

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

Y. BOT

van 31 maart 2009<sup>1</sup>

1. In deze zaak heeft Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland GmbH (hierna: „DSD”) hogere voorziening ingesteld tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 24 mei 2007, *Duales System Deutschland/ Commissie*.<sup>2</sup> Daarin ging het over misbruik van machtspositie in de sector van de terugwinning van verpakkingsafval.

2. Krachtens een Duits besluit zijn producenten en verkopers van verpakkingen verplicht de verpakkingen die zij op de Duitse markt brengen, terug te nemen en te verwerken.<sup>3</sup> Rekwirante is een onderneming die aan deze producenten en verkopers van verkoopverpakkingen aanbiedt om hun verpakkingen in te zamelen, te sorteren en te verwerken. Daartoe moeten laatstgenoemden op hun verpakkingen het logo Der Grüne Punkt aanbrenge n. Als tegenprestatie moeten de producenten en verkopers DSD een licentievergoeding betalen voor de kosten van inzameling, sortering en verwerking van de door DSD teruggenomen verpakkingen alsmede voor de daarmee gepaard gaande administratieve kosten.

3. Dit door DSD ingevoerd systeem ligt ten grondslag aan beschikking 2001/463/EG van de Commissie van 20 april 2001 inzake een procedure op grond van artikel 82 van het EG-Verdrag.<sup>4</sup>

4. De onderhavige hogere voorziening draait om de centrale vraag of rekwirante zich kan beroepen op het logo Der Grüne Punkt ter rechtvaardiging van het feit dat producenten en verkopers een licentievergoeding moeten betalen voor alle verpakkingen waarop dit logo is aangebracht, ook al wordt een deel van deze verpakkingen niet via rekwirantes systeem, maar via een concurrerend systeem teruggenomen.

5. Bovendien moet het Hof zich in de onderhavige hogere voorziening uitspreken over de gevolgen van de niet-nakoming door het Gerecht van de verplichting om binnen een redelijke termijn uitspraak te doen. Volgens rekwirante is dit beginsel immers geschonden doordat deze procedure ongeveer vijf jaar en negen maanden heeft geduurd.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — T-151/01, Jurispr. blz. II-1607; hierna: „bestreden arrest”.

3 — Verwerking van afval is niet hetzelfde als recyclage van afval. Bij recyclage wordt afval aldus behandeld dat het materiaal waaruit het afval bestaat, opnieuw in de productieketen van een bepaald product kan worden gebracht. Bij verwerking wordt afval als grondstof gebruikt.

4 — Zaak COMP D3/34493 — DSD (PB L 166, blz. 1; hierna: „litigieuze beschikking”).

6. In deze conclusie licht ik eerst toe waarom de hogere voorziening volgens mij dient te worden afgewezen.

worden beïnvloed, is het, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan.

7. Daarna zet ik in het kader van dit geding, waarvan de buitensporig lange duur zonder gevolg is geweest voor de aard van de beslissing ten gronde van het Gerecht, uiteen dat de passende sanctie in geval van niet-eerbiediging van het recht van elke rechtzoekende op een beslissing binnen een redelijke termijn, volgens mij niet bestaat in nietigverklaring van de litigieuze beschikking, doch in de erkenning van het recht voor rekwirante om krachtens artikel 288, tweede alinea, EG een beroep tot schadevergoeding in te stellen.

Dit misbruik kan met name bestaan in:

- a) het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden;

## I — Rechtskader

[...]"

### A — *Gemeenschapsrecht*

8. Artikel 82 EG bepaalt:

9. In geval van schending van artikel 82, eerste alinea en tweede alinea, sub a, EG kan de Commissie van de Europese Gemeenschappen krachtens artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962<sup>5</sup> „de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen bij beschikking verplichten aan de vastgestelde inbreuk een einde te maken”.

„Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden, voor zover de handel tussen de lidstaten daardoor ongunstig kan

5 — Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81 EG] en [82 EG] (PB 1962, 13, p. 204).

*B — Duitse regeling: besluit inzake de voorkoming van de productie van verpakkingsafval*

10. Op 12 juni 1991 werd de Verordnung über die Vermeidung von Verpackungsabfällen (besluit inzake de voorkoming van de productie van verpakkingsafval)<sup>6</sup> vastgesteld, waarvan de gewijzigde versie — die in casu van toepassing is — op 28 augustus 1998 in werking is getreden (hierna: „verpakkingenbesluit”). Dit besluit heeft tot doel, de gevolgen van verpakkingsafval voor het milieu te voorkomen en te beperken en daartoe verplicht het producenten en verkopers om de gebruikte verkoopverpakkingen terug te nemen en te verwerken.

11. Volgens § 3, lid 1, van dit besluit zijn verkoopverpakkingen verpakkingen die als verkooppeenheid worden aangeboden en bij de eindgebruiker afval worden. Het gaat tevens om verpakkingen die, en wegwerpser vies en wegwerpbestek dat 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.

12. § 3, lid 7, van het verpakkingenbesluit omschrijft de producent als eenieder die verpakkingen, verpakkingsmateriaal of producten waaruit rechtstreeks verpakkingen kunnen worden gemaakt, fabriceert en eenieder die verpakkingen op het Duitse grondgebied invoert. Ten aanzien van de verkoper bepaalt § 3, lid 8, van dit besluit dat

het gaat om eenieder die verpakkingen, verpakkingsmateriaal of producten waaruit rechtstreeks verpakkingen kunnen worden gemaakt, of verpakte goederen, ongeacht het handelsniveau, in de handel brengt. Ten slotte is de eindverbruiker in § 3, lid 10, van dit besluit omschreven als eenieder die de goederen in de vorm waarin zij aan hem werden geleverd, niet meer verder verkoopt.

13. Om te voldoen aan hun verplichting tot terugname en verwerking van verkoopverpakkingen moeten de producenten en verkopers overeenkomstig § 6, leden 1 en 2, van het verpakkingenbesluit de door de eindverbruikers gebruikte verpakkingen kosteloos terugnemen in het verkooppunt of in de onmiddellijke omgeving daarvan, en ervoor zorgen dat deze worden verwerkt. Dit systeem heet het „eigen systeem”. In het kader van dit systeem moet de verkoper volgens § 6, lid 1, derde volzin, van dit besluit door middel van duidelijk herkenbare en leesbare schriftelijke mededelingen de eindverbruiker wijzen op de mogelijkheid tot teruggave van de verpakking.

14. Overeenkomstig § 6, lid 3, eerste volzin, van het verpakkingenbesluit kunnen de producenten en verkopers er ook voor kiezen deel te nemen aan een systeem dat over het hele afzetgebied van de verkoper een regelmatige inzameling van gebruikte verkoopverpakkingen garandeert bij de eindverbruiker of in de onmiddellijke omgeving van zijn woning. Dit systeem heet het „collec-

6 — BGBl. 1991 I, blz. 1234.

tief systeem". Volgens punt 2, tweede volzin, van hoofdstuk 4 van bijlage I, betreffende § 6, bij dit 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 melding maken op de verpakkingen of anderszins, bijvoorbeeld door het verstrekken van informatie aan de klanten in het verkooppunt of via een bijgevoegd informatieblad. Wanneer een producent of verkoper ervoor kiest deel te nemen aan een collectief systeem, wordt hij voor alle verpakkingen die onder dit systeem vallen, bevrijd van zijn terugname- en verwerkingsplicht.

15. Ingevolge § 6, lid 3, elfde volzin, van het verpakkingenbesluit 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 inzameling 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.

16. Om hun verplichting tot terugname en verwerking van de gebruikte verkoopverpakkingen volledig na te komen, moeten de producenten en verkopers, ongeacht het systeem waarvoor zij hebben gekozen, verwerkingsquota naleven die in bijlage I, betreffende § 6, bij het verpakkingenbesluit zijn vastgesteld en verschillen naargelang van het materiaal waaruit de verpakking bestaat.

