

ARREST VAN HET GERECHT (Eerste kamer)

24 mei 2007*

In zaak T-151/01,

Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland GmbH, voorheen Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland AG, gevestigd te Keulen (Duitsland), vertegenwoordigd door W. Deselaers, B. Meyring, E. Wagner en C. Weidemann, advocaten,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, aanvankelijk vertegenwoordigd door S. Rating, vervolgens door P. Oliver, H. Gading en M. Schneider, en ten slotte door W. Mölls en R. Sauer als gemachtigden,

verweerster,

ondersteund door

Vfw AG, gevestigd te Keulen (Duitsland), vertegenwoordigd door H. F. Wissel en J. Dreyer, advocaten,

* Procestaal: Duits.

en door

Landbell AG für Rückhol-Systeme, gevestigd te Mainz (Duitsland),

BellandVision GmbH, gevestigd te Pegnitz (Duitsland),

vertegenwoordigd door A. Rinne en A. Walz, advocaten,

interveniënten,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van beschikking 2001/463/EG van de Commissie van 20 april 2001 inzake een procedure op grond van artikel 82 [EG] (Zaak COMP D3/34493 — DSD) (PB L 166, blz. 1),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: R. García-Valdecasas, kamerpresident, J. D. Cooke en I. Labucka, rechters,

griffier: K. Andová, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting van 11 en 12 juli 2006,

het navolgende

Arrest

Rechtskader

A — *Besluit inzake de voorkoming van de productie van verpakkingsafval*

- 1 Op 12 juni 1991 heeft de Duitse regering de Verordnung über die Vermeidung von Verpackungsabfällen [besluit inzake de voorkoming van de productie van verpakkingsafval (BGBl. 1991 I, blz. 1234)], vastgesteld. De gewijzigde versie daarvan — die in casu van toepassing is — is op 28 augustus 1998 in werking getreden (hierna: „besluit” of „verpakkingenbesluit”). Dit besluit heeft tot doel, de gevolgen van verpakkingsafval voor het milieu te voorkomen en te beperken. Hiertoe verplicht het de producenten en verkopers om de gebruikte verkoopverpakkingen buiten het openbare afvalverwijderingssysteem terug te nemen en te verwerken.

- 2 Volgens § 3, lid 1, van het besluit zijn verkoopverpakkingen (hierna: „verpakkingen”) verpakkingen die als verkoopseenheid worden aangeboden en bij de eindverbruiker afval worden. Het gaat tevens om verpakkingen die het in de sector van de handel, de horeca en in andere dienstverleningssectoren mogelijk maken, de goederen aan de eindverbruiker te leveren of deze levering te vergemakkelijken (serviceverpakkingen), alsmede wegwerpservies en wegwerpbestek.

- 3 § 3, lid 7, van het besluit omschrijft de „producent” als eenieder die verpakkingen, verpakkingsmateriaal of producten waaruit rechtstreeks verpakkingen worden gemaakt, fabriceert en eenieder die verpakkingen op het Duitse grondgebied invoert. Ten aanzien van de „verkoper” bepaalt § 3, lid 8, van het besluit dat het gaat om eenieder die verpakkingen, verpakkingsmateriaal of producten waaruit rechtstreeks verpakkingen worden gemaakt, of verpakte goederen, ongeacht het handelsniveau, in de handel brengt. Ook postorderbedrijven zijn verkopers in de zin van het besluit. Ten slotte is de „eindverbruiker” in § 3, lid 10, van het besluit omschreven als eenieder die de goederen in de vorm waarin zij aan hem werden geleverd, niet meer verder verkoopt.
- 4 De producenten en de verkopers van verpakkingen kunnen op twee manieren aan de hun bij het besluit opgelegde terugname- en verwerkingsplicht voldoen.
- 5 Enerzijds moeten de producenten en verkopers de door de eindverbruikers gebruikte verpakkingen overeenkomstig § 6, leden 1 en 2, van het besluit op of in de onmiddellijke omgeving van het verkooppunt kosteloos terugnemen en ervoor zorgen dat deze worden verwerkt (hierna: „eigen systeem”). Een verkoper dient alleen verpakkingen terug te nemen van een bepaalde soort, vorm en grootte, alsmede verpakkingen van goederen die tot zijn assortiment behoren. Verkopers die over een verkoopoppervlakte van minder dan 200 m² beschikken, dienen alleen verpakkingen terug te nemen van de merken die zij in de handel brengen (§ 6, lid 1, vierde en vijfde volzin, van het besluit). Volgens § 6, lid 1, derde volzin, van het besluit moet de verkoper in het kader van een eigen systeem door middel van „duidelijk herkenbare en leesbare schriftelijke mededelingen” de eindverbruiker wijzen op de mogelijkheid tot teruggave van de verpakking.
- 6 Anderzijds kunnen de producenten en verkopers overeenkomstig § 6, lid 3, eerste volzin, van het besluit deelnemen aan een systeem dat over het hele afzetgebied van de verkoper een regelmatige ophaling van gebruikte verkoopverpakkingen garandeert bij de eindverbruiker of in de onmiddellijke omgeving van zijn woning,

teneinde deze te verwerken (hierna: „collectief systeem”). De producenten en verkopers die deelnemen aan een collectief systeem, zijn voor de onder dat systeem vallende verpakkingen bevrijd van hun terugname- en verwerkingsplicht. Volgens punt 4, lid 2, tweede volzin, van bijlage I, betreffende § 6, bij het besluit moeten de producenten en verkopers „op de verpakking of door andere passende maatregelen” kenbaar maken dat zij aan een collectief systeem deelnemen. Zij kunnen van deze deelname dus melding maken op de verpakkingen of anderszins, bijvoorbeeld door het verstrekken van informatie aan de klanten in het verkooppunt of via een bijgevoegd informatieblad.

- 7 Ingevolge § 6, lid 3, elfde volzin, van het besluit moeten de collectieve systemen worden goedgekeurd door de bevoegde autoriteiten van de betrokken Länder. Om te worden goedgekeurd moeten deze systemen, onder meer, een afzetgebied hebben dat zich over het grondgebied van ten minste één Land uitstrekt, zorgen voor regelmatige ophaling in de onmiddellijke omgeving van de eindverbruiker en middels overeenkomsten worden afgestemd op de plaatselijke openbare afvalverwijderingssystemen. Elke onderneming die in een Land aan deze voorwaarden voldoet, kan daar een erkend collectief systeem opzetten.
- 8 Sinds 1 januari 2000 gelden voor de eigen en de collectieve systemen dezelfde verwerkingsquota. Deze quota, die in bijlage I bij het besluit staan, verschillen naargelang van het materiaal waaruit de verpakking bestaat. Het bewijs dat aan de terugname- en verwerkingsplicht is voldaan, wordt in het geval van een eigen systeem geleverd door middel van een controleverslag van een onafhankelijke deskundige en, in het geval van een collectief systeem, door middel van overlegging van controleerbare gegevens betreffende de ingezamelde en verwerkte hoeveelheden.
- 9 Bovendien bepaalt § 6, lid 1, negende volzin, van het besluit dat, indien een verkoper niet aan zijn terugname- en verwerkingsplicht voldoet via een eigen systeem, hij dit via een collectief systeem moet doen.

- 10 In dit verband hebben de Duitse autoriteiten in hun opmerkingen van 24 mei 2000, die in het kader van de administratieve procedure aan de Commissie zijn toegezonden (hierna: „opmerkingen van de Duitse autoriteiten”), erop gewezen dat het verpakkingenbesluit de verkoper toestond, de terugname in de onmiddellijke omgeving van de winkel in het kader van een eigen systeem te combineren met de inzameling in de onmiddellijke omgeving van de eindverbruiker in het kader van een collectief systeem, door alleen voor een gedeelte van de verpakkingen die hij in de handel had gebracht, deel te nemen aan het collectieve systeem.
- 11 In de opmerkingen van de Duitse autoriteiten is er tevens op gewezen dat indien de verkoper ervoor heeft gekozen, deel te nemen aan een collectief systeem voor alle door hem verhandelde verpakkingen, voor hem niet langer de verplichtingen van § 6, leden 1 en 2, van het besluit golden, hetgeen betekende dat nadien niet meer voor een oplossing van eigen verwijdering kon worden gekozen. Indien de verkoper daarentegen ervoor heeft gekozen, meteen een eigen systeem op te zetten, was latere deelname aan een collectief systeem wel mogelijk indien het verwerkingsquotum niet was bereikt met het eigen verwijderingssysteem.

B — Collectief systeem van Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland GmbH en merktekencontract

- 12 Sinds 1991 exploiteert Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland GmbH (hierna: „verzoekster” of „DSD”) als enige onderneming een zich over het gehele Duitse grondgebied uitstrekkend collectief systeem (hierna: „DSD-systeem”). In 1993 werd DSD door de bevoegde autoriteiten van alle Länder erkend.
- 13 De verhouding tussen DSD en de bij haar systeem aangesloten producenten en verkopers is geregeld in een standaardcontract voor het gebruik van het logo Der Grüne Punkt (hierna: „contract” of „merktekencontract”). Na ondertekening van dit

contract mag de aangesloten onderneming tegen betaling het logo Der Grüne Punkt aanbrengen op de verkoopverpakkingen die onder het DSD-systeem vallen (artikel 1, lid 1, van het merktekencontract).

- 14 DSD zorgt voor rekening van de bij haar systeem aangesloten ondernemingen voor inzameling, sortering en verwerking van de gebruikte verkoopverpakkingen waarvoor zij aan het DSD-systeem willen deelnemen, zodat zij voor deze verpakkingen van hun terugname- en verwerkingsplicht worden bevrijd (artikel 2 van het contract).
- 15 De aangesloten ondernemingen moeten de soorten verpakkingen die zij via het DSD-systeem willen verwijderen, aanmelden en op elke verpakking van deze soorten die bestemd is voor binnenlands verbruik in Duitsland, het logo Der Grüne Punkt aanbrengen, zodat DSD de aangesloten onderneming van deze verplichting kan vrijstellen (artikel 3, lid 1, van het contract).
- 16 De gebruiker van het logo betaalt op grond van het merktekencontract aan DSD een licentievergoeding voor alle verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt die hij op het Duitse grondgebied afzet. Voor uitzonderingen op deze regel is een afzonderlijke schriftelijke overeenkomst vereist (artikel 4, lid 1, van het contract). Artikel 5, lid 1, van het contract bepaalt voorts dat alle verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt die de gebruiker van het logo op het Duitse grondgebied heeft afgezet, in rekening worden gebracht.
- 17 Het bedrag van de licentievergoeding wordt berekend op basis van twee factoren: ten eerste het gewicht van de verpakking en het soort materiaal van de verpakking en ten tweede het volume of de oppervlakte van de verpakking. De licentievergoeding wordt berekend zonder winstmarge en dient uitsluitend om de kosten van inzameling, sortering en verwerking alsmede de daarmee gepaard gaande administratieve kosten te dekken (artikel 4, leden 2 en 3, van het contract). DSD kan de licentievergoeding aanpassen wanneer deze kosten stijgen of dalen.

- 18 In het DSD-systeem kunnen verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt worden ingezameld hetzij in speciale afvalbakken voor gescheiden ophaling naargelang het gaat om metaal, kunststof of een samengesteld materiaal, hetzij in containers die in de buurt van de huishoudens zijn geplaatst (met name voor papier en glas), terwijl het restafval in de vuilcontainers van het openbare afvalverwijderingssysteem wordt geworpen.
- 19 DSD zamelt echter niet zelf de gebruikte verpakkingen in en verwerkt deze evenmin, maar zij besteedt deze dienst uit aan lokale afvalophaalbedrijven. De verhouding tussen DSD en deze bedrijven is geregeld in een standaardcontract, dat meermaals is gewijzigd, voor de oprichting en de exploitatie van een systeem voor inzameling en sortering van verpakkingen. Volgens deze dienstverleningscontracten, die DSD met 537 lokale bedrijven heeft afgesloten, heeft elk bedrijf het uitsluitende recht om in een bepaald gebied verpakkingen in te zamelen voor rekening van DSD. Na sortering worden deze verpakkingen vervoerd naar een recyclagecentrum waar ze worden verwerkt.
- 20 Beschikking 2001/837/EG van de Commissie van 17 september 2001 inzake een procedure op grond van artikel 81 [EG] en artikel 53 van de EER-overeenkomst (Zaken COMP/34493 — DSD, COMP/37366 — Hofmann + DSD, COMP/37299 — Edelhoff + DSD, COMP/37291 — Rechmann + DSD, COMP/37288 — ARGE en vijf andere + DSD, COMP/37287 — AWG en vijf andere + 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 en COMP/37267 — Interseroh + DSD) (PB L 319, blz. 1) betreft het dienstverleningscontract. Tegen deze beschikking heeft verzoekster een beroep tot nietigverklaring ingesteld in zaak T-289/01, Duales System Deutschland/Commissie.

Aan het geding ten grondslag liggende feiten

- 21 Op 2 september 1992 heeft DSD, behalve haar statuten, een aantal overeenkomsten, waaronder het merktekencontract en het dienstverleningscontract, bij de Commissie aangemeld teneinde een negatieve verklaring of subsidiair een ontheffingsbeschikking te krijgen.
- 22 Na bekendmaking in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* (PB C 100, blz. 4) op 23 juli 1997 van de mededeling overeenkomstig artikel 19, lid 3, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962: Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81 EG] en [82 EG] (PB 1962, 13, blz. 204), waarbij de Commissie haar voornemen heeft bekendgemaakt om de aangemelde overeenkomsten gunstig te beoordelen, heeft zij van belanghebbende derden opmerkingen ontvangen over, onder meer, verschillende aspecten van de toepassing van het merktekencontract. Deze belanghebbende derden voerden met name als bezwaar aan dat betaling van een dubbele licentievergoeding in geval van deelname aan het DSD-systeem en aan het systeem van een andere dienstverlener tot een verstoring van de mededinging leidde.
- 23 Op 15 oktober 1998 heeft DSD aan de Commissie een aantal toezeggingen gedaan om te voorkomen dat de bij het DSD-systeem aangesloten producenten en verkopers van verpakkingen een dubbele licentievergoeding betalen wanneer zij aan een ander regionaal collectief systeem zouden deelnemen. DSD doelde meer in het bijzonder op het geval waarin naast het DSD-systeem tot een of meerdere Länder beperkte collectieve systemen worden opgezet. In dat geval moeten verpakkingen van dezelfde soort en van dezelfde producent of verkoper in deze Länder worden teruggenomen door een van de nieuwe collectieve systemen en in de andere Länder door het DSD-systeem. Voor dat geval heeft DSD de volgende toezegging gedaan (punten 4, 58 en 59 van de bestreden beschikking):

„Mits op regionaal niveau actieve alternatieve systemen voor het [DSD-systeem] worden opgezet, die door de bevoegde deelstaatinstaties officieel overeenkomstig [§] 6, lid 3, van [het verpakkingenbesluit] zijn erkend, is [DSD] bereid het

merktekencontract in de praktijk op een zodanige wijze toe te passen dat de licentiehouders de mogelijkheid krijgen voor een gedeelte van hun totale hoeveelheid verpakkingen aan een dergelijk systeem deel te nemen. Voor de verpakkingen waarvoor aan een dergelijk alternatief systeem wordt deelgenomen en waarvoor dit kan worden aangetoond, wordt door [DSD] geen licentievergoeding op grond van het merktekencontract geheven. Een aanvullende voorwaarde om voor met ‚Der Grüne Punkt‘ gemerkte verpakkingen van de verplichting tot betaling van de licentievergoeding te worden vrijgesteld, is dat geen afbreuk wordt gedaan aan de bescherming van het merkteken ‚Der Grüne Punkt‘.”

- 24 Op 3 november 1999 heeft de Commissie te kennen gegeven dat de door DSD op 15 oktober 1998 gedane toezeggingen moesten worden uitgebreid tot het geval waarin een deel van de verpakkingen via een eigen systeem wordt verwijderd, en niet uitsluitend voor de collectieve systemen mochten gelden.
- 25 Op 15 november 1999 heeft een aantal producenten van verpakkingen bij de Commissie een klacht ingediend op grond dat het merktekencontract hen verhinderde, een eigen systeem voor terugname van de verpakkingen op te zetten. Volgens hen maakte DSD misbruik van haar machtspositie wanneer het logo werd gebruikt zonder dat DSD daadwerkelijk een afvalverwijderingsdienst verrichtte.
- 26 Bij brief van 13 maart 2000 heeft DSD twee aanvullende toezeggingen aan de Commissie gedaan. Een van deze toezeggingen betrof het geval waarin de producenten en verkopers van verpakkingen voor een deel van hun verpakkingen opteerden voor een eigen systeem en voor het overige deel zich aansloten bij het DSD-systeem. In dat geval verbond DSD zich ertoe geen licentievergoeding op grond van het merktekencontract te heffen voor het gedeelte van de verpakkingen dat via het eigen systeem werd teruggenomen, op voorwaarde dat wordt bewezen dat via dit tweede systeem verpakkingen worden ingezameld. Dat bewijs moet worden geleverd overeenkomstig de vereisten van bijlage I, punt 2, van het verpakkingenbesluit. In haar brief van 13 maart 2000 heeft DSD er ook op gewezen dat zij geen reden zag voor wijziging van de reeks toezeggingen die zij op 15 oktober 1998 had gedaan (punten 7, 60 en 61 van de bestreden beschikking).

- 27 Op 3 augustus 2000 heeft de Commissie DSD een mededeling van punten van bezwaar toegezonden, waarop DSD bij brief van 9 oktober 2000 heeft gereageerd.
- 28 Op 20 april 2001 heeft de Commissie beschikking 2001/463/EG inzake een procedure op grond van artikel 82 [EG] (Zaak COMP D3/34493 — DSD) (PB L 166, blz. 1; hierna: „bestreden beschikking”) genomen.

Procesverloop en conclusies van de partijen

- 29 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 5 juli 2001, heeft verzoekster krachtens artikel 230, vierde alinea, EG een beroep tot nietigverklaring van de bestreden beschikking ingesteld.
- 30 Bij op dezelfde dag ter griffie van het Gerecht ingeschreven afzonderlijke akte heeft verzoekster krachtens artikel 242 EG verzocht om opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 3 van deze beschikking alsmede van de artikelen 4, 5, 6 en 7 voor zover daarin wordt verwezen naar artikel 3, totdat het Gerecht uitspraak heeft gedaan over de grond van de zaak
- 31 Bij beschikking van 15 november 2001, *Duales System Deutschland/Commissie* (T-151/01 R, Jurispr. blz. II-3295), heeft de president van het Gerecht het verzoek tot opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking afgewezen.

