ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Primeira Secção)

24 de Maio de 2007 *

No processo T-289/01,

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

recorrente,

contra

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

recorrida,

* Língua do processo: alemão.

apoiada por

Landbell AG für Rückhol-Systeme, com sede em Mainz (Alemanha), representada por A. Rinne e A. Walz, advogados,

interveniente,

que tem por objecto a anulação do artigo 3.º da Decisão 2001/837/CE da Comissão, de 17 de Setembro de 2001, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (processos COMP/34493 — DSD, COMP/37366 — Hofmann + DSD, COMP/37299 — Edelhoff + DSD, COMP/37291 — Rechmann + DSD, COMP/37288 — ARGE e cinco outros + DSD, COMP/37287 — AWG e cinco outros + DSD, COMP/37526 — Feldhaus + DSD, COMP/37254 — Nehlsen + DSD, COMP/37252 — Schönmakers + DSD, COMP/37250 — Altvater + DSD, COMP/37246 — DASS + DSD, COMP/37245 — Scheele + DSD, COMP/37244 — SAK + DSD, COMP/37243 — Fischer + DSD, COMP/37242 — Trienekens + DSD, COMP/37267 — Interseroh + DSD) (JO L 319, p. 1), ou a anulação, a título subsidiário, desta decisão na íntegra, e a anulação do compromisso da recorrente reproduzido no considerando 72 dessa decisão,

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

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

secretária: K. Andová, administradora,

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

profere o presente

Acórdão

Quadro jurídico

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

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

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

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

4 Os fabricantes e os distribuidores de embalagens podem cumprir de duas maneiras a obrigação de recolha e de valorização que lhes é imposta no regulamento.

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

6 Por outro lado, em conformidade com o disposto no § 6, (3), primeiro período, do regulamento, os fabricantes e os distribuidores podem aderir a um sistema que

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

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

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

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

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

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

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

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

13 Para recorrer ao sistema DSD, os fabricantes e os distribuidores devem assinar com a DSD um contrato que lhes confira o direito de utilizar o símbolo Der Grüne Punkt, que corresponde à marca colectiva Der Grüne Punkt de que a DSD é titular. Em

contrapartida, os fabricantes e os distribuidores em causa pagam uma taxa à DSD. O contrato de utilização do símbolo foi objecto da Decisão 2001/463/CE da Comissão, de 20 de Abril de 2001, relativa a um processo ao abrigo do artigo 82.º [CE] (processo COMP D3/34493 — DSD) (JO L 166, p. 1). Essa decisão foi objecto de um recurso de anulação interposto pela recorrente no processo T-151/01, DSD/ /Comissão.

14 No quadro do sistema DSD, não é a própria recorrente que recolhe as embalagens usadas com o símbolo Der Grüne Punkt, mas subcontrata esse serviço a empresas de recolha de resíduos. As relações entre a DSD e essas empresas são regidas por um contrato-tipo, alterado em várias ocasiões, que tem por objecto a criação e a exploração de um sistema destinado à recolha e à triagem das embalagens (a seguir «contrato de prestação de serviços»). Uma vez feita a triagem, esses materiais são transportados para um centro de reciclagem para serem valorizados.

Factos na origem do litígio

15 Em 2 de Setembro de 1992, a DSD comunicou formalmente à Comissão, além dos seus estatutos, uma série de acordos, entre os quais o contrato de prestação de serviços — o único acordo que interessa para o presente processo —, com o objectivo de obter um certificado negativo ou, na falta deste, uma decisão de isenção.

16 Em 23 de Julho de 1997, a Comissão publicou no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* (JO C 100, p. 4), a comunicação nos termos do n.º 3 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17 do Conselho, Primeiro Regulamento de execução dos artigos [81.º CE] e [82.º CE] (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22), em que anunciava a sua intenção de se declarar favorável aos acordos notificados.

17 Nessa comunicação, a Comissão indicava, nomeadamente, que a DSD tinha assumido perante ela uma série de compromissos entre os quais o de não obrigar as empresas de recolha de resíduos a trabalhar exclusivamente para a DSD e o compromisso de não coagir essas empresas a utilizar os contentores ou outras instalações de recolha exclusivamente para efeitos de execução do contrato de prestação de serviços. A DSD precisou, todavia, que esse segundo compromisso não se aplicava quando a utilização dos contentores e das instalações de recolha por terceiros fosse incompatível com a «isenção administrativa» quando o regulamento sobre as embalagens ou outros textos legislativos preceituassem noutro sentido, ou quando essa utilização fosse inaceitável por outras razões ligadas, por exemplo, à utilização de substâncias nocivas. A DSD indicava também que a utilização de contentores e de outros dispositivos de recolha por terceiros podia ser tida em conta aquando do apuramento de contas com as empresas de recolha de resíduos (considerandos 66 e 67 da comunicação no Jornal Oficial, considerandos 71 e 134 da decisão impugnada).

18 Após a publicação dessa comunicação no Jornal Oficial, a Comissão recebeu observações de terceiros interessados respeitantes a diversos aspectos da aplicação do contrato de prestação de serviços. Esses terceiros relataram que, na prática, e contrariamente aos compromissos antes referidos, a DSD não lhes permitia aceder livremente às instalações de recolha utilizadas pelos co-contratantes da DSD (considerandos 76 e 77 da decisão impugnada). Na decisão impugnada, a Comissão observa, assim, que, a DSD tinha pedido que as empresas suas concorrentes só fossem autorizadas a utilizar essas instalações com o seu acordo. Esta reivindicação figurava entre os fundamentos de uma denúncia apresentada ao abrigo do artigo 82.° CE pela Vereinigung für Wertstotffrecycling mbH (a seguir «VfW»), e constituía igualmente o objecto de um litígio perante o Landgericht Köln (Tribunal regional de Colónia, Alemanha) (considerandos 57 e 136 da decisão impugnada).

19 Esse processo era relativo a uma acção que a DSD intentou, com base na lei alemã relativa à concorrência desleal, contra um sistema individual, a VfW, que procurava utilizar gratuitamente as instalações de recolha utilizadas pelo sistema DSD em certos hospitais alemães. Esse processo deu lugar ao acórdão do Landgericht Köln de 18 de Março de 1997, em que a DSD obteve ganho de causa no sentido de que o

órgão jurisdicional alemão declarou ilegal a co-utilização a título gratuito das instalações de recolha do sistema DSD. Nesse acórdão, o Landgericht Köln indicou igualmente que, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, a compensação adequada de tal co-utilização só podia ser obtida se a VfW pagasse directamente à DSD uma espécie de taxa a título da co-utilização dessas instalações de recolha.

20 Nesse contexto, a Comissão comunicou à DSD por carta de 21 de Agosto de 1997 que um comportamento consistente em impedir terceiros de utilizar as instalações de recolha dos seus co-contratantes poderia cair na alçada do artigo 82.º CE e sublinhou a importância que podia ter esse comportamento à luz do procedimento de isenção, na medida em que, em conformidade com o quarto requisito previsto no artigo 81.º, n.º 3, CE, um acordo notificado para efeitos de isenção não pode dar a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

21 Na sequência dessa tomada de posição da Comissão, a DSD assumiu o seguinte compromisso para pôr fim às preocupações expostas por essa instituição na sua carta de 21 de Agosto de 1997 (considerandos 58, 72 e 137 da decisão impugnada):

«A DSD está disposta a renunciar ao direito de propor contra a VfW bem como em casos comparáveis acções inibitórias do tipo das descritas no acórdão do Tribunal de Colónia de 18 de Março de 1997 face à Vf(W). Fica reservado o direito do exercício dos direitos de informação e dos direitos de compensação contra as empresas de recolha de resíduos ligadas contratualmente à DSD.»

Decisão impugnada

22 Em 17 de Setembro de 2001, a Comissão adoptou a Decisão 2001/837/CE da Comissão relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE e do

artigo 53.º do Acordo EEE (processos COMP/34493 — DSD, COMP/37366 — Hofmann + DSD, COMP/37299 — Edelhoff + DSD, COMP/37291 — Rechmann + DSD, COMP/37288 — ARGE e cinco outros + DSD, COMP/37287 — AWG e cinco outros + DSD, COMP/37526 — Feldhaus + DSD, COMP/37254 — Nehlsen + DSD, COMP/37252 — Schönmakers + DSD, COMP/37250 — Altvater + DSD, COMP/37246 — DASS + DSD, COMP/37245 — Scheele + DSD, COMP/37244 — SAK + DSD, COMP/37243 — Fischer + DSD, COMP/37242 — Trienekens + DSD, COMP/37267 — Interseroh + DSD) (JO L 319, p. 1, a seguir «decisão impugnada» ou «decisão»).

23 A apreciação efectuada pela Comissão na decisão impugnada toma como ponto de partida o pedido feito pela DSD no sentido de obter um certificado negativo, ou, tal sendo o caso, uma decisão de isenção, no que respeita ao contrato de prestação de serviços.

A — *Quanto à relação contratual entre a DSD e as empresas de recolha de resíduos*

24 A DSD não procede directamente à recolha das embalagens, recorrendo a empresas de recolha de resíduos com as quais concluiu um contrato de prestação de serviços, Em aplicação do artigo 1.º desse contrato-tipo, a DSD confia a cada empresa de recolha de resíduos a tarefa exclusiva de recolher e de fazer a triagem das embalagens numa zona determinada em conformidade com um sistema colectivo, e isso durante um período de cerca de quinze anos (a seguir «cláusula de exclusividade a favor da empresa de recolha de resíduos» ou «cláusula de exclusividade»).

25 Essa recolha faz-se em contentores colocados na proximidade do domicílio dos consumidores em causa, ou pela remoção ou esvaziamento dos sacos plásticos ou dos pequenos contentores distribuídos aos consumidores pela empresa de recolha de resíduos. Esta é proprietária dos recipientes e das embalagens que colocou ou que

recolheu. A triagem dos materiais recolhidos é feita pelas empresas de recolha de resíduos e efectua-se geralmente num centro de triagem especializado. Cada empresa de recolha de resíduos é remunerada pela DSD em função do peso de cada tipo de material, do custo do tratamento dos resíduos objecto de triagem e da percentagem de sucesso da recolha (considerandos 32, 45 e 51 da decisão impugnada).

26 Acessoriamente, a decisão impugnada refere que as empresas de recolha de resíduos procedem geralmente também à remoção também de material impresso (jornais e revistas) ao mesmo tempo que das embalagens de papel e de cartão. Ora, como a recolha desse material impresso, que representa cerca de 75% desse tipo de materiais, não faz parte das tarefas que competem à DSD, a sua recolha não é remunerada pela DSD (considerando 32 da decisão impugnada).

B — *Apreciação relativa ao artigo 81.º, n.º 1, CE*

27 No quadro desta apreciação, a decisão impugnada refere contempla dois aspectos do contrato de prestação de serviços.

1. *Quanto à cláusula de exclusividade a favor da empresa de recolha de resíduos*

28 Em primeiro lugar, a decisão impugnada refere que a cláusula de exclusividade a favor da empresa de recolha de resíduos inserida em todos os contratos de prestação de serviços concluídos entre a DSD e os seus co-contratantes tem por efeito impedir as outras empresas de recolha de resíduos de oferecerem os seus serviços à DSD (considerandos 122 a 124 da decisão impugnada).

29 Para analisar essa cláusula à luz do artigo 81.°, n.° 1, CE, a Comissão examina, em primeiro lugar, a situação da procura no mercado alemão da recolha e da triagem das embalagens junto dos consumidores (a seguir «mercado da recolha junto dos consumidores»). A esse propósito, a decisão impugnada expõe que a DSD trata cerca de 70% das embalagens susceptíveis de ser recolhidas na Alemanha e, pelo menos 80% da procura no mercado da recolha junto dos consumidores. O peso da DSD é, portanto, determinante tanto ao nível nacional, em que constitui o único sistema colectivo disponível, como ao nível das 500 zonas contratuais cobertas pelos contratos de prestação de serviços (considerandos 126 e 127 da decisão impugnada).

30 Do lado da oferta, a decisão impugnada sublinha, em seguida, que um grande número de operadores propõe serviços de recolha. A decisão refere igualmente que «é pouco provável, sobretudo por razões de economia de espaço e de logística, que seja criado um sistema de recolha junto dos consumidores finais privados a par do sistema aplicado pela DSD». Pelo contrário, a decisão refere que «[é] bastante mais realista pensar que um sistema de isenção e/ou uma solução de autogestão potencialmente concorrente, tendo em conta a saturação da infra-estrutura de recolha junto dos domicílios, cooperará com as empresas que já fornecem serviços de recolha à DSD no quadro do contrato de prestação de serviços». Assim, para a Comissão, é só em alguns locais de recolha equiparáveis aos domicílios privados, como os hospitais ou as cantinas, sob reserva do respeito de determinadas condições em termos de logística e de embalagem, que outras empresas de recolha de resíduos que não as co-contratantes da DSD poderão encarar a hipótese de instalar contentores de recolha que se juntam aos utilizados pelo sistema DSD. A decisão considera, todavia, que tais possibilidades são relativamente pouco importantes no plano económico e que é, portanto, pouco provável que, durante a vigência do contrato, as empresas de recolha de resíduos excluídas tenham possibilidades significativas de propor os seus serviços em cada zona abrangida por um contrato de prestação de serviços da DSD (considerandos 127 e 128 da decisão impugnada).

31 Por outro lado, a decisão refere que a duração da cláusula de exclusividade desempenha um papel determinante na apreciação dos seus efeitos na concorrência,

dado que quanto maior for essa duração, mais essa cláusula tem por efeito privar por longo tempo as empresas de recolha de resíduos, que não sejam os co-contratantes da DSD, da possibilidade de apresentar uma oferta para satisfazer a procura do mais importante sistema colectivo alemão (considerandos 129 e 130 da decisão impugnada).

32 No termo dessa análise, a Comissão declara que o acesso ao mercado relevante das empresas de recolha de resíduos junto dos consumidores é sensivelmente entravado, o que contribui de forma significativa para a compartimentação dos mercados numa parte substancial do mercado comum. Por consequência, a cláusula de exclusividade a favor da empresa de recolha de resíduos constitui uma restrição à luz do artigo 81.°, n.° 1, CE (considerando 132 da decisão impugnada). Interrogada quanto a este ponto na audiência, a DSD observou que não contestava esta análise.

2. *Quanto ao acesso às instalações das empresas de recolha de resíduos*

33 Em segundo lugar, a decisão impugnada examina em que medida uma empresa concorrente da DSD pode ter acesso às instalações das empresas de recolha de resíduos. A esse propósito, a Comissão indica que, do seu ponto de vista, haveria restrição de concorrência na acepção do artigo 81.°, n.° 1, CE «se o contrato de prestação de serviços excluísse os concorrentes da DSD de aceder à infra-estrutura de recolha» (considerando 133 da decisão impugnada).

34 Para apoiar essa afirmação, a decisão invoca, por um lado, o facto de as instalações das empresas de recolha de resíduos terem «uma importância particular em termos de concorrência devido à situação de saturação da infra-estrutura de recolha situada na proximidade dos domicílios». Assim, a decisão refere que este tipo de recolha de resíduos se efectua, regra geral, directamente junto de todos os consumidores de

uma colectividade territorial (parques de contentores), com excepção dos chamados sistemas de entrega voluntária (os chamados sistemas de recolha) que só existem pontualmente. A decisão indica também que, por razões de logística, a recolha junto dos domicílios só pode, em geral, ser efectuada de modo economicamente viável por uma única empresa de recolha de resíduos. Além disso, a decisão sublinha que, devido às limitações de espaço e aos hábitos tradicionais dos consumidores privados, só pode ser disponibilizado nos locais de depósito um pequeno contentor de recolha por tipo de material (como o vidro, o papel, ou as embalagens leves). Estas circunstâncias constituem a razão essencial pela qual, normalmente, uma única empresa de recolha de resíduos se encarrega de recolher ao mesmo tempo os resíduos domésticos e os materiais recicláveis (considerando 133 da decisão impugnada, conjugado com os considerandos 92 e 93 da mesma decisão). Por outro lado, a decisão lembra que foram expressas reservas em matéria de práticas concorrenciais após a publicação da comunicação no Jornal Oficial. A Comissão refere-se aqui ao facto de, por essa ocasião, vários terceiros interessados terem indicado que, contrariamente a uma primeira série de compromissos assumidos pela DSD (v. n.º 17), essa empresa não permitia a terceiros aceder livremente às instalações de recolha dos seus co-contratantes exigindo o seu acordo para a co-utilização dessas instalações (considerando 133 da decisão impugnada, conjugado com os considerandos 76 e 77 da mesma decisão).

35 Neste contexto, a decisão impugnada lembra que, numa primeira fase, a DSD havia exigido que os terceiros só podiam utilizar em comum as instalações de recolha dos seus contratantes com o seu acordo. A decisão precisa, todavia, que, após a carta da Comissão de 21 de Agosto de 1997, que indicava à DSD que tal comportamento podia cair na alçada do artigo 82.º CE, a DSD renunciara a alegar a necessidade de obter o seu acordo para que terceiros pudessem utilizar as instalações de recolha dos co-contratantes da DSD (v. n.os 20 e 21). A decisão expõe também que «[i]gualmente problemática seria a adopção pela DSD de um comportamento tendente a exigir directamente de terceiros o pagamento de uma remuneração por essa utilização e/ou poder intervir na negociação entre as empresas de recolha de resíduos e terceiros sobre a utilização comum dos contentores de recolha e de outras instalações». Nessa medida, a decisão especifica que, em caso de co-utilização das

instalações dos seus co-contratantes, a DSD tem a liberdade de negociar uma redução da taxa paga a essas empresas e tem o direito de lhe não ser facturado nenhum serviço prestado a terceiros (considerandos 136 a 138 da decisão impugnada).

36 Tendo em conta esses compromissos e essas precisões, a Comissão considera que o contrato de prestação de serviços não contém qualquer cláusula de exclusividade a favor da DSD e que as empresas de recolha de resíduos podem propor os seus serviços aos concorrentes da DSD. A decisão sublinha, desta forma, que «[o] contrato de prestação de serviços não implica assim a exclusão das empresas concorrentes da DSD do acesso à infra-estrutura de recolha, de modo que não existe uma restrição da concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º [CE]» (considerandos 134 e 139 da decisão impugnada).

C — *Apreciação relativa ao artigo 81.º, n.º 3, CE*

37 A fim de declarar as disposições do artigo 81.º, n.º 1, CE inaplicáveis ao contrato de prestação de serviços, a decisão impugnada examina a cláusula de exclusividade a favor da empresa de recolha de resíduos à luz dos requisitos enunciados no artigo 81.º, n.º 3, CE.