Het bewijs dat deze verwerkingsquota zijn bereikt, 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.

17. Bovendien bepaalt § 6, lid 1, negende volzin, van het verpakkingenbesluit dat, indien een verkoper niet aan zijn terugname- en verwerkingsplicht voldoet via een eigen systeem, hij dit via een collectief systeem moet doen.

#### *C — Collectief systeem van DSD, merktekencontract en dienstverleningscontract*

18. DSD is een vennootschap die sinds 1991 een zich over het gehele Duitse grondgebied uitstrekkend collectief systeem exploiteert (hierna: „DSD-systeem”). In 1993 werd DSD door de bevoegde autoriteiten van alle Länder erkend.

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

20. 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. Daartoe moeten de aangesloten ondernemingen 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.

21. De producenten en verkopers die het logo Der Grüne Punkt gebruiken, betalen aan DSD een licentievergoeding voor alle verpakkingen met dit logo die zij op het Duitse grondgebied afzetten. 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 dient uitsluitend om de kosten van inzameling, sortering en verwerking alsmede de daarmee gepaard gaande administratieve kosten te dekken.

22. Het logo Der Grüne Punkt werd in 1991 als merk ingeschreven door het Duitse Patent- und Markenamt, met DSD als houder van dit merk. Voor het gebruik van dit merk buiten Duitsland, met name in de overige lidstaten van de Europese Gemeenschap, heeft DSD haar gebruiksrechten via een algemene licentie overgedragen aan ProEurope (Packaging Recovery Organisation Europe SPRL), met zetel te Brussel (België).

23. In het DSD-systeem kunnen verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt worden ingezameld hetzij in speciale afvalbakken voor gescheiden inzameling 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 moeten worden geworpen.

24. DSD zamelt niet zelf de gebruikte verpakkingen in en verwerkt deze evenmin, maar zij besteedt deze dienst uit aan lokale bedrijven. De verhouding tussen DSD en deze bedrijven is geregeld in een standaardcontract (hierna: „dienstverleningscontract”). DSD heeft met meer dan 500 bedrijven een dergelijk contract afgesloten.

25. Beschikking 2001/837/EG van de Commissie van 17 september 2001 inzake een procedure op grond van artikel 81 EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-overeenkomst<sup>7</sup> betreft het dienstverleningscontract. Bij arrest van het Gerecht van 24 mei 2007, *Duales System Deutschland/Commissie* (T-289/01, Jurispr. blz. II-1691), werd het beroep van DSD tot nietigverklaring van deze beschikking verworpen.

## II — Feiten

26. De feiten zoals dit blijken uit het bestreden arrest, kunnen worden samengevat als volgt.

27. 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.

7 — 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).

28. Na bekendmaking op 23 juli 1997 in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* (PB C 100, blz. 4) van de mededeling overeenkomstig artikel 19, lid 3, van verordening nr. 17, 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.

29. 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 ingeval zij aan een ander regionaal collectief systeem zouden deelnemen.

30. Deze toezegging luidde als volgt<sup>8</sup>:

„Mits op regionaal niveau actieve alternatieve systemen voor het [DSD-systeem] worden opgezet, die door de bevoegde deelstaatinstanties officieel overeenkomstig [§] 6, lid 3, van [het verpakkingenbesluit] zijn erkend, is [DSD] bereid het merktekencontract in de praktijk op een zodanige wijze toe

8 — Zie de punten 4, 58 en 59 van de litigieuze beschikking.

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‘.”

31. 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.

32. 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.

33. 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 vragen voor het gedeelte van de verpakkingen dat via het eigen systeem werd teruggenomen, op voorwaarde dat werd bewezen dat via dit tweede systeem verpakkingen werden ingezameld. Dat bewijs moest worden geleverd overeenkomstig de vereisten van punt 1 van hoofdstuk 2 van bijlage I, betreffende § 6, bij 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.<sup>9</sup>

34. 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.

35. Op 20 april 2001 heeft de Commissie de litigieuze beschikking gegeven.

<sup>9</sup> — Zie de punten 7, 60 en 61 van de litigieuze beschikking.

### III — Litigieuze beschikking

36. De Commissie baseert haar redenering op twee uitgangspunten: ten eerste, de mogelijkheid voor een producent of verkoper van verpakkingen om verschillende systemen te combineren teneinde de krachtens het verpakkingenbesluit op hem rustende verplichtingen na te komen<sup>10</sup> en, ten tweede, de door DSD niet betwiste omstandigheid dat DSD een machtspositie inneemt. Op het ogenblik waarop de litigieuze beschikking werd vastgesteld, was DSD immers de enige onderneming die een collectief systeem aanbood voor het gehele Duitse grondgebied en werd ongeveer 70% van de verkoopverpakkingen in Duitsland via het DSD-systeem ingezameld.

37. De juridische beoordeling van de Commissie omvat twee delen: in het eerste deel worden de gedragingen van DSD getoetst aan artikel 82 EG 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.

38. Volgens de litigieuze beschikking schuilt het misbruik van machtspositie in het feit dat de licentievergoeding die DSD vraagt 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, ongeacht of de verpakkingen door DSD worden verwerkt. De bij het DSD-systeem aangesloten producenten en verkopers moeten krachtens het merktekencontract dit logo echter aanbrengen op elke bij DSD aangemelde verpakking die bestemd is voor verbruik in Duitsland.

39. De Commissie merkt aldus op dat DSD in feite de licentievergoeding uitsluitend koppelt aan het aanbrengen van het logo Der Grüne Punkt op de verpakkingen, los van de vraag of de verpakkingen met dat logo daadwerkelijk via het DSD-systeem worden teruggenomen, terwijl in het merktekencontract is bepaald dat de licentievergoeding enkel dient om de kosten voor inzameling, sortering en verwerking van de gebruikte verpakkingen alsmede de daarmee gepaard gaande administratieve kosten te dekken.

40. De Commissie illustreert haar standpunt in drie gevallen die in de litigieuze beschikking staan beschreven.

41. In het eerste geval neemt een producent of verkoper van verpakkingen zowel aan het DSD-systeem als aan een ander collectief systeem deel. Een onderneming kan, bijvoorbeeld, voor het grondgebied van een Land

<sup>10</sup> — Zie punt 20 van de litigieuze beschikking. Zie eveneens de mededeling van de Duitse regering aan de Commissie van 24 mei 2000 (bijlage K 21 bij het gedinginleidend verzoekschrift). De Duitse regering wijst er met name op dat „[h]et voor een individuele verwijderaar van afval evenwel perfect mogelijk is terugname, nabij het verkooppunt' en inzameling nabij de eindverbruiker te combineren door slechts voor een deel van de door hem op de markt gebrachte verpakkingen deel te nemen aan een dual systeem op grond van § 6, lid 3, van het verpakkingenbesluit”.



uitsluitend op een concurrent van DSD een beroep doen omdat zijn prijzen goedkoper zijn, en DSD behouden voor het overige deel van het bondsgebied waarop alleen DSD actief is. In dit geval moet deze producent of verkoper krachtens het contract dat hij met DSD heeft gesloten, DSD toch een licentievergoeding betalen voor zover op de verpakkingen die in het betrokken Land worden afgezet, het logo Der Grüne Punkt is aangebracht.

42. In het tweede geval combineert een onderneming een eigen systeem met het DSD-systeem, bijvoorbeeld voor de exploitatie van een fastfoodketen. In een dergelijk restaurant gaat de consument het vaakst ter plaatse zijn maaltijd gebruiken of die maaltijd, en dus de verpakkingen, meenemen. In dit geval ligt het voor de hand dat de verkoper de gebruikte verpakkingen die de consument ter plaatse, in of in de onmiddellijke omgeving van het verkooppunt (zoals in speciale afvalbakken buiten) teruggeeft, via een eigen systeem zal terugnemen. Voor verpakkingen die de consument meeneemt en dus ver van het verkooppunt wegwerpt, maakt de verkoper gebruik van het DSD-systeem.