- 32 Bij verzoekschriften, ingeschreven ter griffie van het Gerecht op 16, 19 respectievelijk 20 juli 2001, hebben Vfw AG, Landbell AG für Rückhol-Systeme (hierna: „Landbell”) en BellandVision GmbH verzocht om in de onderhavige procedure te worden toegelaten tot interventie aan de zijde van de Commissie. De verzoeken tot interventie zijn betekend aan de partijen, die binnen de gestelde termijnen hun opmerkingen hebben ingediend.
- 33 Bij beschikking van 5 november 2001 heeft het Gerecht (Vijfde kamer) de interventie van deze drie ondernemingen toegelaten, en deze hebben op 7 februari 2002 elk afzonderlijk hun opmerkingen kunnen maken.
- 34 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Eerste kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan en het heeft in het kader van de maatregelen tot organisatie van de procesgang aan de partijen een reeks vragen gezonden die ter terechtzitting mondeling dienden te worden beantwoord. Deze vragen betroffen de verschillende fasen van het proces van inzameling en verwerking van verpakkingen en de voorwaarden waaronder de eigen systemen en de collectieve systemen elkaar konden beconcurreren. Het Gerecht heeft bovendien de Commissie verzocht, een document over te leggen dat de Duitse autoriteiten in de administratieve procedure hadden ingediend. Op 26 juni 2006 heeft de Commissie dat document meegedeeld.
- 35 De partijen hebben ter terechtzitting van 11 en 12 juli 2006 pleidooi gehouden en op de vragen van het Gerecht geantwoord.
- 36 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

37 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

38 Vfw concludeert tot verwerping van het beroep.

39 Landbell concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

40 BellandVision concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

- 41 Alvorens de argumenten van de partijen betreffende de ontvankelijkheid en de gegrondheid van het beroep te onderzoeken, is het nuttig, de inhoud van de bestreden beschikking toe te lichten.

A — Bestreden beschikking

- 42 Anders dan het besluit, dat niet preciseert of het mogelijk is voor de terugname en de verwerking van de verkochte verpakkingen een eigen systeem te combineren met een collectief systeem of gebruik te maken van meerdere collectieve systemen, is het uitgangspunt van de bestreden beschikking dat een producent of verkoper van verpakkingen deze verschillende systemen kan combineren om de krachtens het besluit op hem rustende verplichtingen na te komen.
- 43 De juridische beoordeling van de Commissie omvat dan ook twee delen: in het eerste deel worden de gedragingen van DSD getoetst aan artikel 82 EG (punten 65-160 en artikel 1 van de bestreden beschikking) en in het tweede deel volgt een onderzoek van de maatregelen waardoor de Commissie op grond van artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 een einde kan maken aan het vastgestelde misbruik (punten 161-167 en artikelen 3-7 van de bestreden beschikking). In de bestreden beschikking heeft de Commissie zich niet uitgesproken over de rechtmatigheid van de gedragingen van DSD volgens artikel 86, lid 2, EG.

1. *Mogelijkheid om meerdere terugname- en verwerkingsystemen te combineren om de verplichtingen van het verpakkingenbesluit na te komen*

44 Uitgaande van het postulaat dat het mogelijk is, gebruik te maken van meerdere terugname- en verwerkingsystemen om de verplichtingen van het verpakkingenbesluit na te komen (hierna: „gemengde systemen”), heeft de Commissie drie mogelijke gevallen in beschouwing genomen (punt 101 van de bestreden beschikking):

— in geval nr. 1 gebruikt een producent of verkoper het (nationale) collectieve systeem van DSD voor een gedeelte van zijn verpakkingen en doet hij voor het resterende gedeelte een beroep op een ander (regionaal) collectief systeem;

— in geval nr. 2 maakt een producent of verkoper gebruik van het DSD-systeem voor een gedeelte van zijn verpakkingen en gebruikt hij voor het resterende gedeelte een eigen systeem;

— in geval nr. 3 doet een producent of verkoper al zijn verpakkingen in Duitsland verwijderen door concurrerende systemen van het DSD-systeem, maar neemt hij in andere lidstaten deel aan een regeling die het logo Der Grüne Punkt gebruikt.

45 De bestreden beschikking verwijst naar verschillende elementen op basis waarvan kan worden vastgesteld dat het mogelijk is, gebruik te maken van gemengde systemen. Zo wordt in (punt 20 van) de bestreden beschikking opgemerkt dat uit de opmerkingen van de Duitse autoriteiten blijkt dat het volgens het besluit mogelijk is, gelijktijdig een eigen systeem te combineren met een collectief systeem waarbij alleen voor de terugname van een gedeelte van de verkochte verpakkingen aan een collectief systeem wordt deelgenomen. De Duitse autoriteiten hebben gepreciseerd

dat het in een dergelijk geval evenwel noodzakelijk is, zowel voor de verbruikers als voor de autoriteiten duidelijk te omschrijven voor welke verpakkingen de terugnameplicht in het verkooppunt of in de onmiddellijke omgeving daarvan wel of niet geldt (punt 20 van de bestreden beschikking). De bestreden beschikking benadrukt ook dat uit een vroeger antwoord van de Duitse autoriteiten blijkt dat § 6, lid 3, van het besluit niet impliceert dat uitsluitend één enkel systeem mogelijk is. De Duitse autoriteiten hebben nooit de bedoeling gehad, slechts één enkel collectief systeem in het gehele land of in elk Land toe te staan (punt 23 van de bestreden beschikking).

- 46 Op basis van de opmerkingen van de Duitse autoriteiten kan dus worden vastgesteld dat de alternatieve regeling van het besluit, waarbij een producent of verkoper van verpakkingen van een eigen systeem of van een collectief systeem gebruik kan maken om zijn verplichtingen na te komen, niet in de weg staat aan een gemengd systeem. Overigens merkt het Gerecht op dat verzoekster in de onderhavige zaak niet betwist dat een producent of verkoper van verpakkingen de mogelijkheid heeft, een gemengd systeem toe te passen, doch zij komt veeleer op tegen de toetsing van haar gedrag door de Commissie zowel aan artikel 82 EG als aan artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17.

2. *Toetsing aan artikel 82 EG*

- 47 Volgens de bestreden beschikking is DSD de enige onderneming die een collectief systeem aanbiedt voor het gehele Duitse grondgebied; ongeveer 70 % van de verkoopverpakkingen in Duitsland en circa 82 % van de in Duitsland bij de verbruikers opgehaalde verkoopverpakkingen wordt via het DSD-systeem ingezameld (punt 95 van de bestreden beschikking). De machtspositie van DSD wordt in de onderhavige zaak niet betwist.
- 48 In casu ontstaat het in de bestreden beschikking vastgestelde misbruik van machtspositie doordat de licentievergoeding die DSD heft van de bij het DSD-systeem aangesloten producenten en verkopers van verpakkingen, niet ervan

afhangt of dat systeem daadwerkelijk wordt gebruikt, doch wordt berekend op basis van het aantal verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt dat deze producenten en verkopers in Duitsland in de handel brengen (artikelen 4, lid 1, en 5, lid 1, van het contract). De bij het DSD-systeem aangesloten producenten en verkopers moeten het logo Der Grüne Punkt echter aanbrengen op elke bij DSD aangemelde verpakking die bestemd is voor verbruik in Duitsland (artikel 3, lid 1, van het contract). Volgens de beschikking maakt DSD aldus misbruik van haar machtspositie door de krachtens het contract verschuldigde licentievergoeding niet te koppelen aan het daadwerkelijke gebruik van het DSD-systeem. Het onderzoek dat de Commissie naar aanleiding van klachten van klanten of van concurrenten van DSD heeft gevoerd, heeft immers aangetoond dat de methode van berekening van de aan DSD te betalen licentievergoeding niet tegemoetkomt aan de wens van een aantal producenten van verpakkingen die bij het DSD-systeem zijn aangesloten, om hun eigen systeem of een ander collectief systeem te gebruiken voor een gedeelte van de door hen in de handel gebrachte verpakkingen (punten 100-102 van de bestreden beschikking).

- ⁴⁹ Dienaangaande wordt in de bestreden beschikking overwogen dat de door DSD voorgestelde oplossing, die erin bestaat het logo Der Grüne Punkt niet meer aan te brengen op de verpakkingen die niet onder het DSD-systeem maar onder een ander — eigen of collectief — systeem vallen, „in een aanzienlijk aantal gevallen” door de economische realiteit tot mislukken gedoemd is (punt 103 van de bestreden beschikking). Voor deze oplossing zou het immers noodzakelijk zijn, dat een verpakkingsslijn verschillend wordt gemerkt (met of zonder het logo Der Grüne Punkt), hetgeen tot aanzienlijke meerkosten zou leiden wanneer de verpakking een eenvormige vormgeving heeft of wanneer verschillende afzetkanalen worden gebruikt (punten 104 en 105 van de bestreden beschikking). Bovendien zou deze oplossing van de producenten en verkopers van verpakkingen die gebruik maken van gemengde systemen, verlangen dat zij ervoor zorgen dat de verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt worden ingeleverd op plaatsen waar zij via het DSD-systeem worden teruggenomen, en dat de verpakkingen zonder dat logo worden ingeleverd op plaatsen waar ze via andere systemen worden teruggenomen, hetgeen in de praktijk niet haalbaar is (punt 106 van de bestreden beschikking). Aangezien de eindverbruiker vaak pas na aankoop van het verpakte product of eventueel na consumptie beslist of hij de verpakking in een collectief systeem in de omgeving van zijn woning inlevert dan wel naar het verkooppunt terugbrengt voor inlevering in een eigen systeem, is het ten slotte onmogelijk, het gedeelte van de verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt onder te brengen bij de ene of de andere vorm van inzameling (punt 107 van de bestreden beschikking).

- 50 In de bestreden beschikking is de Commissie van oordeel dat de effecten van het misbruik, dat is vastgesteld voor de regeling van de krachtens het merktkencontract verschuldigde licentievergoeding, tweevoudig zijn. In de eerste plaats legt DSD, door de licentievergoeding uitsluitend te koppelen aan het gebruik van het logo, de ondernemingen die voor de verplichting tot verwijdering van de verpakkingen geen beroep doen op de bevrijdingsdienst dan wel voor slechts een gedeelte van de verpakkingen, onbillijke prijzen en contractvoorwaarden op. Door de wanverhouding tussen de kostprijs van de dienstverrichting en de daarvoor aangerekende prijs is er sprake van misbruik van machtspositie in de zin van artikel 82, lid 2, sub a, EG (punten 111-113 van de bestreden beschikking). In de tweede plaats is het door de vergoedingsregeling van het merktkencontract voor de betrokken ondernemingen economisch niet rendabel om aan te sluiten bij een concurrerend eigen of collectief systeem, aangezien zij ofwel bovenop de vergoeding voor de concurrent een licentievergoeding aan DSD moeten betalen, ofwel aparte verpakking- en distributielijnen moeten invoeren. De toegang tot de markt wordt door de vergoedingsregeling aldus voor de concurrenten van het DSD-systeem moeilijker gemaakt (punten 114 en 115 van de bestreden beschikking).
- 51 De Commissie omschrijft het misbruik als gevolg van de contractuele licentievergoeding meer in detail in de hierboven genoemde drie gevallen. In geval nr. 1 — een gemengd systeem waarbij het nationale collectieve systeem van DSD wordt gecombineerd met een ander regionaal collectief systeem — is het volgens de bestreden beschikking momenteel noodzakelijk dat de verpakkingen naargelang van het gebruikte systeem verschillend worden gemerkt dan wel dat voor beide systemen een licentievergoeding wordt betaald. Het feit dat DSD betaling van de licentievergoeding vraagt over de totale hoeveelheid in Duitsland in de handel gebrachte verpakkingen, heeft daarom tot gevolg dat deelname aan een regionaal collectief systeem economisch niet langer rendabel is (punten 118-123 van de bestreden beschikking).
- 52 Om dat probleem weg te werken heeft DSD zich in het kader van de administratieve procedure ertoe verbonden (punten 58 en 59 van de bestreden beschikking), het merktkencontract aldus toe te passen dat de betrokken producenten en verkopers de mogelijkheid hebben, voor een gedeelte van hun verpakkingen deel te nemen aan een ander collectief systeem, op voorwaarde echter dat zij daarvan het bewijs leveren

en geen afbreuk wordt gedaan aan de bescherming van het merk Der Grüne Punkt. Aangezien DSD weigerde de voorwaarde in verband met de — trouwens niet nader toegelichte — bescherming van het merk te laten varen, heeft de Commissie in de bestreden beschikking geoordeeld dat deze toezegging ontoereikend was om haar bezwaren weg te nemen (punten 122 en 123 van de bestreden beschikking).

53 In geval nr. 2 — een gemengd systeem waarbij zowel een eigen systeem als het DSD-systeem wordt gebruikt — heeft het feit dat DSD betaling van de licentievergoeding vraagt over de totale hoeveelheid van in Duitsland in de handel gebrachte verpakkingen, volgens de bestreden beschikking tot gevolg dat deelname aan een eigen systeem voor een gedeelte van deze verpakkingen uitgesloten is (punten 124-128 van de bestreden beschikking).

54 Om dat probleem weg te werken heeft DSD zich in de administratieve procedure ertoe verbonden (punten 60 en 61 van de bestreden beschikking), geen licentievergoeding op grond van het contract te heffen voor het gedeelte van de verpakkingen dat via een eigen systeem wordt teruggenomen, op voorwaarde echter dat het bewijs daarvan wordt geleverd. Daarbij heeft DSD ook gepreciseerd dat het logo Der Grüne Punkt alleen mocht worden gebruikt voor de via het DSD-systeem teruggenomen verpakkingen en dus niet mocht worden aangebracht op verpakkingen die via het eigen systeem werden teruggenomen. Volgens de Commissie is het in de praktijk echter ondenkbaar dat aparte verpakkings- en distributielijnen worden opgezet, aangezien het voor de betrokken producent of verkoper van verpakkingen in dat stadium nagenoeg onmogelijk is, uit te maken welke verpakkingen de consument gaat inleveren via het collectieve systeem dan wel via het eigen systeem. De Commissie heeft derhalve geoordeeld dat deze toezegging ontoereikend was om haar bezwaren in verband met de mededingingssituatie weg te nemen (punten 127 en 128 van de bestreden beschikking).

55 In geval nr. 3 — geen deelname aan het DSD-systeem in Duitsland, maar wel aan een terugname- en verwijderingssysteem waarbij gebruik wordt gemaakt van het

logo Der Grüne Punkt in een andere lidstaat, en DSD kan betaling van een licentievergoeding in Duitsland vragen — kunnen een toezegging die DSD heeft gedaan en een verklaring die DSD heeft afgelegd in het kader van de administratieve procedure, tegemoetkomen aan de problemen die de Commissie in dat verband heeft vastgesteld (punten 62-64 en 129-135 van de bestreden beschikking).

- 56 In de bestreden beschikking wordt gepreciseerd dat het vastgestelde misbruik niet wordt gerechtvaardigd doordat het aanbrengen van het logo Der Grüne Punkt op de verpakkingen waarvoor geen bevrijdingsdienst wordt verzekerd, in strijd zou zijn met de voorschriften van het besluit (punten 136-142 van de bestreden beschikking). De noodzaak om geen afbreuk te doen aan het onderscheidend vermogen van het logo Der Grüne Punkt is evenmin een rechtvaardigingsgrond (punten 143-153 van de bestreden beschikking). In dit verband verwijst de beschikking naar een arrest van het Kammergericht Berlin (regionale rechtbank te Berlijn, Duitsland) van 14 juni 1994 en wordt erop gewezen dat de wezenlijke functie van dat logo is vervuld „wanneer het de verbruiker erop attent maakt dat hij de keuze heeft de verpakking via DSD te laten inzamelen”. De functie van dat logo vereist dus niet dat het uitsluitend wordt aangebracht op de verpakkingen die via het DSD-systeem worden teruggenomen, wanneer slechts een gedeelte van de verpakkingen via dat systeem wordt ingezameld (punt 145 van de bestreden beschikking).
- 57 In de bestreden beschikking wordt bovendien opgemerkt dat de handel tussen de lidstaten merkbaar ongunstig kan worden beïnvloed door het misbruik van machtspositie als gevolg van de betrokken contractuele licentievergoedingsregeling, gelet op de concrete omstandigheden waarin de verpakkingen in Duitsland en op de gemeenschappelijke markt worden teruggenomen en verwerkt (punten 150-160 van de bestreden beschikking). Het effect op de handel tussen de lidstaten wordt trouwens niet betwist in de onderhavige zaak.
- 58 De Commissie besluit de toetsing aan artikel 82 EG met de conclusie dat het gedrag van DSD dat erin bestaat, betaling van een licentievergoeding te vragen voor alle in Duitsland in de handel gebrachte verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt in

een aantal gevallen misbruik van machtspositie vormt. Deze inbreuk op artikel 82 EG wordt in artikel 1 van de bestreden beschikking omschreven als volgt:

„Het gedrag van [DSD] erin bestaande dat zij op grond van paragraaf 4, punt 1, eerste zin, van het merktekencontract de betaling van de licentievergoeding voor de totale hoeveelheid van de met het symbool ‚Der Grüne Punkt‘ in Duitsland in de handel gebrachte verkoopverpakkingen eist, is onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, wanneer de ondernemingen die overeenkomstig [het verpakkingenbesluit] tot terugname verplicht zijn:

- a) hetzij van de bevrijdingsdienst van DSD overeenkomstig paragraaf 2 van het merktekencontract slechts voor een deel van de totale hoeveelheid gebruikmaken [gevallen nrs. 1 en 2] hetzij hiervan geen gebruikmaken, maar in Duitsland een uniforme verpakking in de handel brengen die ook in een ander land dat lid is van de Europese Gemeenschap of de Europese Economische Ruimte in de handel is en aan een terugnamesysteem deelneemt dat van het symbool ‚Der Grüne Punkt‘ gebruikmaakt [geval nr. 3];
- b) aantonen dat zij voor de hoeveelheid waarvoor zij niet van de bevrijdingsdienst gebruikmaken, door concurrerende bevrijdingssystemen of eigen verwijderingsystemen aan hun verplichtingen krachtens [het verpakkingenbesluit] voldoen.”

3. *Toetsing aan artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17*

- ⁵⁹ Na de vaststelling dat er sprake is van misbruik van machtspositie, bepaalt de Commissie overeenkomstig artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 op welke wijze

DSD een einde moet maken aan de vastgestelde inbreuk (punten 161-167 en artikelen 2-7 van de bestreden beschikking).

- 60 Met de belangrijkste maatregel wordt DSD verboden nog een licentievergoeding te heffen over de hoeveelheden in Duitsland in de handel gebrachte verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt waarvoor voor de verwijderingsplicht geen beroep wordt gedaan op de bevrijdingsdienst en waarvoor de bij het verpakkingenbesluit opgelegde verplichtingen op een andere wijze worden nagekomen. Artikel 3 van de bestreden beschikking, waarin deze maatregel wordt omschreven voor de gevallen nrs. 1 en 2, luidt als volgt:

„DSD gaat jegens alle wederpartijen van het merktekencontract de verplichting aan geen licentievergoeding te vragen voor de hoeveelheden met het symbool ‚Der Grüne Punkt‘ in Duitsland in de handel gebrachte verpakkingen waarvoor geen gebruik wordt gemaakt van de bevrijdingsdienst overeenkomstig paragraaf 2 van het merktekencontract en waarvoor aantoonbaar op een andere wijze aan de verplichtingen van [het verpakkingenbesluit] wordt voldaan.

De in de eerste alinea genoemde verplichting komt in de plaats van een uitzonderingsregeling overeenkomstig paragraaf 4, punt 1, tweede zin, van het merktekencontract.”

- 61 De Commissie bepaalt bovendien in artikel 5 van de bestreden beschikking welke bewijsregels in deze gevallen gelden:

„1. [Geval nr. 1] In geval van gedeeltelijke of volledige deelname aan een concurrerend bevrijdingssysteem volstaat als bewijs voor het feit dat op een andere

wijze aan de verplichtingen van [het verpakkingenbesluit] overeenkomstig de artikelen 3 en 4 wordt voldaan, de bevestiging van de exploitant van dit systeem dat de betrokken hoeveelheid verpakkingen aan het concurrerende systeem deelneemt.

