konsumenterna kan välja till vilket system de skall återlämna förpackningen, utan av hur den materialmängd som skall återvinnas fördelas mellan de olika systemen.

201 Att förse förpackningar med förklarande texter i enlighet med sökandens förslag medför alltså inte att det missbruk av dominerande ställning som kommissionen har beskrivit upphör i typsituationerna nr 1 och 2.

202 Invändningen att artikel 3.1 i det angripna beslutet är oproportionerligt ingripande på grund av att den inte omfattar möjligheten att förse förpackningar med en förklarande text kan följaktligen inte godtas.

203 Förstainstansrätten anser, beträffande invändningen avseende artikel 4.2 i det angripna beslutet, att det framgår av denna åtgärd att "som förutsättning för att inte begära någon licensavgift får DSD kräva att det klart skall framgå för den slutliga konsumenten, i text eller på annat lämpligt sätt i närheten av märket [Der Grüne Punkt] på den förpackning som avses [i typsituation nr 3], att förpackningen inte omfattas av det tvåfaldiga system som i enlighet med 6 § 3 i förpackningsförordningen har inrättats av DSD". Denna bestämmelse utgör en upprepning av ett åtagande som DSD lade fram under det administrativa förfarandet (skälen 63 och 133 i det angripna beslutet). DSD kan alltså inte göra gällande, inom ramen för förevarande förfarande, att en annan lösning än den som företaget självt presenterade för kommissionen, numera utgör en mer lämplig lösning på problem som identifierats under detta förfarande. Om den lösning som sökanden förordar

skulle godtas, nämligen att symbolen Der Grüne Punkt helt och hållet skulle döljas i stället för att förpackningen i fråga förses med en förklarande text bredvid den nämnda symbolen, skulle dessutom tillverkare av förpackningar tvingas att använda olika sorters förpackningar för varje medlemsstat, vilket skulle vara ekonomiskt olönsamt.

204 Invändningen att den skyldighet som föreskrivs i artikel 4.2 i det angripna beslutet är oproportionerlig på grund av att sökanden åläggs att förse förpackningen med en förklarande text, trots att det skulle vara möjligt att helt och hållet dölja symbolen Der Grüne Punkt, kan följaktligen inte godtas.

3. *Den tredje grunden: Överträdelse av artikel 86.2 EG och artikel 253 EG*

a) Parternas argument

205 Sökanden har gjort gällande att artikel 82 EG inte kan ha överträtts eftersom den bestämmelsen avser tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i den mening som avses i artikel 86.2 EG, nämligen avfallshantering på ett miljövänligt sätt, och särskilt, insamling och återvinning av förpackningar i hela Tyskland, inklusive i olönsamma landsbygdsområden (domstolens dom av den 27 april 1994 i mål C-392/92, Almelo, REG 1994, s. I-1477, punkt 47, och av den 23 maj 2000 i mål C-209/98, Sydhavnens Sten & Grus, REG 2000, s. I-3743, punkterna 75 och 76, förstainstansrättens dom av den 27 februari 1997 i mål T-106/95, FFSA m.fl. mot kommissionen, REG 1997, s. II-229, punkt 72). Denna tjänst av allmänt ekonomiskt intresse har anförtrotts sökanden av de tyska delstaterna genom att DSD-systemet erkänts enligt 6 § 3 elfte

meningen i förordningen. Det angripna beslutet medför en risk för att denna tjänst inte kan fullgöras på godtagbara ekonomiska villkor. Beslutet innebär nämligen att varumärket Der Grüne Punkt förlorar sin signalverkan, samt en risk för att sökanden inte längre kan bedriva avfallshantering i hela Tyskland. Sökanden har även gjort gällande att det angripna beslutet innebär en överträdelse av kommissionens motiveringsskyldighet enligt artikel 253 EG, eftersom den institutionen inte gjorde någon bedömning enligt artikel 86.2 EG.

206 Kommissionen har, med stöd av intervenienterna, ifrågasatt påståendet att DSD har anförtrotts en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse av de regionala avfallshanteringsmyndigheterna, eftersom alla som driver ett kollektivt system skulle kunna beviljas samma tillstånd som DSD enligt 6 § 3 elfte meningen i förordningen. Det följer dessutom av förordningen att lagstiftaren inte har velat förhindra att självständiga och kollektiva system samexisterar parallellt med DSD-systemet. Denna konkurrens utgör inte en risk, utan förordningens syfte.

b) Förstainstansrättens bedömning

207 I enlighet med artikel 86.2 EG är de företag som har anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse underkastade reglerna i fördraget, bland annat konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler rättsligt eller i praktiken inte utgör hinder för att de särskilda uppgifter som har tilldelats företagen fullgörs. I denna artikel anges även att utvecklingen av handeln inte får påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse.

208 Förstainstansrätten påpekar i detta fall att, även om det antas att sökanden har anförtrotts att tillhandahålla en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse i den mening

som avses i artikel 86.2 EG, på samma sätt som de kollektiva system som godkänts av delstaternas myndigheter, har det inte visats att det föreligger en risk för att detta uppdrag äventyras på grund av det angripna beslutet.

209 I motsats till vad sökanden har gjort gällande inom ramen för den aktuella grunden, innebär inte den omständigheten att DSD inte kan erhålla ersättning för en prestation som bevisligen har utförts enligt ett annat system, att det angripna beslutet medför en risk för att den tjänst i form av återtagande och återvinning som har anförtrotts DSD inte kan fullgöras på ekonomiskt godtagbara villkor.

210 Det framgår särskilt av punkterna 156–158 ovan att det angripna beslutet inte har påverkat varumärket Der Grüne Punkts väsentliga funktion inom ramen för avtalet om användning av symbolen. Det framgår inte av handlingarna i målet att det angripna beslutet skulle kunna innebära att DSD inte längre kommer att kunna återta och återvinna förpackningar i hela Tyskland.