38 Neste quadro, a decisão impugnada considera que essa cláusula contribui para melhorar a produção e para promover o progresso técnico ou económico porque ela permite satisfazer objectivos ambientais (considerandos 142 a 146 da decisão impugnada), reservando, no entanto, para os consumidores uma parte equitativa da vantagem que daí resulta (considerandos 147 a 149 da decisão impugnada).

39 Da mesma forma, quanto ao carácter indispensável da cláusula de exclusividade incluída nos contratos de prestação de serviços, a decisão impugnada sublinha que a criação do sistema DSD necessita de investimentos consideráveis por parte das empresas de recolha de resíduos, as quais devem poder obter da DSD garantias quanto à duração do contrato a fim de permitir a amortização e a rentabilização desses investimentos. Após exame, a Comissão considera, todavia, necessário reduzir a duração inicialmente prevista da cláusula de exclusividade fixando a data do seu termo em 31 de Dezembro de 2003 (considerandos 150 à 157 da decisão impugnada).

40 Em último lugar, a decisão examina a questão de saber se a cláusula de exclusividade não é de molde a eliminar a concorrência no mercado da recolha junto do consumidor. A esse propósito, a Comissão começa por indicar que as empresas que não fazem parte do sistema terão sempre propostas no domínio dos sistemas individuais. Estes são sempre possíveis simultaneamente com o mercado de recolha junto do consumidor, para determinadas combinações de embalagens e de locais de depósito (considerando 159 da decisão impugnada).

41 Por outro lado, a Comissão observa que o mercado da recolha junto do consumidor é caracterizado pelo facto de ser economicamente rentável confiar a totalidade de uma zona contratual a uma única empresa de recolha de resíduos e que é, em numerosos casos, pouco rentável ter várias instalações de recolha destinadas aos domicílios devido ao ordenamento do território, à natureza das infra-estruturas e aos hábitos tradicionais dos consumidores em matéria de recolha. Para a Comissão, os pequenos contentores de recolha de embalagens situados na proximidade dos domicílios constituem, assim, um nó de estrangulamento. Ela considera, portanto, realista pensar que os sistemas colectivos concorrentes do sistema DSD e, em parte também, os sistemas individuais trabalharão muitas vezes com as empresas de recolha de resíduos que trabalham para a DSD. Esta análise permite à Comissão recordar a necessidade da co-utilização das instalações de recolha dos co-contratantes da DSD, dado que «o livre acesso à infra-estrutura de recolha disponibilizada pelas partes contratantes do contrato de prestação de serviços da DSD constitui uma condição decisiva tanto para o reforço da concorrência no lado da procura de serviços de recolha e de triagem de embalagens [junto dos consumidores] como para o reforço da concorrência no lado situado a [montante]

relativo à organização da [recolha] e da valorização de embalagens [junto do consumidores]» (considerando 162 da decisão impugnada). A decisão lembra, a esse propósito, que o contrato de prestação de serviços não vincula de modo exclusivo as empresas de recolha de resíduos à DSD e que a DSD assumiu vários compromissos entre os quais o de renunciar impor às empresas de recolha de resíduos a utilizarem os contentores ou outras instalações de recolha só para efeitos de execução do contrato de prestação de serviços e o de renunciar propor acções judiciais inibitórias contra terceiros no caso de co-utilização dessas instalações de recolha (considerandos 158 a 163 da decisão impugnada).

D — *Obrigações impostas pela Comissão a incluir na decisão de isenção*

42 A fim de garantir que os efeitos na concorrência esperados efectivamente se produzirão e que os requisitos de concessão de uma isenção previstos no artigo 81.º, n.º 3, CE serão preenchidos, a Comissão considera necessário incluir na sua decisão de isentar o contrato de prestação de serviços obrigações na acepção do artigo 8.º do Regulamento n.º 17 (considerando 164 da decisão impugnada).

43 A primeira obrigação é imposta à DSD no artigo 3.º, alínea a), da decisão impugnada, nos termos do qual «a DSD não impedirá que as empresas de recolha de resíduos celebrem e executem com as empresas concorrentes da DSD contratos sobre a co-utilização de contentores ou de outras instalações de recolha e de triagem de embalagens de venda usadas».

44 A segunda obrigação é definida no artigo 3.º, alínea b), da decisão nos termos do qual «a DSD não exigirá, das empresas de recolha de resíduos que celebrem contratos sobre a co-utilização de contentores ou de outras instalações de recolha e de triagem de embalagens de venda usadas com empresas concorrentes da DSD, prova das quantidades de embalagens de venda não recolhidas pelo sistema DSD».

45 Para explicar porque é que tais obrigações devem ser impostas a despeito do compromisso da DSD de autorizar os seus concorrentes a utilizar as instalações de recolha, a decisão impugnada invoca a grande importância de que se reveste o livre acesso a essas infra-estruturas para o desenvolvimento da concorrência e as reservas manifestadas pela DSD no que respeita à observância de um dos compromissos mencionados no considerando 71 (considerando 164 da decisão impugnada).

E — *Conclusões*

46 Tendo em conta os compromissos assumidos pela DSD e as obrigações incluídas na decisão, a decisão conclui salientando que o livre acesso à infra-estrutura de recolha é possível na prática. Segundo a decisão, tanto os sistemas colectivos concorrentes do sistema DSD como os sistemas de recolha individuais dispõem de possibilidades realistas de acesso ao mercado da recolha junto do consumidor. Estas possibilidades permitem igualmente estabelecer as condições necessárias para o reforço da concorrência no mercado situado a montante da organização da recolha e da valorização das embalagens junto dos consumidores (considerandos 176 a 178 da decisão impugnada).

47 Consequentemente, a decisão impugnada refere que a cláusula de exclusividade a favor das empresas de recolha de resíduos, inserida no contrato de prestação de serviços, preenche os requisitos de aplicação do artigo 81.°, n.° 3, CE (considerando 179 da decisão impugnada). No artigo 2.° da decisão impugnada, a Comissão salienta, assim, que «o disposto no n.° 1 do artigo 81.° do [CE] [...] é declarado inaplicável em conformidade com o n.° 3 do artigo 81.° [CE] [...] relativamente a contratos de prestação de serviços singulares que incluam um vínculo de exclusividade com um período de vigência máxima até finais de 2003» e que «a presente isenção é aplicável de 1 de Janeiro de 1996 a 31 de Dezembro de 2003».

48 Esta isenção é acompanhada das duas obrigações já referidas (v. n.^{os} 43 e 44), expostas no artigo 3.° da decisão, a fim de, quanto à primeira, garantir o acesso às

infra-estruturas de recolha dos signatários dos contratos de prestação de serviços e impedir toda a eliminação da concorrência nos mercados em causa, e quanto à segunda, de permitir às empresas concorrentes da DSD utilizarem livremente as quantidades de embalagens recolhidas por sua conta no quadro dessa co-utilização das instalações de recolha. Estas obrigações são indispensáveis para impedir a eliminação da concorrência nos mercados em causa e constituem uma concretização dos compromissos assumidos pela DSD em termos de segurança jurídica (considerando 182 da decisão impugnada).

49 Em último lugar, a decisão impugnada refere que, se se vier a verificar que uma decisão de um tribunal alemão superior competente julgar, contrariamente à posição da Comissão, no sentido de que a utilização por terceiros das infra-estruturas de recolha das empresas signatárias do contrato de prestação de serviços não é compatível com o regulamento sobre as embalagens, isso constitui uma alteração dos factos em que assenta a presente decisão e a Comissão terá então que examinar, de novo, as condições de aplicação do artigo 81.°, n.° 3, CE e, se for caso disso, revogar a declaração de isenção (considerando 183 da decisão impugnada).

F — *Dispositivo*

50 O artigo 1.° do dispositivo expõe a posição da Comissão sobre os estatutos e os contratos de garantia que foram notificados pela DSD ao mesmo tempo que o contrato de prestação de serviços:

«Com base nas informações de que dispõe e tendo em conta os compromissos assumidos pela DSD, a Comissão não se opõe, nos termos do n.° 1 do artigo 81.° [CE] e do n.° 1 do artigo 53.° do Acordo EEE aos respectivos estatutos e contratos de garantia.»

51 O artigo 2.º da decisão impugnada isenta o contrato de prestação de serviços:

«O disposto no n.º 1 do artigo 81.º [CE] e no n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE é declarado inaplicável em conformidade com o n.º 3 do artigo 81.º [CE] e o n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE relativamente a contratos de prestação de serviços singulares que incluam um vínculo de exclusividade com um período de vigência máxima até finais de 2003.

A presente isenção é aplicável de 1 de Janeiro de 1996 a 31 de Dezembro de 2003.»

52 No artigo 3.º da decisão, a Comissão faz acompanhar a isenção antes referida de duas obrigações:

«A declaração de isenção concedida no artigo 2.º está sujeita às seguintes obrigações:

a) A DSD não impedirá que as empresas de recolha de resíduos celebrem e executem com as empresas concorrentes da DSD contratos sobre a co-utilização de contentores ou de outras instalações de recolha e de triagem de embalagens de venda usadas;

b) A DSD não exigirá, das empresas de recolha de resíduos que celebrem contratos sobre a co-utilização de contentores ou de outras instalações de recolha e de triagem de embalagens de venda usadas com empresas concorrentes da DSD, prova das quantidades de embalagens de venda não recolhidas para o sistema DSD.»

Tramitação processual e pedidos das partes

53 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 27 de Novembro de 2001, a recorrente interpôs, nos termos do artigo 230.°, quarto parágrafo, CE um recurso de anulação da decisão impugnada.

54 Por requerimento registado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 26 de Fevereiro de 2002, a Landbell AG für Rückhol-Systeme (a seguir «Landbell»), um sistema colectivo concorrente da DSD, pediu para intervir no presente processo em apoio dos pedidos da Comissão. Este pedido de intervenção foi notificado às partes, que comunicaram as suas observações nos prazos fixados.

55 Por despacho de 17 de Junho de 2002, o Tribunal (Quinta Secção) admitiu a intervenção da Landbell e esta apresentou as suas observações em 9 de Outubro de 2002.

56 Com base no relatório do juiz-relator, o Tribunal (Primeira Secção) decidiu iniciar a fase oral do processo e, no quadro das medidas de organização do processo, dirigiu às partes uma série de questões para respostas orais na audiência.

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

58 A recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular o artigo 3.°, alíneas a) e b), da decisão impugnada;

— a título subsidiário, anular a decisão impugnada na totalidade;

— anular o compromisso da DSD reproduzido no considerando 72 da decisão impugnada;

— condenar a Comissão nas despesas.

59 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente nas despesas.

60 A Landbell conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente nas despesas.

Questão de direito

61 A recorrente invoca quatro fundamentos em apoio do recurso. O primeiro fundamento é relativo ao facto de a obrigação prevista no artigo 3.°, alínea a), da decisão impugnada violar o artigo 81.°, n.° 3, CE e o princípio da proporcionalidade. O segundo fundamento é deduzido do facto de essa obrigação violar o artigo 86.°, n.° 2, CE. O terceiro fundamento é relativo ao facto de a obrigação prevista no artigo 3.°, alínea b), da decisão impugnada violar o artigo 81.°, n.° 3, CE e o artigo 86.°, n.° 2, CE. O quarto fundamento, ligado ao pedido de anulação do compromisso da recorrente mencionado no considerando 72 da decisão impugnada, é relativo à violação do direito fundamental de acesso à justiça.

A — *Quanto ao primeiro fundamento relativo ao facto de a obrigação prevista no artigo 3.°, alínea a), da decisão impugnada violar o artigo 81.°, n.° 3, CE e o princípio da proporcionalidade*

62 A recorrente considera que a obrigação prevista no artigo 3.°, alínea a), da decisão impugnada (a seguir «primeira obrigação»), nos termos da qual «A DSD não impedirá que as empresas de recolha de resíduos celebrem e executem com as empresas concorrentes da DSD contratos sobre a co-utilização de contentores ou de outras instalações de recolha e de triagem de embalagens de venda usadas» viola o artigo 81.°, n.° 3, CE e o princípio da proporcionalidade. Concretamente, divide o seu fundamento em três partes.

63 Em primeiro lugar, a recorrente sustenta que a primeira obrigação não é objectivamente necessária à luz do artigo 81.°, n.° 3, CE, dado que a co-utilização das instalações de recolha e de triagem (a seguir «instalações de recolha») não é indispensável para a actividade das empresas concorrentes da DSD. Pelo menos, a recorrente sustenta que a fundamentação da decisão impugnada não é suficiente quanto a esse ponto.

64 Em segundo lugar, a recorrente alega, em resposta à argumentação apresentada na contestação, que a alegada ameaça de violação do artigo 81.°, n.° 1, CE ou do artigo 82.° CE invocada pela Comissão é de natureza especulativa e não pode justificar a primeira obrigação, que — de qualquer forma — só pode ter por objectivo impedir a eliminação da concorrência no mercado em que foi previamente verificada uma restrição da concorrência.

65 Em terceiro lugar, a recorrente alega que a primeira obrigação é desproporcionada alegando, em primeiro lugar, que a co-utilização das instalações de recolha imposta por essa obrigação é contrária ao regulamento sobre as embalagens; em segundo lugar, que a primeira obrigação dá origem a uma distorção da concorrência em seu detrimento; em terceiro lugar, que a referida obrigação prejudica o objectivo específico da marca Der Grüne Punkt e, em quarto lugar, que viola o seu direito fundamental de acesso à justiça.

66 Antes de expor estes argumentos, a recorrente apresenta, a título preliminar, as razões pelas quais é necessário obter o seu acordo em caso de co-utilização das instalações de recolha.

67 Devem examinar-se essas razões antes de apreciar as três partes do primeiro fundamento.

1. *Quanto à necessidade de obter o acordo da DSD em caso de co-utilização das instalações de recolha*

a) Argumentos das partes

68 A recorrente alega que, mesmo que ela não seja juridicamente proprietária das instalações de recolha visadas pela primeira obrigação, estas devem, contudo, ser

consideradas como instalações pertencentes à DSD, dado que elas foram por ela financiadas, fazem parte do sistema DSD e têm apostas o símbolo Der Grüne Punkt. Por consequência, toda a co-utilização das instalações das empresas de recolha de resíduos que celebraram um contrato de prestação de serviços com a DSD deverá obter o acordo da recorrente.

69 Para demonstrar a necessidade de obter esse acordo, a recorrente invoca, em primeiro lugar, o facto de ela ter financiado as instalações de recolha utilizadas pelo sistema DSD. Quanto a este ponto, a recorrente baseia-se, nomeadamente, no artigo 7.º do contrato de prestação de serviços, segundo o qual a taxa paga pela DSD à empresa de colecta de resíduos constitui a contrapartida de todas as prestações efectuadas por essa empresa, no que respeita, nomeadamente, à disponibilização dos recipientes de recolha, ao transporte e à triagem das embalagens bem como à disponibilização dos resíduos. A recorrente invoca também um acórdão do Landgericht Köln, de 18 de Março de 1997, que declara que uma empresa concorrente da DSD beneficia do sistema DSD em caso de co-utilização das instalações de recolha e que essa utilização só é possível após «a obtenção do acordo da [DSD] (mediante pagamento)». A recorrente cita igualmente o princípio da boa fé consagrado no § 242 do Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão, a seguir «BGB»), que impõe aos contratantes obrigações de precaução particulares em caso de relações contratuais a longo prazo e obrigações de estreita cooperação económica.

70 Da mesma forma, é necessário obter o acordo da recorrente em caso de co-utilização das instalações de recolha a fim de poder respeitar as suas obrigações decorrentes do regulamento sobre as embalagens, tanto no que se refere à necessidade de assegurar uma cobertura na totalidade do território, como à de respeitar as percentagens de valorização e de provar os fluxos quantitativos em relação a cada *Land* [artigo 10.º, segunda frase, do contrato de prestação de serviços; pontos 1.1 e 1.5.1 do quarto contrato de alteração do contrato de prestação de serviços e acórdão Verwaltungsgericht Gießen (Tribunal Administrativo de Gießen, Alemanha) de 31 de Janeiro de 2001]. Esse acordo é também necessário para se certificar de que as embalagens do sistema DSD e que têm o símbolo Der Grüne Punkt são efectivamente levadas pelo consumidor ao sistema correspondente, isto é, às instalações de recolha com esse símbolo.

71 A Comissão e a Landbell sublinham que o financiamento das instalações de recolha está apenas inserido na lógica do contrato de prestação de serviços, que determina as prestações pedidas e a remuneração paga em contrapartida. Ademais, a recorrente não invocou o § 242 do BGB na altura do procedimento administrativo e a sua posição actual é contrária à posição que ela adoptou nesse quadro. Além disso, as obrigações do regulamento são impostas à DSD como a qualquer outro operador colocado na mesma situação e a aposição do símbolo Der Grüne Punkt nas instalações de recolha não tem importância para o consumidor que associa essencialmente essas instalações ao tipo de material a valorizar. A Landbell refere também que todas as colectividades do *Land* de Hesse aceitaram que o seu sistema colectivo utilizasse as mesmas instalações de recolha que as do sistema DSD.

b) Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

72 Decorre da decisão impugnada que, na altura do procedimento administrativo, a DSD se comprometeu perante a Comissão a não obrigar as empresas de recolha de resíduos a trabalhar exclusivamente para o sistema DSD e a não coagir essas empresas a utilizar as suas próprias instalações de recolha unicamente para efeitos da execução do contrato de prestação de serviços (v. n.º 17). Da mesma forma, a DSD comprometeu-se também perante a Comissão a renunciar a subordinar ao seu acordo a utilização por terceiros das instalações de recolha dos co-contratantes da DSD (v. n.º 21).

73 Estes compromissos visam, por um lado, as empresas de recolha de resíduos, co-contratantes da DSD, e, por outro, as empresas que desejem ter acesso às instalações de recolha dos co-contratantes da DSD. Eles respondem às preocupações expostas pela Comissão no quadro do procedimento administrativo no que respeita tanto à eventual aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE ao contrato de prestação de serviços, se contiver uma cláusula de exclusividade a favor da DSD no que diz respeito ao acesso

de terceiros às instalações de recolha (v. n.º 35), como à eventual aplicação do artigo 82.º CE, se se verificar que a vontade da DSD de subordinar ao seu acordo a co-utilização das instalações de recolha cai na alçada do artigo 82.º CE (v. n.º 20).