2. [Geval nr. 2] In geval van gedeeltelijke of volledige deelname aan een eigen verwijderingssysteem volstaat het achteraf een verklaring van een onafhankelijke deskundige over te leggen volgens welke voor de desbetreffende hoeveelheid verpakkingen aan de terugname- en verwerkingseisen is voldaan. Deze verklaring kan individueel voor de afzonderlijke producent, respectievelijk verkoper, of voor ondernemingen die aan een eigen verwijderingssysteem deelnemen, worden opgesteld.

3. DSD kan in geen geval eisen dat de verklaring op een vroeger tijdstip wordt overgelegd dan [het verpakkingenbesluit] voorschrijft.

4. Onafhankelijk van de desbetreffende versie van [het verpakkingenbesluit] volstaat voor het aan DSD te leveren bewijs in elk geval dat de verklaring tegenover de contractpartner bevestigt dat met betrekking tot een bepaalde hoeveelheid verpakkingen aan de terugname- en verwerkingseisen is voldaan.

5. Wanneer de verklaring verdere gegevens moet bevatten, mogen deze onleesbaar worden gemaakt.

6. Zowel de bevestiging van de exploitant van het systeem als de verklaring van de onafhankelijke deskundige kan worden vervangen door een accountantsverklaring die achteraf bevestigt dat met betrekking tot een bepaalde hoeveelheid verpakkingen aan de verplichtingen van [het verpakkingenbesluit] is voldaan.

7. Andere bepalingen van het merktekencontract mogen niet zo worden gebruikt dat zij ertoe leiden dat aan het aan DSD te leveren bewijs strengere eisen worden gesteld.”

62 Artikel 4 van de bestreden beschikking ziet op het speciale geval nr. 3:

„1. DSD mag voor verpakkingen waarvoor met gebruikmaking van het symbool ‚Der Grüne Punkt‘ in een andere lidstaat aan een inzamelings- en verwerkingssysteem wordt deelgenomen en die met gebruikmaking van het symbool in het toepassingsgebied van [het verpakkingenbesluit] in de handel worden gebracht, geen licentievergoeding vragen, indien aan de verplichtingen van [het verpakkingenbesluit] aantoonbaar op andere wijze wordt voldaan dan door deelname aan het door DSD opgezette systeem overeenkomstig [§] 6, lid 3, van [het verpakkingenbesluit].

2. DSD kan als voorwaarde voor het niet vragen van een licentievergoeding stellen dat op de verpakking vlakbij het symbool ‚Der Grüne Punkt‘ schriftelijk of in een andere passende vorm op een voor de eindverbruiker herkenbare wijze erop wordt gewezen, dat de verpakking niet aan het door DSD overeenkomstig [§] 6, lid 3, van [het verpakkingenbesluit] opgezette systeem deelneemt.

3. In geval van een geschil over de herkenbaarheid van de vermelding, verzoeken de partijen de Commissie binnen een week na de vaststelling van het geschil een deskundige aan te wijzen.

De deskundige krijgt als opdracht binnen vier weken vast te stellen of de door de partijen besproken mogelijkheden voor de vormgeving van de vermelding met inachtneming van de fundamentele functies als verpakking aan de in lid 2 gestelde eisen voldoen [...]”

63 Tegen deze achtergrond dienen thans de argumenten van de partijen te worden onderzocht.

B — *Ontvankelijkheid van het beroep*

1. *Ontvankelijkheid van het beroep voor zover het ziet op artikel 4 van de bestreden beschikking*

64 De Commissie stelt dat het beroep strekt tot nietigverklaring van de gehele bestreden beschikking zonder dat acht wordt geslagen op de bijzondere situatie die wordt uiteengezet in artikel 4, dat losstaat van de rest van de bestreden beschikking. Verzoeksters stilzwijgen op dit punt is niet in overeenstemming met het bepaalde in artikel 44, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht en het beroep moet niet-ontvankelijk worden verklaard voor zover het ziet op artikel 4 van de bestreden beschikking.

65 Verzoekster voert aan dat het verzoekschrift, overeenkomstig de voorschriften van het Reglement voor de procesvoering, een duidelijke en nauwkeurige uiteenzetting van de feiten en de middelen rechtens bevat zodat de Commissie haar verweer kan voorbereiden en het Gerecht zijn rechterlijk toezicht kan uitoefenen (beschikking Gerecht van 28 april 1993, De Hoe/Commissie, T-85/92, Jurispr. blz. II-523, punt 20). Het verzoekschrift zet met name uiteen om welke redenen de betrokken bepalingen van het merkencontract niet kunnen worden geacht misbruik in de zin van artikel 82 EG op te leveren, waardoor de maatregelen van artikel 4 van de bestreden beschikking hun bestaansreden verliezen.

66 Het Gerecht merkt op dat in de bestreden beschikking misbruik van machtspositie wordt vastgesteld (artikel 1) en als gevolg daarvan aan DSD een aantal verplichtingen wordt opgelegd tot beëindiging van dat misbruik (artikelen 3-7). Met name in artikel 4 van de bestreden beschikking legt de Commissie een verplichting op tot beëindiging van het misbruik van machtspositie in het geval

waarin een producent of verkoper van plan is, verpakkingen in een andere lidstaat dan Duitsland in de handel te brengen en wil aansluiten bij een terugname- en verwerkingssysteem dat gebruik maakt van het logo Der Grüne Punkt, maar voor dezelfde in Duitsland in de handel gebrachte verpakkingen zijn verplichtingen wil nakomen zonder aan het DSD-systeem deel te nemen.

- 67 Met het eerste middel, te weten schending van artikel 82 EG, vordert verzoekster echter nietigverklaring van de bestreden beschikking voor zover daarin ten onrechte wordt vastgesteld dat misbruik van machtspositie bestaat. Indien het Gerecht dit middel gegrond verklaart, moeten alle verplichtingen die krachtens de bestreden beschikking aan DSD worden opgelegd, nietig worden verklaard zonder dat de bijzondere situatie van artikel 4 ervan behoeft te worden onderzocht.
- 68 Ook met het tweede middel, te weten schending van artikel 3 van verordening nr. 17 en schending van het evenredigheidsbeginsel, vordert verzoekster nietigverklaring van de bij artikel 4 van de bestreden beschikking opgelegde verplichting, aangezien deze verplichting onevenredig is, gelet op de mogelijkheid om de verpakkingen selectief te merken of om af te zien van het gebruik van het merk Der Grüne Punkt, zij erop neerkomt dat DSD wordt verplicht, haar diensten te leveren en pas later wordt vergoed, en zij betaling van een licentievergoeding voor het gebruik van het merk alleen uitsluit.
- 69 Bijgevolg dient te worden vastgesteld dat het verzoekschrift voldoet aan de vormvereisten van artikel 44, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering en dat het Gerecht aldus in staat is, zijn toezicht uit te oefenen. De vordering van de Commissie tot vaststelling dat het beroep niet-ontvankelijk is voor zover het ziet op artikel 4 van de bestreden beschikking, moet dus worden afgewezen.

2. Middelen die in de loop van het geding worden aangevoerd

- 70 De Commissie stelt dat de repliek drie nieuwe middelen bevat: een nieuwe uitlegging van het merktekencontract (zie punt 115 infra), kritiek op de aanhaling van een oude versie van het verpakkingenbesluit in de uiteenzetting van de feiten van de bestreden beschikking en het feit dat de verbruiker van een eigen systeem niet kan verlangen dat verpakkingen in de omgeving van zijn woning worden opgehaald. Deze middelen moeten dus niet-ontvankelijk worden verklaard.
- 71 Het Gerecht merkt op dat volgens artikel 48, lid 2, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering geen nieuwe middelen in de loop van het geding mogen worden voorgedragen tenzij zij steunen op gegevens, hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken. Een middel dat in werkelijkheid slechts de uitwerking is van een eerder in het verzoekschrift rechtstreeks of stilzwijgend aangevoerd middel en dat daarmee nauw verband houdt, moet evenwel als ontvankelijk worden beschouwd (zie arrest Gerecht van 10 april 2003, *Travelex Global and Financial Services en Interpayment Services/Commissie*, T-195/00, *Jurispr.* blz. II-1677, punten 33 en 34 en aangehaalde rechtspraak).
- 72 In casu vormen de middelen die volgens de Commissie nieuw zouden zijn, in werkelijkheid slechts argumenten die verzoekster heeft ontwikkeld in antwoord op de argumenten die de Commissie heeft aangevoerd in het verweer op het eerste middel inzake schending van artikel 82 EG.
- 73 Bijgevolg dient de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid betreffende nieuwe middelen die in de loop van het geding zouden zijn aangevoerd, te worden afgewezen.

3. *Inaanmerkingneming van bepaalde door verzoekster overgelegde bijlagen*

a) Bijlagen die door C. Weidemann zijn voorbereid

- 74 De Commissie benadrukt dat de bijlagen die zijn voorbereid door Weidemann, een van de raadslieden van DSD, betreffende de milieurechtelijke aspecten van het beheer van verpakkingsector in Duitsland (bijlage A bij het beroepsverzoekschrift) en de rechtvaardiging van het DSD-systeem volgens artikel 86 EG (bijlage A bij de repliek), uitleg bevatten die niet terug te vinden is in de memories van verzoekster. Het Gerecht hoeft derhalve geen rekening te houden met deze bijlagen aangezien geen schending van een wettelijke regeling kan worden aangevoerd door gewoon te verwijzen naar bijlagen.
- 75 Om de rechtszekerheid en een goede rechtsbedeling te waarborgen, is voor de ontvankelijkheid van een beroep vereist dat de wezenlijke feitelijke en juridische omstandigheden waarop het is gebaseerd, tenminste summier maar coherent en begrijpelijk in de tekst van het verzoekschrift te vinden zijn (arrest Hof van 15 december 1961, *Société Fives Lille Cail e.a./Hoge Autoriteit*, 19/60, 21/60, 2/61 en 3/61, *Jurispr. blz.* 593, 622, en arrest Gerecht van 21 september 2005, *EDP/Commissie*, T-87/05, *Jurispr. blz.* II-3745, punt 155 en aangehaalde rechtspraak). Ofschoon de tekst van een verzoekschrift op specifieke punten door verwijzingen naar passages in bijgevoegde stukken kan worden gestaafd en aangevuld, kan een algemene verwijzing naar andere schrifturen, ook wanneer dit bijlagen bij het verzoekschrift zijn, het ontbreken van wezenlijke elementen van de juridische argumentatie, die ingevolge artikel 44, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering in het verzoekschrift zelf moeten voorkomen, niet goedmaken (beschikking Gerecht van 21 mei 1999, *Asia Motor France e.a./Commissie*, T-154/98, *Jurispr. blz.* II-1703, punt 49, en arrest *EDP/Commissie*, reeds aangehaald, punt 155 en aangehaalde rechtspraak).
- 76 In casu dient te worden vastgesteld dat de bijlagen die zijn voorbereid door Weidemann, betreffende de milieurechtelijke aspecten van het beheer van de verpakkingsector in Duitsland en de rechtvaardiging van verzoeksters systeem volgens artikel 86 EG, werkelijk memories zijn die zijn ingediend door een van de

raadslieden van DSD voor het Gerecht. De wezenlijke elementen van de in deze bijlagen ontwikkelde juridische argumentatie moeten dus terug te vinden zijn in het verzoekschrift of de repliek, die moeten verwijzen naar passages van deze bijlagen tot staving of aanvulling van de inhoud en niet alleen in het algemeen naar deze bijlagen mogen verwijzen.

77 Wanneer het verzoekschrift verwijst naar de eerste bijlage, is dat slechts een indicatie — zonder nadere uitleg — dat de conclusie van Weidemann na zijn onderzoek van de milieurechtelijke aspecten van het beheer van de verpakkingsector in Duitsland, dezelfde is als die in het verzoekschrift, zonder dat wordt aangegeven naar welke specifieke punten van deze bijlage van 54 bladzijden wordt verwezen.

78 Alleen in verband met deze indicatie, waaruit blijkt dat de auteur van de bijlage zich aansluit bij de analyse van het verzoekschrift, moet rekening worden gehouden met de bijlage betreffende de milieurechtelijke aspecten van het beheer van de verpakkingsector in Duitsland.

79 De tweede door Weidemann voorbereide bijlage, betreffende de rechtvaardiging van het DSD-systeem volgens artikel 86 EG, telt 58 bladzijden en werd „ter aanvulling” ingediend in het stadium van de repliek; daarin wordt „[m]et betrekking tot de uiteenzetting van de middelen inzake artikel 86 EG [...] integraal” verwezen „naar de argumentatie van de bijlage”.

80 Dergelijke indicaties en kunnen in de regel niet worden beschouwd als toereikend volgens de hierboven aangehaalde rechtspraak, aangezien een algemene verwijzing naar een bijlage het ontbreken van de wezenlijke argumenten van de juridische argumentatie die in het verzoekschrift terug te vinden moeten zijn, niet kan goedmaken. In de repliek wordt de inhoud van deze bijlage evenwel kort samengevat, zodat de argumentatie van het verzoekschrift op dit punt wordt aangevuld en de Commissie aldus in staat wordt gesteld, haar verweer voor te bereiden en het Gerecht het derde middel inzake schending van artikel 86, lid 2, EG kan onderzoeken.

81 Bijgevolg neemt het Gerecht de bijlage betreffende de rechtvaardiging van verzoeksters systeem volgens artikel 86 EG slechts in aanmerking voor zover deze specifiek betrekking heeft op de argumenten die DSD in haar schrifturen uitdrukkelijk heeft aangevoerd.

b) Bij de repliek gevoegde opiniepeilingen

82 De Commissie stelt dat verzoekster de vertraging waarmee de bewijsaanbiedingen, met name in de vorm van twee bij de repliek gevoegde opiniepeilingen, zijn geschied, niet heeft gemotiveerd, in strijd met artikel 48, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering.

83 Het Gerecht merkt op dat de door verzoekster in haar repliek overgelegde opiniepeilingen geen bewijsaanbiedingen in de zin van artikel 48, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering zijn, doch dienen tot staving van de argumenten die in de repliek zijn aangevoerd in antwoord op de argumenten van het verweerschrift, betreffende de rol van het merk Der Grüne Punkt en van de eindverbruiker in de terugname en de verwerking van verpakkingen.

84 Derhalve dient de exceptie van niet-ontvankelijkheid die de Commissie in verband met de bij de repliek gevoegde opiniepeilingen heeft opgeworpen, te worden afgewezen.

C — *Ten gronde*

85 Ter onderbouwing van haar beroep voert verzoekster drie middelen aan: ten eerste schending van artikel 82 EG, ten tweede schending van artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 en van het evenredigheidsbeginsel en ten derde schending van artikel 86, lid 2, EG.

1. *Eerste middel: schending van artikel 82 EG*

a) Opmerkingen vooraf in verband met de kosteloze dwanglicentie

Argumenten van de partijen

⁸⁶ Verzoekster stelt dat de Commissie haar in artikel 3 van de bestreden beschikking verplicht, aan de bij haar systeem aangesloten ondernemingen een „kosteloze dwanglicentie” voor haar merk Der Grüne Punkt te verlenen, aangezien het logo van dat merk als gevolg van de beschikking voortaan op alle verpakkingen mag worden aangebracht, los van het betrokken terugname- en verwerkingssysteem. Volgens de rechtspraak van het Hof kan een dwanglicentie van een intellectuele-eigendomsrecht slechts in „uitzonderlijke omstandigheden” worden verleend, namelijk wanneer de weigering om een licentie te verlenen een intellectuele-eigendomsrecht betreft waarvoor een licentie absoluut noodzakelijk is voor de uitoefening van de betrokken activiteit en elke mededinging op de afgeleide markt kan uitschakelen, en wanneer deze weigering niet objectief gerechtvaardigd is (arresten Hof van 6 april 1995, RTE en ITP/Commissie, „Magill”, C-241/91 P en C-242/91 P, Jurispr. blz. I-743, punten 50-56, en 26 november 1998, Bronner, C-7/97, Jurispr. blz. I-7791, punt 39). Aangezien in casu geen enkel van deze omstandigheden is aangetoond, kan geen misbruik van machtspositie in de zin van artikel 82 EG worden vastgesteld. Verzoekster onderbouwt haar stelling, zakelijk weergegeven, met de volgende argumenten: ten eerste is het merk Der Grüne Punkt niet absoluut noodzakelijk om aan een concurrent systeem van het DSD-systeem deel te nemen; ten tweede wordt de mededinging niet uitgeschakeld door de betrokken contractbepalingen; ten derde bestaan er verschillende objectieve rechtvaardigingsgronden voor de gedraging van DSD, namelijk de noodzaak om de doelstellingen van het besluit te verwezenlijken, de noodzaak om de verschillende functies in stand te houden van het merk Der Grüne Punkt, waarvoor volgens het merkenrecht geen dwanglicentie kan worden verleend, en de noodzaak om de goede werking van het DSD-systeem mogelijk te maken.

87 De Commissie, die wordt ondersteund door interveniënten, merkt op dat de bestreden beschikking DSD niet verplicht, in strijd met het internationale recht en met het gemeenschapsrecht kosteloze dwanglicenties te verlenen. Het vastgestelde misbruik vloeit alleen voort uit het feit dat de licentievergoedingsregeling in strijd is met artikel 82 EG doordat DSD een vergoeding verlangt voor een dienst die zij niet verricht en waarvan is aangetoond dat hij wordt verzekerd door een ander systeem.

Beoordeling door het Gerecht

88 Met haar eerste middel, inzake artikel 82 EG, komt verzoekster, zakelijk weergegeven, op tegen de gevolgen van de uitvoering van de verplichting die haar in artikel 3 van de bestreden beschikking is opgelegd op grond van artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 (zie punt 60 supra), teneinde een einde te maken aan het in artikel 1 van de beschikking vastgestelde misbruik van machtspositie (zie punt 58 supra). Volgens verzoekster moet zij door de in artikel 3 van de beschikking omschreven verplichting een „kosteloze dwanglicentie” voor het merk Der Grüne Punkt verlenen voor verpakkingen die door concurrente systemen van het DSD-systeem worden verwijderd.

89 Verzoekster, die de rechtmatigheid van een dergelijke dwanglicentie op de korrel neemt, stelt echter dat het merk Der Grüne Punkt niet absoluut noodzakelijk is om aan een concurrent systeem van het DSD-systeem deel te nemen (zie punt 93 infra) en dat de mededinging niet worden uitgeschakeld door de betrokken contractbepalingen (zie punt 95 infra). Dit argument komt erop neer dat de gedraging van DSD, zoals vastgesteld in artikel 1 van de bestreden beschikking, de mededinging niet beïnvloedt en dus geen misbruik van machtspositie in de zin van artikel 82 EG oplevert.

90 Verzoekster stelt voorts dat de in het merktekencontract vastgestelde licentievergoedingsregeling wordt gerechtvaardigd door overwegingen uit het besluit (zie punten 98-101 infra), door merkenrechtelijke overwegingen (zie punten 103-114

infra) en door de noodzaak de goede werking van het DSD-systeem te verzekeren (zie punten 115 en 116 infra). Al deze overwegingen vormen objectieve rechtvaardigingsgronden voor de licentievergoedingsregeling die in artikel 1 van de bestreden beschikking als misbruik wordt aangemerkt, en deze regeling kan bijgevolg niet worden beschouwd als misbruik in de zin van artikel 82 EG.