43. In het derde geval brengt een producent of verkoper zowel in Duitsland als in andere lidstaten verpakkingen op de markt. Voor verpakkingen die op het grondgebied van de andere lidstaten worden afgezet, neemt de producent of verkoper deel aan een collectief systeem dat gebruik maakt van het logo Der Grüne Punkt. Een voorbeeld zijn verpak-

kingen die op de Luxemburgse markt worden gebracht en die overeenkomstig de wens van de onderneming die deze verpakkingen op deze markt brengt, via het Valorlux-systeem worden teruggenomen. Om bepaalde redenen wenst deze onderneming echter niet aan het DSD-systeem deel te nemen om de verpakkingen op het Duitse grondgebied terug te nemen en te verwerken. Deze onderneming produceert, bijvoorbeeld, plastic flessen die zij verkoopt in Luxemburg en in een Land, in Duitsland. Voor Luxemburg neemt zij deel aan het Valorlux-systeem en voor het Duitse Land ontwikkelt zij bijvoorbeeld een eigen terugname- en verwerkingsstelsel.

44. Volgens de Commissie vormt het gedrag van DSD in deze drie gevallen duidelijk misbruik aangezien aan de deelnemende ondernemingen onbillijke prijzen worden opgelegd en de toetreding van concurrenten tot de relevante Duitse markt wordt verhinderd.

45. In elk van de hierboven beschreven gevallen heeft de producent of verkoper van verpakkingen immers met hetzelfde probleem te kampen: voor eenzelfde soort van op de Duitse markt afgezette verpakkingen moet hij twee licentievergoedingen betalen, ook al neemt hij enkel voor het grondgebied van een andere lidstaat deel aan het DSD-systeem en niet of slechts voor een deel van zijn verpakkingen op het Duitse grondgebied. De producent of verkoper moet immers op alle verpakkingen het logo Der Grüne Punkt

aanbrengen en dus voor elke verpakking met dit logo de licentievergoeding betalen.

46. Wanneer het logo Der Grüne Punkt selectief wordt aangebracht — een oplossing die werd overwogen, doch door de Commissie werd afgewezen — wordt dit logo alleen op de via het DSD-systeem teruggenomen verpakkingen aangebracht en zijn de producent of de verkoper verplicht twee verschillende productielijnen voor éénzelfde verpakking op te zetten, waarvan één uitsluitend bestemd is voor verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt. Volgende de Commissie gaat dit gepaard met aanzienlijke extra kosten voor de producent of verkoper van deze verpakkingen.

47. In dezelfde gedachtegang is de Commissie van mening dat wanneer het logo wordt aangebracht op alle verpakkingen en vervolgens wordt gemaskeerd op verpakkingen die bestemd zijn voor buurtsupermarkten of supermarkten met zelfbediening die gebruik maken van een eigen systeem of een concurrerend collectief systeem, teneinde die te onderscheiden van de via het DSD-systeem teruggenomen verpakkingen, dit voor de producent of de verkoper extra organisatiekosten tot gevolg heeft.

48. Zo kan volgens de Commissie, aangezien het gedrag van de consument niet voorspelbaar is daar hij kan beslissen de verpakking in het verkooppunt terug te brengen dan wel in een container achter te laten, niet op voorhand worden uitgemaakt welke weg een verpakking zal volgen. Een plastic fles met

het logo Der Grüne Punkt kan terecht komen in een container die niet aan DSD toebehoort. De producent of verkoper beschikt niet over de logistieke en materiële middelen om te volgen welke weg afval gaat en om ervoor te zorgen dat afval op de juiste plaats wordt achtergelaten.

49. Daaruit besluit de Commissie dat, doordat de licentievergoeding is gekoppeld aan het aanbrengen van het logo Der Grüne Punkt op de verpakkingen, ondernemingen die aan het DSD-systeem deelnemen voor een deel van hun verpakkingen, verplicht zijn ofwel afzonderlijke productielijnen en verkoopkanalen in te voeren, hetgeen extra kosten met zich mee brengt, ofwel een licentievergoeding te betalen voor een dienst die DSD niet verricht. Op deze wijze legt DSD onbillijke contractvoorwaarden op.

50. Ten slotte — aldus de Commissie — kan de aard van het door DSD ingevoerde systeem de aan dit systeem deelnemende ondernemingen enkel ontraden, wegens de extra kosten die daaruit automatisch voor hen voortkomen, om een beroep op concurrerende ondernemingen te doen. Aldus wordt concurrerende ondernemingen de toegang tot de relevante markt belemmerd. Indien deze ondernemingen zowel op DSD als op een ander verwijderingssysteem voor verpakkingen een beroep willen doen, moeten zij voor het deel van de verpakkingen dat aan de concurrent van DSD wordt toevertrouwd, immers twee licentievergoedingen betalen: de licentievergoeding van DSD voor het aanbrengen van het logo en de licentievergoeding van de concurrent voor inzameling, sortering en daadwerkelijke verwerking van deze verpakkingen.

51. Op basis van al deze factoren is de Commissie tot de slotsom gekomen dat DSD misbruik van machtspositie maakt in de zin van artikel 82 EG, zowel ten aanzien van haar klanten als ten aanzien van haar concurrenten.

52. Vervolgens geeft de Commissie in de punten 136 tot en met 153 van de litigieuze beschikking aan dat de vaststelling dat er sprake is van misbruik, niet ongedaan wordt gemaakt door de noodzaak om het onderscheidend vermogen van het logo Der Grüne Punkt intact te houden. In punt 145 van deze beschikking zet zij uiteen dat de wezenlijke functie van dit logo vervuld is wanneer het de gebruiker erop attent maakt dat hij de keuze heeft de verpakking via DSD te doen verwijderen.

53. De Commissie beëindigt haar analyse met het volgende dispositief:

„Artikel 1

eenkomstig [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 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;
- b) aantonen dat zij voor de hoeveelheid waarvoor zij niet van de bevrijdingsdienst gebruikmaken, door concurrerende bevrijdingssystemen of eigen verwijderingssysteem aan hun verplichtingen krachtens [het verpakkingenbesluit] voldoen.

[...]"

Het gedrag van [DSD] erin bestaande dat zij [...] 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 over-

54. Na de vaststelling dat er sprake is van misbruik wordt in de litigieuze beschikking krachtens artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 bepaald op welke manier DSD deze

inbreuk moet beëindigen. De belangrijkste maatregel is vervat in artikel 3 van deze beschikking:

„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. [...]”

#### **IV — Beroep voor het Gerecht en bestreden arrest**

55. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 5 juli 2001, heeft DSD beroep tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking ingesteld.

56. DSD heeft bovendien een verzoek tot opschorting van de tenuitvoerlegging van de litigieuze beschikking ingediend. Bij beschikking van 15 november 2001, Duales System Deutschland/Commissie (T-151/01 R, Jurispr. blz. II-3295), heeft de president van het Gerecht dit verzoek afgewezen.

57. Bij beschikking van 5 november 2001 heeft het Gerecht Vfw AG (hierna: „Vfw”), Landbell AG für Rückhol-Systeme (hierna: „Landbell”) en BellandVision GmbH (hierna: „BellandVision”) toegelaten tot interventie aan de zijde van de Commissie.

58. De schriftelijke behandeling werd afgesloten op 9 september 2002.

59. Op 19 juni 2006 heeft het Gerecht de mondelinge behandeling geopend en in het kader van de maatregelen tot organisatie van de procesgang de partijen een reeks vragen toegezonden. De partijen werden gehoord ter terechtzittingen van 11 en 12 juni 2006.

60. Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht het beroep van rekwirante verworpen.