74 A fim de remediar essas preocupações, a DSD assumiu os compromissos antes citados. O compromisso reproduzido no considerando 72 da decisão impugnada é particularmente ilustrativo a esse propósito, dado que foi assumido para responder à preocupação manifestada pela Comissão no que diz respeito ao pedido inicialmente feito pela DSD de subordinar ao seu acordo a co-utilização por terceiros das instalações de recolha dos seus co-contratantes (considerandos 57, 58, 136 e 137 da decisão impugnada). Esse compromisso pretendia, assim, assegurar a Comissão indicando-lhe que a DSD renunciava propor acções inibitórias do tipo da descrita no acórdão do Landgericht Köln, de 18 de Março de 1997, que foi intentada pela DSD com base da Lei alemã relativa à concorrência desleal contra uma empresa concorrente que pretendia utilizar gratuitamente algumas instalações de recolha do sistema DSD.

75 Deve reconhecer-se que os compromissos assumidos pela DSD foram tomados em conta pela Comissão para apreciar o contrato de prestação de serviços notificado pela DSD. Isto é verdade tanto ao nível da apreciação de uma eventual restrição de concorrência à luz do disposto no artigo 81.º, n.º 1, CE em matéria de acesso às instalações das empresas de recolha de resíduos (v. n.os 33 a 36, considerandos 133 a 140 da decisão impugnada), como ao nível da análise à luz do disposto no artigo 81.º, n.º 3, CE no que diz respeito à apreciação da possibilidade de manter a concorrência (v. n.º 41, considerandos 158 a 163 da decisão impugnada). A título de exemplo, na decisão, a Comissão refere-se expressamente aos compromissos, quando ela conclui que o contrato de prestação de serviços não vincula as empresas de recolha de resíduos à DSD de forma exclusiva e que as empresas de recolha de resíduos podem, portanto, livremente e sem entraves oferecer os seus serviços aos concorrentes da DSD (v. n.º 46, considerando 176 da decisão impugnada).

76 Uma vez terminado o procedimento administrativo, todavia, a recorrente alegou perante o Tribunal que toda a co-utilização das instalações de recolha dos seus co-contratantes necessitava do seu acordo.

77 Em primeiro lugar, a recorrente alega que essa necessidade resulta do facto de ela ter participado no financiamento das instalações de recolha utilizadas pelo sistema DSD mediante remuneração paga nos termos do contrato de prestação de serviços. Quanto a este ponto, deve recordar-se que o sistema DSD é o primeiro sistema colectivo aprovado em toda a Alemanha e que o seu peso é aí considerável, na medida em que o sistema DSD representa cerca de 70% das embalagens susceptíveis de serem recolhidas na Alemanha e, pelo menos, 80% da procura no mercado alemão da recolha junto dos consumidores (v. n.º 29). É, portanto, evidente que a DSD é a primeira e principal fonte, senão a única, de rendimentos das empresas de recolha de resíduos no que respeita à recolha e à triagem das embalagens.

78 No entanto, a recorrente não contesta que as empresas de recolha de resíduos e não à DSD que realizaram os investimentos necessários para a recolha e a triagem das embalagens (considerando 151 da decisão impugnada). Da mesma forma, ela não contesta que as instalações de triagem que não existiam até então, exigiram investimentos consideráveis por parte das empresas de recolha de resíduos (considerando 53 da decisão impugnada). Foi, aliás, para permitir a essas empresas amortizar os seus investimentos, que foram avaliados em cerca de dez mil milhões de marcos alemães (DEM), durante a vigência do contrato de prestação de serviços, que a Comissão aceitou que a cláusula de exclusividade da DSD a favor das empresas de recolha de resíduos tivesse uma duração tão importante (v. n.º 39). A cláusula tem, portanto, por objectivo assegurar a rentabilidade dos investimentos efectuados pelas empresas de recolha de resíduos e não, permitir à DSD reivindicar um direito de controlo sobre a utilização desses investimentos.

79 Além disso, o exame do contrato de prestação de serviços permite verificar que a DSD não suporta os riscos ligados aos investimentos necessários à criação do

sistema DSD por outros meios distintos da cláusula de exclusividade antes referida. Assim, a DSD não é responsável pelos riscos suportados pela empresa de recolha de resíduos devidos à exploração do sistema (artigo 5.°, n.° 1, do contrato de prestação de serviços). Da mesma forma, em caso de resolução do contrato de prestação de serviços, a DSD não assume por sua conta os investimentos da empresa de recolha de resíduos nem paga indemnização por perdas e danos a esse título (artigo 9.°, n.^{os} 3 e 4, do contrato de prestação de serviços). Além disso, resulta do artigo 7.°, n.° 1, do contrato de prestação de serviços, que a remuneração paga pela DSD aos seus co-contratantes é proporcional ao peso das embalagens recolhidas, o que significa que, se uma empresa de recolha de resíduos cessar de recolher embalagens para a DSD, esta não tem de a remunerar a título dos investimentos realizados.

80 Por outro lado, a DSD não toma em consideração o facto de, em caso de co-utilização, a Comissão, na decisão impugnada, lhe reconhecer expressamente o direito de velar por que nenhum serviço prestado a terceiros pelas empresas de recolha de resíduos lhe seja facturado e a autorizar a reduzir consequentemente a remuneração devida aos co-contratantes da DSD (v. n.° 35). Estas precisões permitem garantir à DSD que a co-utilização não se fará às suas próprias custas em termos de remuneração das empresas de recolha de resíduos. Não pode, portanto, haver «utilização gratuita» das instalações de recolha como era o caso na decisão do Landgericht Köln, num momento em que o regulamento alemão das embalagens não tinha ainda sido revisto e em que a DSD não estava em condições de reduzir os pagamentos às empresas de recolha de resíduos em proporção da co-utilização das instalações de recolha.

81 Por fim, quanto ao argumento deduzido do § 242 do BGB, que impõe, segundo a recorrente, obrigações de precaução particulares aos contratantes, é difícil compreender em que medida essas obrigações poderão caracterizar a necessidade de a DSD dar o seu acordo em caso de co-utilização, o Tribunal pode apenas reconhecer que, como esse argumento extraído do direito alemão não foi invocado no procedimento administrativo, não poderá censurar-se a Comissão por não o ter tido em conta na altura da adopção da decisão impugnada.

82 Por conseguinte, o facto de a DSD ter sido o primeiro sistema colectivo a recorrer a empresas de recolha de resíduos e ser a fonte principal, senão a única, de rendimentos dessas empresas não pode ser suficiente para caracterizar o direito de a DSD dar o seu acordo em caso de co-utilização.

83 Em segundo lugar, a recorrente sustenta que o seu acordo é necessário em caso de co-utilização das instalações de recolha a fim de lhe permitir respeitar as obrigações resultantes do regulamento sobre as embalagens e garantir que o consumidor deposite efectivamente no sistema DSD as embalagens incluídas no referido sistema.

84 Quanto a esse ponto, há que salientar que as obrigações decorrentes do regulamento são impostas à DSD como a qualquer outro explorador de sistema colectivo. Além disso, as disposições do contrato de prestação de serviços invocadas pela DSD não permitem demonstrar o direito de a DSD subordinar ao seu acordo a co-utilização das instalações de recolha dos seus co-contratantes. Assim, o artigo 10.º, segunda frase, do contrato de prestação de serviços não diz respeito à hipótese de uma co-utilização das instalações de recolha, mas à de uma modificação da organização do sistema da DSD e essa disposição limita-se a indicar que uma organização diferente desse sistema necessita do acordo das partes contratantes e da colectividade territorial em causa. Ora, como será exposto a seguir, a co-utilização não tem por efeito impedir o sistema DSD de cumprir as suas obrigações à luz do regulamento (v. n.os 161 a 170). Da mesma forma, os pontos 1.1 e 1.5.1 do quarto contrato de alteração não dizem respeito às embalagens, exclusivamente pertinentes no presente caso concreto, mas «a materiais suplementares, que não sejam embalagens». Além disso, no acórdão de 31 de Janeiro de 2001, o Verwaltungsgericht Gießen não examinou a necessidade de a DSD dar o seu acordo à co-utilização das instalações de recolha, mas declarou simplesmente que o Lahn-Dill-Kreis (cantão de Kreis) devia entrar em acordo com a recorrente sobre a recolha e a valorização que tinha organizado e que não constituía um sistema conforme ao § 6, (3), do regulamento sobre as embalagens.

85 Por outro lado, no que diz respeito à alegada necessidade de preservar o papel desempenhado pelo símbolo Der Grüne Punkt na fase da recolha das embalagens, deve salientar-se que resulta dos autos que numerosas instalações de recolha não têm esse símbolo (v. n.º 189). Além disso, os consumidores não associam os caixotes do lixo a esse símbolo, mas ao tipo de embalagem (embalagens de venda) e sobretudo ao tipo de material (materiais ligeiros, papel/cartão, vidro, etc.) a depositar nos diferentes tipos de instalações de recolha. O exemplo da recolha conjunta do material impresso (jornais e revistas) e das embalagens de papel e de cartão, invocado na decisão impugnada, ilustra a possibilidade de uma co-utilização das instalações de recolha sem que seja necessário ter em conta a eventual aposição do símbolo Der Grüne Punkt nessas instalações (v. n.º 26).

86 Por isso, o facto de a DSD ter sido o primeiro sistema colectivo a integrar as instalações de recolha no seu sistema ou a utilizar o símbolo Der Grüne Punkt para identificar o seu sistema não é suficiente para caracterizar o direito de dar o seu acordo em caso de co-utilização.

87 De qualquer forma, mesmo pressupondo que a recorrente possa invocar um direito de dar o seu acordo à co-utilização por terceiros das instalações de recolha dos seus co-contratantes, o que não está de forma alguma demonstrado tal como resulta dos números que precedem, o Tribunal pode apenas declarar que, no procedimento administrativo, a recorrente declarou que renunciava invocar esse direito. Com efeito, sem prejuízo de um argumento específico relativo ao compromisso reproduzido no considerando 72 da decisão — que será examinado a seguir (v. n.º 218 e segs.) — a recorrente não contesta a validade ou a legalidade dos diversos compromissos assumidos durante o procedimento administrativo para responder a preocupações manifestadas pela Comissão.

88 Esses compromissos tiveram por efeito precisar o conteúdo do contrato de prestação de serviços notificado pela DSD, para efeitos de certificação negativa ou de isenção, indicando à Comissão de que forma a DSD tinha a intenção de se comportar no

futuro. Portanto, a Comissão teve legitimamente em conta esses compromissos na sua apreciação, de tal forma que a DSD obteve a decisão de isenção que pedia. Por isso, a Comissão não tinha de tomar posição sobre a existência ou não do direito de a DSD subordinar a co-utilização das instalações de recolha ao seu acordo, dado que essa empresa tinha renunciado, nos seus compromissos, a opor-se a essa co--utilização.

89 Portanto, foi com razão que a Comissão adoptou a decisão impugnada sem ter em conta o alegado direito de a DSD se opor à co-utilização devido aos compromissos assumidos para esse efeito pela DSD para dar resposta aos problemas identificados pela Comissão. Por isso, não cabe ao Tribunal examinar a legalidade dessa decisão em consideração de um elemento ao qual a recorrente renunciara.

2. *Quanto à primeira parte, relativa à não necessidade da co-utilização das instalações de recolha*

a) Argumentos das partes

90 Por analogia com a doutrina sobre as instalações essenciais (acórdãos do Tribunal de Justiça de 6 de Abril de 1995, RTE e ITP/Comissão, designado «Magill», C-241/91 P e C-242/91 P, Colect., p. I-743, n.^{os} 53 e 54, e de 26 de Novembro de 1998, Bronner, C-7/97, Colect., p. I-7791, n.º 41; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Setembro de 1998, European Night Services e o./Comissão, T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, Colect., p. II-3141), a recorrente alega que a co-utilização, imposta pela primeira obrigação, deve ser indispensável à actividade das empresas concorrentes da DSD, o que não acontece no caso em apreço.

91 Quanto aos sistemas colectivos, a recorrente sustenta que esses sistemas podem ter acesso a cerca de 70% do mercado sem recorrer à co-utilização. Com efeito, a recorrente refere que cerca de 70% das embalagens tratadas pelo seu sistema (as que são de vidro, a maior parte das embalagens de papel e de cartão e as embalagens ligeiras no sul da Alemanha) são recolhidas por sistemas de depósito voluntário, isto é, ou por meio de contentores instalados em áreas previstas para esse efeito, ou através de centros de reciclagem. Esses sistemas constituem a regra e não uma solução «pontual», como é referido na decisão (v. n.º 34). Basta, portanto, que os sistemas colectivos concorrentes instalem os seus próprios contentores para não terem de recorrer à co-utilização. A recorrente invoca igualmente o exemplo do «saco azul», utilizado em Abril de 1998 pela Landbell para recolher alguns tipos de embalagens no Lahn-Dill-Kreis, para indicar que pode ser criado sem dificuldade um sistema de recolha distinto do sistema DSD. Além disso, resulta do despacho do Verwaltungsgerichtshof Kassel (Tribunal Administrativo Superior de Kassel, Alemanha), de 20 de Agosto de 1999, que podem ser explorados sistemas colectivos concorrentes «em paralelo», o que significa que podem utilizar as suas próprias instalações de recolha.

92 Quanto aos sistemas individuais, a recorrente lembra que esses sistemas não podem, regra geral, recolher as embalagens nas instalações de recolha situadas na proximidade do domicílio dos consumidores, devido à primeira obrigação. Essa proibição é determinante para o respeito das percentagens de valorização impostas no regulamento. Por excepção, a recorrente reconhece que os sistemas individuais podem recolher as embalagens junto do domicílio do consumidor ou nas suas proximidades em casos marginais, isto é, as pequenas empresas de artesanato, de comércio e de indústria e as vendas por correspondência (v. observações das autoridades alemãs, p. 7). No entanto, nesses dois domínios periféricos, os sistemas individuais exploram já instalações de recolha que lhes pertencem e a co-utilização não é portanto necessária.

93 Em último lugar, a recorrente sustenta que a decisão viola o artigo 253.º CE ao não expor em que medida a co-utilização é indispensável para a actividade das empresas concorrentes da DSD. Quanto às instalações de recolha, a decisão devia conter

estudos sobre a estrutura do mercado e sobre as alegadas restrições de concorrência a fim de demonstrar o carácter indispensável da co-utilização. A esse propósito, a recorrente salienta que, no considerando 160 da decisão impugnada, que se refere à economia de espaço e de logística e ainda aos hábitos tradicionais dos consumidores privados (v. n.º 40), a Comissão não se apoia em factos susceptíveis de verificação. Da mesma forma, o facto de afirmar no mesmo sítio que a duplicação dos pontos de recolha parece em muitos casos «pouco provável» não é suficiente. No respeitante às instalações de triagem, a recorrente observa que a decisão não contém qualquer fundamentação que permita explicar a necessidade da sua co-utilização, se não for a indicação geral, no considerando 182 da decisão impugnada, de que essa utilização é necessária para evitar a eliminação da concorrência.

94 A Comissão considera que a referência feita à doutrina das instalações essenciais é inadequada, dado que as instalações de recolha não pertencem à DSD e que os terceiros devem poder utilizá-las sem o seu acordo. No caso em apreço, deve antes considerar-se que a decisão concede uma isenção de harmonia com o disposto no artigo 81.º, n.º 3, CE a uma restrição de concorrência fazendo acompanhar essa isenção com uma obrigação destinada a assegurar a manutenção da concorrência. A esse propósito, a decisão refere, nos considerandos 133 a 139 (v. n.os 33 a 36), as razões pelas quais é essencial o acesso das empresas concorrentes da DSD às instalações de recolha. Da mesma forma, a cláusula de exclusividade que vincula a DSD às empresas de recolha de resíduos, examinada nos considerandos 128, 160 e 162 da decisão impugnada, prejudica consideravelmente a entrada de concorrentes no mercado (v. n.os 30 e 40). Concretamente, a Comissão alega que, se a primeira obrigação não fosse imposta, o vínculo de exclusividade que une a recorrente e as empresas de recolha de resíduos teria por efeito impedir a entrada dos concorrentes da DSD no mercado da recolha junto dos consumidores. Portanto, a decisão impugnada está suficientemente fundamentada quanto a esse ponto.

95 No respeitante às críticas relativas à co-utilização das instalações de recolha em relação aos sistemas colectivos, a Comissão e a Landbell sublinham que essa utilização é necessária para permitir uma concorrência efectiva. A Landbell refere,

aliás, que, desde o início, o sistema DSD partilhou das instalações comunais existentes para recolher as embalagens de papel e cartão bem como o vidro.

96 No tocante às críticas relativas à co-utilização das instalações de recolha em relação aos sistemas individuais, a Comissão lembra que essa utilização só é concebível se onde houver sobreposição dos locais de recolha dos sistemas individuais e dos do sistema DSD em aplicação do direito nacional. Por isso, a Comissão observa que a primeira obrigação se aplica às situações em que os sistemas individuais são autorizados a fazer a recolha junto dos consumidores. Nesse caso, a Comissão observa que a co-utilização se fará unicamente quando os locais de recolha só puderem receber uma única instalação. Por outro lado, a Comissão sublinha que os sistemas individuais só terão necessidade da co-utilização no que diz respeito às embalagens provenientes da venda por correspondência quando o volume de negócios dos seus clientes for de tal forma reduzido que não é economicamente suportável instalar recipientes de recolha a uma «distância razoável» do local de estabelecimento desses clientes.

97 Quanto à crítica relativa à não fundamentação no que diz respeito à necessidade da co-utilização das instalações de triagem, a Comissão observou que a recorrente não tem em conta o facto de, em caso de co-utilização das instalações de recolha, ser forçosamente necessário fazer a triagem das embalagens em comum.

b) Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

98 Fazendo referência à jurisprudência Magill, que diz respeito a uma situação factual em que o interessado pode invocar um direito de disposição incontestável sobre as instalações em causa — o que não sucede neste caso (v. n.os 87 a 89) —, a recorrente

sustenta, em substância, que a primeira obrigação deve ser anulada na medida em que ela impõe a co-utilização das instalações de recolha, incluindo as instalações de triagem, sem que isso seja necessário para permitir a actividade dos sistemas colectivos e dos sistemas individuais ou sem que isso esteja suficientemente fundamentado à luz do disposto no artigo 253.º CE.