91 In plaats van te onderzoeken welke gevolgen kunnen voortvloeien uit verzoeksters argumenten in verband met de bij artikel 3 van de bestreden beschikking opgelegde verplichting — te weten, volgens DSD, de „kosteloze dwanglicentie” — hetgeen een aspect is van het tweede middel inzake schending van artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17, dient het Gerecht zijn beoordeling in het kader van het eerste middel — schending van artikel 82 EG — te beperken tot uitsluitend de argumenten in verband met het in artikel 1 van de bestreden beschikking vastgestelde misbruik van machtspositie. Wanneer geen misbruik van machtspositie in de zin van artikel 82 EG bestaat, mist artikel 3 van de bestreden beschikking overeenkomstig artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 elke grondslag, aangezien er geen te beëindigen inbreuk bestaat. Is er daarentegen wel sprake van misbruik van machtspositie, dan is de Commissie a contrario krachtens artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 bevoegd, de betrokken onderneming te verplichten, de vastgestelde inbreuk te beëindigen.

92 In deze context dienen de argumenten van de partijen in verband met het in de bestreden beschikking vastgestelde misbruik van machtspositie te worden uiteen-gezet.

b) Argumenten van de partijen in verband met het misbruik van machtspositie

i) Geen noodzaak om het merk Der Grüne Punkt te gebruiken om aan een concurrent systeem van het DSD-systeem deel te nemen

93 In de eerste plaats stelt verzoekster dat een dwanglicentie voor haar merk niet absoluut noodzakelijk is, in de zin van het arrest Magill, om een producent of

verkoper van verpakkingen in staat te stellen, te opteren voor een concurrent systeem (punt 50, en arrest Bronner, reeds aangehaald, punt 41). De Commissie wijst er in de bestreden beschikking alleen op dat het alleen „gemakkelijker en eenvoudiger” zou zijn om het merk van DSD aan te brengen op de verpakkingen die deelnemen aan een concurrent systeem teneinde de meerkosten voor het selectief merken van de verpakkingen te vermijden (zie punten 103-105 van de bestreden beschikking). Verzoekster benadrukt dat, wanneer tegelijk van een ander dan het DSD-systeem gebruik wordt gemaakt, het logo Der Grüne Punkt op de verpakkingen kan worden aangebracht naargelang van het gebruikte systeem. Deze werkwijze wordt trouwens toegepast in de wijnsector, waar alleen voor flessen die in de detailhandel worden verkocht en niet naar de winkel worden teruggebracht, het merk van DSD op de verpakking wordt aangebracht, in de bouw- en de informaticasector, waar de producten worden verkocht in verpakkingen met het merk van DSD bij levering aan de detailhandel en in verpakkingen zonder dat merk bij levering aan gespecialiseerde zaken of aan professionele klanten, en in de voedingssector, waar grote verpakkingen, conserven en kartons geen etiket met het merk krijgen bij levering aan de industrie, restaurants en kantines, doch wel bij levering aan de detailhandel. De producenten en verkopers van verpakkingen kunnen er dus voor zorgen dat de verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt uitsluitend worden ingeleverd op ophaalplaatsen van het DSD-systeem en dat de verpakkingen zonder dat logo uitsluitend worden ingeleverd op plaatsen waar via een concurrerend systeem voor verwijdering wordt gezorgd.

- 94 De Commissie, Landbell en BellandVision stellen dat selectief merken van verpakkingen economisch niet rendabel is voor de producenten en verkopers van verpakkingen. Vfw herinnert er ook aan dat DSD van haar klanten verlangde dat zij de licentievergoeding betaalden voor alle verpakkingen met het merk Der Grüne Punkt, ongeacht of deze verpakkingen daadwerkelijk via het DSD-systeem werden verwijderd.

ii) Geen uitschakeling van de concurrentie wanneer geen dwanglicentie voor het merk Der Grüne Punkt wordt verleend

- 95 In de tweede plaats komt verzoekster op tegen de bestreden beschikking waar in punt 115 ervan wordt verklaard dat de licentievergoedingsregeling de toegang tot de

markt voor de concurrenten van het DSD-systeem moeilijker maakt, hetgeen niet volstaat om te kunnen spreken van een uitschakeling van de concurrentie in de zin van het reeds aangehaalde arrest Magill (punt 56, en arrest Bronner, reeds aangehaald, punt 41). Door de vereisten van het besluit kunnen eigen systemen immers doorgaans alleen met het DSD-systeem concurreren voor verpakkingen die in kleine ambachtelijke, industriële bedrijven of handelsondernemingen worden geleverd. In dit kleine marktsegment bestaan er ongeveer 40 eigen systemen die geen gebruik maken van het merk Der Grüne Punkt, en het aandeel van deze systemen is tussen 1997 en 2000 toegenomen met meer dan 60 %. Verschillende grote distributieketens zijn ook op een ander systeem dan het DSD-systeem overgestapt, hetgeen dus zonder problemen mogelijk is en zonder dat DSD een dwanglicentie moet verlenen. Het is dus niet zo dat de toegang tot de markt moeilijker wordt.

- 96 De Commissie betwist de door verzoekster verschaftte gegevens die te verklaren zijn door de hervorming van 1998 en door het feit dat er aanvankelijk zeer weinig verpakkingen via eigen systemen werden verwijderd.

iii) Verschillende rechtvaardigingsgronden voor de gedraging van DSD

- 97 In de derde plaats betoogt verzoekster dat de litigieuze bepalingen van het merktekencontract noodzakelijk zijn om de doelstellingen van het besluit te verwezenlijken, om de verschillende functies in stand te houden van het merk Der Grüne Punkt — waarvoor in geen geval een dwanglicentie kan worden verleend — en om de goede werking van het DSD-systeem mogelijk te maken.

— Noodzaak om de doelstellingen van het besluit te verwezenlijken

- 98 Verzoekster licht toe wat de in het verpakkingenbesluit vervatte transparantieplicht, die samenhangt met het beginsel van verantwoordelijkheid voor het product,

inhoudt; volgens de opmerkingen van de Duitse autoriteiten heeft deze plicht tot doel, „op een voor de verbruiker en de autoriteiten transparante wijze vast te stellen voor welke verpakkingen de terugnameplicht geldt in de winkel of in de onmiddellijke omgeving en voor welke verpakkingen dat niet zo is” (antwoord op vraag nr. 2.a). Bij gebruik van een collectief systeem vertaalt de transparantieplicht zich aldus in een etiketteringsplicht, zoals omschreven in punt 4, lid 2, van bijlage I, betreffende § 6, bij het besluit, dat bepaalt dat „de producenten en verkopers door een etiket of andere passende middelen erop moeten wijzen dat een verpakking aan een collectief systeem deelneemt”, terwijl bij gebruik van een eigen systeem deze plicht zich vertaalt in een meldplicht, zoals omschreven in § 6, lid 1, derde volzin, van het besluit, dat bepaalt dat „de distributeur door middel van duidelijk herkenbare en leesbare schriftelijke mededelingen de consument moet wijzen op de mogelijkheid tot teruggave [van de verpakkingen]”. Deze transparantieplicht maakt het mogelijk uit te maken of de producent of de verkoper die voor een welbepaalde verpakking verantwoordelijk is, zijn verplichtingen nakomt via een eigen systeem of via een collectief systeem. Ook kan de verbruiker aldus weten via welk systeem hij deze verpakking moet terugbezorgen. Verpakkingen die deelnemen aan het DSD-systeem, moeten bijgevolg worden teruggenomen en verwerkt via dat systeem en verpakkingen die aan een ander collectief systeem of aan een eigen systeem deelnemen, moeten via dat systeem worden teruggenomen en verwerkt. Een verpakking kan niet onder twee systemen vallen.

- 99 Verzoekster verklaart vervolgens dat artikel 3 van de bestreden beschikking in strijd is met deze transparantieplicht, aangezien op verpakkingen die aan concurrerende systemen deelnemen, voortaan het merk Der Grüne Punkt, dat het DSD-systeem identificeert, mag worden aangebracht. Indien dat merk op alle verpakkingen was aangebracht, zou de verbruiker echter niet kunnen weten welke verpakkingen hij in het verkooppunt moet inleveren, omdat zij deelnemen aan een eigen systeem, en welke hij in de omgeving van zijn woning moet inleveren, omdat zij onder een collectief systeem vallen. In dit verband merkt verzoekster op dat ex ante onmogelijk met zekerheid kan worden vastgesteld of een gegeven verpakking daadwerkelijk wordt verwijderd via het DSD-systeem dan wel via een ander systeem, en dat evenmin, zelfs niet ex post, kan worden geverifieerd of een verbruiker een verpakking daadwerkelijk doet verwijderen via het DSD-systeem (punt 134 van de bestreden beschikking). Precies om deze reden wordt in het besluit gepreciseerd dat de verbruiker door middel van een duidelijk etiket moet worden geïnformeerd teneinde te weten of de gegeven verpakking deelneemt aan het DSD-systeem en dus via dat systeem moet worden ingeleverd.

100 Bovendien stelt verzoekster dat de terugname- en verwerkingsplicht onder een eigen systeem niet geldt voor verpakkingen die aan een collectief systeem deelnemen (zie de brief van het ministerie van Leefmilieu van het Land Baden-Württemberg van 27 november 2001, blz. 7). Volgens het besluit zijn dergelijke verpakkingen immers „vrijgesteld” van deze verplichting, omdat zij aan het DSD-systeem deelnemen en daarop het logo Der Grüne Punkt is aangebracht. Deze verpakkingen kunnen dus niet via een eigen systeem worden teruggenomen. Het besluit wil een „gevecht om afval” vermijden, waarbij concurrerende systemen proberen een zo groot mogelijke hoeveelheid afval in te zamelen om hun verwerkingsquota te bereiken. Eerlijke en ordelijke mededinging veronderstelt veeleer dat de verschillende systemen alleen die verpakkingen terugnemen en verwerken waarvoor zij verantwoordelijk zijn voor verwijdering van het product (dit is het geval voor de eigen systemen) of deze verantwoordelijkheid op zich nemen (dit is het geval voor de collectieve systemen).

101 Verzoekster vervolgt dat de opmerkingen van de Duitse autoriteiten onjuist worden uitgelegd in de bestreden beschikking, waar wordt verklaard dat de verbruiker vrij kan kiezen of hij de verpakkingen via het DSD-systeem of via een ander systeem doet verwerken wanneer de producent of verkoper van verpakkingen het DSD-systeem combineert met een ander collectief systeem of met een eigen systeem (punten 138, 141 en 145 van de bestreden beschikking). In antwoord op een vraag van de Commissie hebben de Duitse autoriteiten alleen erop gewezen dat bij gebruik van een eigen en een collectief systeem de verbruiker vrij kon kiezen of hij de verpakking in de winkel liet, of daarnaar terugbracht, of voor verwijdering inleverde in de omgeving van zijn woning, aangezien „het verpakkingenbesluit geen precieze elementen bevat op basis waarvan de eindverbruiker tot teruggave verplicht is” (antwoord op vraag 1.b.aa). Het begrip verwijdering in de omgeving van de woning verwijst echter alleen naar verwijdering door openbare afvalverwijderingsdiensten, de „grijze afvalbak”, en niet naar verwijdering door het DSD-systeem, eveneens in de omgeving van de woning, de „gele afvalbak”. De verbruiker kan dus niet vrij kiezen welk verwijderingssysteem wordt gebruikt.

102 De Commissie stelt dat verzoekster het belang van het merken overschat, aangezien de terugname- en verwerkingsplicht is gerelateerd aan de hoeveelheid verpakkingen

en niet aan welbepaalde verpakkingsvormen. Bovendien is het volgens Landbell en BellandVision op grond van het besluit niet verplicht, het merk van DSD op de verpakkingen aan te brengen.

— Merkenrechtelijke rechtvaardigingsgronden

- ¹⁰³ In de eerste plaats stelt verzoekster dat de Commissie in de bestreden beschikking voorbijgaat aan de onderscheidende functie — ook de herkomstfunctie genoemd — van het merk Der Grüne Punkt, dat beoogt de onder het DSD-systeem vallende verpakkingen te onderscheiden van die welke aan een concurrerend eigen of collectief systeem deelnemen, doordat dit merk mag worden aangebracht op verpakkingen die via een ander systeem dan het DSD-systeem worden verwijderd. Wanneer op deze wijze afbreuk wordt gedaan aan de onderscheidende functie van het merk Der Grüne Punkt, is dit, in beginsel, evenwel in strijd met het Duitse, het communautaire en het internationale merkenrecht.
- ¹⁰⁴ Wat het Duitse recht betreft, merkt verzoekster op dat het merk Der Grüne Punkt in Duitsland als collectief merk is ingeschreven en het dus mogelijk maakt, „de waren of diensten van bij de houder van het collectieve merk aangesloten ondernemingen te onderscheiden van die van andere ondernemingen naar commerciële of geografische herkomst, soort, kwaliteit of andere eigenschappen” (§ 97, lid 1, van het Markengesetz van 25 oktober 1994). Wanneer voor het merk Der Grüne Punkt een dwanglicentie wordt verleend, kan dit merk bijgevolg aan onderscheiden vermogen inboeten en eventueel worden geschrapt.
- ¹⁰⁵ Wat het gemeenschapsrecht betreft, benadrukt verzoekster dat het specifieke doel van het merk Der Grüne Punkt, dat erin bestaat de eindverbruiker de identiteit van de oorsprong van de waar van dat merk te waarborgen (arrest Hof van 10 oktober 1978, Centrafarm, 3/78, Jurispr. blz. 1823, punten 11-14), en de merkhouder tegen

verwarringsgevaar te beschermen (arrest Hof van 30 november 1993, *Deutsche Renault*, C-317/91, Jurispr. blz. I-6227, punt 30 en aangehaalde rechtspraak), wordt genegeerd wanneer het merk *Der Grüne Punkt* zonder onderscheid wordt aangebracht op verpakkingen die aan het DSD-systeem deelnemen, en op andere die onder een concurrerend systeem vallen, zodat een concurrent van DSD kan aanhaken op de bekendheid van het DSD-systeem.

106 Bovendien benadrukt verzoekster dat in artikel 5 A van het Verdrag van Parijs van 20 maart 1883 tot bescherming van de industriële eigendom, laatstelijk herzien te Stockholm op 14 juli 1967 en gewijzigd op 28 september 1979 (*Recueil des traités des Nations unies*, deel 828, nr. 11847, blz. 108), dat door alle lidstaten is geratificeerd, en in artikel 21 van de Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom van 15 april 1994 (bijlage 1 C bij de Overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie), die door alle lidstaten is geratificeerd en door de Europese Gemeenschap is goedgekeurd bij besluit 94/800/EG van de Raad van 22 december 1994 betreffende de sluiting, namens de Europese Gemeenschap voor wat betreft de onder haar bevoegdheid vallende aangelegenheden, van de uit de multilaterale handelsbesprekingen in het kader van de Uruguay-Ronde (1986-1994) voortvloeiende overeenkomsten (PB L 336, blz. 1, 214), is bepaald dat dwanglicenties van merken principieel onwettig zijn en niet is voorzien in een gedwongen licentieverlening.

107 De Commissie merkt op dat de bestreden beschikking alleen ziet op de door DSD ingevoerde licentievergoedingsregeling en niet op de vermoedelijke gevolgen van de beschikking voor haar activiteiten als houder van het merk *Der Grüne Punkt*. De beschikking heeft als enig gevolg dat wordt voorkomen dat ondernemingen die van het DSD-systeem gebruik maken, een dubbele licentievergoeding betalen wanneer ook een ander systeem wordt gebruikt. *Landbell* en *BellandVision* benadrukken bovendien dat de bestreden beschikking alleen de juridische verhouding tussen DSD en haar medecontractanten in het kader van het merktekencontract betreft, en derden die geen medecontractanten zijn, niet het recht verleent, van het merk *Der Grüne Punkt* gebruik te maken.

108 In de tweede plaats voert verzoekster aan dat in de bestreden beschikking wordt voorbijgegaan aan de onderscheidende functie van het merk *Der Grüne Punkt*, die het mogelijk maakt, het gedrag van de gebruiker op het gebied van afvalverwijde-

ring te beïnvloeden op een voor de werking van haar systeem essentiële wijze. Wanneer de gebruiker de verpakking met het logo Der Grüne Punkt niet in het DSD-systeem inlevert, loopt verzoekster immers het risico dat zij de in het besluit vastgestelde verwerkingsquota niet meer bereikt en haar erkenning verliest. Wanneer de gebruiker een verpakking zonder het logo Der Grüne Punkt in het DSD-systeem inlevert, blijft verzoekster verplicht, deze verpakking te verwerken, ook al heeft zij de opgelegde quota reeds bereikt (zie punt 1, lid 5, eerste volzin, van bijlage I, betreffende § 6, bij het besluit).

- 109 In deze context komt verzoekster op tegen de verklaring in de punten 138, 139 en 145 van de bestreden beschikking, waar wordt gesteld dat de wezenlijke functie van het logo Der Grüne Punkt is vervuld wanneer het de gebruiker erop attent maakt dat hij de keuze heeft de verpakking via DSD te doen verwijderen, aangezien deze verklaring is gebaseerd op een uit zijn context gehaald citaat uit het arrest van het Kammergericht Berlin van 1994 (voetnoot 22 van de bestreden beschikking). In de passage die in de bestreden beschikking wordt geciteerd, wordt immers alleen vastgesteld dat het merk Der Grüne Punkt geen enkele indicatie inhoudt over de recycleerbaarheid van de verpakking. In een andere passage van het arrest erkent het Kammergericht de appelfunctie van het merk Der Grüne Punkt door te oordelen dat dit merk om prevalerende redenen in verband met het leefmilieu op buitenverpakkingen kon worden aangebracht, hoewel de gebruiker in zekere zin werd misleid.
- 110 Verzoekster betwist evenzeer de verklaring in de bestreden beschikking dat de gebruiker vrij kan beslissen of hij de betrokken verpakking via het DSD-systeem dan wel via een concurrerend eigen of collectief systeem doet verwijderen (punt 145 van de bestreden beschikking), aangezien het van essentieel belang is dat de gebruiker aan de hand van het merk Der Grüne Punkt kan zien dat de betrokken verpakking onder het DSD-systeem en niet onder een ander systeem valt. Volgens verzoekster wordt de onderscheidende functie van haar merk bevestigd in de opiniepeilingen die ter voorbereiding op de repliek zijn gehouden. Zo vat 60,8 % van de ondervraagde gebruikers het merk Der Grüne Punkt op als een „aanduiding dat een geheel specifieke organisatie verantwoordelijk is voor de verwijdering en de verwerking van dergelijke verpakkingen” en 27,9 % van deze gebruikers noemde concreet het DSD-systeem (zie de resultaten van de opiniepeiling van het instituut

Infratest Burke, rapport van augustus 2001, bijlage 85 bij de repliek), hetgeen aantoont dat de verbruikers een verband leggen tussen het merk en het DSD-systeem. Volgens een andere, door datzelfde instituut gehouden opiniepeiling antwoordde slechts 3,3 % van de ondervraagde consumenten dat het merk de in de bestreden beschikking omschreven informatie overbrengt, namelijk de indicatie dat de verpakking kan worden verwijderd (zie de resultaten van de opiniepeiling van het instituut Infratest Burke, rapport van augustus 2001, bijlage 86 bij de repliek).