61. Rekwirante voerde in wezen 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.

62. Het Gerecht heeft het eerste middel ongegrond verklaard.

63. Met haar eerste middel voerde rekwirante, zakelijk weergegeven, aan dat — anders dan uit de litigieuze beschikking bleek — het voor de producent of verkoper van verpakkingen geenszins verplicht was een dwanglicentie van haar merk Der Grüne Punkt te nemen om aan een concurrerend systeem te kunnen deelnemen. Zo stelde DSD dat het mogelijk was het logo selectief op de verpakkingen aan te brengen opdat alleen verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt in het DSD-systeem werden teruggebracht.

64. Voorts was rekwirante van mening dat de betrokken bepalingen van het merktencontract noodzakelijk waren om de verwezenlijking van de doelstellingen van het verpakkingenbesluit te waarborgen, om de verschillende functies van het merk Der Grüne Punkt in stand te houden en om de goede werking van het DSD-systeem mogelijk te maken.

65. Na in punt 139 van het bestreden arrest te hebben aangegeven dat het voor een producent of verkoper van verpakkingen mogelijk was om tegelijk gebruik te maken van een eigen systeem en een collectief systeem om de verwerkingsquota te bereiken, heeft het Gerecht in de punten 142 tot en met 163 van het bestreden arrest toegelicht waarom DSD misbruik van haar machtspositie maakte. Zo werd het selectief merken nergens in het verpakkingenbesluit verplicht gemaakt en was het evenmin een oplossing om het in de litigieuze beschikking vast-

gestelde misbruik te beëindigen. Vervolgens heeft het Gerecht in punt 150 van het bestreden arrest erop gewezen dat de exclusiviteit waarop rekwirante aanspraak maakte, in dat besluit niet verplicht werd gemaakt bij gebruik van een gemengd systeem, en tevens verduidelijkt dat het logo Der Grüne Punkt niet het belang had dat rekwirante eraan toeschreef.

66. Bovendien heeft het Gerecht in punt 156 van het bestreden arrest geoordeeld dat „het feit dat zowel het logo Der Grüne Punkt als een, passend middel’ ter aanduiding van een ander collectief systeem [...] 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”.

67. Daaruit heeft het Gerecht in punt 164 van het bestreden arrest geconcludeerd dat „noch het Duitse verpakkingenbesluit noch het merkenrecht noch de aan de werking van het DSD-systeem inherente noodzakelijke vereisten [rekwirante] 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”.

68. Met haar tweede middel stelde rekwirante dat de maatregelen die de Commissie bij de litigieuze beschikking had genomen, niet voldeden aan de in artikel 3 van verordening nr. 17 gestelde vereisten.

69. Zij was immers van mening dat het selectief merken van verpakkingen naargelang van het gebruikte systeem adequater was dan de in de litigieuze beschikking opgelegde verplichting. Volgens rekwirante waren de artikelen 3 en 4, lid 2, van de litigieuze beschikking bovendien onevenredig, daar zij haar ertoe verplichtten, derden een dwanglicentie op het merk Der Grüne Punkt te verlenen. Voorts verplichtte de litigieuze beschikking haar ertoe af te zien van een licentievergoeding voor het gebruik van dit logo alleen, wanneer was bewezen dat de uit het verpakkingenbesluit voortvloeiende verplichtingen werden nagekomen via een andere methode.

70. Het Gerecht heeft dit middel afgewezen. In punt 173 van het bestreden arrest heeft het geoordeeld als volgt: „Dat het theoretisch mogelijk is, het logo selectief aan te brengen op de verpakkingen, is bijgevolg geen grond tot nietigverklaring van [de bij de litigieuze beschikking genomen] 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 [deze] 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”.

71. In punt 181 van het bestreden arrest heeft het Gerecht er ook op gewezen dat de in de litigieuze beschikking vervatte verplichtingen niet tot doel hadden, DSD ertoe te dwingen een licentie zonder beperking in de tijd te verlenen voor het gebruik van het logo Der Grüne Punkt, doch alleen DSD te verplichten, af te zien van de licentievergoeding voor alle verpakkingen met dat logo wanneer is bewezen dat alle of alleen een deel van deze verpakkingen via een ander systeem worden teruggenomen en verwerkt.

72. Op rekwirantes argument dat zij een passende licentievergoeding kon krijgen voor het gebruik van het merk alleen, heeft het Gerecht in punt 196 van het bestreden arrest geantwoord dat de litigieuze beschikking aldus diende te worden uitgelegd dat zij niet uitsloot dat DSD een passende licentievergoeding kon vragen voor het gebruik van het merk alleen wanneer was aangetoond dat de verpakking met dat logo via een ander systeem werd teruggenomen en verwerkt.

73. Met haar derde middel voerde rekwirante aan dat er geen sprake kon zijn van schending van artikel 82 EG aangezien zij was belast met een dienst van algemeen economisch belang in de zin van artikel 86, lid 2, EG, namelijk het ecologisch beheer van afval.

74. In punt 208 van het bestreden arrest heeft het Gerecht uiteengezet dat, ook al was rekwirante met een dergelijke dienst belast, het in casu niet was bewezen dat deze

opdracht door de litigieuze beschikking gevaar liep. In punt 211 van het bestreden arrest heeft het Gerecht daaraan toegevoegd dat, aangezien rekwirante zich in het kader van de administratieve procedure niet had beroepen op artikel 86, lid 2, EG, de Commissie niet kon worden verweten haar beschikking op dit punt niet te hebben gemotiveerd.

78. DSD concludeert dat het het Hof behage:

— het bestreden arrest te vernietigen;

75. Derhalve heeft het Gerecht in punt 213 van het bestreden arrest geconcludeerd dat het beroep in zijn geheel diende te worden verworpen.

— de litigieuze beschikking nietig te verklaren;

## **V — Procesverloop voor het Hof en conclusies van de partijen**

— subsidiair, de zaak terug te wijzen naar het Gerecht voor uitspraak overeenkomstig het arrest van het Hof, en

76. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 8 augustus 2007, heeft DSD krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie, hogere voorziening ingesteld tegen het bestreden arrest.

— in elk geval de Commissie te verwijzen in de kosten.

77. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 16 november 2007, heeft Interseroh Dienstleistungs GmbH (hierna: „Interseroh”), die sinds 2006 een collectief systeem voor het gehele Duitse grondgebied exploiteert, een verzoek ingediend tot toelating tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie. Bij beschikking van 21 februari 2008 heeft de president van het Hof Interseroh toegelaten tot interventie.

79. De Commissie, Vfw, Landbell, BellandVision en Interseroh concluderen dat het het Hof behage:

— de hogere voorziening af te wijzen, en

— DSD te verwijzen in de kosten.

84. Met haar derde middel stelt DSD dat het Gerecht, door vast te stellen dat zij voor het merk Der Grüne Punkt niet de exclusiviteit kan krijgen waarop zij aanspraak maakt, haar motiveringsplicht niet is nagekomen en het verpakkingenbesluit onjuist heeft opgevat.

## **VI — Middelen in hogere voorziening en juridische bespreking**

80. Tegen de achtergrond van deze opmerkingen dienen thans de middelen in hogere voorziening te worden onderzocht.

81. Ter onderbouwing van haar hogere voorziening voert rekwirante acht middelen aan.

82. Met haar eerste middel verwijt rekwirante het Gerecht niet-nakoming van de motiveringsplicht, gelet op de tegenstrijdige vaststellingen in verband met het haar ten laste gelegde misbruik.

83. Met haar tweede middel voert DSD aan dat het Gerecht het merktekencontract onjuist heeft opgevat doordat het ervan is uitgegaan dat rekwirante krachtens dit contract voor het merk Der Grüne Punkt een gebruikslicentie verleent voor de verpakkingen die via concurrerende systemen worden teruggenomen.