99 A fim de examinar essa argumentação, há que recordar, em primeiro lugar que, no considerando 182 da decisão impugnada, a Comissão expõe claramente que a razão de ser da primeira obrigação, nos termos da qual a DSD não pode proibir às empresas de recolha de resíduos que celebrem contratos com empresas concorrentes da DSD que autorizem estas a utilizar os seus pequenos contentores e outras instalações de recolha e de triagem, prende-se com a vontade «de impedir a eliminação da concorrência nos mercados relevantes» isto é, por um lado, o mercado da recolha das embalagens junto dos consumidores, e, por outro, o mercado a montante da organização da recolha e da valorização das embalagens junto dos consumidores. (v. n.º 48, considerando 182 da decisão impugnada, conjugado com o n.º 46, considerando 176 da decisão impugnada, para a identificação dos mercados em causa).

100 Por outro lado, no que respeita ao significado dos termos «empresas concorrentes da DSD» que figuram na primeira obrigação, deve distinguir-se a situação dos sistemas colectivos, que são os concorrentes indiscutíveis da DSD nos dois mercados antes citados, da dos sistemas individuais, que só intervêm nesses mercados marginalmente, dado que devem, em princípio, recolher as embalagens no local de venda ou na proximidade deste e não junto dos consumidores (v. n.^{os} 5 e 6).

i) Quanto à necessidade da co-utilização para os sistemas colectivos concorrentes

101 Fundamentalmente, a decisão impugnada considera que os diferentes tipos de instalações utilizadas pelo sistema DSD em todo o território alemão constituem um

nó de estrangulamento, cujo acesso é necessário para permitir aos outros sistemas colectivos entrarem em concorrência com a DSD no mercado da recolha das embalagens junto dos consumidores, e, por consequência, estar activos no mercado a montante da organização da recolha e da valorização das embalagens junto dos consumidores.

102 Para esse efeito, as instalações visadas na primeira obrigação são mais especificamente definidas como «contentores ou [...] outras instalações de recolha e de triagem de embalagens» das empresas de recolha de resíduos que celebraram um contrato de prestação de serviços com a DSD. Essas instalações são também designadas na decisão sob a denominação de «infra-estrutura de recolha» (considerandos 162, 164, 171 e 176 da decisão impugnada), ou sob o título de «instalações de recolha» (considerandos 164 e 182 da decisão impugnada). Segundo a decisão, trata-se de contentores, instalados nas proximidades do domicílio dos consumidores num local previsto para esse efeito bem como das infra-estruturas necessárias para recolher os sacos de plástico ou esvaziar os pequenos contentores distribuídos aos consumidores pela empresa de recolha de resíduos (considerando 32 da decisão impugnada).

103 Da mesma forma, na medida em que a triagem dos materiais compete às empresas de recolha de resíduos, o conceito de instalações de recolha compreende igualmente o centro especializado em que essa triagem é geralmente efectuada. Essa explicação, exposta no considerando 32 da decisão, permite compreender por que razão a co-utilização das instalações de recolha diz respeito também às instalações de triagem, Com efeito, a fase de recolha é apenas a primeira etapa do processo de valorização das embalagens cuja fase de triagem constitui a sequência lógica e o corolário necessário. Por isso, a partir do momento em que as empresas de recolha de resíduos podem proceder à recolha das embalagens que pertencem ao sistema DSD e das de outros sistemas colectivos, essas empresas podem igualmente proceder à triagem das quantidades recolhidas por conta desses diferentes sistemas. Esses dados são bem conhecidos da recorrente, dado que o contrato de prestação de serviços contempla tanto a recolha como a triagem das embalagens. Aliás, é por essa razão que a Comissão considera que o mercado da recolha das embalagens junto dos

consumidores compreende ao mesmo tempo a recolha e a triagem das referidas embalagens, duas actividades distintas que requerem infra-estruturas diferentes, mas que constituem um mercado único devido à procura global desses serviços pela DSD (considerando 87 da decisão impugnada).

104 Não pode, portanto, ser alegado que a decisão impugnada não está suficientemente fundamentada no que respeita à inclusão das instalações de triagem no conceito geral de instalações de recolha e o motivo de crítica apresentado quanto a este ponto, pela recorrente, deve ser rejeitado.

105 A fim de demonstrar a necessidade de prever uma co-utilização das instalações de recolha para permitir que os sistemas colectivos concorrentes da DSD tenham acesso e se mantenham nos mercados da recolha e da organização da recuperação e da valorização junto dos consumidores, a decisão examina o papel desempenhado pelas empresas de recolha de resíduos no quadro de um sistema colectivo e as características próprias das instalações de recolha.

106 No respeitante às empresas de recolha de resíduos, a decisão salienta com razão que «é economicamente vantajoso celebrar, no quadro de um sistema de isenção, um contrato com uma única empresa por zona contratual» dado que os serviços de recolha junto dos consumidores caracterizam-se por um efeito de rede muito evidente e importantes economias de escala e de gama (considerando 160 da decisão impugnada). Assim, o facto de a DSD contratar com uma única empresa de recolha de resíduos para uma dada zona facilita a obtenção das autorizações e dos dados necessários para dar cumprimento à regulamentação aplicável e permite a recolha de embalagens em toda a zona em causa sem ter de recorrer a várias sociedades.

107 É igualmente com razão que a decisão expõe que é bastante improvável, por razões de economia de espaço e de logística, que outro sistema colectivo recorra a empresas

de recolha de resíduos que não participam no sistema DSD, que representa 80% da procura no mercado da recolha junto do consumidor (considerando 128 da decisão impugnada). Com efeito, o facto de 80% das embalagens susceptíveis de ser recolhidas junto dos consumidores serem já objecto de uma rede de empresas de recolha de resíduos autorizada pelas colectividades territoriais torna muito mais difícil a criação de uma rede paralela. É por essa razão que a Comissão considera que a duplicação da rede criada pelas empresas de recolha de resíduos integradas no sistema DSD parece bastante improvável.

108 No que respeita às instalações de recolha, enquanto tais, a decisão expõe com razão que, por razões de economia de espaço e de logística e ainda devido aos hábitos tradicionais dos consumidores privados, uma duplicação dos pontos de recolha junto do domicílio parece pouco provável (considerando 160 da decisão impugnada). Isso compreende-se, na medida em que a duplicação das instalações não é do interesse das autoridades públicas, que emitem as aprovações e as autorizações necessárias, nem do interesse dos consumidores, cuja cooperação é requerida para o sucesso dos sistemas colectivos, dado que são eles que colocam as embalagens no saco a recolher, no pequeno contentor a esvaziar, ou no contentor pertinente.

109 Deste ponto de vista, pedir aos consumidores que encham dois ou vários sacos de embalagens em consideração não da matéria, mas do sistema colectivo utilizado, ou pedir-lhes que conservem no seu domicílio dois ou vários recipientes diferentes consoante o sistema utilizado seria contraproducente, ou até mesmo incompatível com a forma como a concorrência se organiza quando o fabricante ou o distribuidor de embalagens decide recorrer a vários sistemas colectivos para assegurar a recolha e a valorização (v. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 24 de Maio de 2007, DSD/Comissão, T-151/01, Colect., p. II-1607, n.^{os} 129 a 139, em que o Tribunal expõe o conteúdo das explicações dadas durante a audiência no que respeita às modalidades de funcionamento dos sistemas que combinam vários sistemas colectivos para assegurar a recolha e a valorização das embalagens). É neste sentido

que devem compreender-se os termos «hábitos tradicionais dos consumidores privados» (considerandos 93 e 160 da decisão impugnada), que desejam contribuir para a melhoria do ambiente, mas de uma forma que lhes proporcione o mínimo de incómodos possíveis.

110 Do mesmo modo, a multiplicação dos sistemas de recolha dos sacos ou de recipientes, como a multiplicação dos contentores ou dos locais previstos para permitir ao consumidor desembaraçar-se das embalagens na proximidade do seu domicílio não é economicamente racional, na medida em que os espaços disponíveis são limitados (considerando 93 da decisão impugnada) e na medida em que o mesmo recipiente pode servir para dois ou vários sistemas colectivos, à semelhança do que é actualmente praticado no que respeita, por um lado, às embalagens de papel e de cartão incluídos no sistema DSD, e por outro, o material impresso (revistas e jornais) que compete às comunas (considerando 32 da decisão impugnada). A Comissão podia, portanto, realmente tomar em conta a economia de espaço e de logística para apreciar em que condições era possível permitir a sistemas colectivos aceder aos consumidores.

111 Essas considerações sociológicas e económicas são perfeitamente conhecidas da DSD, que tirou delas partido na altura da criação do seu sistema. Com efeito, desde o início, a DSD decidiu utilizar as instalações comunais de recolha existentes para recolher as embalagens de papel e de cartão bem com as de vidro. Essas instalações preexistentes permitiram assim a criação rápida e eficaz do sistema DSD a fim de aceder facilmente aos consumidores, que estavam habituados a utilizar os locais previstos para depositar esses tipos de embalagens.

112 Resulta do que precede que a decisão impugnada expõe suficientemente do ponto de vista do direito as razões pelas quais as instalações das empresas de recolha de resíduos que celebraram um contrato de prestação de serviços com a DSD constituem um nó de estrangulamento para os sistemas colectivos concorrentes da DSD, à cabeça das quais figura a Landbell.

113 Nestas condições, permitir à DSD impedir as empresas de recolha de resíduos que celebrem e cumpram contratos com as empresas concorrentes da DSD equivaleria a privar essas empresas concorrentes de qualquer possibilidade séria de entrar e de se manter no mercado da recolha junto dos consumidores, e a Comissão pode validamente concluir que a co-utilização é necessária para evitar a eliminação da concorrência no mercado.

114 Esta conclusão não é posta em causa nos argumentos avançados pela recorrente para criticar a necessidade da co-utilização para os sistemas colectivos.

115 Assim, o facto de 70% do peso das embalagens recolhidas pela recorrente ser objecto de uma recolha por meio de um sistema de entrega voluntária em parques de contentores e num centro de reciclagem e não por meio de um sistema de recolha dos sacos e dos recipientes não põe em causa o raciocínio antes referido, segundo o qual, tanto as instalações de recolha utilizadas pelo sistema de entrega voluntária como as infra-estruturas de recolha utilizadas pelo sistema de recolha de resíduos constituem um nó de estrangulamento às quais os sistemas colectivos concorrentes da DSD devem poder ter acesso para penetrar no mercado da recolha junto do consumidor.

116 Da mesma forma, o exemplo do «saco azul» criado pela Landbell no Lahn-Dill--Kreis, invocado pela recorrente como exemplo da possibilidade de criar um sistema de recolha autónomo, não poderá abstrair do facto de esse exemplo não visar um *Land* mas um simples departamento, o que impede qualquer aprovação como sistema colectivo, pelo facto de se tratar, no caso concreto, de um projecto piloto criado com o apoio das autoridades locais e pelo facto de a DSD ter agido judicialmente contra esse sistema. Além disso, há que salientar que, a partir da decisão, a Landbell pôde efectivamente entrar no mercado da recolha junto dos consumidores enquanto sistema colectivo para o *Land* de Hesse, em que a Landbell utiliza, com o acordo das empresas em causa e das autoridades locais interessadas, as mesmas instalações de recolha que as que são utilizadas pelo sistema DSD.

117 Finalmente, a citação de uma passagem da decisão do Verwaltungsgerichtshof Kassel de 20 de Agosto de 1999, em que o referido tribunal contempla a criação de sistemas colectivos «em paralelo» não permite, contudo, concluir que instalações de recolha separadas devem ser utilizadas por sistemas colectivos concorrentes.

118 Decorre do que precede que a decisão impugnada expõe, suficientemente do ponto de vista do direito no que respeita às obrigações que incumbem à Comissão à luz do disposto no artigo 81.º CE e do dever de fundamentação, as razões pelas quais a co-utilização das instalações de recolha, incluindo as instalações de triagem, das empresas que celebraram um contrato com a DSD, é necessária para permitir aos sistemas colectivos concorrentes penetrar no mercado da recolha junto dos consumidores e, por consequência, estar activos no mercado a montante da organização da recolha e da valorização das embalagens junto dos consumidores.

119 Por consequência, a argumentação da recorrente deduzida do carácter errado ou da fundamentação insuficiente da decisão impugnada no que respeita à necessidade de garantir a co-utilização para manter a concorrência entre os sistemas colectivos deve ser rejeitada.

ii) Quanto à alegada necessidade da co-utilização para os sistemas individuais

120 Há que salientar que, como a DSD está aprovada como sistema colectivo em todos os *Länder* alemães, é claro que o conceito de «empresas concorrentes da DSD» a que se refere a primeira obrigação visa, em primeiro lugar, todos os sistemas colectivos concorrentes, isto é, todos os sistemas aprovados pelas autoridades alemãs para recolher e valorizar as embalagens junto dos consumidores. Coloca-se,

todavia, a questão de saber se esse conceito engloba também os sistemas individuais. A esse propósito, a recorrente sustenta que a co-utilização não é necessária para os sistemas individuais, ao passo que a Comissão alega, nos seus articulados, que a primeira obrigação se aplica aos sistemas individuais quando eles forem autorizados a fazer recolha junto dos consumidores.

121 O Tribunal considera que a primeira obrigação deve ser interpretada no sentido de que o conceito de «empresas concorrentes da DSD» não visa os sistemas individuais, mas somente os sistemas colectivos, e isto pelas seguintes razões.

122 Em primeiro lugar, deve sublinhar-se que é incontestável que os sistemas individuais devem, em princípio, recolher as embalagens no local de venda ou na proximidade deste e não junto dos consumidores. Esta interpretação assenta na letra do regulamento sobre as embalagens (v. n.os 5 e 6). Baseia-se também nas observações das autoridades alemãs apresentadas à Comissão no procedimento administrativo, das quais decorre que «as quotas devem ser cumpridas exclusivamente através da recolha das embalagens de venda nos locais da sua entrega efectiva ou nas imediações [destes] e que a eventual recolha de resíduos organizada paralelamente para utilizadores domésticos junto ao seu local de residência não pode ser considerada para efeitos de cumprimento dessas quotas» (observações das autoridades alemãs, pp. 3 a 6; considerando 15 da decisão impugnada). Neste contexto, não poderá ser alegado que os sistemas individuais e os sistemas colectivos estão em concorrência frontal no que diz respeito à recolha junto dos consumidores.

123 Em seguida, importa notar que as partes já não contestam que, por excepção ao princípio antes citado, os sistemas individuais podem surgir marginalmente no mercado da recolha das embalagens junto dos consumidores e, por consequência, no mercado a montante da recuperação e da valorização das embalagens junto dos consumidores. Assim, no quadro da definição do mercado da recolha, a Comissão salienta que, se a concepção enunciada pelas autoridades alemãs fosse imposta (v. n.º 122), «os sistemas de autogestão de resíduos só surgirão marginalmente

enquanto clientes neste mercado, nomeadamente no sector dos pontos de recolha equiparáveis aos consumidores privados ou no fornecimento aos consumidores finais» (considerando 87 da decisão impugnada em conjugação com o considerando 15 da referida decisão, v. também considerando 159 da decisão impugnada). Da mesma forma, a Comissão observa, em resposta à DSD que alegava que a recolha junto dos consumidores não era possível no quadro dos sistemas individuais, que não é contestado que «as embalagens das mercadorias fornecidas ao consumidor final privado (sector das vendas por catálogo, fornecimentos a pequenas empresas) têm de poder ser também recolhidas, sem dúvida alguma, no quadro de soluções de autogestão de resíduos na proximidade do consumidor final» (considerando 167 da decisão impugnada).

124 Por outro lado, nos seus articulados, as partes estão de acordo em reconhecer que as possibilidades de intervenção de um sistema individual no mercado da recolha junto dos consumidores são limitadas a duas hipóteses de sobreposição definidas no regulamento sobre as embalagens. A primeira dessas hipóteses diz respeito às sociedades de venda por correspondência que utilizam um sistema individual. Com efeito, segundo o § 6, (1), sexto período, do regulamento sobre as embalagens, em caso de venda por correspondência, «deve garantir-se a recolha através da possibilidade de devolução a uma distância razoável do consumidor final». Isto significa que o conceito de recolha no local de venda, que caracteriza, em princípio, o sistema individual, deve aqui poder efectuar-se próximo do consumidor. A segunda hipótese visa o caso de o destinatário da embalagem ser equiparado a um consumidor no regulamento. Decorre do § 3, (10), segunda frase, do regulamento, que os «restaurantes, hotéis, refeitórios, serviços administrativos, quartéis, hospitais, estabelecimentos de ensino, instituições de caridade e escritórios de profissionais liberais, assim como explorações agrícolas e empresas do sector artesanal, com excepção das tipografias e de outras empresas transformadoras de papel, cuja gestão de resíduos pode ser feita através de contentores de recolha de papel, cartão, cartolina e embalagens leves, com capacidade não superior a 1 100 litros por grupo de materiais» são considerados consumidores.

125 Finalmente, há que salientar que, diferentemente dos sistemas colectivos concorrentes da DSD, em relação aos quais a decisão expõe as razões pelas quais as empresas de recolha de resíduos co-contratantes da DSD e as suas instalações de

recolha constituem um nó de estrangulamento, a Comissão não explica porque é que é necessário que os sistemas individuais tenham acesso a essas empresas e às suas instalações para a manutenção da concorrência nos mercados em causa.

126 Pelo contrário, na sua análise da condição relativa à manutenção da concorrência (v. n.º 40), a Comissão observa que «as empresas excluídas pela DSD podem recorrer à oferta no quadro das soluções de autogestão de resíduos» precisando que «estas são sempre possíveis no quadro de determinadas combinações de embalagens/pontos de afluxo na periferia do mercado [de recolha junto dos consumidores]» (considerando 159 da decisão impugnada com uma referência ao considerando 87 da referida decisão). Essa explicação permite pensar que a Comissão não estava preocupada, ou, de qualquer forma, já não o estava, tendo em conta os compromissos apresentados pela DSD (considerando 163 da decisão impugnada), com a possibilidade de os sistemas individuais encontrarem uma empresa de recolha de resíduos para recolher e valorizar as embalagens junto dos consumidores nos casos de sobreposição previstos no regulamento.

127 Tal análise é confirmada pelo facto de a Comissão expor, no quadro da apreciação do carácter sensível da cláusula de exclusividade a favor das empresas de recolha de resíduos sobre a concorrência (v. n.º 30), que o «o único caso em que seria concebível recorrer a outras empresas de recolha de resíduos (o que implicaria novos contentores de recolha) diz respeito aos locais de recolha equiparáveis aos domicílios privados, ou seja, os hospitais ou as cantinas, sem prejuízo do respeito de determinadas condições em termos de logística e de embalagem» (considerando 128 da decisão impugnada). Isso significa que, nesses casos, parece possível fazer coexistir dois sistemas de recolha ao mesmo tempo.