- 111 Ten slotte betoogt verzoekster dat, wanneer het merk Der Grüne Punkt wordt aangebracht op een verpakking die aan een concurrerend systeem deelneemt, afbreuk wordt gedaan aan de onderscheidende functie van dat merk, aangezien de verbruikers in alle in de bestreden beschikking besproken gevallen worden misleid in alle in de bestreden beschikking onderzochte gevallen. Volgens verzoekster moet de consument immers altijd, ook wanneer verschillende systemen worden gebruikt, voor elke verpakking kunnen uitmaken op welk systeem hij een beroep moet doen, ongeacht of het gaat om het DSD-systeem — via het merk Der Grüne Punkt —, om een ander collectief systeem — via een middel overeenkomstig punt 4, lid 2, van bijlage I, betreffende § 6, bij het besluit — of om een eigen systeem — via een middel overeenkomstig § 6, lid 1, van het besluit. Wanneer tegelijk een eigen systeem en het DSD-systeem worden gebruikt, kon bijna 48,4 % van de tijdens voornoemde opiniepeilingen ondervraagde consumenten niet wijs worden uit de tegenstrijdige informatie die is vervat in de indicatie van terugname in de winkel overeenkomstig § 6, lid 1, van het besluit en in de indicatie, in de vorm van het logo Der Grüne Punkt, van terugname in de omgeving van de woning via het DSD-systeem.
- 112 Meer in het algemeen stelt verzoekster dat de bestreden beschikking ertoe zal leiden dat bijna alle verpakkingen in Duitsland met het merk Der Grüne Punkt worden aangeduid. Nu het DSD-systeem goed is voor verwerking van 1 % van de in de handel gebrachte verpakkingen, kan een gebruiker van het logo dat merk gratis gebruiken voor de overige 99 %. Op korte termijn bestaat dus het gevaar dat het DSD-systeem verpakkingen die bij vergissing via dat systeem zijn ingeleverd en waarvoor DSD geen licentievergoeding heeft ontvangen, toch moet verwerken. Bovendien zullen bijna tezelfdertijd, gelet op het feit dat het merk Der Grüne Punkt geen andere betekenis heeft dan de mogelijkheid tot verwijdering, de resultaten van de inzameling via het DSD-systeem dalen en bestaat het gevaar dat DSD de wettelijke verwerkingsquota niet meer bereikt.

- 113 Bovendien voert verzoekster aan dat het merk Der Grüne Punkt ook een controlefunctie vervult, waardoor misbruik door de producenten en verkopers van verpakkingen die het DSD-systeem gebruiken zonder licentievergoeding te betalen, kan worden voorkomen en vervolgd door middel van controles in de winkel, selectieve controles of controles door de autoriteiten. In dit opzicht bemoeilijkt de bestreden beschikking een daadwerkelijke bescherming tegen profiteurs die in 1993 DSD op de rand van het faillissement hebben gebracht.
- 114 De Commissie, die door interveniënten wordt ondersteund, herinnert eraan dat, wanneer geen sprake is van misleiding of verwarring, geen afbreuk wordt gedaan aan de herkomstfunctie van een merk, die erin bestaat, de herkomst van een waar of een dienst te onderscheiden of te individualiseren. In casu neemt de eindverbruiker die consumptiegoederen koopt en voor de verwijdering van de verpakkingen gebruik maakt van verschillende systemen, het merk Der Grüne Punkt evenwel waar als een indicatie dat het mogelijk is, de verpakking te doen verwijderen via verzoeksters systeem. Bovendien vervult het merk Der Grüne Punkt geen doorslaggevende rol bij de inzameling van de verpakkingen, daar dat merk lang niet in alle inzamelzones is aangebracht op de gele afvalbakken en op de glas- en papiercontainers die in het DSD-systeem worden gebruikt. Het is trouwens daarom dat de verbruikers afvalcontainers niet met het logo, maar met het soort materiaal associëren.

— Goede werking van het DSD-systeem

- 115 Nadat verzoekster aanvankelijk had aangevoerd dat de betrokken bepalingen inzake de licentievergoeding evenredig waren met de verrichte diensten, aangezien een vaste vergoeding voor de toestemming om het merk Der Grüne Punkt te gebruiken en voor de terbeschikkingstelling van het DSD-systeem de enige haalbare oplossing was daar niet exact kan worden bepaald hoeveel verpakkingen concreet via het DSD-systeem worden ingeleverd, stelt zij in repliek dat de op grond van de betrokken bepalingen verschuldigde licentievergoeding slechts geldt voor de verpakkingen waarvoor het DSD-systeem wordt gebruikt. De door DSD op grond van het

merktekencontract verleende licentie heeft dus alleen betrekking op de verpakkingen die aan het DSD-systeem deelnemen, en niet op die welke onder een ander collectief systeem of een eigen systeem vallen. Een dergelijke beperking van de licentie tot verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt is in overeenstemming met het besluit, dat voor verpakkingen die aan een collectief systeem deelnemen, een duidelijke etikettering voorschrijft teneinde aan te geven dat de betrokken producent of verkoper voor deze verpakkingen is „bevrijd” van de verplichting om deze verpakkingen terug te nemen en te verwerken, waarvoor DSD voortaan verantwoordelijk is [beschikking van het Verwaltungsgerichtshof Kassel (hoogste administratieve rechter te Kassel, Duitsland) van 20 augustus 1999]. Een dergelijk systeem kan echter niet werken wanneer het logo dat dit systeem identificeert, ook is aangebracht op verpakkingen waarvoor geen beroep op het DSD-systeem wordt gedaan. Geen enkele bepaling van het merktekencontract geeft de gebruiker van het logo dus het recht of legt hem de plicht op om het merk Der Grüne Punkt aan te brengen op verpakkingen waarvoor hij geen beroep op het DSD-systeem doet, en er bestaat geen onevenwicht tussen de prestatie van DSD (terugname en verwerking van de verpakkingen) en de in ruil daarvoor gevraagde licentievergoeding.

- 116 Aangaande de verwijzing door de Commissie naar het arrest van het Bundesgerichtshof (federaal gerechtshof, Duitsland) van 15 maart 2001 in de zaak Bako, merkt verzoekster op dat het Bundesgerichtshof in dat arrest niet heeft geoordeeld dat de contractbepalingen inzake de licentievergoeding niet adequaat waren. Integendeel, het heeft vastgesteld dat verzoekster geen aanspraak kan maken op de volledige licentievergoeding op grond van de artikelen 4, lid 1, en 5, lid 1, van het merktekencontract voor de verpakkingen waarvoor zij niet wettelijk bevoegd is, te weten de verpakkingen van industriële ondernemingen en grote bedrijven. In dat geval, dat in de bestreden beschikking niet aan de orde is (voetnoot 14 van de bestreden beschikking), had verzoekster immers de gevraagde bevrijdingsdienst niet verricht. In de onderhavige zaak gaat het echter om verpakkingen waarop het merk Der Grüne Punkt is aangebracht en waarvoor DSD ontegenzeggelijk bevoegd is, dat wil zeggen verpakkingen die zich bevinden bij de particuliere eindverbruiker bij wie DSD ook dan de bevrijdingsdienst voor behandeling en verwerking van de verpakkingen verricht wanneer de verbruiker de verpakking bij vergissing terugbrengt via een openbaar afvalverwerkingsysteem of via een concurrerend systeem voor inzameling en verwerking van de verpakkingen.

- 117 De Commissie benadrukt dat bij gebruik van het DSD-systeem en een ander collectief systeem of een eigen systeem de verhouding tussen de door DSD verrichte dienst en de in ruil daarvoor gevraagde licentievergoeding uit evenwicht is wanneer alleen het merken van de verpakking met het logo Der Grüne Punkt in aanmerking wordt genomen aangezien in een dergelijk systeem geen rekening wordt gehouden met de vraag of de dienst werkelijk aan de aangesloten ondernemingen is verricht.
- 118 Bovendien merkt de Commissie op dat de argumenten die verzoekster in repliek aanvoert, namelijk dat de licentievergoeding alleen geldt voor door haar systeem behandelde verpakkingen, haaks staan op haar vroegere praktijk. In dit verband verwijst de Commissie naar het arrest Băko (zie punt 116 supra), waarin het Bundesgerichtshof heeft geoordeeld dat, anders dan DSD stelde, deze onderneming geen schuldvordering kon hebben jegens een van haar klanten voor verpakkingen met het merk Der Grüne Punkt die aan professionele afnemers waren geleverd. Verder verwijst de Commissie naar de zaak Hertzelt, waarin DSD zich op basis van het merktekencontract verzette tegen de vordering van een van haar klanten tot terugbetaling van het gedeelte van de licentievergoeding dat verschuldigd was voor de verpakkingen waarvoor DSD geen bevrijdingsdienst voor de verwijdering ervan kon verzekeren [arrest van het Oberlandesgericht Düsseldorf (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat te Düsseldorf, Duitsland) van 11 augustus 1998, zaak Hertzelt, waartegen cassatieberoep is ingesteld bij het Bundesgerichtshof].

c) Beoordeling door het Gerecht

i) Het in de bestreden beschikking vastgestelde misbruik

- 119 Volgens de bestreden beschikking maakt DSD misbruik van haar machtspositie door betaling van een licentievergoeding te vragen voor alle in Duitsland in de handel gebrachte verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt, ook al is bewezen dat voor de hoeveelheid verpakkingen waarvoor de producent of verkoper geen beroep doet

op het DSD-systeem, de in het besluit opgelegde terugname- en verwerkingsplicht wordt nagekomen via een ander collectief systeem of een eigen systeem (zie punt 58 supra). De gevolgen van dit misbruik zijn volgens de bestreden beschikking tweevoudig: er is sprake zowel van misbruik van de klanten van DSD, doordat de gevraagde vergoeding niet evenredig is met de dienstverrichting, als van een drempel voor toegang tot de markt voor concurrenten die alternatieven voor het DSD-systeem aanbieden, gezien de kosten die ontstaan bij gelijktijdig gebruik van een ander systeem dan het DSD-systeem (zie punt 50 supra).

¹²⁰ Het begrip misbruik is een objectief begrip dat ziet op gedragingen van een onderneming met een machtspositie die invloed kunnen uitoefenen op de structuur van een markt waar, juist door de aanwezigheid van de betrokken onderneming, de mededinging reeds is verzwakt, en die ertoe kunnen leiden dat de handhaving of de ontwikkeling van de nog bestaande marktconcurrentie wordt tegengegaan met andere middelen dan bij een op ondernemersprestaties berustende normale mededinging — met goederen of diensten — gebruikelijk zijn (arrest Hof van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie, 85/76, Jurispr. blz. 461, punt 91).

¹²¹ Uit artikel 82, lid 2, sub a, EG volgt dat misbruik met name kan bestaan in het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden. Zo is er sprake van misbruik wanneer een onderneming met een machtspositie voor haar diensten een vergoeding vraagt die onevenredig is met de economische waarde van de verrichte dienst (arresten Hof van 13 november 1975, General Motors/Commissie, 26/75, Jurispr. blz. 1367; 14 februari 1978, United Brands/Commissie, 27/76, Jurispr. blz. 207, punten 235-268, en 11 november 1986, British Leyland/Commissie, 226/84, Jurispr. blz. 3263, punten 27-30).

122 Zo kan een onderneming met een machtspositie misbruik maken door concurrenten de toegang tot de markt te belemmeren wanneer zij de afnemers van haar diensten de jure of de facto aan zich bindt en zo verhindert dat zij diensten van concurrerende aanbieders afnemen (zie in die zin arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald, punt 90).

ii) De door verzoekster opgeëiste exclusiviteit

123 Verzoekster voert als belangrijkste argument in dit verband in haar beroepsverzoekschrift aan dat concurrentie tussen de systemen alleen mogelijk is omdat de betrokken producent of verkoper de verpakkingen waarvoor hij van de in het besluit opgelegde terugname- en verwerkingsplicht bevrijd wil zijn, overdraagt aan DSD en omdat de eindverbruiker de verpakkingen die hij in het DSD-systeem kan inleveren en de verpakkingen die hij in een andere collectief systeem of een eigen systeem kan inleveren, duidelijk moet kunnen identificeren (zie punt 115 supra).

124 Het merk Der Grüne Punkt maakt het aldus mogelijk, tegelijk aan te geven welke verpakkingen aan DSD worden overgedragen en voor welke verpakkingen de producent of verkoper dus wordt bevrijd van de terugname- en verwerkingsplicht, en de verbruiker duidelijk te maken wat hij ermee moet aanvangen, hetgeen een garantie kan zijn dat de door deze producent of verkoper aan DSD toevertrouwde opdracht wordt uitgevoerd. Bijgevolg moeten alleen de verpakkingen waarvoor een beroep op het DSD-systeem wordt gedaan, worden gemerkt met het met dat systeem overeenstemmende logo Der Grüne Punkt, want voor deze verpakkingen bevrijdt verzoekster volgens het contract en volgens de wet de betrokken producent of verkoper van de krachtens het besluit op hem rustende terugname- en verwerkingsplicht. Bovendien kan doordat op de betrokken verpakking slechts één indicatie met betrekking tot het te gebruiken terugname- en verwerkingsysteem

wordt aangebracht, invloed worden uitgeoefend op het gedrag van de eindverbruiker die aldus niet wordt misleid door andere indicaties waarmee hem wordt gevraagd, deze verpakking via een ander systeem terug te bezorgen.

- 125 Op basis van deze argumentatie is verzoekster van mening dat haar licentievergoedingsregeling geen misbruik vormt in de zin van artikel 82 EG, aangezien de vergoeding in ruil voor de terugname en de verwerking via het DSD-systeem volgens deze regeling alleen verschuldigd is voor verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt waarvoor de producent of verkoper van verpakkingen van de krachtens het besluit op hem rustende verplichtingen bevrijd wil worden. Een voorbeeld maakt het een en het ander duidelijk: wanneer een producent of verkoper van verpakkingen in Duitsland 100 verpakkingen in de handel brengt en voor de helft daarvan op DSD een beroep doet voor de terugname en de verwerking, moet hij op 50 verpakkingen het logo Der Grüne Punkt aanbrengen om de verbruiker erop te wijzen dat deze 50 verpakkingen moeten worden teruggenomen en verwerkt door DSD, aan wie hij de verantwoordelijkheid voor behandeling van deze verpakkingen heeft overgedragen. Wanneer deze producent of verkoper het logo aanbrengt op de 100 verpakkingen die hij in de handel brengt, moet hij een op deze basis berekende licentievergoeding betalen — ook al komen in werkelijkheid slechts 50 verpakkingen terug in het DSD-systeem — aangezien DSD potentieel verplicht is, de 100 verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt die hem op grond van het besluit zijn toevertrouwd, terug te nemen en te verwerken. De hoegrootheid van de krachtens het merkencontract betaalde licentievergoeding hangt aldus af van het aantal verpakkingen waarop het logo Der Grüne Punkt is aangebracht.

- 126 Verzoekster betwist evenwel niet dat de producent of verkoper van verpakkingen het DSD-systeem kan combineren met een ander collectief systeem of met een eigen systeem om met name te vermijden dat hij betaalt voor een dienst die in concreto niet via het DSD-systeem wordt verricht (zie punt 46 supra). Volgens verzoekster moet deze producent of verkoper in een dergelijk geval evenwel in staat zijn, alvorens het product aan de eindverbruiker te bezorgen, de verpakkingen waarvoor hij een beroep op het DSD-systeem doet, te onderscheiden van de verpakkingen waarvoor hij een ander systeem gebruikt. Voortbordurend op hetzelfde voorbeeld betekent dit dat de producent of verkoper voor de andere helft van de 100 in de handel gebrachte verpakkingen door middel van een vermelding op de verpakking of

door een andere passende maatregel duidelijk moet maken dat van een ander collectief systeem dan het DSD-systeem gebruik wordt gemaakt, of dat hij ervoor moet zorgen dat bij gebruik van een eigen systeem de verkoper de eindverbruiker attent maakt op de mogelijkheid tot teruggave van de verpakking in het verkooppunt. Verzoekster is in elk geval van mening dat het logo Der Grüne Punkt niet mag worden aangebracht op de 50 verpakkingen waarvoor deze producent geen beroep doet op het DSD-systeem.

127 Volgens de redenering die verzoekster volgt, is het logo Der Grüne Punkt exclusief en mag het niet worden gebruikt samen met een andere indicatie die kan dienen om een met het DSD-systeem concurrerend systeem te identificeren. Verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt vallen uitsluitend onder haar systeem en mogen niet via een ander systeem worden behandeld.

128 Om deze argumentatie te onderbouwen en om de inhoud van de bestreden beschikking te betwisten, beroept verzoekster zich op de wijze waarop de mededinging speelt (zie punt 93), die kan steunen op een exclusief merken van de verpakkingen afhankelijk van het gebruikte systeem (zie punt 95), op het besluit (zie punten 98-101), het merkenrecht (zie punten 103-113) en de noodzakelijke vereisten voor de goede werking van het DSD-systeem (zie punten 115 en 116), die een exclusief merken bij gebruik van het DSD-systeem voorschrijven.

iii) Werkwijze van de gemengde systemen

129 Voor een beoordeling van verzoeksters argumenten moet het Gerecht de premissen ervan toetsen. Met name moet worden nagegaan of, zoals verzoekster stelt, de

producent of verkoper van verpakkingen een bepaald aantal verpakkingen waarop het logo Der Grüne Punkt moet worden aangebracht, overdraagt aan DSD en of, hetgeen verzoekster betwist, de aan DSD toevertrouwde verpakkingen tegelijk onder een ander terugname- en verwerkingsstelsel dan het DSD-stelsel kunnen vallen.

130 Ter terechtzitting zijn de partijen ondervraagd over de werkwijze van de gemengde systemen, opdat het Gerecht weet welke rol de verpakking als zodanig en, inzonderheid, de verpakking met het logo Der Grüne Punkt vervult bij de nakoming van de bij het besluit opgelegde terugname- en verwerkingsplicht. Op basis van deze uiteenzetting op tegenspraak komt het Gerecht tot de volgende vaststellingen.

131 In de eerste plaats zij opgemerkt dat de in bijlage I, betreffende § 6, bij het verpakkingenbesluit vastgestelde verwerkingsquota zijn berekend als een percentage van de daadwerkelijk teruggenomen en verwerkte hoeveelheid in de handel gebracht materiaal, en niet op basis van het aantal of het soort van de betrokken verpakkingen, met of zonder logo om het collectieve stelsel te identificeren. Punt 1, lid 1, van bijlage I, betreffende § 6, bij het besluit vermeldt aldus dat de producenten en de verkopers van verpakkingen moeten voldoen aan de vereisten in verband met de verwerking van de verpakkingen die zij in de handel hebben gebracht, en dat dit ook geldt voor de exploitanten van collectieve systemen met betrekking tot de verpakkingen waarvoor de producenten of de verkopers aan dergelijke systemen deelnemen. In dit verband is in punt 1, lid 2, van bijlage I, betreffende § 6, bij het besluit gepreciseerd dat de relevante hoeveelheden verpakkingen worden bepaald als „percentage van de massa”, ongeacht of het gaat om door de producent of verkoper in de handel gebrachte verpakkingen dan wel om verpakkingen waarvoor de producent of verkoper aan een collectief stelsel deelneemt. Bovendien gelden sinds 1 januari 2000 voor eigen en collectieve systemen dezelfde verwerkingsquota per materiaalsoort (punt 19 van de bestreden beschikking).