211 Eftersom sökanden inte åberopade artikel 86.2 EG under det administrativa förfarandet, kan det för övrigt inte göras gällande att kommissionen inte har uppfyllt sin motiveringsskyldighet i detta avseende.

212 Talan kan följaktligen inte vinna bifall såvitt avser den tredje grunden.

213 Mot bakgrund av det ovan anförda skall talan ogillas.

**Rättegångskostnader**

214 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen, Landbell och BellandVision har yrkat att sökanden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökanden har tappat målet, skall dessa yrkanden bifallas. Vfw, som inte har yrkat att sökanden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, skall bära sin rättegångskostnad, inbegripet kostnaderna för det interimistiska förfarandet.

Mot denna bakgrund beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (första avdelningen)

följande:

**1) Talan ogillas.**

**2) Sökanden, Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH, skall bära sin rättegångskostnad och ersätta kommissionens, Landbell AG Rückhol-Systemes och BellandVision GmbH:s rättegångskostnader, inbegripet kostnaderna för det interimistiska förfarandet.**

3) **Vfw AG skall bära sin rättegångskostnad, inbegripet kostnaderna för det interimistiska förfarandet.**

García-Valdecasas Cooke Labucka

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 24 maj 2007.

Justitiesekreterare Ordförande

E. Coulon J. D. Cooke

# Innehållsförteckning

Tillämpliga bestämmelser ..... II - 1612

A — Förordning om begränsning av förpackningsavfall ..... II - 1612

B — Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH:s kollektiva system och avtal om användning av symbolen ..... II - 1615

Bakgrund till tvisten ..... II - 1618

Förfarandet och parternas yrkanden ..... II - 1620

Rättslig bedömning ..... II - 1623

A — Det angripna beslutet ..... II - 1623

1. Huruvida det var möjligt att kombinera flera system för återtagande och återvinning för att uppfylla de skyldigheter som föreskrivs i förordningen om förpackningar ..... II - 1624

2. Bedömning i enlighet med artikel 82 EG ..... II - 1625

3. Bedömning enligt artikel 3.1 i förordning nr 17 ..... II - 1630

B — Huruvida talan kan tas upp till sakprövning ..... II - 1634

1. Huruvida talan kan tas upp till sakprövning i den del den avser artikel 4 i det angripna beslutet ..... II - 1634

2. Huruvida nya grunder har åberopats under rättegången ..... II - 1636

3. Huruvida vissa av de bilagor som sökanden har ingett skall beaktas ..... II - 1637

a) Angående de bilagor som C. Weidemann upprättat ..... II - 1637

b) De opinionsundersökningar som har ingetts som bilagor till repliken II - 1639

C — Prövning i sak ..... II - 1639

1. Den första grunden: Åsidosättande av artikel 82 EG ..... II - 1640

a) Inledande anmärkningar avseende beviljande av en tvångslicens utan kostnad ..... II - 1640

Parternas argument ..... II - 1640

Förstainstansrättens bedömning ..... II - 1641

b) Parternas argument avseende missbruket av dominerande ställning ... II - 1642

i) Sökandens argument att det inte var nödvändigt att använda varumärket Der Grüne Punkt för att delta i ett system som konkurrerar med DSD-systemet ... II - 1642

ii) Huruvida konkurrensen elimineras vid avsaknad av en tvångslicens till varumärket Der Grüne Punkt ... II - 1643

iii) De olika skäl som åberopats till stöd för att DSD:s agerande var motiverat ... II - 1644

— Nödvändigheten att garantera att förordningens syften uppfylls II - 1644

— Huruvida DSD:s agerande var motiverat med hänsyn till varumärkesrätten ... II - 1647

— Huruvida DSD-systemet fungerar väl ... II - 1651

c) Förstainstansrättens bedömning ... II - 1653

i) Det missbruk som beskrivs i det angripna beslutet ... II - 1653

ii) Den ensamrätt som sökanden har gjort gällande ... II - 1655

iii) Hur de kombinerade systemen fungerar ... II - 1657

iv) Sökandens kritik av kommissionens analys i det angripna beslutet II - 1662

— Huruvida det är nödvändigt att märka alla förpackningar med symbolen Der Grüne Punkt vid användning av ett kombinerat system med anledning av möjligheten till selektiv märkning efter använt system ... II - 1662

— Argumenten att konkurrensen inte eliminerats ... II - 1664

— Nödvändigheten att säkerställa att förordningens syften uppfylls II - 1665

— Huruvida agerandet är motiverat med hänsyn till varumärkesrätten ... II - 1667

— Förutsättningarna för att DSD-systemet skall fungera väl ... II - 1670

v) Slutsats ... II - 1670

2. Den andra grunden: Överträdelse av artikel 3 i förordning nr 17 och åsidosättande av proportionalitetsprincipen ..... II - 1671

a) Selektiv märkning ..... II - 1671

b) Skyldigheten att bevilja tvångslicenser utan begränsning i tiden ..... II - 1674

c) Skyldigheten att erlägga förskottsbetalning ..... II - 1676

d) Huruvida det är uteslutet att begära en adekvat avgift enbart för användning av varumärket ..... II - 1678

e) Möjligheten att förse förpackningar med en förklarande text ..... II - 1680

Parternas argument ..... II - 1680

Förstainstansrättens bedömning ..... II - 1681

3. Den tredje grunden: Överträdelse av artikel 86.2 EG och artikel 253 EG II - 1683

a) Parternas argument ..... II - 1683

b) Förstainstansrättens bedömning ..... II - 1684

Rättegångskostnader ..... II - 1686