85. Rekwirantes vierde middel betreft schending van het communautaire merkenrecht.

86. Met haar vijfde middel verwijt rekwirante het Gerecht schending van artikel 82 EG, ten eerste doordat het met een ontoereikende motivering en in tegenspraak met de gegevens van het dossier heeft geoordeeld dat rekwirante misbruik van haar machtspositie maakt door voor het merk Der Grüne Punkt gebruikslicenties te verlenen voor de verpakkingen die niet via haar systeem worden teruggenomen, en ten tweede doordat niet is voldaan aan de voorwaarden voor verlening van een dwanglicentie.

87. Met haar zesde middel verwijt DSD het Gerecht schending van artikel 3 van verordening nr. 17 en van het evenredigheidsbeginsel door haar te verplichten een licentie te verlenen voor ondernemingen waarvan de verpakkingen niet via haar systeem worden teruggenomen, alsmede door haar het recht te ontnemen om een toelichting aan te brengen op de verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt die niet via het DSD-systeem worden teruggenomen.



88. Het zevende middel van DSD betreft een proceduregebrek doordat het Gerecht zijn eigen motivering in de plaats van die van de Commissie heeft gesteld.

89. Ten slotte is rekwirante met haar achtste middel van mening dat het Gerecht haar recht op een beslissing binnen een redelijke termijn heeft geschonden.

*A — Eerste middel: niet-nakoming van de motiveringsplicht wegens tegenstrijdigheden*

90. Met dit eerste middel verwijt rekwirante het Gerecht tegenstrijdige vaststellingen betreffende het vermeende misbruik van machtspositie te hebben gedaan en zo zijn motiveringsplicht niet te zijn nagekomen.

1. Argumenten van de partijen

91. Volgens rekwirante schuilt de tegenstrijdigheid in het feit dat uit de analyse van het Gerecht en met name uit de punten 48, 50, 58, 60, 119, 163 en 164 van het bestreden arrest blijkt dat DSD van de ondernemingen die aan het DSD-systeem deelnemen, betaling van een licentievergoeding eist voor de verkoopverpakkingen die niet via dit systeem zijn teruggenomen, terwijl het Gerecht in punt 194 van het bestreden arrest heeft vastgesteld dat „niet uit te sluiten [valt] dat het merk Der Grüne Punkt op de betrokken

verpakking als zodanig een economische waarde heeft” en dat „[o]ok al wordt [de] 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 [...] de verbruiker niettemin de mogelijkheid [biedt] deze verpakking via het DSD-systeem te doen verwijderen”. Het Gerecht vervolgt aldus dat „[d]eze mogelijkheid, die de verbruiker wordt geboden voor alle in de handel gebrachte verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt [...] een prijs [kan] hebben die [...] aan DSD moet worden betaald in ruil voor de in casu verrichte dienst, te weten de terbeschikkingstelling van haar systeem”.

92. De Commissie is van mening dat dit middel ongegrond is. Zij herinnert eraan dat de licentievergoeding moet dienen om de kosten voor inzameling, sortering en verwerking alsmede de beheerskosten te dekken. De licentievergoeding is echter geen tegenprestatie voor het gebruik van het merk. In de litigieuze beschikking en in het bestreden arrest gaat het dus niet om een licentievergoeding voor het gebruik van het merk. Het Gerecht heeft in de punten 194 tot en met 196 van het bestreden arrest logischerwijs een onderscheid gemaakt tussen het misbruik door rekwirante en de mogelijkheid voor haar om een passende vergoeding te vragen voor het gebruik van het merk alleen.

93. Vfw, Landbell en BellandVision zijn zoals de Commissie van mening dat er geen tegenstrijdigheden zijn. Punt 194 van het bestreden

arrest heeft geen verband met de vaststellingen van het Gerecht betreffende het misbruik. Daarin gaat het alleen om de vraag of het aanbrengen van het logo Der Grüne Punkt op de verpakkingen op zich een prijs kan hebben, ook al verricht DSD geen verwijderingsdienst.

het gebruik van het merk alleen. In de punten 194 tot en met 196 van dit arrest heeft het Gerecht verklaard waarom DSD een passende licentievergoeding mag 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 teruggenomen en verwerkt.

## 2. Beoordeling

94. In het kader van het eerste middel inzake schending van artikel 82 EG heeft het Gerecht in de punten 86 tot en met 163 van het bestreden arrest onderzocht of rekwirante misbruik maakt van haar machtspositie op de relevante Duitse markt. In de punten 164 en 165 van dit arrest concludeert het Gerecht dat „noch het Duitse verpakkingenbesluit noch het merkenrecht noch de aan de werking van het DSD-systeem inherente noodzakelijke vereisten [rekwirante] 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”. Het Gerecht heeft het eerste middel dus afgewezen.

96. Het Gerecht heeft in de punten 194 tot en met 196 van het bestreden arrest aldus vastgesteld dat het logo Der Grüne Punkt een economische waarde kan hebben en dat het aanbrengen van dat logo op een verpakking alleen „een prijs [kan] hebben”.

97. Mijns inziens heeft het Gerecht geen tegenstrijdige vaststellingen gedaan. Het heeft een onderscheid gemaakt tussen een licentievergoeding die slechts de kosten voor het daadwerkelijke gebruik van het systeem (waarover het uitsluitend gaat in casu) dekt, en een passende licentievergoeding voor het gebruik van het logo Der Grüne Punkt alleen, waarbij laatstgenoemde vergoeding, die een andere soort vergoeding vormt, slechts een onderhandelingsmogelijkheid op een geheel verschillend niveau is die niet aan de orde is in de bij het Gerecht aanhangige zaak.

95. Volgens punt 191 van het bestreden arrest heeft het Gerecht zich in het kader van het tweede middel inzake schending van artikel 3 van verordening nr. 17 en schending van het evenredigheidsbeginsel uitgesproken over rekwirantes argument dat de artikelen 3 en 4 van de litigieuze beschikking uitsluiten dat een licentievergoeding wordt gevraagd voor

98. Gelet op het bovenstaande dient het eerste middel mijns inziens derhalve ongegrond te worden verklaard.

B — *Tweede middel: onjuiste opvatting van het merktekencontract*

99. Met haar tweede middel verwijt DSD het Gerecht een onjuiste opvatting van het merktekencontract.

### 1. Argumenten van de partijen

100. Ter onderbouwing van dit middel voert rekwirante verscheidene argumenten aan.

101. In de eerste plaats heeft het Gerecht volgens DSD vastgesteld dat zij krachtens dit contract een afzonderlijke licentie verleent voor het gebruik van het logo Der Grüne Punkt, dat wil zeggen een licentie voor het merken van de verkoopverpakkingen waarvoor geen gebruik wordt gemaakt van het DSD-systeem. Bijgevolg heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het merktekencontract onjuist op te vatten.

102. Rekwirante verwijt het Gerecht geen rekening te hebben gehouden met haar argumenten waarmee zij wil aantonen dat zij geen afzonderlijke licentie verleent en dat met het merktekencontract aan de deelnemende ondernemingen alleen een recht op het gebruik van het logo wordt verleend opdat DSD de uit het verpakkingenbesluit voortvloeiende verplichtingen tot terugname en verwerking voor haar rekening neemt. Bijge-

volg is er volgens DSD, indien met het merktekencontract alleen een recht op het aanbrenge van het logo op de verpakkingen wordt verleend zodat deze verpakkingen via haar verwijderingssysteem kunnen worden verwerkt, geen dispariteit tussen de door haar aangeboden dienst en de licentievergoeding. Misbruik is dus uitgesloten.

103. In de tweede plaats stelt DSD dat de uitlegging die het Gerecht heeft gegeven aan het merktekencontract, in strijd is met de gegevens van het dossier. Uit de briefwisseling die DSD en de Commissie tijdens de administratieve procedure hebben gevoerd, blijkt immers dat DSD geen afzonderlijke licentie verleent, doch dat zij enkel weigert te aanvaarden dat op verpakkingen die voor concurrerende systemen bestemd zijn, het logo Der Grüne Punkt kan komen te staan.