132 In de tweede plaats vloeit uit het voorgaande voort dat de verdeling van de hoeveelheden verpakkingen over de verschillende systemen, waartoe de producent

of de verkoper heeft besloten, geen betrekking heeft op vooraf bepaalde hoeveelheden verpakkingen maar op de materiaal massa die deze verpakkingen vormen. In de praktijk betekent dit dat wanneer een producent van verpakkingen DSD belast met de terugname en de verwerking van de helft van de plastic verpakkingen die hij in Duitsland in de handel brengt, DSD wordt belast met de taak om een hoeveelheid materiaal die overeenkomt met de helft van deze verpakkingen, terug te nemen en te verwerken. Om de verwerkingsquota van het besluit te bereiken, moet DSD dus aan de Duitse autoriteiten het bewijs leveren dat zij 60 % van de massa plastic waarmee zij door de producent is belast, heeft verwerkt (60 % is het verwerkingspercentage voor plastic). Indien de producent kan bewijzen dat hij zich van zijn terugname- en verwerkingsplicht heeft gekweten door deze voor de helft van de hoeveelheid in de handel gebrachte plastic op DSD over te dragen, zal hij bovendien evenzo moeten bewijzen dat hij de overgebleven hoeveelheid materiaal, te weten de andere helft, via een eigen systeem of een ander collectief systeem heeft teruggenomen en verwerkt.

133 In de derde plaats heeft het logo Der Grüne Punkt, nu zowel wordt bepaald of de verwerkingsquota van het besluit zijn bereikt als de hoeveelheden verpakkingen over systemen worden verdeeld op basis van de betrokken materiaal massa's en niet op basis van de verpakkingen als zodanig, ongeacht of daarop dat logo is aangebracht, niet de rol en het belang die verzoekster eraan toeschrijft. Een producent of een verkoper van verpakkingen die de terugname en verwerking van een deel van de door hem in Duitsland in de handel gebrachte verpakkingen aan DSD opdraagt, en het andere deel van deze verpakkingen zelf, via een eigen systeem, dan wel via een ander collectief systeem terugneemt en verwerkt, behoeft dus enkel de hoeveelheden materiaal over de verschillende betrokken systemen te verdelen zonder zich te bekommeren om de concrete omlijning van het gedrag van de eindverbruiker, anders dan verzoekster stelt.

134 Als concreet voorbeeld werd ter terechtzitting de fastfoodketen aangehaald. Wanneer een eindverbruiker een snack in een warmhoudverpakking koopt, kan hij vrij kiezen om het product ter plaatse te verbruiken en de verpakking weg te werpen in de afvalbakken die de fastfoodketen daar heeft gezet in het kader van zijn

eigen systeem, of om dat product naar huis te nemen en vervolgens de verpakking in te leveren in een afvalbak van DSD in de omgeving van zijn woning. Deze verpakking kan dus worden ingeleverd in de twee inzamel- en verwerkingsystemen die de fastfoodketen aanbiedt om te voldoen aan de bij het besluit opgelegde verplichtingen.

135 Anders dan verzoekster stelt (zie punt 112), wordt door de omstandigheid dat op de betrokken verpakking het logo Der Grüne Punkt kan zijn aangebracht, hoewel ze via een ander systeem kan worden teruggenomen en verwerkt, geen afbreuk gedaan aan de goede werking van het DSD-systeem, aangezien het in de contractuele verhouding tussen verzoekster en de producent of verkoper van verpakkingen van belang is dat wordt gegarandeerd dat de hoeveelheden te verwerken in de handel gebracht materiaal daadwerkelijk worden teruggenomen en verwerkt, opdat de quota van het besluit worden bereikt. Zoals hierboven is uiteengezet, wordt niet op basis van het feit dat op de betrokken verpakking het logo Der Grüne Punkt is aangebracht, bepaald of deze quota voor het DSD-systeem zijn bereikt.

136 In de veronderstelling dat een fastfoodketen 100 ton plastic verpakkingen over een bepaald jaar in de handel brengt en hij op basis van de resultaten van het jaar voordien weet dat 50 van deze 100 ton in zijn eigen systeem werd ingeleverd, moet hij van een collectief systeem gebruik maken om aan te tonen dat de overige in de handel gebrachte 50 ton plastic materiaal werd teruggenomen en verwerkt overeenkomstig de verplichtingen van het besluit. Wanneer het gedrag van de klanten van deze fastfoodketen beantwoordt aan deze verdeling van de hoeveelheden, namelijk 50 ton plastic wordt via het eigen systeem teruggenomen en verwerkt, en de overige 50 ton plastic via een collectief systeem, worden de verwerkingsquota van de verschillende betrokken systemen bereikt.

137 Wanneer het gedrag van de klanten van deze keten daarentegen niet beantwoordt aan de op voorhand gemaakte verdeling van de hoeveelheden, worden correctie-

regelingen toegepast om met dat gegeven rekening te houden. Wanneer, bijvoorbeeld, slechts 10 ton plastic verpakkingen in het eigen systeem wordt ingeleverd, moet de fastfoodketen het tekort van 40 ton plastic overnemen van systemen met een teveel doordat zij juist 40 extra ton plastic hebben moeten terugnemen en verwerken. Omgekeerd, wanneer 90 ton plastic in het eigen systeem wordt ingeleverd, kan de fastfoodketen het betrokken collectieve systeem vragen om verlaging van haar licentievergoeding, op voorwaarde dat wordt aangetoond dat zij 40 van de 50 ton die haar was toevertrouwd, heeft teruggenomen en verwerkt. Door deze correctiemogelijkheden kan worden gegarandeerd dat voor elk systeem de in het besluit opgelegde verplichtingen worden nagekomen, waarbij de vergoeding afhangt van de daadwerkelijk gepresterde dienst.

138 Ook wanneer een producent of verkoper van verpakkingen van twee of meer collectieve systemen gebruik maakt, zoals het DSD-systeem en het Landbell-systeem, is het mogelijk de in het contract toegekende materiaalhoeveelheden te corrigeren op basis van de concrete inzamel- en verwerkingsresultaten. Terloops zij bovendien opgemerkt dat deze correctiemogelijkheden concreet zijn uitgewerkt in een compensatieakkoord, waarnaar ter terechtzitting is verwezen, op basis waarvan de verschillende systeemexploitanten de hoeveelheden materiaal die worden verwerkt door de afvalverwijderingsbedrijven waarop zij een beroep doen, kunnen verdelen, rekening houdend met de hoeveelheden materiaal waarvoor zij overeenkomstig de contracten met de producenten en de verkopers van verpakkingen verantwoordelijk zijn.

139 Uit het voorgaande vloeit dus voort dat een producent of verkoper van verpakkingen geen bepaald aantal verpakkingen waarop het logo Der Grüne Punkt moet worden aangebracht, aan DSD overdraagt, maar wel een hoeveelheid materiaal die deze producent of verkoper in Duitsland in de handel zal brengen en die hij wil terugnemen en verwerken door een beroep te doen op het DSD-systeem. Een producent of verkoper van verpakkingen kan dus gebruik maken van gemengde systemen om de verwerkingsquota van het besluit te bereiken.

iv) Verzoeksters kritiek op de analyse van de bestreden beschikking

¹⁴⁰ Op basis van deze uiteenzetting betreffende de praktische werkwijze van de gemengde systemen kan verzoeksters kritiek op de analyse van de bestreden beschikking naar waarde worden geschat.

¹⁴¹ Vooraf zij eraan herinnerd dat alleen de bepalingen van het merktekencontract betreffende de licentievergoeding in de bestreden beschikking als misbruik worden aangemerkt (te weten de artikelen 4, lid 1, en 5, lid 1, van het contract). De Commissie oordeelt dus niet negatief over artikel 3, lid 1, van het contract, waarbij de producent of verkoper die het DSD-systeem wenst te gebruiken, wordt verplicht, het logo Der Grüne Punkt aan te brengen op elke aangemelde verpakking voor binnenlands verbruik. Volgens de Commissie is er daarentegen wel sprake van misbruik wanneer DSD betaling van een licentievergoeding verlangt voor alle in Duitsland in de handel gebrachte verpakkingen met dat logo, terwijl is bewezen dat een aantal van deze verpakkingen via een ander collectief systeem of via een eigen systeem wordt teruggenomen en verwerkt.

— Geen noodzaak om het logo Der Grüne Punkt op alle verpakkingen aan te brengen bij gebruik van een gemengd systeem doordat selectief merken naargelang van het gebruikte systeem mogelijk is

¹⁴² In de eerste plaats, aangaande verzoeksters argument dat het niet noodzakelijk is dat het logo Der Grüne Punkt op de verpakking wordt aangebracht bij gebruik van een

gemengd systeem, daar het mogelijk is het merk Der Grüne Punkt op de verpakkingen wel of niet aan te brengen naargelang van het gebruikte systeem, volgt uit het voorgaande dat nergens in het besluit het selectief merken van verpakkingen verplicht wordt.

143 Verder zou, zoals in de punten 103 tot en met 107 van de bestreden beschikking is uiteengezet, het selectief merken van verpakkingen naargelang van het gebruikte systeem tot aanzienlijke meerkosten leiden voor de producenten en verkopers die in Europa een eenvormige verpakking op de markt willen brengen of een gemengd systeem willen gebruiken, doordat het noodzakelijk is de verpakkingenlijnen te diversifiëren en de verkoop ervan te controleren tot in het stadium van levering aan de eindverbruiker. Bovendien bestaat het gevaar dat deze inspanningen een slag in het water zijn, aangezien de eindverbruiker en niet de producent of verkoper beslist waar de verpakking wordt teruggenomen en verwerkt. In elk geval betwist verzoekster in haar betoog niet dat het selectief merken de producenten en verkopers van verpakkingen ontmoedigt om op andere systemen dan het DSD-systeem een beroep te doen, hetgeen precies een van de gevolgen is van de in de bestreden beschikking (punten 114 en 115) als misbruik aangemerkte gedraging van DSD.

144 Ten slotte zij opgemerkt dat de door verzoekster aangehaalde voorbeelden van selectief gemerkte verpakkingen niet binnen het bereik van de bestreden beschikking vallen, aangezien een gedeelte van de in deze sectoren verhandelde verpakkingen bestemd is voor professionele afnemers en dus buiten verzoeksters actiedomein valt, dat verpakkingen voor de eindverbruiker omvat.

145 Bijgevolg dient te worden vastgesteld dat de door verzoekster bepleite oplossing van selectief gemerkte verpakkingen niet in het besluit wordt opgelegd en het niet mogelijk maakt, het in de bestreden beschikking vastgestelde misbruik te beëindigen.

— Argumenten in verband met de niet-uitschakeling van de mededinging

- ¹⁴⁶ In de tweede plaats, aangaande verzoeksters argumenten dat de mededinging niet wordt uitgeschakeld door de omstreden gedraging van DSD, aangezien de hoeveelheid via eigen systemen verwerkte verpakkingen tussen 1997 en 2000 met 60 % is gestegen en een aantal klanten van DSD van het DSD-systeem op een ander collectief systeem is overgestapt (zie punt 95 supra), zij opgemerkt dat in deze gegevens geen rekening wordt gehouden met het geval van gemengde systemen waarbij ten dele het DSD-systeem en ten dele een andere collectief systeem of een eigen systeem worden gebruikt.
- ¹⁴⁷ Bovendien is het argument betreffende de door verzoekster aangehaalde hoeveelheden verpakkingen die via een eigen systeem worden verwerkt, niet van doorslaggevend belang gelet op de informatie die de Commissie in dupliek heeft meegedeeld, aangezien in 1997 slechts zeer weinig verpakkingen daadwerkelijk via een eigen systeem werden teruggenomen en in 2000 slechts 333 000 ton via eigen systemen werd ingezameld, dit is niet meer dan 6 % van de 5,5 miljoen ton die in dat jaar via het DSD-systeem werd ingezameld.
- ¹⁴⁸ Deze gegevens kunnen in geen geval volstaan om te twijfelen aan de beoordeling van de Commissie in de bestreden beschikking, namelijk dat DSD door betaling van een licentievergoeding te vragen voor alle in Duitsland in de handel gebrachte verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt, hoewel is bewezen dat een aantal van deze verpakkingen via een ander collectief systeem of via een eigen systeem is teruggenomen en verwerkt, misbruik maakt in de zin van artikel 82 EG.
- ¹⁴⁹ Het argument dat eigen systemen zijn ontwikkeld en dat een aantal klanten van het DSD-systeem op een ander collectief systeem is overgestapt, dient dus te worden afgewezen.

— Noodzaak om de doelstellingen van het besluit te garanderen

150 In de derde plaats, aangaande de noodzaak om de doelstellingen van het besluit te garanderen door verzoekster toe te staan op te leggen dat op de verpakkingen die aan het DSD-systeem worden toevertrouwd, uitsluitend het logo Der Grüne Punkt wordt aangebracht (zie punten 98-101 supra), blijkt uit de beschrijving van de praktische werkwijze van de gemengde systemen dat in het besluit niet wordt opgelegd dat bij gebruik van een gemengd systeem uitsluitend dat logo wordt aangebracht. Bovendien kan op basis van het onderzoek van deze praktische werkwijze worden vastgesteld dat het logo niet het belang heeft dat verzoekster eraan toeschrijft, aangezien de verwerkingsquota die moeten worden bereikt om de in het besluit opgelegde terugname- en verwerkingsplicht na te komen, worden berekend op basis van het ingezamelde materiaal en niet op basis van het op de verpakkingen aangebrachte logo.

151 Met betrekking tot de vaststelling welke rol de eindverbruiker vervult, is het belangrijk erop te wijzen dat verzoekster erkent dat ex ante niet met zekerheid kan worden uitgemaakt of een bepaalde verpakking daadwerkelijk via het DSD-systeem zal worden verwijderd. Bovendien kan verzoekster niet op goede gronden betwisten dat de Duitse autoriteiten, in antwoord op een vraag van de Commissie of het correct was dat „de verbruiker volgens [het verpakkingenbesluit] vrij kan beslissen of hij de verpakking in het verkooppunt achterlaat of daarheen terugbrengt, dan wel of hij deze via een systeem voor afvalverwijdering bij de huishoudens inlevert”, hebben verklaard dat „[het besluit] geen uitdrukkelijke bepaling omvat, die de eindverbruiker oplegt de verpakking te retourneren” en dat „de in de vraag [van de Commissie] geformuleerde veronderstelling bijgevolg correct is” (zie de opmerkingen van de Duitse autoriteiten, antwoord op vraag 1.b.aa; overgenomen in de bestreden beschikking, in punt 20 met voetnoot 8). In dit verband kan verzoekster niet met succes stellen dat het begrip „afvalverwijdering bij de huishoudens” doelt op verwijdering via het openbare afvalverwijderingssysteem en niet via een collectief systeem, aangezien uit de titel van vraag nr. 1 van de Commissie, betreffende de middelen om de in het besluit opgelegde verwerkingsquota te bereiken, en uit de inhoud van de opmerkingen van de Duitse autoriteiten in antwoord op vraag nr. 1.a,

waarin zij preciseren dat voor inzameling in de omgeving van de eindverbruiker van een collectief systeem gebruik wordt gemaakt, duidelijk blijkt dat dit begrip verwijst naar een collectief systeem in de zin van § 6, lid 3, van het besluit.

152 Bijgevolg kan geen enkel van de door verzoekster aangevoerde argumenten de bestreden beschikking op losse schroeven zetten, waar wordt verklaard dat het besluit de eindverbruiker vrij laat te beslissen, bij gebruik van een gemengd systeem, via welk systeem hij de verpakking terugbezorgt (punten 138, 141 en 145 van de bestreden beschikking).

153 Aangaande de mogelijkheid om de verbruiker erop attent te maken dat een verpakking via verschillende systemen kan worden teruggenomen en verwerkt, blijkt uit de bestreden beschikking (punten 141 en 145) bovendien dat de verschillende in het besluit voorziene manieren van bekendmaking — te weten door een etiket of andere passende middelen voor collectieve systemen (punt 4, lid 2, van bijlage I, betreffende § 6, bij het besluit) en vermelding van de mogelijkheid tot teruggave van de verpakking in het verkooppunt voor eigen systemen (§ 6, lid 1, derde volzin, van het besluit) — het mogelijk maken, de eindverbruiker te informeren over de verschillende mogelijkheden tot teruggave die voor de betrokken verpakking worden voorgesteld, zonder dat daarom wordt ingestemd met verzoekster argument dat wanneer het logo Der Grüne Punkt op een verpakking wordt aangebracht, dit de terugname en verwerking via een ander systeem dan het DSD-systeem belet.

154 In het besluit wordt niet gepreciseerd dat het logo Der Grüne Punkt niet mag worden aangebracht op de verpakkingen die via een concurrerend collectief systeem of via een eigen systeem worden ingezameld wanneer voor het overige is voldaan aan de voorwaarden van het besluit inzake de identificatie van het systeem dat met het DSD-systeem wordt gecombineerd. Dergelijke vermeldingen kunnen cumulatief worden aangebracht en een en dezelfde verpakking kan tegelijk onder verschillende systemen vallen. Het is aldus dat de Commissie — terecht — de door de Duitse autoriteiten in hun opmerkingen omschreven transparantieplicht uitlegt: zowel voor de consumenten als voor de autoriteiten dient duidelijk te worden omschreven voor

welke verpakkingen de terugnameplicht in het verkooppunt of in de onmiddellijke omgeving daarvan geldt en voor welke verpakkingen deze plicht niet geldt (zie de opmerkingen van de Duitse autoriteiten, antwoord op vraag 2.a, laatste volzin; punten 20, 141 en 142 van de bestreden beschikking).

- ¹⁵⁵ De argumenten in verband met de noodzaak om de doelstellingen van het besluit te garanderen moeten dus worden afgewezen.

— Merkenrechtelijke rechtvaardigingsgronden

- ¹⁵⁶ In de vierde plaats, aangaande verzoeksters argumenten in verband met het merkenrecht (zie punten 103-113 supra), zij opgemerkt dat het feit dat zowel het logo Der Grüne Punkt als een „passend middel” ter aanduiding van een ander collectief systeem in de zin van punt 4, lid 2, van bijlage I, betreffende § 6, bij het besluit wordt aangebracht op een en dezelfde verpakking wanneer twee collectieve systemen worden gecombineerd, en het feit dat zowel het logo Der Grüne Punkt als een mogelijkheid tot teruggave in het verkooppunt wordt vermeld op een en dezelfde verpakking wanneer het DSD-systeem wordt gecombineerd met een eigen systeem, geen afbreuk doen aan de wezenlijke functie van het merk van DSD (zie in die zin arrest Hof van 5 oktober 1988, Volvo, 238/87, Jurispr. blz. I-6211, punt 9, en arrest Magill, reeds aangehaald, punten 49 en 50; arrest Gerecht van 16 december 1999, Micro Leader/Commissie, T-198/98, Jurispr. blz. II-3989, punt 56). Zoals in de bestreden beschikking wordt verklaard, blijkt uit een arrest van het Kammergericht Berlin van 14 juni 1994 immers dat dit merk „voor het desbetreffende verkeer niet meer [uitdrukt], dan dat het aldus gemerkte product via het Duale System kan worden ingezameld” zonder een indicatie te geven over de kwaliteit van de aangeboden dienst (punt 145 van de bestreden beschikking). Wanneer een deel van de verpakkingen aan een concurrent van DSD is toevertrouwd, kan de verbruiker bovendien vrij beslissen of hij de verpakking via het DSD-systeem dan wel via een concurrerend systeem doet verwerken.

157 Aangezien het logo Der Grüne Punkt als functie heeft, te wijzen op de mogelijkheid tot verwijdering van de betrokken verpakking via het DSD-systeem en dat logo samen met andere tekens kan worden aangebracht of met andere middelen voor identificatie van een andere mogelijkheid tot verwijdering via een eigen systeem of een concurrerend collectief systeem, kan dus niet worden gesteld dat door de bestreden beschikking het merkenrecht op onevenredige wijze wordt genegeerd of in elk geval de noodzaak om misbruik van machtspositie in de zin van artikel 82 EG te vermijden op niet-gerechtigde wijze wordt ondermijnd.