128 Com efeito, diferentemente dos sistemas colectivos, que devem satisfazer condições estritas em matéria de cobertura territorial, os sistemas individuais podem limitar-se a recolher as embalagens no local onde são comercializadas. Assim, se parece difícil, pelas razões expostas antes (v. n.^{os} 105 a 113), duplicar a totalidade das instalações

necessárias a um sistema colectivo, é mais fácil para um sistema individual conseguir que uma segunda instalação seja colocada num ou noutro local para lhe permitir recolher as embalagens incluídas no seu sistema.

129 Por conseguinte, por falta de explicações que permitam compreender em que é que a co-utilização pode ser necessária para os sistemas individuais a fim de «impedir qualquer eliminação da concorrência nos mercados em causa», decorre do que precede que o conceito de «empresa concorrente da DSD» utilizado pela primeira obrigação deve ser interpretado no sentido de que ele não visa os sistemas individuais, mas somente os sistemas colectivos concorrentes da DSD.

130 Esta interpretação do conceito de «empresas concorrentes da DSD» é, aliás, confirmada numa passagem da decisão, em que se indica expressamente que a co-utilização das instalações de recolha por «sistemas concorrentes» não diz respeito aos sistemas individuais. Com efeito, para afastar um argumento invocado pela DSD contra a co-utilização dos contentores por sistemas concorrentes, a Comissão salienta que esse argumento refere-se «só à questão de saber se as entidades que procedem à autogestão de resíduos podem recolher ou adquirir embalagens junto do consumidor final, não incidindo, assim, na questão da co-utilização dos contentores por sistemas concorrentes» (v. nota de pé de página n.º 16 no considerando 169 da decisão impugnada). Esta citação, que contrapõe sistemas individuais e sistemas concorrentes, afasta claramente os sistemas individuais da co-utilização das instalações de recolha que é, portanto, limitada aos sistemas concorrentes, isto é, aos sistemas colectivos concorrentes da DSD.

131 Neste contexto, não há que responder aos argumentos da recorrente respeitantes à ilegalidade da decisão impugnada que a primeira obrigação visa os sistemas individuais.

132 Da mesma forma, o Tribunal não pode tomar em consideração certos argumentos invocados pela Comissão na fase da tréplica segundo os quais a co-utilização pode ser necessária em caso de reduzido volume de negócios, no que diz respeito aos sistemas individuais que se ocupam das embalagens entregues no quadro da venda por correspondência, e no caso em que uma única instalação de recolha pode ser colocada, por exemplo num hospital, no que diz respeito aos lugares de depósito equivalentes aos dos consumidores. Com efeito, esses argumentos não figuram na decisão impugnada (caso do volume de negócios) ou contradizem-na (caso do hospital) e a argumentação apresentada pela Comissão no decurso da instância não poderá sanar a insuficiência da fundamentação da decisão impugnada quanto a este ponto (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 24 de Outubro de 1996, Alemanha e o./Comissão, C-329/93, C-62/95 e C-63/95, Colect., p. I-5151, n.os 47 e 48, e do Tribunal de Primeira Instância de 18 de Janeiro de 2005, Confédération nationale du Crédit mutuel/Comissão, T-93/02, Colect., p. II-143, n.º 126).

3. *Quanto à segunda parte, relativa à impossibilidade de impor uma obrigação para sanar uma eventual violação do artigo 81.º, n.º 1, CE e do artigo 82.º CE*

a) Argumentos das partes

133 Em resposta à argumentação apresentada na contestação (v. n.º 94), a recorrente alega que a eventual violação do artigo 81.º, n.º 1, CE ou do artigo 82.º CE, invocada pela Comissão, é puramente especulativa e não pode justificar a primeira obrigação que — de qualquer forma — só pode ter por objectivo impedir a eliminação da concorrência no mercado em que uma restrição da concorrência tenha sido apurada, isto é, o mercado da recolha junto dos consumidores.

134 Em primeiro lugar, a recorrente lembra que a única restrição de concorrência identificada na decisão, na acepção do artigo 81.°, n.° 1, CE reside na cláusula de exclusividade estabelecida pela DSD a favor das empresas de recolha de resíduos (v. n.os 28 a 32). Essa restrição diz respeito ao mercado da recolha junto dos consumidores e impede as outras empresas de recolha de oferecerem os seus serviços à DSD, o que tem por efeito reduzir sensivelmente a concorrência entre as empresas de recolha de resíduos na zona contratual (considerandos 123, 124 e 140 da decisão impugnada). A referida restrição foi, todavia, objecto de isenção pela Comissão em aplicação do artigo 81.°, n.° 3, CE (v. n.os 37 a 41), na medida, nomeadamente, em que não estava vocacionada para eliminar a concorrência no mercado da recolha junto dos consumidores (considerandos 158 e 178 da decisão impugnada). Nestas condições, a recorrente sustenta que a primeira obrigação, cujo objectivo anunciado é permitir o acesso das empresas concorrentes ao mercado a montante da organização da recolha junto dos consumidores (considerandos 162 e 177 da decisão impugnada), não está ligada à restrição de concorrência já referida, que não diz respeito às empresas concorrentes da DSD no mercado da organização, mas às concorrentes das empresas de recolha de resíduos co-contratantes da DSD. A primeira obrigação não é, portanto, de molde a reforçar a concorrência no mercado da recolha junto dos consumidores.

135 Em segundo lugar, a recorrente expõe que a Comissão não pode impor uma obrigação para impedir uma pretensa ameaça de restrição da concorrência ou de abuso num mercado derivado, o mercado da organização junto do consumidor, em que nenhuma restrição de concorrência na acepção do artigo 81.°, n.° 1, CE não foi apurada nem *a fortiori* isenta à luz do disposto no artigo 81.°, n.° 3, CE. Quanto a este ponto, a recorrente lembra que, na decisão, a Comissão enuncia claramente que o contrato de prestação de serviços não contém uma cláusula de exclusividade em benefício da DSD em matéria de acesso às instalações de recolha dos seus co-contratantes (v. n.° 36). Da mesma forma, a Comissão salienta que nenhuma restrição de concorrência existe ao nível do mercado da organização (considerando 86 da decisão impugnada). A recorrente refere também que nenhum elemento permite concluir que ela corre o risco de assumir esse compromisso de exclusividade com os seus co-contratantes ou impor essa exclusividade de forma unilateral. Nestas condições, a recorrente alega que o mercado que deve ser tomado em conta para a aplicação do artigo 81.°, n.° 3, CE deve ser idêntico ao examinado à luz do artigo 81.°, n.° 1, CE. Além disso, tal como o objectivo do exame do artigo 81.°, n.° 3, CE, a possibilidade de impor uma obrigação em aplicação do

artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17 é também limitada pela restrição da concorrência apurada com base no artigo 81.º, n.º 1, CE. O artigo 8.º do Regulamento n.º 17 não pode, portanto, servir de base jurídica para impor uma obrigação a fim de regular um alegado problema de concorrência.

136 Em terceiro lugar, a recorrente considera, que, mesmo que a Comissão pudesse impor uma obrigação numa decisão de isenção a fim de impedir uma restrição de concorrência fictícia num mercado derivado, não o podia fazer sob a forma de uma obrigação que funda um título independente [artigo 15.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 17], mas devia fazê-lo sob a forma de uma condição que serviria para tornar o acordo «isentável» (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 22 de Outubro de 1996, SNCF e British Railways/Comissão, T-79/95 e T-80/95, Colect., p. II-1491, n.^{os} 63 e segs.). Isso é confirmado pela prática decisória da Comissão (citada na réplica, notas de pé de página n.^{os} 20 e 21) que sujeitava quase sempre as suas decisões de isenção a condições e não obrigações, se, e na medida em que, considerasse um comportamento particular como sendo necessário para impedir a eliminação da concorrência na acepção do artigo 81.º, n.º 3, CE.

137 A Comissão alega, a título preliminar, que a argumentação antes citada é inadmissível na medida em que se trata de um fundamento tardiamente apresentado na acepção do artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância. Por outro lado, a Comissão lembra que o objectivo da primeira obrigação é garantir os compromissos assumidos pela DSD a fim de sanar certos problemas identificados na altura do procedimento administrativo e certas ambiguidades próprias desses compromissos. O que importa, portanto, é saber se o comportamento que a DSD renunciou adoptar podia ser examinado à luz do disposto no artigo 81.º, n.º 1, CE. Ora, na decisão, a Comissão expõe as suas preocupações a esse propósito, que não dizem respeito somente à cláusula de exclusividade a favor das empresas de recolha de resíduos, mas também à questão do acesso das empresas concorrentes às instalações das empresas de recolha de resíduos co-contratantes da DSD. Além disso, a Comissão sublinha que a sua apreciação, no quadro do artigo 81.º CE, não deve limitar-se só ao mercado da recolha junto dos consumidores, que comporta de qualquer forma duas facetas — a

da oferta de serviços pelas empresas de recolha de resíduos e a da procura de serviços pela DSD e pelos outros sistemas colectivos —, mas pode igualmente incidir sobre as eventuais repercussões do contrato de prestação de serviços no mercado a montante da organização.

b) Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

i) Quanto à admissibilidade

138 Em resposta ao pedido da Comissão tendente a que a referida argumentação da DSD seja declarada inadmissível porque constitui um fundamento tardiamente apresentado na acepção do artigo 48.°, n.° 2, do Regulamento de Processo, deve ser observado que, embora essa disposição proíba efectivamente a produção de fundamentos novos no decurso da instância, um fundamento que constitua a ampliação de um fundamento apresentado anteriormente, directa ou tacitamente, na petição inicial e que apresente uma ligação estreita com esse fundamento, deve ser declarado admissível. Solução análoga se impõe para um motivo de crítica invocado em apoio de um fundamento (v., nomeadamente, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 21 de Março de 2002, Joynson/Comissão, T-231/99, Colect., p. II-2085, n.° 156).

139 Ora, no caso em apreço, a argumentação apresentada pela DSD na réplica não faz mais que ampliar os argumentos apresentados na petição em apoio da ilegalidade da primeira obrigação à luz do disposto no artigo 81.° CE. Tais argumentos não fazem mais, aliás, do que responder aos apresentados pela Comissão na contestação a fim de voltar a centrar o objecto do litígio no dado apurado de que a decisão impugnada concede a uma restrição de concorrência uma isenção ao abrigo do artigo 81.°, n.° 3, CE fazendo acompanhar essa isenção de uma obrigação fundada na necessidade de proteger a concorrência. Em particular, há que sublinhar que a alegação da recorrente, segundo a qual a primeira obrigação viola o artigo 8.° do Regulamento

n.º 17, apresentada pela primeira vez na réplica, está estreitamente ligada à violação do artigo 81.º, n.º 3, CE, apresentada no primeiro fundamento, dado que esse fundamento contesta a legalidade da primeira obrigação à luz do direito aplicável e que é precisamente o artigo 8.º do Regulamento n.º 17 que permite à Comissão incluir uma obrigação numa decisão de isenção tomada de harmonia com o artigo 81.º, n.º 3, CE.

140 De qualquer forma, a Comissão teve a oportunidade, na tréplica e durante a audiência, de comunicar os seus comentários sobre o que considera ser um fundamento novo.

141 Resulta do que precede que o pedido da Comissão no sentido de que seja declarada a inadmissibilidade da argumentação apresentada pela recorrente no que respeita à possibilidade de impor uma obrigação para sanar uma eventual ameaça de violação do artigo 81.º, n.º 1, CE e do artigo 82.º CE deve ser indeferido.

ii) Quanto ao mérito

142 Devem, portanto, examinar-se os argumentos invocados pela recorrente para alegar que a Comissão não podia, no caso em apreço, incluir na decisão de isenção adoptada com base no artigo 81.º, n.º 3, CE uma obrigação imposta de harmonia com o disposto no artigo 8.º do Regulamento n.º 17.

143 Nos termos do artigo 81.º, n.º 3, CE, as disposições do artigo 81.º, n.º 1, CE podem ser declaradas inaplicáveis a qualquer acordo entre empresas que contribua para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico (primeiro requisito), reservando aos utilizadores uma parte

equitativa do lucro daí resultante (segundo requisito), não impondo às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos (terceiro requisito) e não dando a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa (quarto requisito).

144 Por outro lado, o artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17 permite à Comissão incluir numa decisão de isenção de harmonia com o disposto no artigo 81.º, n.º 3, CE condições e obrigações.

145 Neste contexto, há que, em primeiro lugar, sublinhar que a apresentação que é feita da decisão impugnada pela recorrente é errada. Com efeito, em todas as fases da apreciação da Comissão à luz do artigo 81.º CE, a decisão impugnada não se limitou a examinar apenas os efeitos sobre a concorrência da cláusula de exclusividade a favor das empresas de recolha de resíduos, mas ela contemplou também a questão do acesso às instalações das empresas de recolha de resíduos.

146 Isto é verdade tanto ao nível da apreciação relativa ao artigo 81.º, n.º 1, CE (considerandos 28 a 32 e considerandos 33 a 36 da decisão impugnada), como ao nível da apreciação relativa ao artigo 81.º, n.º 3, CE (v. considerandos 37 a 39, no que diz respeito aos três primeiros requisitos de aplicação dessa disposição do Tratado, em que a análise se concentra sobre as empresas de recolha de resíduos, e considerandos 40 e 41, em que o requisito relativo à manutenção da concorrência é examinado em relação às empresas de recolha de resíduos, mas também, e sobretudo, em relação aos sistemas colectivos concorrentes da DSD).

147 É só ao nível das explicações aduzidas pela Comissão para justificar as obrigações incluídas na decisão de isenção em aplicação do artigo 8.º do Regulamento n.º 17 que a decisão se limita a invocar a necessidade de garantir o acesso das empresas

concorrentes da DSD às instalações das empresas de recolha de resíduos que celebraram um contrato de prestação de serviços com a DSD, e isso a fim de se demarcar das reservas emitidas pela recorrente a um dos compromissos reproduzidos no considerando 71, e evitar a eliminação da concorrência no mercado da recolha junto do consumidor e no mercado a montante da organização da recolha junto do consumidor (v. n.os 42 e 45).

148 Por outro lado, na sua argumentação, a recorrente distingue artificialmente o mercado da recolha junto dos consumidores, que pretende limitar às empresas de recolha de resíduos às quais a DSD recorre e às empresas de recolha de resíduos que não celebraram contrato de prestação de serviços com a DSD, do mercado da organização da recolha e da valorização junto dos consumidores, que diz respeito à DSD e às empresas suas concorrentes. Na realidade, tal como foi exposto na decisão (v. n.º 41), o que importa prende-se antes com a questão de saber se os sistemas colectivos concorrentes da DSD devem ou não ter acesso às instalações de recolha dos co-contratantes da DSD, a fim de poderem entrar no mercado da recolha das embalagens junto dos consumidores e, por conseguinte, estarem activos no mercado a montante da organização da recolha e da valorização das embalagens junto dos consumidores.

149 Por isso, não pode ser alegado que a decisão de isenção diz exclusivamente respeito à restrição de concorrência identificada no quadro da apreciação relativa ao artigo 81.º, n.º 1, CE, ou seja, à cláusula de exclusividade a favor das empresas de recolha de resíduos. A decisão incide, com efeito, sobre a integralidade do contrato de prestação de serviços notificado pela DSD e precisado pelos diferentes compromissos assumidos por essa empresa para clarificar as suas condições de aplicação.

150 Importa, portanto, tomar em consideração o facto de que a Comissão aceitou isentar o contrato de prestação de serviços porque a DSD lhe garantiu, nomeadamente, que nenhuma disposição desse contrato era susceptível de vincular as empresas de recolha de resíduos à DSD e que ela não instauraria acções inibitórias contra terceiros em caso de co-utilização. Essas garantias são determinantes, dado que

permitem à Comissão considerar que o requisito de isenção ligado à manutenção da concorrência está, no caso em apreço, satisfeito. A esse propósito, há que salientar que, na falta dessas garantias, a Comissão referiu claramente, na altura do procedimento administrativo, que não tinha a intenção de autorizar ou de isentar o contrato de prestação de serviços, mas que pretendia considerar se a existência de um eventual entrave ao acesso às empresa concorrentes da DSD às instalações de recolha dos co-contratantes da DSD constituía uma restrição de concorrência enquanto tal (v. n.º 33), ou colocar a questão de saber se o comportamento da DSD com vista a impedir o acesso das suas concorrentes às referidas instalações não podia incorrer na proibição do artigo 82.º CE (v. n.º 35).

151 Por conseguinte, uma vez que a Comissão adoptou a decisão de isenção baseando-se tanto na sua apreciação da cláusula de exclusividade a favor das empresas de recolha de resíduos como tendo presente a necessidade de manter a concorrência de tal forma que os sistemas colectivos concorrentes da DSD tenham a possibilidade de ter acesso às instalações de recolha dos co-contratantes da DSD (v. n.os 118 e 128), a Comissão não infringiu o artigo 81.º, n.º 3, CE e o artigo 8.º do Regulamento n.º 17 ao adoptar a primeira obrigação.

152 Em último lugar, a recorrente sustenta que, mesmo que a Comissão pudesse impor uma obrigação à DSD na decisão impugnada, só podia fazê-lo sob a forma de uma condição e não de uma obrigação pela razão de que as consequência jurídicas ligadas a uma obrigação são mais importantes do que as ligadas a uma condição. Com efeito, nos termos do artigo 8.º, n.º 3, alínea b), do Regulamento n.º 17, a Comissão pode revogar, alterar a sua decisão ou proibir determinados actos aos interessados, se transgredirem uma obrigação incluída na decisão, e nos termos do artigo 15.º, n.º 2, alínea b), do mesmo regulamento, a Comissão pode aplicar uma coima se a recorrente não respeitar uma obrigação.

153 No entanto, importa sublinhar que o artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17 prevê que nas decisões de isenção podem ser incluídas condições e obrigações sem precisar em que circunstâncias a Comissão deve escolher entre uma ou outra dessas

possibilidades. Além disso, dado que o artigo 81.°, n.° 3, constitui, em benefício das empresas, uma excepção à proibição geral prevista no artigo 81.°, n.° 1, CE, a Comissão deve gozar, no que diz respeito às modalidades de que é acompanhada uma isenção, de uma amplo poder de apreciação sendo, contudo, obrigada a respeitar os limites que o artigo 81.° CE impõe à sua competência (acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Outubro de 1974, Transocean Marine Paint/Comissão, 17/74, Recueil, p. 1063, n.° 16, Colect., p. 463).