104. In de derde plaats verwijt rekwirante het Gerecht een onjuiste opvatting van de bewijs-elementen waarop het zich heeft gesteund, en op basis waarvan is vastgesteld dat rekwirante een afzonderlijke licentie zou verlenen. Het Gerecht heeft met name blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in het arrest van het Oberlandesgericht Düsseldorf van 11 augustus 1998, Hetzel, en in dat van het Bundesgerichtshof van 15 maart 2001, Bäko, in de bij de Commissie ingediende klachten, alsmede in het kader van de door rekwirante aanvankelijk verdedigde stelling vast te stellen dat DSD een afzonderlijke licentie zou verlenen.

105. In feite doelt rekwirante op punt 163 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht heeft geoordeeld dat „[i]n geen geval [...] de aan de werking van het DSD-systeem inherente noodzakelijke vereisten een verantwoording [kunnen] zijn voor [rekwirantes] gedrag, zoals dat is omschreven in de door de Commissie [hierboven reeds] aangehaalde arresten [Hetzel en Bako] in de verschillende bij de Commissie ingediende klachten [...] en in de stelling die DSD aanvankelijk in haar verzoekschrift heeft verdedigd [...] 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.”

106. De Commissie herinnert eraan dat zij zich bij de vaststelling van misbruik uitsluitend heeft gebaseerd op de in het merktekencontact vastgelegde regeling van de licentievergoeding. Zij verduidelijkt dat de wanverhouding tussen de gevraagde licentievergoeding en de door DSD daadwerkelijk verrichte dienst slechts verband houdt met het gebruik van het merk voor zover DSD het logo Der Grüne Punkt gebruikt om economische pressie uit te oefenen op de aan haar systeem deelnemende ondernemingen.

107. Vfw, Landbell en BellandVision zijn van mening dat dit middel niet-ontvankelijk is daar DSD haar hogere voorziening enkel kan baseren op schending door het Gerecht van bepaalde rechtsnormen en niet op een volgens rekwirante onjuiste beoordeling van de feiten.

## 2. Beoordeling

108. Naar ik begrijp, verwijt rekwirante het Gerecht dat het uit zijn beoordeling van de gegevens van het dossier en van de bewijs-elementen heeft afgeleid dat DSD de deelnemende ondernemingen voor het logo Der Grüne Punkt een gebruikslicentie verleent voor verpakkingen die niet via haar systeem worden teruggenomen of verwerkt. Volgens rekwirante had het Gerecht het merktekencontract aldus moeten uitleggen dat in dit contract de licentievergoeding uitsluitend met de verrichte dienst verband houdt.

109. Mijns inziens vergist rekwirante zich omtrent de vaststellingen van het Gerecht.

110. Na de argumenten van de partijen te hebben uiteengezet, herinnert het Gerecht er immers vooraf in punt 141 van het bestreden arrest aan dat „alleen de bepalingen van het merktekencontract betreffende de licentievergoeding in de [litigieuze] beschikking als misbruik worden aangemerkt (te weten de artikelen 4, lid 1, en 5, lid 1, van het contract)”. Het Gerecht preciseert verder dat „[d]e Commissie [...] dus niet negatief [oordeelt] 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 gebruik”.

111. Bij de uiteenzetting van het rechtskader heeft het Gerecht in punt 17 van het bestreden arrest erop gewezen dat de licentievergoeding die de aan het DSD-systeem deelnemende ondernemingen betalen, overeenkomstig artikel 4, leden 2 en 3, van het merktekencontract uitsluitend dient om de kosten van inzameling, sortering en verwerking alsmede de daarmee gepaard gaande administratieve kosten te dekken.

112. Het voorgaande toont aan dat het Gerecht duidelijk heeft omschreven welke verplichtingen krachtens dit contract op DSD rusten en welke tegenprestatie de producent of de verkoper in de vorm van een licentievergoeding moet betalen. Wat DSD wordt verweten, is de wanverhouding tussen deze licentievergoeding die van de deelnemende ondernemingen wordt gevraagd, en de daadwerkelijk verrichte dienst, aangezien DSD, wanneer een aantal verpakkingen via een concurrerend systeem wordt teruggenomen, krachtens het merktekencontract voor deze verpakkingen toch een licentievergoeding vraagt die — zoals zonet is aangegeven — uitsluitend dient om de kosten voor inzameling, sortering en verwerking alsmede de administratieve kosten te dekken.

113. Bijgevolg heeft het Gerecht, naar ik meen, het merktekencontract niet aldus uitgelegd dat aan de deelnemende ondernemingen een gebruikslicentie voor het logo Der Grüne Punkt wordt verleend voor verpakkingen die niet via het DSD-systeem worden teruggenomen en verwerkt.

114. Zoals de Commissie heeft benadrukt, houdt het logo Der Grüne Punkt slechts met het merktekencontract verband voor zover dit logo een identificatiefunctie vervult. Rekwi-rante heeft dit zelf voor het Gerecht verklaard. In punt 124 van het bestreden arrest heeft het Gerecht immers herinnerd aan de argu-menten van DSD, namelijk dat „[h]et merk Der Grüne Punkt [...] het aldus mogelijk [maakt], tegelijk aan te geven welke verpak-kingen aan DSD worden overgedragen [...] en de gebruiker duidelijk te maken wat hij ermee moet aanvangen”.

115. Derhalve is het Gerecht mijns inziens terecht uitgegaan van de volgende premisse. Het merktekencontract heeft tot doel, de deelnemende ondernemingen in staat te stellen zich te bevrijden van hun verplichting tot terugname en verwerking van de verpak-kingen. Als tegenprestatie moeten deze ondernemingen aan DSD een licentievergoe-ding betalen voor alle aangemelde verpak-kingen, ongeacht of deze verpakkingen via het DSD-systeem daadwerkelijk worden terug-genomen, waarbij het logo dient om de aangemelde verpakkingen te identificeren.

116. Bijgevolg dient volgens mij ook het tweede middel ongegrond te worden verklaard.

*C — Derde middel: ontoereikende motivering en onjuiste opvatting van het verpakkingenbesluit door de onmogelijkheid om voor het logo Der Grüne Punkt aanspraak te maken op exclusiviteit*

117. Met haar derde middel verwijt rekwirante het Gerecht een ontoereikende motivering van de vaststelling dat voor het merk Der Grüne Punkt geen aanspraak kan worden gemaakt op exclusiviteit, en een onjuiste opvatting, op basis van deze vaststelling, van het verpakkingenbesluit en schending van het merkenrecht.

118. Ter onderbouwing van dit middel voert rekwirante verscheidene argumenten aan.

119. Met haar eerste argument is rekwirante van mening dat het Gerecht, door vast te stellen dat zij voor het merk Der Grüne Punkt geen aanspraak op exclusiviteit kan maken, zich uitsluitend heeft gebaseerd op de tegenstrijdige verklaringen ter terechtzitting en deze vaststelling bijgevolg ontoereikend heeft gemotiveerd.

120. Met haar tweede argument stelt rekwirante dat de vaststelling van het Gerecht dat de producent of verkoper van verpakkingen aan DSD een hoeveelheid materiaal overdraagt, in strijd is met de bepalingen van het merktekencontract, met de voorschriften van het verpakkingenbesluit en met het merkenrechtelijke vereiste dat verpakkingen die

onder het DSD-systeem vallen, moeten kunnen worden geïdentificeerd.