158 In dit opzicht is verzoeksters kritiek op de verwijzing, in de bestreden beschikking, naar het arrest van het Kammergericht Berlin (zie punt 109 supra) niet relevant. In haar kritiek verwijst verzoekster alleen naar de bijzondere context waarin dat arrest is geweest; het Kammergericht Berlin heeft de idee dat het logo Der Grüne Punkt een indicatie over de kwaliteit van de afvalverwijderingsdienst kon geven, weerlegd; daarbij wordt evenwel niet afgedaan aan de conclusie van de Commissie dat verschillende vermeldingen die de verbruiker inlichten over hoe hij moet handelen bij de verschillende terugname- en verwerkingssystemen, op een en dezelfde verpakking kunnen voorkomen. Het hierboven toegelichte voorbeeld van de fastfoodketen toont dus aan wat de concrete betekenis is van het merk Der Grüne Punkt wanneer het wordt aangebracht op een verpakking die ook via een ander systeem wordt ingezameld en verwerkt.

159 Met betrekking tot de argumenten in verband met de door verzoekster overgelegde opiniepeilingen (zie punt 110 supra), zij opgemerkt dat de resultaten van deze opiniepeilingen de redenering in de bestreden beschikking niet ontkrachten. Een verbruiker neemt het logo Der Grüne Punkt op de verpakking immers logischerwijs waar als een indicatie dat deze verpakking in de afvalcontainers in de omgeving van zijn woning kan worden teruggebracht. Op deze wijze kan echter niet worden voorspeld hoe deze verbruiker zal reageren wanneer hij wordt geconfronteerd met een verpakking met verschillende logo's die een collectief systeem identificeren. De Commissie en interveniënten wijzen er evenwel op, hetgeen ter terechtzitting is

bevestigd, dat de door deze systemen gebruikte afvalcontainers doorgaans dezelfde zijn en dat de verbruiker meestal de verpakkingen in deze containers werpt op basis van het gebruikte materiaal en niet naargelang van het logo op de verpakking. In het geval van een gemengd systeem waarbij het DSD-systeem met een eigen systeem wordt gecombineerd, is het feit dat 48,4 % van de verbruikers de tegenstrijdige vermeldingen die naar deze twee systemen verwijzen, niet begrijpt, niet relevant aangezien deze vermeldingen de consument alleen attent maken op zijn vrije keuze bij gebruik van een gemengd systeem en zij dus geen tegenspraak in het leven kunnen roepen, zoals is aangetoond door het hierboven onderzochte voorbeeld van de fastfoodketen.

160 Bovendien treft het argument in verband met de misleiding van het doelpubliek van het merk geen doel (zie punt 111 supra), aangezien het merktekencontract alleen van belang is voor de gebruikers van dat logo, te weten de producenten en verkopers van verpakkingen die van het DSD-systeem gebruik maken, en niet voor de verbruikers.

161 Wanneer de door verzoekster geclaimde exclusiviteit wordt toegestaan, zou dit overigens alleen tot gevolg hebben dat de producenten en verkopers van verpakkingen wordt belet, een gemengd systeem te gebruiken en dat de mogelijkheid, voor verzoekster, om een vergoeding te krijgen voor een dienst waarvan de betrokkenen nochtans hebben aangetoond dat hij niet daadwerkelijk is gepresteerd omdat hij volgens het bepaalde in artikel 1 van de bestreden beschikking via een ander collectief systeem of een eigen systeem is verricht, wordt gerechtvaardigd.

162 De merkenrechtelijke argumenten moeten dus worden afgewezen, aangezien geen afbreuk wordt gedaan aan de eigen functie van het merk Der Grüne Punkt bij gebruik van een gemengd systeem.

— Goede werking van het DSD-systeem

163 In de laatste plaats, aangaande de argumenten in verband met de noodzaak om de goede werking van het DSD-systeem te garanderen (zie punten 115 en 116 supra), blijkt uit het voorgaande dat deze goede werking geen gevaar loopt door de gemengde systemen. In geen geval kunnen de aan de werking van het DSD-systeem inherente noodzakelijke vereisten een verantwoording zijn voor verzoeksters gedrag, zoals dat is omschreven in de door de Commissie aangehaalde arresten Băko van het Bundesgerichtshof en Hertzl van het Oberlandesgericht te Düsseldorf (zie punten 116 en 118 supra), in de verschillende bij de Commissie ingediende klachten (punten 3 en 6 van de bestreden beschikking) en in de stelling die DSD aanvankelijk in haar verzoekschrift heeft verdedigd (zie punt 115 supra), en dat erin bestaat, betaling van een licentievergoeding te vragen voor alle in Duitsland in de handel gebrachte verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt, hoewel is bewezen dat een aantal van deze verpakkingen via een ander collectief systeem of via een eigen systeem is teruggenomen en verwerkt.

v) Conclusie

164 Uit het voorgaande volgt dat, zoals is gesteld in de bestreden beschikking, noch het Duitse verpakkingenbesluit noch het merkenrecht noch de aan de werking van het DSD-systeem inherente noodzakelijke vereisten verzoekster het recht geven van de ondernemingen die van haar systeem gebruik maken, betaling van een licentievergoeding te vragen voor alle in Duitsland in de handel gebrachte verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt, wanneer deze ondernemingen aantonen dat zij voor alle of een deel van deze verpakkingen geen gebruik maken van het DSD-systeem.

165 Bijgevolg dient het eerste middel te worden afgewezen.

2. *Tweede middel: schending van artikel 3 van verordening nr. 17 en schending van het evenredigheidsbeginsel*

166 Verzoekster stelt dat de Commissie overeenkomstig artikel 3 van verordening nr. 17 ondernemingen bij beschikking kan verplichten aan de vastgestelde inbreuk een einde te maken. De beschikking strekkende tot beëindiging van de inbreuk moet het evenredigheidsbeginsel eerbiedigen en mag dus alleen opleggen hetgeen passend en noodzakelijk is om aan de inbreuk een einde te maken en om de onrechtmatigheid, volgens de geschonden regels, weg te werken (arresten Gerecht van 10 juli 1991, ITP/Commissie, T-76/89, Jurispr. blz. II-575, punt 80, en 8 juni 1995, Langnese-Iglo/Commissie, T-7/93, Jurispr. blz. II-1533, punt 209). In casu voldoen de bij de artikelen 3, 4 en 5 van de bestreden beschikking opgelegde maatregelen echter niet aan deze vereisten.

a) *Selectief merken van verpakkingen*

167 Verzoekster stelt, zakelijk weergegeven, dat het selectief merken van de verpakkingen naargelang van het gebruikte systeem adequater is dan de in de bestreden beschikking opgelegde verplichting.

168 Verzoekster merkt op dat de Commissie in de bestreden beschikking erop wijst dat het selectief etiketteren van een eenvormige verpakking (met of zonder het merk Der Grüne Punkt) voor de klanten van DSD „[i]n een aanzienlijk aantal gevallen [...] door de economische realiteit tot mislukken gedoemd [is]” (punt 103 van de bestreden beschikking). Er hoeft dus geen dwanglicentie te worden opgelegd in de gevallen waarin het selectief etiketteren door de economische realiteit niet tot mislukken gedoemd is. In deze gevallen kan er in se geen sprake zijn van misbruik van machtspositie en zijn de in de artikelen 3 en 4, lid 1, van de bestreden beschikking opgelegde maatregelen onevenredig.

- 169 De Commissie benadrukt dat in de bestreden beschikking gevallen worden besproken waarin alle verpakkingen dezelfde zijn, en dat zij verklaart waarom het niet realistisch is om van de producenten en verkopers van verpakkingen te verlangen dat zij verschillende verpakkingen lanceren naargelang van het terugname- en verwerkingssysteem waarop een beroep wordt gedaan.
- 170 Het Gerecht herinnert eraan dat de Commissie in de bestreden beschikking, waar misbruik van machtspositie wordt vastgesteld, ingaat op de argumenten van DSD dat producenten en verkopers van verpakkingen die van haar systeem gebruik maken, in staat moeten zijn, het logo Der Grüne Punkt niet meer aan te brengen op verpakkingen die niet onder het DSD-systeem vallen. Volgens de bestreden beschikking is het selectief merken van de verpakkingen naargelang van het gebruikte systeem geen adequate oplossing waardoor producenten en verkopers van verpakkingen een eigen systeem of een ander collectief systeem zouden kunnen combineren met het DSD-systeem. De Commissie is immers van mening dat deze oplossing leidt tot aanzienlijke meerkosten voor productie en distributie (punten 104 en 105 van de bestreden beschikking), dat het moeilijk zelfs onmogelijk is het traject van een verpakking in het distributie- en verkoopkanaal te controleren (punt 106 van de bestreden beschikking), en dat de verbruiker beslist waar hij de verpakking inlevert bij gebruik van een eigen en een collectief systeem (punt 107 van de bestreden beschikking).
- 171 Het is in deze context dat de door verzoekster aangehaalde passage uit de bestreden beschikking moet worden begrepen, namelijk dat de oplossing waarbij het logo Der Grüne Punkt niet meer wordt aangebracht op verpakkingen die niet onder het DSD-systeem vallen, „[i]n een aanzienlijk aantal gevallen [...] door de economische realiteit tot mislukken gedoemd [is]” (punt 103 van de bestreden beschikking).
- 172 Uit deze beoordeling kan daarom nog niet worden afgeleid dat de in de artikelen 3 tot en met 5 van de bestreden beschikking opgelegde maatregelen onevenredig zijn. Deze maatregelen verbieden DSD immers alleen om een licentievergoeding te vragen voor alle verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt wanneer is

aangetoond dat een deel van deze verpakkingen via een ander systeem werd teruggenomen en verwerkt. Zoals blijkt uit het in het kader van het eerste middel gedane onderzoek van de werkingwijze van de gemengde systemen (zie punten 131-138 supra), concurreren de systemen elkaar op basis van de te verwerken hoeveelheden materiaal en niet op basis van vooraf bepaalde hoeveelheden verpakkingen die — via met name het selectief merken — uitsluitend onder het ene of het andere systeem zouden vallen. Bovendien doen de betrokken maatregelen niet op onevenredige wijze afbreuk aan de belangen van DSD, omdat zij een vergoeding blijft krijgen voor de door haar aangeboden dienst, namelijk de terugname en verwerking van de hoeveelheden materiaal die haar worden opgedragen door de bij haar systeem aangesloten producenten en verkopers van verpakkingen.

173 Dat het theoretisch mogelijk is, het logo selectief aan te brengen op de verpakkingen, is bijgevolg geen grond tot nietigverklaring van voornoemde maatregelen, aangezien deze oplossing voor de producenten en verkopers van verpakkingen duurder en moeilijker te realiseren is dan de in de artikelen 3 tot en met 5 van de bestreden beschikking opgelegde maatregelen, die alleen ertoe strekken, de vergoeding van de door DSD aangeboden dienst te beperken tot de via haar systeem daadwerkelijk gepresteerde dienst.

174 Wanneer de oplossing van het selectief merken wordt aanvaard, zou dit overigens erop neerkomen dat de Commissie DSD toestaat, haar machtspositie te blijven misbruiken, aangezien het gevaar bestaat dat de kosten en de praktische toepassingsproblemen van deze oplossing de klanten van DSD ervan afhouden, op een ander systeem dan het DSD-systeem een beroep te doen voor de terugname en de verwerking in Duitsland van een deel van hun verpakkingen (gevallen nrs. 1 en 2) of van al hun verpakkingen (geval nr. 3).

175 Bijgevolg dient deze eerste grief te worden afgewezen.

b) Gedwongen licentieverlening zonder beperking in de tijd

176 Verzoekster stelt dat de artikelen 3 en 4, lid 1, van de bestreden beschikking onevenredig zijn, omdat zij haar verplichten, aan derden een licentie voor het gebruik van het merk Der Grüne Punkt te verlenen en wel zonder beperking in de tijd, ook al nemen deze derden niet deel aan het DSD-systeem, terwijl de enige motivering voor deze maatregel is dat de toegang tot de markt hierdoor voor concurrenten veel moeilijker wordt gemaakt (zie punt 115 van de bestreden beschikking). Een dwanglicentie kan dus alleen worden overwogen voor de periode waarin de concurrenten toegang tot de markt krijgen.

177 De Commissie benadrukt dat potentiële concurrenten van verzoekster opnieuw van de markt zouden worden verdrongen zodra hun klanten opnieuw aan DSD de vergoeding zouden moeten betalen voor de hoeveelheden waarvoor zij niet langer op het DSD-systeem een beroep doen.

178 Het Gerecht herinnert eraan dat de Commissie de gedraging van DSD, waarbij betaling van een licentievergoeding wordt gevraagd voor alle in Duitsland in de handel gebrachte verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt, gelet op artikel 82 EG als misbruik van machtspositie en als een drempel voor markttoetreding heeft aangemerkt (punten 110-135 en artikel 1 van de bestreden beschikking). Volgens de bestreden beschikking mag er geen licentievergoeding worden gevraagd wanneer de producenten en verkopers van verpakkingen die slechts voor een deel van de in Duitsland in de handel gebrachte verpakkingen van het DSD-systeem gebruik maken, aantonen dat zij de krachtens het besluit op hen rustende terugname- en verwerkingsplicht nakomen via een concurrerend collectief systeem of via een eigen systeem (gevallen nrs. 1 en 2). De licentievergoeding mag evenmin worden gevraagd wanneer de producenten en verkopers van verpakkingen die in Duitsland geen beroep doen op het DSD-systeem, maar daar een standaardverpakking op de markt brengen die zij ook op de markt brengen in een andere lidstaat waarvoor zij zijn aangesloten bij een terugnamesysteem dat gebruik maakt van het logo Der Grüne

Punkt, aantonen dat zij de krachtens het besluit op hen rustende terugname- en verwerkingsplicht nakomen via een concurrerend collectief systeem of via een eigen systeem (geval nr. 3).

179 Teneinde deze inbreuk op artikel 82 EG te beëindigen, heeft de Commissie DSD verplicht, de bij de artikelen 3 en 4, lid 1, van de bestreden beschikking opgelegde verplichtingen na te komen.

180 Deze verplichtingen zien dus niet op derden, maar op producenten en verkopers van verpakkingen die in het kader van het merktekencontract medecontractant van DSD zijn (artikel 3, dat ziet op de gevallen nrs. 1 en 2), of houder van een licentie voor het gebruik van het merk Der Grüne Punkt in een andere lidstaat, in het kader van een terugname- en verwerkingssysteem dat gebruik maakt van het met dat merk overeenstemmende logo (artikel 4, lid 1, dat ziet op geval nr. 3).

181 Deze verplichtingen hebben evenmin tot doel, DSD ertoe te dwingen een licentie zonder beperking in de tijd te verlenen voor het gebruik van het merk Der Grüne Punkt, doch alleen DSD te verplichten, af te zien van de licentievergoeding voor alle verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt wanneer is bewezen dat alle of alleen een deel van deze verpakkingen via een ander systeem zijn teruggenomen of verwerkt.

182 Zolang de gebruikers van het logo Der Grüne Punkt het bewijs leveren dat de hoeveelheden verpakkingen waarvoor zij geen gebruik maken van het DSD-systeem, daadwerkelijk worden teruggenomen en verwerkt via het (de) collectieve of eigen systeem (systemen) waarop zij een beroep doen, kan verzoekster bijgevolg niet met succes stellen dat het onevenredig is van haar te verlangen dat zij niet wordt vergoed voor een dienst die zij niet verricht.

183 Bijgevolg dient deze tweede grief te worden afgewezen.

c) Verplichting tot voorafgaande prestatie

184 Verzoekster merkt op dat uit de artikelen 3, eerste volzin, 4, lid 1, en 5, leden 2 en 3, van de bestreden beschikking volgt dat de gebruikers van het logo kunnen weigeren de licentievergoeding voor het gebruik van het merk Der Grüne Punkt te betalen door te verklaren dat zij van plan zijn, voor een deel van hun verpakkingen niet langer een beroep op het DSD-systeem te doen en dat zij de uit het besluit voortvloeiende verplichtingen zullen nakomen via een eigen afvalverwijderingsoplossing. Artikel 5, leden 3 en 7, van de bestreden beschikking verbiedt verzoekster overlegging van de verklaring van een deskundige te vragen vóór de in het besluit gestelde datum (te weten 1 mei van het volgende jaar) of andere rechtvaardigingen te eisen. Deze maatregel is onevenredig en leidt tot een onbillijke risicospreiding, aangezien verzoekster moet afzien van voorafgaande betaling van de licentievergoeding en deze betaling slechts mag opvragen in het kader van een procedure tot overlegging van het bewijs 16 maanden later, terwijl zij gedurende deze periode het liquiditeitsrisico van haar klant draagt.

185 De Commissie stelt dat het geval waarin nagenoeg alle gedistribueerde verpakkingen uit het DSD-systeem worden gehaald, hoogst onwaarschijnlijk is, gelet op de daarmee gepaarde gaande bewijslast. Bovendien is het begrip „voorafgaande prestatie” onjuist, aangezien verzoekster slechts betaling a posteriori wordt opgelegd wanneer voor de andere inzamelsystemen de voorziene quota niet zijn bereikt. Ondernemingen die eigen inzamelsystemen aanbieden, zullen hun klanten evenwel niet aanraden deze stap te zetten, aangezien zij al het mogelijk doen om het quotum

voor de hun bij contract toegekende hoeveelheid te bereiken, teneinde te ontsnappen aan de verplichting om a posteriori een gedeeltelijke licentie te verkrijgen van een concurrent en eventueel bovenop rente te moeten betalen ingeval dat quotum niet is bereikt.

186 Vooraf merkt het Gerecht op dat het geval waarnaar verzoekster verwijst, namelijk wanneer een aantal gebruikers van het logo kunnen weigeren de licentievergoeding voor het gebruik van het merk Der Grüne Punkt te betalen door te verklaren dat zij van plan zijn voor een deel van hun verpakkingen niet langer van het DSD-systeem gebruik te maken, in de praktijk hoogst onwaarschijnlijk is aangezien het besluit deze gebruikers verplicht te bewijzen dat zij hun verplichting tot terugname en verwerking van de in de handel gebrachte verpakkingen zijn nagekomen via een ander systeem, en aangezien deze gebruikers anders de ontbrekende hoeveelheid moeten overkopen van het DSD-systeem indien de hoeveelheden materiaal die met deze verpakkingen overeenstemmen, via dat systeem zijn teruggenomen (zie punten 137 en 138 supra).

187 Bovendien blijkt uit artikel 5, lid 3, van de bestreden beschikking dat „DSG [...] in geen geval [kan] eisen dat de verklaring op een vroeger tijdstip wordt overgelegd dan [het verpakkingenbesluit] voorschrijft” en uit artikel 5, lid 7, dat „[a]ndere bepalingen van het merktencontract [...] niet zo [mogen] worden gebruikt dat zij ertoe leiden dat aan het aan DSD te leveren bewijs strengere eisen worden gesteld”.

188 Deze maatregelen beogen te garanderen dat de producent of verkoper van verpakkingen die voor een deel van de door hem in de handel gebrachte verpakkingen van een concurrerend of een eigen systeem gebruik maakt, de mogelijkheid heeft, aan DSD de verklaring van de exploitant of van de onafhankelijke deskundige of een accountantsverklaring over te leggen die nodig is om aan te tonen dat voor een bepaalde hoeveelheid verpakkingen de in het besluit opgelegde verplichtingen worden nagekomen via een ander systeem dan het DSD-systeem (zie artikel 5, leden 1, 2, 4 en 6).