154 O facto de a Comissão ter preferido impor condições em vez de obrigações noutros processos não é suficiente, enquanto tal, para pôr em causa a possibilidade oferecida pelo Regulamento n.° 17 de incluir numa decisão de isenção obrigações em vez de condições.

155 Decorre do que precede que a Comissão não violou o artigo 81.°, n.° 3, CE e o artigo 8.° do Regulamento n.° 17 ao incluir, no caso em apreço, na decisão de isenção uma obrigação relativa à necessidade de garantir a co-utilização pelos sistemas colectivos concorrentes da DSD das instalações de recolha das empresas utilizadas pelo sistema DSD.

4. *Quanto à terceira parte, relativa à violação do princípio da proporcionalidade*

156 Mesmo pressupondo que a co-utilização das instalações de recolha seja necessária para permitir a manutenção da concorrência, a recorrente alega, todavia, que a primeira obrigação não é por isso menos desproporcionada porque, em primeiro lugar, viola o regulamento sobre as embalagens, em segundo lugar, produz uma distorção da concorrência em detrimento da DSD, em terceiro lugar, constitui um prejuízo excessivo à marca Der Grüne Punkt e, em quarto lugar, infringe o direito fundamental de acesso à justiça.

a) Quanto à alegada violação do regulamento sobre as embalagens

Argumentos das partes

157 A recorrente sustenta que a primeira obrigação é desproporcionada porque a co-utilização das instalações de recolha da DSD é incompatível com o princípio de responsabilidade pelo produto consagrado no regulamento sobre as embalagens. Esse princípio obriga os fabricantes e os distribuidores de embalagens a atingir as percentagens de valorização «no que diz respeito às embalagens que eles colocaram no mercado» [ponto 1, (1), primeira frase, do anexo I do § 6 do regulamento]. Por outro lado, em caso de participação num sistema colectivo, a responsabilidade do fabricante e do distribuidor por essas embalagens é transmitida ao explorador do referido sistema, que deve «submeter a valorização as embalagens que lhe são trazidas» [§ 6, (3), segunda frase, do regulamento] e atingir as percentagens de valorização «no que respeita às embalagens em relação às quais os fabricantes e os distribuidores participam no [seu] sistema» [ponto 1, (1), segunda frase, do anexo I do § 6 do regulamento]. Devido a esta abordagem, que é baseada na embalagem concreta, é ilegal readquirir embalagens de outros sistemas para atingir as percentagens de valorização previstas no regulamento. Neste contexto, a recorrente sustenta que os sistemas concorrentes do seu deveriam, por princípio, cumprir as suas obrigações de recolha e de valorização nas suas próprias instalações de recolha, denominadas «instalações de recolha do sistema» [v. ponto 3, (3), sétimo travessão, do anexo I do regulamento].

158 Assim, no caso de co-utilização das instalações por dois sistemas concorrentes, a atribuição a um ou a outro desses sistemas de uma embalagem concreta não é, regra geral, possível. A esse propósito, a recorrente observa que a atribuição «das embalagens ao respectivo sistema com base no princípio do poluidor/pagador [...] procedendo a uma repartição por quotas» (considerando 170 da decisão impugnada), necessita de análises de triagem dispendiosas e complexas. Além disso, o exemplo do papel e do cartão mencionado pela Comissão deu origem a

resultados não equitativos, na medida em que a parte do volume recolhido, constituída por embalagens atribuída à DSD e determinada pelas análises de triagem, era inicialmente de 25%, quando a parte das embalagens realmente recolhidas com licença pela DSD era claramente inferior a essa quota. A generalização de tal solução a todas as embalagens é inaceitável para a DSD.

159 Por outro lado, a recorrente sustenta que o regulamento torna ilegal qualquer co-utilização das instalações de recolha pelos sistemas individuais, que não podem, regra geral, recolher embalagens na proximidade do consumidor. Por isso, ao sustentar que a DSD não poderá prevalecer-se do regulamento sobre as embalagens em relação aos seus co-contratantes (considerando 167 da decisão impugnada), a Comissão não tem em consideração o facto de o regulamento prosseguir também o objectivo de proteger a recorrente contra as distorções de concorrência.

160 A Comissão sustenta que a apresentação do regulamento, feita pela recorrente, é inexacta, dado que as percentagens de valorização não são baseadas em embalagens concretas ou no volume total de embalagens colocadas no mercado, mas na quantidade de embalagens confiada ao sistema em causa. Por seu lado, a Landbell alega que, de qualquer forma, a co-utilização das instalações de recolha é compatível com o regulamento sobre as embalagens, cuja alteração, em 1998, tinha por objectivo reforçar a concorrência entre os sistemas colectivos.

Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

161 Concretamente, a recorrente sustenta que a co-utilização das instalações de recolha das empresas que celebraram um contrato de prestação de serviços com a DSD tem por efeito impedi-la de recolher e de valorizar as embalagens que lhe foram concretamente atribuídas pelo fabricante ou pelo distribuidor de embalagens em

causa em conformidade com o princípio da responsabilidade pelo produto consagrado no regulamento sobre as embalagens. Por isso, ao impedir a DSD de se opor à co-utilização, a primeira obrigação infringe de uma forma desproporcionada os direitos e obrigações que a DSD retira desse regulamento.

162 Na audiência, as partes foram interrogadas sobre as modalidades de funcionamento dos sistemas colectivos e dos sistemas individuais a fim de permitir ao Tribunal saber qual era o papel da embalagem enquanto tal, o que a recorrente chama «embalagem concreta», na execução das obrigações de recolha e de valorização impostas no regulamento. Essa exposição contraditória permitiu ao Tribunal chegar às seguintes conclusões.

163 Por um lado, há que salientar que as percentagens de valorização previstas no anexo I do § 6 do regulamento sobre as embalagens são calculadas em percentagem da massa de matéria comercializada efectivamente recolhida e valorizada e não em função do número ou do tipo de embalagens em causa. O ponto 1, (1), do anexo I do § 6 do regulamento determina, assim, que os fabricantes e os distribuidores de embalagens devem satisfazer as exigências relativas à valorização das embalagens que comercializaram, e que o mesmo acontece no que diz respeito aos operadores de sistemas colectivos quanto às embalagens pelas quais os fabricantes ou os distribuidores participam em tais sistemas. A este propósito, é especificado no ponto 1, (2), do anexo I do § 6 do regulamento que as quantidades de embalagens pertinentes são determinadas em «percentagem da massa», trate-se das embalagens comercializadas pelo fabricante ou pelo distribuidor ou das embalagens pelas quais o fabricante ou o distribuidor participa num sistema colectivo. Além disso, desde 1 de Janeiro de 2000, os sistemas individuais e os sistemas colectivos estão sujeitos às mesmas percentagens de valorização por matéria (considerando 21 da decisão impugnada).

164 De resto, decorre do § 6, (1), quarto e quinto períodos, do regulamento que a obrigação de recolha e de valorização dos distribuidores que dispõem de superfícies de venda superiores a 200 m^2 abrange as embalagens dos produtos portadores das

marcas que eles não vendem, na medida em que essas embalagens são do tipo, da forma e do tamanho daquelas que fazem parte da sua gama. Assim, a percentagem de valorização desses distribuidores não é calculada em relação às embalagens efectivamente colocadas no mercado, mas em função das embalagens similares em termos de tipo, de forma e de tamanho.

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

166 Por outro lado, deve sublinhar-se que é perfeitamente possível, como o salienta o considerando 170 da decisão, repartir por quotas as quantidades recolhidas por instalações de recolha entre diferentes sistemas. Com efeito, o próprio exemplo da recorrente no que diz respeito às embalagens de papel e de cartão, que são recolhidas pelo sistema DSD ao mesmo tempo que o material impresso (jornais e revistas), mostra que as instalações de recolha podem ser partilhadas sem problema. A recorrente não pode, portanto, pretender proibir às empresas suas concorrentes utilizar uma técnica que ela própria utiliza. Além disso, na audiência, a Landbell invocou a existência de um acordo de compensação, adoptado na sequência da decisão, que permite aos diferentes gestores de sistema partilhar das quantidades de

matéria valorizadas pelas empresas de recolha de resíduos às quais recorrem em consideração das quantidades de matéria pelas quais são responsáveis por força dos contratos assinados com os fabricantes e com os distribuidores de embalagens

167 De qualquer forma, a alegação da DSD, segundo a qual a repartição das quantidades recolhidas em matéria de embalagens de papel e de cartão e de material impresso (jornais e revistas) é complexa e dispendiosa, não é suficiente para pôr em causa a proporcionalidade da primeira obrigação à luz do regulamento sobre as embalagens. Com efeito, mesmo pressupondo que fosse esse o caso, deve-se reconhecer que os critérios da complexidade e do dispêndio são critérios que permitem caracterizar uma violação do regulamento e não podem enquanto tais justificar o prosseguimento do comportamento susceptível de originar a eliminação da concorrência nos mercados em causa. Além disso, no caso em apreço, a decisão refere expressamente que a primeira obrigação não impede a DSD de reduzir as remunerações pagas às outras empresas de recolha de resíduos a fim de velar por que nenhum serviço prestado a favor de terceiros lhe seja facturado (v. n.º 35). Por isso, em caso de co-utilização, a DSD poderá certificar-se de que a remuneração devida à empresa de recolha de resíduos só toma em conta unicamente o serviço de recolha e de valorização efectuado por conta do sistema DSD sem que essa remuneração sirva para financiar um serviço prestado por conta de outro sistema.

168 Da mesma forma, nenhum elemento probatório apoia a afirmação da DSD segundo a qual a técnica das quotas utilizada para as embalagens de papel e de cartão e para o material impresso originaria resultados não equitativos em seu prejuízo. De qualquer forma, a co-utilização preconizada na decisão não pressupõe o risco de prejudicar os interesses da DSD, na medida, precisamente, em que o objectivo de tal disposição é garantir a cada sistema colectivo a possibilidade de recolher as embalagens que lhe foram atribuídas pelos fabricantes e pelos distribuidores em causa. É, aliás, para garantir esse objectivo que a Comissão impõe a segunda obrigação à DSD (v. n.os 213 a 217).

169 Por conseguinte, dado que a concorrência não é efectuada entre sistemas na base da atribuição de embalagens concretas, mas na base de uma atribuição das massas de matérias correspondentes a estas embalagens, a primeira obrigação não pode ser considerada desproporcionada contrariamente ao que invoca a recorrente.

170 Decorre do que precede que a primeira obrigação não pode ser considerada desproporcionada, por ser contrária ao regulamento sobre as embalagens.

171 Por último, quanto à alegação da recorrente segundo a qual pode com base no regulamento opor-se à partilha das instalações de recolha utilizadas pelo sistema DSD com sistemas individuais, há que recordar que o Tribunal julgou no sentido de que devia interpretar-se o conceito de «empresas concorrentes da DSD», utilizado para limitar o âmbito de aplicação da primeira obrigação, no sentido de que apenas abrange os sistemas em relação aos quais a decisão impugnada considerou que era necessário garantir a co-utilização das instalações de recolha, isto é, os sistemas colectivos concorrentes da DSD. Nestas condições, a primeira obrigação não pode ter incidência na eventual possibilidade de a DSD se prevalecer do regulamento para se opor a tal co-utilização com os sistemas individuais.

b) Quanto ao risco de distorção de concorrência em detrimento da DSD

Argumentos das partes

172 A recorrente sustenta que a primeira obrigação é desproporcionada porque ela permite aos seus concorrentes escolher de forma circunscrita as instalações de recolha mais rentáveis deixando-lhe as mais dispendiosas. Tal conduta parasita seria aberta sem restrição aos sistemas individuais, que não têm qualquer obrigação de cobertura territorial, no que diz respeito a domínios de sobreposição com os sistemas colectivos, isto é, os locais de depósito equiparados aos domicílios e as embalagens vendidas por correspondência. Os outros sistemas colectivos poderão igualmente manter uma conduta parasita em detrimento da recorrente e conflitos de interesses surgiriam em caso de co-utilização das instalações de recolha, dado que a DSD já não poderia regular em detalhe a organização do seu sistema como o faz actualmente. Por outro lado, a recorrente invoca as observações das autoridades

alemãs, que invocam o risco de os sistemas colectivos se tornarem menos eficazes e de surgir uma distorção de concorrência na acepção do artigo 7.°, n.° 1, da Directiva 94/62/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Dezembro de 1994, relativa a embalagens e resíduos de embalagens (JO L 365, p. 10) «se os sistemas individuais, independentemente da região de distribuição das embalagens, [...] pudessem, escolher o sítio onde, eventualmente limitadas regionalmente a importantes locais de depósito, recolhem ou adquirem resíduos de embalagens».

173 A Comissão, apoiada pela Landbell, contesta a alegada ameaça que constitui a primeira obrigação para o sistema DSD. Com efeito, na medida em que o regulamento sobre as embalagens se aplica da mesma maneira a todos os sistemas colectivos, nenhum deles pode limitar-se aos sectores alegadamente mais lucrativos. Da mesma forma, os sistemas individuais devem, em princípio, recolher as suas embalagens no local de entrega ao consumidor e a estrutura dos seus locais de depósito diverge, por essa razão, da dos sistemas colectivos.

Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

174 Contrariamente ao que alega a recorrente, a co-utilização das instalações de recolha não pode ter por efeito permitir aos sistemas colectivos concorrentes da DSD privilegiar no seio de um mesmo *Land*, as zonas mais rentáveis em detrimento das outras que ficariam a cargo do sistema DSD. Com efeito, deve-se reconhecer que todos os sistemas colectivos estão sujeitos às mesmas obrigações, trate-se da obrigação de cobertura territorial, do respeito das percentagens de valorização ou da prova dos fluxos quantitativos.

175 Além disso, de qualquer forma, a decisão refere expressamente que a primeira obrigação não impede a DSD de reduzir, por consequência, as remunerações pagas às empresas de recolha de resíduos (v. n.° 35).

176 Por outro lado, quanto à alegada incompatibilidade da co-utilização das instalações de recolha com o artigo 7.°, n.° 1, da Directiva 94/62, nos termos do qual os sistemas destinados a assegurar a recuperação ou a recolha das embalagens devem ser concebidos de modo a evitar entraves ao comércio ou distorções da concorrência, deve salientar-se que a decisão impugnada visa precisamente garantir as condições de concorrência nos mercados em causa, e isso em conformidade com os objectivos do regulamento cuja revisão ocorrida em 1998 teve por objectivo permitir o desenvolvimento da concorrência entre os sistemas colectivos (considerando 169 da decisão impugnada).

177 Decorre do que precede que a primeira obrigação não pode ser considerada desproporcionada por gerar um risco de distorção da concorrência em detrimento da recorrente.

178 Por outro lado, quanto ao alegado risco de concorrência que pode representar a primeira obrigação em caso de co-utilização das instalações de recolha entre os co-contratantes da DSD e os sistemas individuais, há que recordar que o Tribunal já atrás declarou no sentido de que deve interpretar-se o conceito de «empresas concorrentes da DSD» utilizado para limitar o âmbito de aplicação da primeira obrigação unicamente aos sistemas em relação aos quais a decisão impugnada considerou que era necessário garantir a co-utilização das instalações de recolha, isto é, os sistemas colectivos concorrentes da DSD. Nestas condições, a primeira obrigação não pode ter incidência nas relações entre a DSD e os sistemas individuais.

c) Quanto ao alegado prejuízo à função da marca Der Grüne Punkt

Argumentos das partes

179 A recorrente sustenta que a primeira obrigação é desproporcionada porque prejudica a função de origem da marca Der Grüne Punkt, que é identificar o serviço

de recolha e de valorização do sistema DSD e não o de outro sistema. A esse propósito, a recorrente lembra que a sua marca está registada na Alemanha enquanto marca colectiva aposta nas embalagens dos fabricantes e distribuidores que participam no sistema DSD e enquanto marca individual aposta sobre as instalações de recolha utilizadas pelo sistema DSD. Em particular, a função de origem da marca colectiva Der Grüne Punkt foi reconhecida por vários órgãos jurisdicionais alemães [acórdão do Bundespatentgericht (Tribunal Federal de Patentes, Alemanha) de 18 de Setembro de 1996, para o qual a marca dá uma indicação sobre o compromisso ecológico do fabricante; acórdão do Landgericht Hamburg (Tribunal Regional de Hamburgo, Alemanha) de 23 de Dezembro de 1996, e acórdão do Kammergericht Berlin (Tribunal Regional Superior de Berlim, Alemanha) de 14 de Junho de 1994, para os quais a marca informa sobre a participação no sistema DSD; acórdão do Oberlandesgericht Köln (Tribunal Regional Superior de Colónia, Alemanha) de 8 de Maio de 1998, que invoca o significado primordial da marca decorrente da sua difusão e da sua notoriedade, e acórdão do Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justiça, Alemanha) de 15 de Março de 2001, para o qual os fabricantes e os distribuidores indicam a participação no sistema DSD pela aposição da marca nas suas embalagens]. No caso em apreço, a recorrente alega que a co-utilização das instalações de recolha prejudica as marcas colectiva e individual Der Grüne Punkt, na medida em que o consumidor sabe, pela publicidade, que as embalagens que são portadoras dessa marca participam no sistema DSD, e não num sistema concorrente e que devem ser eliminadas por meio das instalações de recolha do sistema DSD, as quais são, geralmente, também portadoras da marca Der Grüne Punkt. Ora, no caso de co-utilização das instalações de recolha, a organização da recolha e da valorização das embalagens recolhidas pelo sistema DSD seria, em parte, efectuada — contrariamente à expectativa do consumidor — por concorrentes da DSD. A co-utilização das instalações de recolha do sistema DSD teria por efeito, portanto, enganar os consumidores.

180 A recorrente acrescenta que a primeira obrigação a forçaria a fomentar a concorrência concedendo às empresas suas concorrentes uma licença obrigatória gratuita da marca Der Grüne Punkt aposta nas instalações de recolha. Ora, tal licença é ilegal, pois viola os princípios aplicáveis na matéria (artigo 21.º do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio, (TRIPS), de 15 de Abril de 1994 (anexo IC do Acordo que institui a Organização Mundial do Comércio), aprovado pela Decisão 94/800/CE do Conselho, de 22 de Dezembro de 1994, relativa à celebração, em nome da

Comunidade Europeia e em relação às matérias da sua competência, dos acordos resultantes das negociações multilaterais do Uruguay Round (1986/1994) (JO L 336, p. 1, 214) e parecer do Tribunal de Justiça de 15 de Novembro de 1994 (parecer 1/94, Colect., p. I-5267).