121. Met haar derde, vierde en vijfde argument verwijt DSD het Gerecht een onjuiste opvatting van het verpakkingenbesluit doordat het heeft vastgesteld, ten eerste dat een verpakking tegelijk onder het DSD-systeem en een ander collectief systeem kan vallen, ten tweede dat een verkoper die aan een collectief systeem deelneemt, zijn terugname- en verwerkingsplicht a posteriori via een eigen systeem kan nakomen en ten derde dat een verkoper die deze verplichtingen via een eigen systeem nakomt, a posteriori kan deelnemen aan een collectief systeem.

122. Met haar zesde argument is DSD van mening dat de vaststelling van het Gerecht dat op verpakkingen die niet via het DSD-systeem worden verwijderd, het logo Der Grüne Punkt kan staan, dit logo zijn onderscheidend vermogen ontnemt en kennelijk in strijd is met het in het verpakkingenbesluit vervatte transparantiebeginsel.

123. Ten slotte stelt rekwirante met haar zevende argument dat de weigering van het Gerecht om de exclusiviteit van het logo Der Grüne Punkt te aanvaarden, in strijd is met het merkenrecht.

1. Eerste argument van het derde middel: ontoereikende motivering

a) Argumenten van de partijen

124. DSD is van mening dat de vaststelling, in punt 161 van het bestreden arrest, dat voor het merk Der Grüne Punkt niet de geclaimde exclusiviteit kan worden verleend, ontoereikend is gemotiveerd. Rekwirante verwijt het Gerecht met name dat het zich heeft gebaseerd op de tegenstrijdige verklaringen ter terechtzitting zonder dat op basis van het bestreden arrest of van het proces-verbaal van de terechtzitting kan worden uitgemaakt waarover deze verklaringen handelden.

125. De Commissie stelt dat de beoordeling van merkenrechtelijke rechtvaardigingsgronden niet wezenlijk berust op de uiteenzetting van gegevens ter terechtzitting.

b) Beoordeling

126. Zoals de Commissie ben ik van mening dat dit argument ongegrond moet worden verklaard.

127. In punt 139 van het bestreden arrest wijst het Gerecht er immers op dat het op

basis van de tegenstrijdige verklaringen ter terechtzitting tot de volgende vaststelling komt. „[E]en producent of verkoper van verpakkingen [draagt] geen bepaald aantal verpakkingen waarop het logo Der Grüne Punkt moet worden aangebracht, aan DSD [over], 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 [verpakkingenbesluit] te bereiken.”

128. Op basis van deze vaststelling heeft het Gerecht rekwirantes kritiek op de analyse in de litigieuze beschikking en met name de door rekwirante aangevoerde merkenrechtelijke rechtvaardigingsgronden onderzocht.

129. In de punten 103 tot en met 114 van het bestreden arrest heeft het Gerecht de argumenten omschreven die de partijen tijdens de schriftelijke behandeling hebben aangevoerd betreffende de merkenrechtelijke rechtvaardigingsgronden voor de betrokken bepalingen van het merktekencontract.

130. Daarna heeft het Gerecht in punt 156 van het bestreden arrest aangegeven dat uit het arrest van het Kammergericht Berlin van 14 juni 1994 blijkt dat „[het] merk [Der Grüne Punkt], 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”.

Het Gerecht voegt daaraan toe dat „[w]anneer een deel van de verpakkingen aan een concurrent van DSD is toevertrouwd, [...] de verbruiker bovendien vrij [kan] beslissen of hij de verpakking via het DSD-systeem dan wel via een concurrerend systeem doet verwerken”.

131. In punt 157 van het bestreden arrest heeft het Gerecht daaruit geconcludeerd dat „[a]angezien 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, [...] dus niet [kan] worden gesteld dat door de [litigieuze] 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”.

132. Bovendien heeft het Gerecht in punt 158 van het bestreden arrest gerepliceerd op rekwirantes argument waarmee zij de verklaring in de litigieuze beschikking in twijfel wil trekken, namelijk dat uit het arrest van het Kammergericht Berlin blijkt dat de wezenlijke functie van het logo Der Grüne Punkt is vervuld zodra dit de verbruiker te kennen geeft dat hij de verpakking via DSD kan doen verwijderen. Volgens het Gerecht is dit argument niet relevant, want daarmee wordt alleen verwijzen „naar de bijzondere context waarin dat arrest is geweest [...]”; 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”.

133. Vervolgens verduidelijkt het Gerecht in punt 159 van het bestreden arrest dat de resultaten van de opiniepeilingen waarop rekwirante zich beroept en die volgens haar het onderscheidend vermogen van het merk bevestigen, de redenering in de litigieuze beschikking niet ontcrachten. In dit verband wijst het Gerecht erop dat „[e]en verbruiker [...] het logo Der Grüne Punkt op de verpakking [...] logischerwijs [waarneemt] 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 wijze 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”.

134. Rekwirante heeft voor het Gerecht ook aangevoerd dat het feit dat het merk Der Grüne Punkt wordt aangebracht op een verpakking die onder een concurrerend systeem valt, afbreuk doet aan het onderscheidend vermogen van dit merk, aangezien de verbruikers in alle gevallen die in de



litigieuze beschikking in overweging worden genomen, worden misleid. Rekwirante stelt dat, wanneer een eigen systeem wordt gecombineerd met het DSD-systeem, nagenoeg 48,4 % van de verbruikers niet wijs wordt uit de tegenstrijdige informatie die is vervat in de indicatie van terugname in de winkel 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.<sup>11</sup>

135. In punt 160 van het bestreden arrest antwoordt het Gerecht op dit betoog dat „het argument in verband met de misleiding van het doelpubliek van het merk geen doel [treft] [...], 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”.

136. Het Gerecht beëindigt zijn analyse met de slotoverweging in punt 161 van het bestreden arrest dat „[w]anneer de door [rekwirante] geclaimde exclusiviteit wordt toegestaan, [...] dit overigens alleen tot gevolg [zou] hebben dat de producenten en verkopers van verpakkingen wordt belet, een gemengd systeem te gebruiken en dat de mogelijkheid, voor [rekwirante], 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 [litigieuze] beschikking via een ander collectief systeem of een eigen systeem is verricht, wordt gerechtvaardigd”.

<sup>11</sup> — Zie punt 111 van het bestreden arrest.

137. Gelet op al deze elementen berust de motivering door het Gerecht van de vaststelling dat voor het merk Der Grüne Punkt de door rekwirante geclaimde exclusiviteit niet kan worden toegestaan, mijns inziens niet wezenlijk op de tegenstrijdige verklaringen ter terechtzitting en is deze motivering niet ontoereikend, anders dan rekwirante stelt.

138. Bijgevolg dient volgens mij het eerste argument van het derde middel ongegrond te worden verklaard.

2. Tweede argument van het derde middel: niet-inaanmerkingneming van de gegevens van het dossier en schending van het communautaire merkenrecht

#### a) Argumenten van de partijen

139. Volgens DSD is de vaststelling in punt 139 van het bestreden arrest, namelijk 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”, kennelijk in strijd met de bepalingen van het merktekencontract betreffende de aanmelding en het verlenen van de licenties, met de voorschriften van het verpakkingenbesluit betreffende de nakoming van de terugnameplicht, met het in dit besluit

gestelde vereiste van transparantie en, ten slotte, met het merkenrechtelijke vereiste dat de verpakkingen die onder het DSD-systeem vallen, moeten kunnen worden geïdentificeerd.

b) Beoordeling

140. Zoals de Commissie heeft opgemerkt, verwijst rekwirante, in het kader van het tweede argument van het derde middel, alleen naar haar opmerkingen betreffende het nationale rechtskader zonder een verband te leggen tussen dat rechtskader en haar kritiek op de vaststellingen van het Gerecht over dit argument. Dit argument bevat geen uiteenzetting van juridische argumenten waarmee wordt aangetoond in welk opzicht het Gerecht blijk van een onjuiste rechtsoopvatting zou hebben gegeven.