189 Verzoekster kan bijgevolg niet stellen dat deze maatregelen onevenredig zijn aangezien deze certificeringsprocedure geldt voor alle systemen, waaronder het DSD-systeem, en zij geen bijzondere redenen voor een uitzondering op deze procedure aanvoert. Bovendien is het door verzoekster aangevoerde begrip „voorafgaande prestatie” misleidend, aangezien DSD wordt vergoed voor alle hoeveelheden materiaal die haar klanten haar toevertrouwen, en DSD slechts in geval van een probleem, dit wil zeggen wanneer voor de andere inzamelsystemen de quota voor de hun toevertrouwde hoeveelheden niet zijn bereikt, betaling voor het surplus kan vragen.

190 Bijgevolg dient deze derde grief te worden afgewezen.

d) Uitsluiting van de mogelijkheid van een passende licentievergoeding voor het gebruik van het merk alleen

191 Verzoekster stelt dat de Commissie haar in de artikelen 3 en 4 van de bestreden beschikking verbiedt, een licentievergoeding te vragen wanneer is bewezen dat de uit het besluit voortvloeiende verplichtingen op een andere wijze worden nagekomen. DSD heeft dus niet het recht van de gebruikers van het logo een licentievergoeding te eisen voor het gebruik van het merk Der Grüne Punkt alleen. De uitsluiting van deze mogelijkheid is in strijd met de rechtspraak van het Hof, dat een redelijke vergoeding toestaat (arrest Volvo, reeds aangehaald, punt 11).

192 De Commissie benadrukt dat de bestreden beschikking DSD niet verplicht tot een gedwongen licentieverlening, doch alleen wil voorkomen dat DSD een licentievergoeding vraagt wanneer een verpakking waarop het logo is aangebracht, niet via het DSD-systeem wordt teruggenomen en verwerkt. Ter terechtzitting heeft de

Commissie gepreciseerd dat, aangezien in het door DSD aangemelde merktekencontract geen onderscheid wordt gemaakt tussen de licentievergoeding voor het gebruik van het merk en de licentievergoeding voor het gebruik van het DSD-systeem, zij in de bestreden beschikking geen uitspraak doet over de vraag of een licentievergoeding mag worden gevraagd voor het gebruik van het merk alleen.

193 Het Gerecht merkt op dat de in artikel 3 van de bestreden beschikking aan DSD opgelegde verplichting het voor producenten en verkopers die slechts voor een deel van hun verpakkingen een beroep op het DSD-systeem doen, mogelijk maakt, DSD geen licentievergoeding te betalen wanneer is bewezen dat de verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt niet via het DSD-systeem maar via een concurrerend systeem zijn ingezameld en verwerkt.

194 Zelfs in dat geval valt evenwel niet uit te sluiten dat het merk Der Grüne Punkt op de betrokken verpakking als zodanig een economische waarde heeft, want het maakt het mogelijk, de verbruiker erop te wijzen dat de betrokken verpakking in het DSD-systeem kan worden ingeleverd, zoals dat trouwens wordt aangegeven in de bestreden beschikking (punt 145). Ook al wordt deze verpakking niet daadwerkelijk in het DSD-systeem ingeleverd en is aangetoond dat een gelijke hoeveelheid materiaal via een concurrerend systeem is ingezameld of verwerkt, het merk biedt de verbruiker niettemin de mogelijkheid deze verpakking via het DSD-systeem te doen verwijderen. Deze mogelijkheid, die de verbruiker wordt geboden voor alle in de handel gebrachte verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt — ongeacht of zij onder het DSD-systeem vallen — kan, na controle van de ingezamelde hoeveelheden, een prijs hebben die, ook al kan die niet de werkelijke prijs voor inzameling en verwerking zijn zoals dat krachtens de betrokken bepalingen van het merktekencontract het geval kon zijn, aan DSD moet worden betaald in ruil voor de in casu verrichte dienst, te weten de terbeschikkingstelling van haar systeem.

195 De Commissie heeft in antwoord op een vraag daarover ter terechtzitting erkend dat deze kwestie niet aan de orde was in de bestreden beschikking, waarin alleen is

onderzocht of de gedraging van DSD rechtmatig is doordat een licentievergoeding moet worden betaald voor een dienst waarvan is bewezen dat hij niet via het DSD-systeem doch via een ander systeem is verricht.

- ¹⁹⁶ Bijgevolg dient de bestreden beschikking aldus te worden uitgelegd dat zij niet uitsluit dat DSD een passende licentievergoeding kan vragen voor het gebruik van het merk alleen wanneer is aangetoond dat de verpakking met het logo Der Grüne Punkt via een ander systeem is terugnomen en verwerkt.

e) Mogelijkheid van een verduidelijking

Argumenten van de partijen

- ¹⁹⁷ Volgens verzoekster is de in artikel 3, eerste alinea, van de bestreden beschikking opgelegde verplichting onevenredig, aangezien verzoekster aldus wordt belet, van de gebruikers van het logo te verlangen dat zij in de gevallen nrs. 1 en 2 een verduidelijking op de verpakkingen aanbrengen. Een dergelijke verduidelijking, die zonder grote problemen kan worden aangebracht door de producenten en verkopers van verpakkingen die op haar systeem een beroep doen, maakt het volgens DSD mogelijk, de uit de bestreden beschikking blijkende inbreuk op het merk Der Grüne Punkt af te zwakken. Deze verduidelijking kan bijvoorbeeld de verbruiker erop attent maken dat in dat of een ander Land de verpakking niet deelneemt aan het DSD-systeem maar aan een ander collectief systeem (geval nr. 1) of dat, ook al komt het logo Der Grüne Punkt op de verpakking voor, een aantal verkooppunten geen beroep doen op het overeenstemmende systeem, maar een eigen systeem toepassen (geval nr. 2).

198 Verzoekster merkt bovendien op dat zij volgens artikel 4, lid 2, van de bestreden beschikking van de producenten of verkopers van verpakkingen die in Duitsland geen beroep doen op het DSD-systeem maar in een andere lidstaat een standaardverpakking in de handel brengen waarvoor zij zijn aangesloten bij een terugnamesysteem dat gebruik maakt van het logo Der Grüne Punkt (geval nr. 3), kan verlangen dat zij op de verpakking een verduidelijking aanbrengen om de verbruiker erop attent te maken dat deze verpakking in Duitsland niet via het DSD-systeem wordt teruggenomen. Volgens verzoekster is deze maatregel onevenredig aangezien een andere maatregel die erin bestaat het logo Der Grüne Punkt volledig te maskeren in plaats van een verduidelijking naast dit logo aan te brengen, in mindere mate afbreuk zou doen aan de herkomstfunctie van haar merk.

199 De Commissie merkt op dat, wat geval nr. 1 betreft, nergens uit kan worden afgeleid dat het besluit concurrerende systemen verbiedt, hetzelfde logo te gebruiken. Volgens verzoekster moeten de aangesloten ondernemingen de verduidelijking wijzigen telkens wanneer het concurrerende systeem in een nieuw Land wordt ingevoerd. Dit impliceert dat de verpakkingen constant moeten worden gewijzigd, met name wanneer concurrerende systemen hun intrede doen. Voor geval nr. 2 is een verduidelijking op de verpakking onmogelijk. Wat geval nr. 3 betreft, stelt de Commissie dat, indien het merk Der Grüne Punkt de door verzoekster gestelde bescherming geniet, de producenten verschillende verpakkingen voor elke lidstaat moeten lanceren, hetgeen economisch onrendabel is en een belemmering van het handelsverkeer vormt.

Beoordeling door het Gerecht

200 Aangaande de grief inzake artikel 3, eerste alinea, van de bestreden beschikking zij opgemerkt dat de door verzoekster gewenste verduidelijking het in artikel 1 van de bestreden beschikking vastgestelde misbruik van machtspositie niet kan beëindigen.

Deze verduidelijking gaat immers uit van de idee dat het mogelijk is een onderscheid te maken tussen de verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt die onder het DSD-systeem vallen, en de verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt die niet onder het DSD-systeem vallen en die dus door middel van een verduidelijking onder de aandacht van de gebruiker moeten worden gebracht. Zoals dat reeds is uiteengezet (zie punten 131-138 supra), is de concrete werkwijze van de gemengde systemen niet gebaseerd op de identificatie van de verpakkingen door de gebruikers, die vrij kunnen beslissen via welk systeem zij de verpakking gaan terugbrengen, maar op de toekenning van een massa te verwerken materiaal.

- 201 De door verzoekster gewenste verduidelijking op de verpakkingen kan dus geen einde maken aan het door de Commissie vastgestelde misbruik van machtspositie in de gevallen nrs. 1 en 2.
- 202 De grief dat de in artikel 3, lid 1, van de bestreden beschikking opgelegde maatregel onevenredig is doordat de mogelijkheid van een verduidelijking niet in overweging wordt genomen, moet dus worden afgewezen.
- 203 Aangaande de grief inzake artikel 4, lid 2, van de bestreden beschikking zij opgemerkt dat uit deze maatregel volgt dat „DSD [...] als voorwaarde voor het niet vragen van een licentievergoeding [kan] stellen dat op de verpakking [in geval nr. 3] vlakbij het symbool ‚Der Grüne Punkt‘ schriftelijk of in een andere passende vorm op een voor de eindverbruiker herkenbare wijze erop wordt gewezen, dat de verpakking niet aan het door DSD overeenkomstig § 6, lid 3, van [het verpakkingenbesluit] opgezette systeem deelneemt”. In deze bepaling wordt een door DSD in de administratieve procedure gedane toezegging zonder meer overgenomen (punten 63 en 133 van de bestreden beschikking). DSD kan dus in het kader van de onderhavige procedure niet stellen dat een andere oplossing dan deze welke zij zelf aan de Commissie heeft voorgesteld, voortaan geschikter is om het in de procedure vastgestelde probleem weg te werken. Wanneer de door

verzoekster bepleite oplossing wordt aanvaard, namelijk wanneer het logo Der Grüne Punkt wordt gemaskeerd in plaats van een verduidelijking naast dat logo, komt dit bovendien erop neer dat de producenten van verpakkingen worden verplicht, verschillende soorten verpakkingen voor elke lidstaat te maken, hetgeen economisch irrationeel is.

- ²⁰⁴ De grief dat de in artikel 4, lid 2, van de bestreden beschikking opgelegde maatregel onevenredig is doordat een verduidelijking op de verpakking wordt opgelegd, hoewel het mogelijk is, het logo Der Grüne Punkt te maskeren, dient bijgevolg te worden afgewezen.

3. Derde middel: schending van artikel 86, lid 2 EG en van artikel 253 EG

a) Argumenten van de partijen

- ²⁰⁵ Verzoekster stelt dat er geen sprake is van een inbreuk op artikel 82 EG aangezien zij is belast met een dienst van algemeen economisch belang in de zin van artikel 86, lid 2, EG, namelijk het ecologisch beheer van afval en, meer in het bijzonder, de inzameling en de verwerking van verpakkingen op het gehele Duitse grondgebied met inbegrip van de niet-rendabele landelijke gebieden (arresten Hof van 27 april 1994, Almelo, C-393/92, Jurispr. blz. I-1477, punt 47, en 23 mei 2000, Sydhavnens Sten & Grus, C-209/98, Jurispr. blz. I-3743, punten 75 en 76; arrest Gerecht van 27 februari 1997, FFSA e.a./Commissie, T-106/95, Jurispr. blz. II-229, punt 72). Deze dienst van algemeen economisch belang is haar door de Duitse Länder opgedragen

doordat zij op grond van § 6, lid 3, elfde volzin, van het besluit het DSD-systeem hebben erkend. Door de bestreden beschikking komt deze dienstverlening, tegen economisch aanvaardbare voorwaarden, in het gedrang omdat de signaalfunctie van het merk Der Grüne Punkt verdwijnt en het gevaar bestaat dat DSD niet langer het afval op het gehele grondgebied kan verwijderen. De Commissie komt bovendien in de bestreden beschikking de krachtens artikel 253 EG op haar rustende motiveeringsplicht niet na, omdat zij zich niet uitspreekt over artikel 86, lid 2, EG.

206 De Commissie, die wordt ondersteund door interveniënten, betwist de stelling dat DSD een dienst van algemeen economisch belang verricht die haar door de voor afvalverwijdering verantwoordelijke autoriteiten van de Länder zou zijn opgedragen, aangezien elke exploitant van een collectief systeem op grond van § 6, lid 3, elfde volzin, van het besluit dezelfde toestemming als DSD kan krijgen. Bovendien vloeit uit het besluit voort dat de wetgever niet heeft willen beletten dat er naast het door verzoekster opgezette systeem ook eigen en collectieve systemen bestaan. Deze mededinging is geen gevaar, maar de doelstelling van het besluit.

b) Beoordeling door het Gerecht

207 Artikel 86, lid 2, EG bepaalt dat de ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang onder de regels van het Verdrag vallen, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. Verder mag de ontwikkeling van het handelsverkeer niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.

208 Ook al is verzoekster belast met een dienst van algemeen economisch belang in de zin van artikel 86, lid 2, EG net als alle andere door de autoriteiten van de Länder

erkende collectieve systemen, het is in casu niet bewezen dat deze opdracht door de bestreden beschikking gevaar loopt.

209 Anders dan verzoekster in dit middel aanvoert, is het feit dat DSD niet mag worden vergoed voor een dienst waarvan is aangetoond dat hij via een ander systeem wordt verricht, geenszins een bewijs dat de uitvoering, onder economisch aanvaardbare voorwaarden, van de aan het DSD-systeem opgedragen dienst van terugname en verwerking door de bestreden beschikking gevaar loopt.

210 Uit de punten 156 tot en met 158 supra volgt met name dat de bestreden beschikking geen afbreuk doet aan de wezenlijke functie van het merk Der Grüne Punkt in het kader van het merktekencontract. Bovendien biedt geen enkel element van het dossier steun voor de conclusie dat het gevaar bestaat dat DSD als gevolg van de bestreden beschikking niet meer in staat is, de verpakkingen op het gehele Duitse grondgebied te verwijderen.

211 Aangezien verzoekster zich in het kader van de administratieve procedure niet heeft beroepen op artikel 86, lid 2, EG, kan de Commissie overigens niet worden verweten dat zij haar beschikking op dit punt niet heeft gemotiveerd.

212 Bijgevolg dient het derde middel te worden afgewezen.

213 Uit het voorgaande volgt dat het beroep in zijn geheel dient te worden verworpen.

Kosten

- ²¹⁴ Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie, van Landbell en van BellandVision te worden verwezen in haar eigen kosten en die van de Commissie, van Landbell en van BellandVision, daaronder begrepen die welke op het kort geding zijn gevallen. Aangezien Vfw niet heeft gevorderd dat verzoekster in de kosten wordt verwezen, zal zij haar eigen kosten dragen, daaronder begrepen die welke op het kort geding zijn gevallen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Het beroep wordt verworpen.**

- 2) **Verzoekster, Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland GmbH, zal haar eigen kosten dragen, alsmede die van de Commissie, van Landbell AG Rückhol-Systeme en van BellandVision GmbH, daaronder begrepen die welke op het kort geding zijn gevallen.**

- 3) **Vfw AG zal haar eigen kosten dragen, daaronder begrepen die welke op het kort geding zijn gevallen.**

García-Valdecasas

Cooke

Labucka

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 24 mei 2007.

De griffier

De president van de Eerste kamer

E. Coulon

J. D. Cooke

Inhoud

Rechtskader	II - 1612
A — Besluit inzake de voorkoming van de productie van verpakkingsafval	II - 1612
B — Collectief systeem van Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland GmbH en merktekencontract	II - 1615
Aan het geding ten grondslag liggende feiten	II - 1618
Procesverloop en conclusies van de partijen	II - 1620
In rechte	II - 1623
A — Bestreden beschikking	II - 1623
1. Mogelijkheid om meerdere terugname- en verwerkingssystemen te combineren om de verplichtingen van het verpakkingenbesluit na te komen	II - 1624
2. Toetsing aan artikel 82 EG	II - 1625
3. Toetsing aan artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17	II - 1630
B — Ontvankelijkheid van het beroep	II - 1634
1. Ontvankelijkheid van het beroep voor zover het ziet op artikel 4 van de bestreden beschikking	II - 1634
2. Middelen die in de loop van het geding worden aangevoerd	II - 1636
3. Inaanmerkingneming van bepaalde door verzoekster overgelegde bijlagen	II - 1637
a) Bijlagen die door C. Weidemann zijn voorbereid	II - 1637
b) Bij de repliek gevoegde opiniepeilingen	II - 1639
C — Ten gronde	II - 1639
1. Eerste middel: schending van artikel 82 EG	II - 1640
a) Opmerkingen vooraf in verband met de kosteloze dwanglicentie	II - 1640
Argumenten van de partijen	II - 1640
Beoordeling door het Gerecht	II - 1641

b) Argumenten van de partijen in verband met het misbruik van machtspositie	II - 1642
i) Geen noodzaak om het merk Der Grüne Punkt te gebruiken om aan een concurrent systeem van het DSD-systeem deel te nemen	II - 1642
ii) Geen uitschakeling van de concurrentie wanneer geen dwanglicentie voor het merk Der Grüne Punkt wordt verleend	II - 1643
iii) Verschillende rechtvaardigingsgronden voor de gedraging van DSD	II - 1644
— Noodzaak om de doelstellingen van het besluit te verwezenlijken	II - 1644
— Merkenrechtelijke rechtvaardigingsgronden	II - 1647
— Goede werking van het DSD-systeem	II - 1651
c) Beoordeling door het Gerecht	II - 1653
i) Het in de bestreden beschikking vastgestelde misbruik	II - 1653
ii) De door verzoekster opgeëiste exclusiviteit	II - 1655
iii) Werkwijze van de gemengde systemen	II - 1657
iv) Verzoeksters kritiek op de analyse van de bestreden beschikking	II - 1662
— Geen noodzaak om het logo Der Grüne Punkt op alle verpakkingen aan te brengen bij gebruik van een gemengd systeem doordat selectief merken naargelang van het gebruikte systeem mogelijk is	II - 1662
— Argumenten in verband met de niet-uitschakeling van de mededinging	II - 1664
— Noodzaak om de doelstellingen van het besluit te garanderen	II - 1665
— Merkenrechtelijke rechtvaardigingsgronden	II - 1667
— Goede werking van het DSD-systeem	II - 1670
v) Conclusie	II - 1670
	II - 1689

2. Tweede middel: schending van artikel 3 van verordening nr. 17 en schending van het evenredigheidsbeginsel	II - 1671
a) Selectief merken van verpakkingen	II - 1671
b) Gedwongen licentieverlening zonder beperking in de tijd	II - 1674
c) Verplichting tot voorafgaande prestatie	II - 1676
d) Uitsluiting van de mogelijkheid van een passende licentievergoeding voor het gebruik van het merk alleen	II - 1678
e) Mogelijkheid van een verduidelijking	II - 1680
Argumenten van de partijen	II - 1680
Beoordeling door het Gerecht	II - 1681
3. Derde middel: schending van artikel 86, lid 2 EG en van artikel 253 EG ..	II - 1683
a) Argumenten van de partijen	II - 1683
b) Beoordeling door het Gerecht	II - 1684
Kosten	II - 1686