181 A título preliminar, a Comissão assinala que alguns motivos de crítica avançados pela recorrente não visam o contrato de prestação de serviços, que é objecto da decisão impugnada, mas o contrato de utilização do símbolo, que é objecto da Decisão 2001/463 que não têm, portanto, de ser examinados no quadro do presente processo. A Comissão sublinha que a recorrente parece querer ter um direito de exclusividade sobre a utilização das instalações de recolha, pelo facto de ela autorizar o seu proprietário a apor nas suas instalações o símbolo Der Grüne Punkt, o que não pode ser admitido. Com efeito, tal significaria, portanto, que uma empresa de recolha que apõe o símbolo Der Grüne Punkt num camião de recolha das embalagens só pudesse utilizar esse camião por conta do sistema DSD e não para o transporte de outros resíduos. Ora, não só o contrato de prestação de serviços não contém disposição susceptível de escorar esse raciocínio, mas também as respostas fornecidas pelas empresas de recolha de resíduos a pedidos de informações enviados pela Comissão demonstram, nomeadamente, que essas empresas utilizam os seus veículos para outros serviços. A recorrente não pode, portanto, prevalecer-se do direito de exclusividade que alega. Por outro lado, a Comissão sublinha que o consumidor não é enganado quando deposita uma embalagem com o símbolo Der Grüne Punkt numa instalação de recolha do sistema DSD, uma vez que a questão da co-utilização não tem incidência sobre o comportamento do consumidor. Além disso, o destinatário final do serviço de recolha e de valorização proposto pelo sistema DSD não é o consumidor, mas o fabricante ou o distribuidor de embalagens. Não existe, portanto, prova de que a alegada indução em erro invocada pela recorrente prejudica a marca Der Grüne Punkt.

182 Quanto à licença obrigatória, a Comissão alega que a recorrente não especifica a quem é que a decisão a obriga a conceder uma licença. A recorrente continua a ter a liberdade de autorizar as empresas de recolha de resíduos a utilizar a sua marca apondo-a nos seus recipientes, ou mesmo a recomendar-lhes isso, e também a retirar-lhes essa autorização.

Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

183 No essencial, a recorrente alega que a primeira obrigação viola o princípio da proporcionalidade porque a co-utilização prejudica a marca Der Grüne Punkt, que permitia distinguir os seus serviços dos propostos por outras empresas. Ao disporem da possibilidade de aceder às instalações de recolha criadas pelas empresas de recolha de resíduos, que são já utilizadas pelo sistema DSD, os sistemas colectivos concorrente da DSD aproveitariam, assim, da notoriedade dessa marca junto dos consumidores e estes seriam induzidos em erro ao depositar as suas embalagens em instalações que pensam pertencer ao sistema DSD e não a um sistema concorrente.

184 Todavia, há que reconhecer que essa argumentação não pode proceder.

185 Em primeiro lugar, o contrato de prestação de serviços não impede a empresa de recolha de resíduos co-contratante da DSD de propor as suas instalações de recolha a um sistema concorrente do sistema DSD. Com efeito, nos termos do contrato de prestação de serviços, é somente referido que, «(n)as suas acções de promoção do sistema, a empresa de recolha de resíduos porá de maneira adequada e correntemente em evidência o símbolo Der Grüne Punkt conferido pela DSD, por exemplo, imprimindo-o em papel de carta, nos meios publicitários e nos pequenos contentores de recolha bem como fazendo-o aparecer nos veículos e equipamentos utilizados no quadro da exploração do sistema» (artigo 2.°, n.° 5, primeiro parágrafo, quarta frase) e que «[a] utilização do símbolo Der Grüne Punkt é gratuita para a empresa de recolha de resíduos» (artigo 2.°, n.° 5, terceiro parágrafo, primeira frase). O facto de a DSD autorizar a empresa de recolha de resíduos a apor gratuitamente a marca Der Grüne Punkt nas suas instalações de recolha não é suficiente para a DSD reivindicar a utilização exclusiva das referidas instalações. Pelo contrário, resulta do contrato de prestação de serviços que a aposição do referido símbolo não tem outro significado que não seja indicar «para fins de promoção» que a instalação em causa faz parte do sistema DSD.

186 As disposições do contrato de prestação de serviços relativas à marca Der Grüne Punkt não permitem, portanto, demonstrar que a aposição dessa marca numa instalação de recolha tem por efeito impedir essa instalação de servir outros fins.

187 Em segundo lugar, nenhuma disposição do regulamento sobre as embalagens impõe identificar as instalações de recolha com referência ao sistema utilizado. *A fortiori* nenhuma disposição do regulamento permite afirmar que as instalações de recolha assim identificadas devem ser reservadas a um só sistema, a fim de evitar que o consumidor possa enganar-se sobre a identidade do sistema que recolhe e valoriza a embalagem que deposita. Por outro lado, no que diz respeito à importância a dar à aposição do símbolo Der Grüne Punkt nas embalagens — uma das possibilidades oferecidas pelo ponto 4, (2), segunda frase, do anexo I do § 6 do regulamento para permitir ao consumidor identificar a participação da embalagem em causa num sistema colectivo (v. n.º 6) —, o Tribunal, no acórdão DSD/Comissão, T-151/01, n.º 133, julgou no sentido de que, a partir do momento em que a satisfação das percentagens de valorização previstas no regulamento e em que a repartição das quantidades de embalagens entre sistemas sejam feitas com base nas massas de matérias em causa e não em função das embalagens enquanto tais, quer ostentem ou não o símbolo Der Grüne Punkt, este não tem o papel e a importância que lhe dá a recorrente. Assim, um fabricante ou um distribuidor de embalagens que decide confiar à DSD a recolha e a valorização de uma parte das embalagens que ele comercializa na Alemanha e assegurar ele próprio a recolha e a valorização da outra parte dessas embalagens através de um sistema individual, ou confiando-a a outro sistema colectivo, apenas deve repartir as quantidades de matérias entre os diferentes sistemas em causa e respeitar as condições de identificação prescritas pelo regulamento sem se preocupar em definir concretamente o comportamento do consumidor final como alega a recorrente.

188 Neste contexto, as disposições do regulamento não permitem demonstrar que a aposição da marca Der Grüne Punkt numa instalação de recolha ou numa embalagem destinada a ser recolhida pelo sistema DSD tem por efeito impedir a co-utilização das instalações de recolha.

189 Em terceiro lugar, deve tomar-se em conta o facto, que resulta dos autos, de que as instalações de recolha utilizadas pelo sistema DSD não são todas portadoras do símbolo Der Grüne Punkt. É, portanto, legítimo pensar que, na fase do depósito das embalagens nas instalações de recolha, os consumidores não associam essas instalações à marca Der Grüne Punkt, mas ao tipo de embalagem (embalagens de venda) e sobretudo ao tipo de material de que são constituídas (materiais ligeiros, papel/cartão, vidro, etc.) a colocar nos diferentes tipos de instalações de recolha. A esse propósito, a recorrente não demonstra que o consumidor dê importância ao facto de a DSD e não outro sistema colectivo ser responsável pela recolha e pela eliminação de uma embalagem. O consumidor pode efectivamente ter preocupações ambientais, mas, na medida em que todos os sistemas colectivos estão sujeitos às mesmas obrigações, a questão de saber qual é o sistema que se ocupará concretamente da recolha e da valorização não parece determinante. Ora, nenhuma dessas obrigações é afectada pela co-utilização das instalações de recolha existentes. Da mesma forma, a recorrente não contesta que as embalagens de papel e de cartão são recolhidas nas mesmas instalações que o material impresso (jornais e revistas) que são das comunas e não do sistema DSD. Ora, não alega, quanto a este ponto, que os consumidores consideram, devido à eventual aposição da marca Der Grüne Punkt nessas instalações, que o sistema DSD assume a responsabilidade da recolha e da valorização do material impresso.

190 Por conseguinte, pode parecer suficiente, para evitar qualquer risco de confusão no consumidor, que seja indicado nas instalações de recolha partilhadas que as embalagens são recolhidas por conta do sistema DSD e por conta de um ou de vários outros sistemas colectivos concorrentes, sem que seja, com isso, necessário proibir qualquer co-utilização dessas instalações de recolha como afirma a recorrente.

191 Em último lugar, deve salientar-se que nem a primeira obrigação nem os constrangimentos de carácter técnico da co-utilização das instalações de recolha exigem que as empresas concorrentes da DSD sejam autorizadas por esta a utilizar a marca Der Grüne Punkt. É, assim, concebível que as instalações de recolha partilhadas sejam desprovidas de qualquer símbolo ou indicação ou, pelo contrário,

que cada sistema nelas aponha um meio de aí ser identificado. Por isso, não pode alegar-se que a primeira obrigação imponha à DSD conceder às empresas suas concorrentes uma licença obrigatória gratuita da marca Der Grüne Punkt.

192 Decorre do que precede que a primeira obrigação não pode ser considerada desproporcionada por prejudicar de forma excessiva o papel desempenhado pela marca Der Grüne Punkt no quadro do sistema DSD.

d) Quanto à incidência da primeira obrigação no direito de acesso aos tribunais nacionais

Argumentos das partes

193 A recorrente salienta que a primeira obrigação lhe proíbe «impedir» as empresas de recolha de resíduos de celebrar contratos de co-utilização com as empresas suas concorrentes. Este entrave pode consistir no facto de a DSD agir contra essas empresas de recolha de resíduos perante as autoridades ou os órgãos jurisdicionais nacionais a fim de fazer valer a incompatibilidade da co-utilização das instalações de recolha com o regulamento. Nessa hipótese, a primeira obrigação é, então, incompatível com o direito fundamental do acesso à justiça previsto no artigo 6.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Maio de 1986, Johnston, 222/84, Colect., p. 1651, n.os 17 e 18; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de Julho de 1998, ITT Promedia/Comissão, T-111/96, Colect., p. II-2937, n.º 60).

194 A Comissão salienta que a primeira obrigação não impede de forma alguma a recorrente de submeter a um tribunal administrativo alemão a questão da compatibilidade da co-utilização das instalações de recolha com o regulamento sobre as embalagens [v., neste sentido, acórdãos do Verwaltungsgerichtshof Kassel de 20 de Agosto de 1999, e do Verwaltungsgericht Gießen de 31 de Janeiro de 2001]. Em contrapartida, cabe aos órgãos jurisdicionais comunitários examinar a legalidade do compromisso e das obrigações.

Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

195 No essencial, a recorrente alega que a primeira obrigação a impede de fazer valer perante os órgãos jurisdicionais e as autoridades nacionais alemães que a co-utilização das instalações de recolha é contrária ao regulamento.

196 Ora, a primeira obrigação não pode ser interpretada nesse sentido. Ela impõe, com efeito, à DSD não impedir a co-utilização das instalações de recolha por sistemas colectivos concorrentes. O Tribunal já atrás decidiu no sentido de que essa obrigação era conforme ao artigo 81.°, n.° 3, CE e ao artigo 8.° do Regulamento n.° 17 (v. n.° 151) porque ela era necessária para permitir a manutenção da concorrência nos mercados da recolha das embalagens junto dos consumidores e da organização da recolha e da valorização das embalagens junto dos consumidores.

197 No entanto, a primeira obrigação não impede a DSD de intentar uma acção perante um órgão jurisdicional ou perante uma autoridade nacional para se opor à co-utilização das instalações de recolha que lhe é imposta no quadro da decisão de isenção. A DSD conserva, portanto, a possibilidade de se opor à co-utilização das instalações de recolha dos seus co-contratantes invocando a violação do regulamento alemão das embalagens ou de outras disposições nacionais. No

entanto, embora a DSD disponha dessa possibilidade, não pode, mesmo assim, abstrair o facto de a Comissão poder, então, considerar que tal acção viola a obrigação que lhe foi imposta para garantir a decisão de isenção, e isso em conformidade com as disposições de direito comunitário aplicáveis. Além disso, deve recordar-se que, quando os órgãos jurisdicionais se pronunciam sobre acordos ou práticas que foram já objecto de uma decisão da Comissão, não podem tomar decisões que vão contra a da Comissão, mesmo que esta esteja em contradição com a decisão proferida por um órgão jurisdicional nacional de primeira instância (acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Dezembro de 2000, Masterfoods e HB, C-344/98, Colect., p. I-11369, n.º 52).

198 O direito fundamental de acesso à justiça reivindicado pela DSD não pode, portanto, ter por consequência autorizá-la a ignorar uma decisão adoptada com fundamento no direito comunitário.

199 Decorre do que precede que a primeira obrigação não pode ser considerada desproporcionada pela razão de que priva a DSD do direito de intentar uma acção perante os órgãos jurisdicionais e perante as autoridades nacionais.

5. *Conclusão quanto ao primeiro fundamento*

200 Decorre do que precede que a primeira obrigação impede a recorrente de entravar o acesso dos sistemas colectivos concorrentes às instalações de recolha dos seus co-contratantes. Essa obrigação assenta na vontade de a Comissão garantir o acesso dos sistemas concorrentes da DSD ao mercado da recolha junto dos consumidores, e por consequência, ao mercado da organização da recolha e da valorização junto dos consumidores. Nenhum argumento apresentado pela recorrente no quadro do primeiro fundamento é de molde a pôr em causa esta conclusão.

201 Assim, o primeiro fundamento deve ser rejeitado na totalidade no que diz respeito aos sistemas colectivos.

202 Por outro lado, a fim de responder aos argumentos da DSD sobre este ponto, o Tribunal considera necessário recordar (v. n.º 121) que o conceito de «empresas concorrentes da DSD» utilizado para definir o âmbito de aplicação da primeira obrigação não visa os sistemas individuais, dado que resulta da decisão que esses sistemas só intervêm na periferia dos mercados em causa e que eles dispõem, quanto a essas hipóteses de sobreposição, de possibilidades suficientes de acesso a empresas ou a instalações de recolha diferentes das utilizadas pelo sistema DSD.

203 Por conseguinte, dado que a primeira obrigação não visa os sistemas individuais, o Tribunal não se pronunciará sobre os argumentos invocados pela recorrente quanto a esse ponto.

B — *Quanto ao segundo fundamento relativo ao facto de a obrigação prevista no artigo 3.º, alínea a), da decisão impugnada violar o artigo 86.º, n.º 2, CE*

1. *Argumentos das partes*

204 A recorrente salienta que ela recolhe e valoriza as embalagens em todo o território alemão, incluindo nas regiões rurais não atractivas, e isto para proteger o ambiente. Lembra igualmente que o sistema DSD foi aprovado pelas autoridades competentes de todos os *Länder*. Ora, segundo a recorrente, essas aprovações têm por efeito confiar-lhe um serviço de interesse económico geral na acepção do artigo 86.º, n.º 2, CE. A este propósito, a recorrente especifica que o facto de qualquer operador de um sistema colectivo poder ser aprovado pelas autoridades de um *Land* é

desprovido de importância, dado que o artigo 86.°, n.° 2, CE se refere unicamente à realização de um serviço de interesse económico geral e não à existência de direitos particulares ou exclusivos na acepção do artigo 86.°, n.° 1, CE. Neste contexto, a recorrente sustenta que o cumprimento das obrigações de garantia impostas à DSD (recolha regular em todo o território, percentagens de valorização e prova dos fluxos quantitativos) seria ameaçada pela co-utilização das instalações de recolha prevista pela primeira obrigação, dado que poderia suscitar o risco de pôr em causa a aprovação do sistema DSD. Além disso, a co-utilização conduziria a distorções de concorrência em detrimento da DSD permitindo às empresas concorrentes parasitar o seu sistema. Por conseguinte, as regras da concorrência previstas no artigo 81.° CE não deveriam aplicar-se no caso concreto, na medida e que elas constituiriam obstáculo ao cumprimento da missão particular confiada à DSD

205 A Comissão e a Landbell sublinham que a recorrente não faz prova da ameaça representada pela co-utilização para a sua actividade ou para uma alegada missão inserida num interesse económico geral, dado que a co-utilização não prejudica nada as empresas de recolha de resíduos utilizadas pela DSD. A Landbell refere igualmente que o facto de servir regiões rurais não atractivas faz parte integrante do serviço procurado pelos clientes dos sistemas colectivos que pretendem poder beneficiar de uma recolha em todo o território em causa para serem dispensados das suas próprias obrigações à luz do regulamento.

2. *Apreciação do Tribunal de Primeira Instância*

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

207 No caso em apreço, deve salientar-se que, mesmo admitindo que a recorrente esteja encarregada de um serviço de interesse económico geral na acepção do artigo 86.°, n.° 2, CE, com o mesmo fundamento, de resto, que todos os sistemas colectivos aprovados pelas autoridades dos *Länder*, não é menos verdade que não ficou demonstrado o risco de que a decisão impugnada ponha em causa essa missão.

208 Com efeito, contrariamente ao que é alegado pela recorrente no quadro do presente fundamento, a obrigação imposta à DSD de não impedir as empresas de recolha de resíduos de celebrar contratos com empresas concorrentes da DSD que autorizam estas a utilizar os seus pequenos contentores e outras instalações de recolha e de triagem das embalagens e cumprir esses contratos não permite de forma alguma demonstrar que a decisão impugnada ameaça a realização, em condições economicamente aceitáveis, do serviço de recolha e de valorização confiado ao sistema DSD.

209 Em particular, nenhum elemento presente nos autos permite concluir que a decisão impugnada envolve o risco de não permitir à DSD recolher regularmente as embalagens em todo o território alemão, não atingir as percentagens de valorização impostas no regulamento, ou não fornecer a prova dos fluxos quantitativos requerida de harmonia com o referido regulamento. Da mesma forma, o Tribunal concluiu já, no quadro do primeiro fundamento, que a recorrente não demonstra que o cumprimento da primeira obrigação envolve o risco de conduzir a distorções da concorrência em seu detrimento.

210 Consequentemente, há que rejeitar o segundo fundamento.

C — *Quanto ao terceiro fundamento relativo ao facto de a obrigação prevista no artigo 3.º, alínea b), da decisão impugnada violar o artigo 81.º, n.º 3, CE e o artigo 86.º, n.º 2, CE*

211 A recorrente sustenta que a obrigação prevista no artigo 3.º, alínea b), da decisão impugnada (a seguir «segunda obrigação»), nos termos da qual «a DSD não exigirá, das empresas de recolha de resíduos que celebrem contratos sobre a co-utilização de contentores ou de outras instalações de recolha e de triagem de embalagens de venda usadas com empresas concorrentes da DSD, prova das quantidades de embalagens de venda não recolhidas para o sistema DSD» viola o artigo 81.º, n.º 3, CE e o artigo 86.º, n.º 2, CE. Ela remete, a este propósito, para os argumentos anteriormente desenvolvidos no quadro do primeiro e do segundo fundamentos.

212 Por outro lado, a recorrente salienta que, no regulamento sobre as embalagens as autoridades alemãs lhe impõem valorizar a «quantidade de embalagens efectivamente recolhida» [v. ponto 1, (5), do anexo I do § 6 do regulamento] e que, para fornecer a prova relativa a essa quantidade, pedem às empresas de recolha de resíduos que lhe indiquem mensalmente as «quantidades recolhidas». A segunda obrigação impõe, todavia, à DSD que não exija a essas empresas de recolha de resíduos que lhe forneçam provas relativas às «quantidades de embalagens de venda não recolhidas para o sistema DSD» em caso de co-utilização das instalações de recolha. Segundo a decisão impugnada, essa obrigação é necessária «[a] fim de permitir que as empresas concorrentes da DSD tenham um acesso sem restrições às embalagens de venda recolhidas no quadro da co-utilização das instalações de gestão de resíduos» (considerando 182 da decisão impugnada). Neste contexto, a recorrente expõe que o objecto da segunda obrigação é garantir que, em caso de co-utilização, as quantidades recolhidas não sejam utilizadas para estabelecer a prova dos fluxos quantitativos tratados pela DSD, mas sejam, pelo contrário, atribuídas às empresas concorrentes. Mesmo assim, essa obrigação não deverá excluir a possibilidade de a DSD pedir às empresas de recolha de resíduos que lhe forneçam os dados relativos à totalidade das embalagens recolhidas nas instalações de recolha para poder fazer a prova das quantidades recolhidas.

213 O Tribunal salienta, em primeiro lugar, que a recorrente não expõe, no seu terceiro fundamento, argumentos novos ou específicos susceptíveis de indicar em que medida a segunda obrigação viola o artigo 81.°, n.° 3, CE e o artigo 86.°, n.° 2, CE. Nestas condições, há que rejeitar o terceiro fundamento pelas mesmas razões que foram expostas no quadro dos primeiro e segundo fundamentos.

214 Por outro lado, o Tribunal declara que, na audiência, a Comissão e a DSD chegaram a acordo quanto à interpretação que devia ser dada ao conteúdo da segunda obrigação definida pelo artigo 3.°, alínea b), da decisão impugnada.

215 Assim, tendo presentes as alegações e as respostas dadas pelas partes às questões colocadas na audiência, o Tribunal considera que embora, nos termos da segunda obrigação, a DSD não possa pedir às empresas de recolha de resíduos que lhe forneçam informações relativas às quantidades de embalagens que foram recolhidas no quadro de um sistema colectivo concorrente, a DSD conserva, todavia, a possibilidade de pedir às referidas empresas que lhe forneçam as informações requeridas para que ela faça prova das quantidades recolhidas pelo sistema DSD. Esse direito de acesso à informação é, aliás, expressamente contemplado no considerando 175 da decisão impugnada.

216 Interrogada quanto a este ponto na audiência, a Comissão indicou que a segunda obrigação não impedia a recorrente de conhecer a quantidade total de embalagens recolhidas pelas empresas de recolha de resíduos nem a parte dessas embalagens que pertence à DSD, salientando, no entanto, que o que importa tem a ver essencialmente com o facto de a DSD não procurar que lhe sejam atribuídas as quantidades de embalagens recolhidas por essas empresas de recolha de resíduos por conta de um sistema concorrente. Essa posição da Comissão é também a adoptada pela recorrente (v. n.° 212).

217 Nestas condições, deve interpretar-se a segunda obrigação no sentido, por um lado, de que a DSD não pode exigir das empresas de recolha de resíduos, que são suas co-contratantes em aplicação de um contrato de prestação de serviços, que elas lhe atribuam as quantidades de embalagens recolhidas por conta de um sistema concorrente, e, por outro, de que essa obrigação não impede a DSD de conhecer a quantidade total de embalagens recolhidas pelas empresas de recolha de resíduos bem como a parte dessas embalagens que pertence à DSD.

D — *Quanto ao quarto fundamento, relacionado com o pedido de anulação do compromisso reproduzido no considerando 72 da decisão impugnada e baseado na violação do direito fundamental do acesso à justiça*

1. *Argumentos das partes*

218 A recorrente lembra que, a pedido da Comissão, ela assumiu o compromisso de «renunciar ao direito a uma decisão judicial inibitória descrito no acórdão do [Landgericht Köln] de 18 de Março de 1997 face à Vf(W)» (considerando 72 da decisão impugnada), na sequência de uma acção proposta pela DSD para se opor à utilização gratuita das instalações de recolha do sistema DSD pela VfW. Segundo a recorrente, esse compromisso é incompatível com o direito fundamental de livre acesso à justiça (acórdão ITT Promedia/Comissão, já referido, n.º 60). Esta violação é tanto mais caracterizada quanto se sabe que uma acção inibitória intentada pela DSD em relação a uma das empresas suas concorrentes não é «manifestamente desprovida de qualquer fundamento» e, portanto, abusiva à luz do direito alemão (acórdão ITT Promedia/Comissão, já referido, n.º 56). Com efeito, decorre do acórdão do Landgericht Köln que a DSD podia validamente exigir em justiça, com base da Lei alemã relativa à concorrência desleal, que a VfW não possa utilizar a título gratuito as instalações de recolha financiadas pela DSD. Segundo esse acórdão, a co-utilização dessas instalações de recolha necessita do acordo da DSD e do pagamento de uma «espécie de taxa» directamente à DSD.

219 A Comissão, apoiada pela Landbell, observa que a recorrente critica um compromisso assumido para responder às observações dirigidas à Comissão por vários terceiros, segundo as quais a DSD, contrariamente ao compromisso reproduzido no considerando 71 da decisão impugnada, não permitia o livre acesso às instalações de recolha dos seus co-contratantes. A Comissão salienta então que, se a recorrente não pode impedir as empresas de recolha de resíduos de autorizar a co-utilização das suas instalações, também não pode ter o direito de proibir essa co-utilização a uma empresa concorrente.

2. *Apreciação do Tribunal de Primeira Instância*

220 Deve recordar-se que, na sequência da publicação da comunicação no Jornal Oficial que anuncia a intenção de a Comissão se declarar favorável aos diferentes contratos relativos ao sistema DSD, vários terceiros interessados se manifestaram para indicar à Comissão que, contrariamente aos compromissos assumidos pela DSD nessa fase do procedimento administrativo no que respeita à possibilidade oferecida a terceiros de aceder livremente às instalações de recolha dos seus co-contratantes, a DSD opunha-se judicialmente à co-utilização dessas instalações. Assim, o acórdão Landgericht Köln de 18 de Março de 1997 manifesta claramente a vontade da DSD de se opor a um sistema individual, a VfW, que desejava poder ter acesso gratuito às instalações de recolha utilizadas pelo sistema DSD em alguns hospitais alemães.

221 Neste contexto, a Comissão comunicou à DSD, por carta de 21 de Agosto de 1997, que um comportamento consistente em impedir terceiros de utilizar as instalações de recolha dos seus co-contratantes pode cair na alçada do artigo 82.° CE e sublinhou a importância que podia ter esse comportamento tendo em consideração o procedimento de isenção, na medida em que, em conformidade com o quarto requisito previsto no artigo 81.°, n.° 3, CE, um acordo notificado para efeitos de isenção não pode dar a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

222 Após essa tomada de posição, a DSD apresentou o seguinte compromisso — reproduzido no considerando 72 da decisão impugnada — a fim de pôr termo às preocupações manifestadas pela Comissão na carta de 21 de Agosto de 1997:

«[A DSD] está disposta a renunciar ao direito a uma decisão judicial inibitória descrito no acórdão do Tribunal de Colónia de 18 de Março de 1997 face à Vf(W), bem como em casos comparáveis. Fica reservado o direito de exercício dos direitos de informação e de compensação contra as empresas de recolha de resíduos que tenham uma relação contratual com a [DSD].»

223 A esse propósito, não poderá alegar-se que esse compromisso constitui uma violação do direito de a DSD ter acesso à justiça. Com efeito, foi livremente que a DSD assumiu esse compromisso perante a Comissão, e isso a fim de evitar que essa instituição agisse na sequência da sua carta de 21 de Agosto de 1997. Foi, portanto, voluntariamente, em conformidade com o princípio segundo o qual é possível renunciar a um direito de que se dispõe, e com todo o conhecimento de causa, que a DSD comunicou concretamente à Comissão que renunciava a agir perante os órgãos jurisdicionais nacionais alemães para pôr em causa os acordos susceptíveis de ocorrerem entre as empresas de recolha de resíduos que celebraram um contrato de prestação de serviços com a DSD e os diferentes sistemas que podem estar interessados na co-utilização das instalações de recolha dessas empresas.

224 De resto, importa salientar que a renúncia feita pela DSD no compromisso reproduzido no considerando 72 não ocorreu sem contrapartida por parte da Comissão.

225 Assim, é incontestável que a Comissão não deu início ao procedimento previsto no artigo 82.° CE, na sequência do compromisso assumido pela DSD, e isto

diferentemente do que se passou relativamente ao contrato de utilização do símbolo, caso em que a Comissão instaurou esse procedimento na sequência das observações sobre a comunicação no Jornal Oficial, apresentadas por terceiros interessados.

226 Da mesma forma, não é contestado que a Comissão tomou em conta o compromisso assumido pela DSD para não examinar precisamente a existência de um eventual problema de concorrência no que respeita, por exemplo, ao acesso dos sistemas individuais às instalações de recolha nos hospitais na Alemanha ou em outros segmentos de mercado. Com efeito, tal análise poderia ter sido necessária para permitir à Comissão examinar a incidência que podia ter o comportamento da DSD no quadro do processo que deu origem ao acórdão Landgericht Köln de 18 de Março de 1997 sobre a sua análise do contrato de prestação de serviços no quadro do artigo 81.°, n.os 1 e 3, CE. No caso em apreço, a análise da Comissão, quanto a este ponto, foi vaga, e isso apesar do facto de a decisão referir que parece concebível que um hospital tenha várias instalações de recolha (considerando 128 da decisão impugnada). Essa afirmação não pode presumir o resultado que poderia ter tido uma eventual análise detalhada das condições de concorrência no domínio da recolha das embalagens entregues nos hospitais.

227 Nestas condições, foi com razão que a Comissão pôde considerar, à luz do disposto no artigo 81.°, n.° 3, CE e do artigo 8.° do Regulamento n.° 17, que não podia contentar-se com o compromisso assumido pela DSD no que respeita ao acesso dos sistemas colectivos às instalações de recolha dos co-contratantes da DSD, mas devia ir mais longe e incluir na decisão de isenção uma obrigação que permite garantir que o contrato de prestação de serviços não ia permitir à DSD eliminar a concorrência nos mercados em causa.

228 Quanto a este ponto, o facto de a primeira obrigação não visar os sistemas individuais porque não é necessário garantir o acesso desses sistemas às instalações de recolha dos co-contratantes da DSD em razão das soluções alternativas oferecidas pelas empresas de recolha de resíduos que não celebraram um contrato de prestação de serviços com a DSD (v. n.os 120 a 129 e considerando 159 da decisão impugnada)

não pode permitir concluir que o compromisso reproduzido no considerando 72 da decisão impugnada é ilegal porque não responde a um problema de concorrência identificado no quadro da decisão impugnada. Com efeito, esse compromisso responde a uma lógica diferente da que conduziu a Comissão a adoptar a primeira obrigação. Enquanto esta obrigação tem por objecto garantir a realização do quarto requisito previsto no artigo 81.º, n.º 3, CE, isto é, assegurar que o contrato de prestação de serviços não eliminará a concorrência nos mercados em causa, o compromisso visa simplesmente facilitar o trabalho da Comissão quando é levada a emitir um certificado negativo ou uma isenção. Ora, como foi acima referido nos n.os 225 e 226 *supra*, o compromisso assumido pela DSD permitiu à Comissão evitar analisar questões que podiam, enquanto tais, pôr em causa a decisão impugnada ou dar lugar à abertura de um procedimento nos termos do disposto no artigo 82.º CE.

229 Decorre do que precede que o compromisso assumido pela recorrente, reproduzido no considerando 72 da decisão impugnada, não viola o seu direito de acesso à justiça, na medida em que foi adoptado pela DSD com conhecimento de causa, a fim de obter que a Comissão cessasse examinar questões susceptíveis de dar lugar à instauração de um procedimento nos termos do disposto no artigo 82.º CE ou de pôr em causa a sua análise no quadro do artigo 81.º CE.

230 Por consequência, há que rejeitar o quarto fundamento.

231 Decorre de tudo o que precede que deve ser negado provimento ao recurso na totalidade tanto na medida em que visa a primeira e a segunda obrigações, como na medida em que visa a integralidade da decisão impugnada ou simplesmente o compromisso reproduzido no considerando 72 da decisão impugnada.

Quanto às despesas

232 Por força do artigo 87.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas, se a parte vencedora o tiver requerido. No entanto, por força do artigo 87, n.º 3, do mesmo regulamento, se cada parte obtiver vencimento parcial, o Tribunal pode determinar que as despesas sejam repartidas entre as partes ou que cada uma das partes suporte as suas próprias despesas. No caso em apreço, o Tribunal considera que a interpretação dada ao conteúdo da primeira obrigação, na medida em que visa somente os sistemas colectivos concorrentes da DSD e não os sistemas individuais, e ao conteúdo da segunda obrigação equivale a acolher parcialmente os motivos de crítica apresentados pela recorrente sobre esses pontos. Por conseguinte, o Tribunal considera que será feita uma justa apreciação das circunstâncias do caso concreto decidindo que a Comissão suportará um quarto das despesas da recorrente e um quarto das suas próprias despesas. A recorrente suportará três quartos das suas próprias despesas, três quartos das despesas efectuadas pela Comissão bem como as despesas efectuadas pela Landbell.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Primeira Secção)

decide:

1) É negado provimento ao recurso.

2) **A recorrente, Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland GmbH, suportará três quartos das suas próprias despesas, três quartos das despesas efectuadas pela Comissão bem como as despesas efectuadas pela Landbell AG für Rückhol Systeme.**

3) **A Comissão suportará um quarto das suas próprias despesas bem como um quarto das despesas efectuadas pela recorrente.**

García-Valdecasas Cooke Labucka

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

O secretário O presidente

E. Coulon J. D. Cooke

Índice

Quadro jurídico ..... II - 1696

A — Regulamento relativo à prevenção da produção de resíduos de embalagens ... II - 1696

B — Sistema colectivo da Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland GmbH, contrato de utilização do símbolo e contrato de prestação de serviços ..... II - 1699

Factos na origem do litígio ..... II - 1700

Decisão impugnada ..... II - 1702

A — Quanto à relação contratual entre a DSD e as empresas de recolha de resíduos II - 1703

B — Apreciação relativa ao artigo 81.°, n.° 1, CE ..... II - 1704

1. Quanto à cláusula de exclusividade a favor da empresa de recolha de resíduos II - 1704

2. Quanto ao acesso às instalações das empresas de recolha de resíduos ..... II - 1706

C — Apreciação relativa ao artigo 81.°, n.° 3, CE ..... II - 1708

D — Obrigações impostas pela Comissão a incluir na decisão de isenção ..... II - 1710

E — Conclusões ..... II - 1711

F — Dispositivo ..... II - 1712

Tramitação processual e pedidos das partes ..... II - 1714

Questão de direito ..... II - 1716

A — Quanto ao primeiro fundamento relativo ao facto de a obrigação prevista no artigo 3.°, alínea a), da decisão impugnada violar o artigo 81.°, n.° 3, CE e o princípio da proporcionalidade ..... II - 1716

1. Quanto à necessidade de obter o acordo da DSD em caso de co-utilização das instalações de recolha ..... II - 1717

a) Argumentos das partes ..... II - 1717

b) Apreciação do Tribunal de Primeira Instância ..... II - 1719

2. Quanto à primeira parte, relativa à não necessidade da co-utilização das instalações de recolha ..... II - 1725

a) Argumentos das partes ..... II - 1725

b) Apreciação do Tribunal de Primeira Instância ..... II - 1728

i) Quanto à necessidade da co-utilização para os sistemas colectivos concorrentes ..... II - 1729

ii) Quanto à alegada necessidade da co-utilização para os sistemas individuais ..... II - 1735

3. Quanto à segunda parte, relativa à impossibilidade de impor uma obrigação para sanar uma eventual violação do artigo 81.º, n.º 1, CE e do artigo 82.º CE II - 1740

a) Argumentos das partes ..... II - 1740

b) Apreciação do Tribunal de Primeira Instância ..... II - 1743

i) Quanto à admissibilidade ..... II - 1743

ii) Quanto ao mérito ..... II - 1744

4. Quanto à terceira parte, relativa à violação do princípio da proporcionalidade II - 1748

a) Quanto à alegada violação do regulamento sobre as embalagens ..... II - 1749

Argumentos das partes ..... II - 1749

Apreciação do Tribunal de Primeira Instância ..... II - 1750

b) Quanto ao risco de distorção de concorrência em detrimento da DSD. II - 1754

Argumentos das partes ..... II - 1754

Apreciação do Tribunal de Primeira Instância ..... II - 1755

c) Quanto ao alegado prejuízo à função da marca Der Grüne Punkt ..... II - 1756

Argumentos das partes ..... II - 1756

Apreciação do Tribunal de Primeira Instância ..... II - 1759

d) Quanto à incidência da primeira obrigação no direito de acesso aos tribunais nacionais ..... II - 1762

Argumentos das partes ..... II - 1762

Apreciação do Tribunal de Primeira Instância ..... II - 1763

5. Conclusão quanto ao primeiro fundamento ..... II - 1764

B — Quanto ao segundo fundamento relativo ao facto de a obrigação prevista no artigo 3.º, alínea a), da decisão impugnada violar o artigo 86.º, n.º 2, CE ..... II - 1765

1. Argumentos das partes ..... II - 1765

2. Apreciação do Tribunal de Primeira Instância ..... II - 1766

C — Quanto ao terceiro fundamento relativo ao facto de a obrigação prevista no artigo 3.º, alínea b), da decisão impugnada violar o artigo 81.º, n.º 3, CE e o artigo 86.º, n.º 2, CE ..... II - 1768

D — Quanto ao quarto fundamento, relacionado com o pedido de anulação do compromisso reproduzido no considerando 72 da decisão impugnada e baseado na violação do direito fundamental do acesso à justiça ..... II - 1770

1. Argumentos das partes ..... II - 1770

2. Apreciação do Tribunal de Primeira Instância ..... II - 1771

Quanto às despesas ..... II - 1775