141. Krachtens artikel 225 EG, artikel 51, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie en artikel 112, lid 1, eerste alinea, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof moet een hogere voorziening duidelijk aangeven tegen welke onderdelen van het arrest waarvan de vernietiging wordt gevorderd, zij is gericht, en welke juridische argumenten die vordering specifiek staven.<sup>12</sup>

142. Bijgevolg moet het tweede argument van het derde middel volgens mij niet-ontvanke-lijk worden verklaard.

3. Derde, vierde en vijfde argument van het derde middel: onjuiste opvatting van het verpakkingenbesluit

143. Rekwirante verwijt het Gerecht een onjuiste opvatting van het verpakkingenbesluit doordat het heeft vastgesteld, ten eerste dat een verpakking tegelijk onder het DSD-systeem en onder een ander collectief systeem kan vallen, ten tweede dat een verkoper die aan een collectief systeem deelneemt, zijn verplichtingen a posteriori kan vervullen via een eigen systeem en, ten derde dat een verkoper die zijn verplichtingen via een eigen systeem nakomt, a posteriori kan deelnemen aan een collectief systeem.

a) Derde argument van het derde middel

i) Argumenten van de partijen

144. DSD stelt dat met de vaststellingen in de punten 129 en 154 van het bestreden arrest, namelijk dat een verpakking die aan DSD is

12 — Zie met name arrest van 28 juni 2005, Dansk Rorindustri e.a./Commissie (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr. blz. I-5425, punt 426).

toevertrouwd, tegelijk onder een ander systeem voor terugname en verwerking dan het DSD-systeem kan vallen, blijkt wordt gegeven van een onjuiste opvatting van het verpakkingenbesluit.

145. Volgens rekwirante zijn deze vaststellingen kennelijk in strijd met het beginsel van het recht dat van toepassing is op verpakkingen, namelijk dat een concrete verpakking hetzij onder de terugnameplicht valt, hetzij van deze plicht is bevrijd. Zij is dus van mening dat een verpakking niet onder twee of meerdere verwijderingssystemen kan vallen, anders dan het Gerecht met betrekking tot dit argument heeft vastgesteld.

146. In deze context herneemt rekwirante het voorbeeld dat het Gerecht in punt 134 van het bestreden arrest heeft aangehaald. Het Gerecht verklaart dat in een fastfoodketen, „[w]anneer een eindverbruiker een snack in een warmhoudverpakking koopt, [...] hij vrij [kan] 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”. De conclusie van het Gerecht luidt dan dat „[d]eze verpakking [...] dus [kan] worden ingeleverd in de twee inzamel- en verwerkingssystemen die de fastfoodketen aanbiedt om te voldoen aan de bij het [verpakkingenbesluit] opgelegde verplichtingen”.

147. DSD is van mening dat een verpakking, zelfs van een fastfoodketen, niet onder twee inzamelingsystemen kan vallen, anders dan het Gerecht heeft vastgesteld. Wanneer een verpakking ter plaatse kan worden teruggegeven in het kader van een eigen systeem of via een collectief systeem kan worden teruggenomen, kan het volgens DSD enkel gaan om een vergissing van de verbruiker. Rekwirante benadrukt alsdan het belang om duidelijk aan te geven in welke verwijderingsmethode voor elke verpakking is voorzien.

148. De Commissie is van mening dat in het kader van een gemengde oplossing waarbij van twee collectieve systemen gebruik wordt gemaakt, de producent of verkoper van verpakkingen voor beide systemen het beginsel van transparantie moet naleven. Op de verpakkingen zijn dus twee verschillende tekens aangebracht om deze systemen te identificeren. Volgens de Commissie is deze oplossing mogelijk want deze systemen nemen de aangeduide verpakkingen slechts als een hoeveelheid voor hun rekening. De Commissie wijst er ook op dat ingeval de collectieve systemen met elkaar concurreren de verpakkingen in dezelfde afvalbakken worden ingezameld.

## ii) Beoordeling

149. Naar mijn mening houdt de vaststelling van het Gerecht in punt 154 van het bestreden arrest, namelijk dat een verpakking die aan DSD is toevertrouwd, onder verschillende verwijderingssystemen kan vallen, geen onjuiste opvatting van het verpakkingenbesluit in.

150. Om te beginnen wens ik te verduidelijken dat het Gerecht in punt 10 van het bestreden arrest er immers op heeft gewezen dat „de Duitse autoriteiten in hun opmerkingen van 24 mei 2000, die in het kader van de administratieve procedure aan de Commissie zijn toegezonden [...], erop [hebben] 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”.

151. Ook heeft het Gerecht in punt 45 van het bestreden arrest eraan herinnerd dat „[d]e [litigieuze] beschikking [...] ook [benadrukt] dat uit een vroeger antwoord van de Duitse autoriteiten blijkt dat § 6, lid 3, van het [verpakkingenbesluit] 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 [...]”.

152. Op basis van deze vaststellingen kon het Gerecht in punt 131 van het bestreden arrest mijns inziens op goede gronden aangeven dat volgens bijlage I, betreffende § 6, bij het verpakkingenbesluit de verwerkingsquota zijn berekend als een percentage van de daadwerkelijk teruggenomen en verwerkte hoeveelheid in de handel gebracht materiaal en dat in punt 1, lid 2, van deze bijlage wordt gepreciseerd dat de relevante hoeveelheden verpakkingen worden bepaald als een percentage van de massa.

153. Het Gerecht heeft in de punten 132 tot en met 135 van het bestreden arrest derhalve verklaard dat, aangezien de verwerkingsquota werden berekend als een percentage van de massa, een verdeling over verschillende systemen mogelijk was zonder dat het noodzakelijk is vooraf bepaalde hoeveelheden verpakkingen aan te geven. Het Gerecht heeft zijn standpunt verduidelijkt aan de hand van een voorbeeld uit de fastfoodketen. Zo heeft het Gerecht aangetoond dat het voor een fastfoodketen noodzakelijk is een eigen systeem met het DSD-systeem te combineren, want het is mogelijk het product ter plaatse te verbruiken of mee te nemen. Het Gerecht verklaart dan verder dat „het in de contractuele verhouding tussen [rekwirante] 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 [verpakkingenbesluit] worden bereikt”.

154. In de punten 136 tot en met 138 van het bestreden arrest heeft het Gerecht verklaard dat er correctieregelingen bestaan om te kunnen voldoen aan de bij dat besluit opgelegde verplichtingen. Het Gerecht heeft met name erop gewezen dat wanneer het eigen systeem niet volstaat om de verwerkingsquota te bereiken, de producent of verkoper van verpakkingen een beroep kan doen op een collectief systeem om de ontbrekende hoeveelheden over te nemen.

155. Overigens wordt deze oplossing in het verpakkingenbesluit zelf voorgesteld, namelijk in § 6, lid 1, waarin wordt bepaald dat indien een verkoper niet aan zijn terugname- en verwerkingsplicht voldoet door de terug-

name in plaats van de teruggave, hij dit via een collectief systeem moet doen.<sup>13</sup>

156. Gelet op al deze elementen dient ook het derde argument van het derde middel volgens mij ongegrond te worden verklaard.

b) Vierde en vijfde argument van het derde middel

i) Argumenten van de partijen

157. DSD stelt bovendien dat de verklaring in punt 137 van het bestreden arrest, namelijk dat een verkoper die aan een collectief systeem heeft deelgenomen, a posteriori persoonlijk voor terugname en verwerking kan zorgen, een onjuiste opvatting van de gegevens van het dossier inhoudt. Deze verklaring is immers in strijd met het basisbeginsel van het verpakkingenbesluit, dat bepaalt dat deelname aan een collectief systeem voor nakoming van de verwerkingsplicht bevrijding van de verwijderingsplicht tot gevolg heeft. Volgens DSD is het voor verpakkingen die onder een collectief systeem vallen, niet mogelijk om a posteriori gebruik te maken van een eigen systeem.

158. Zo merkt DSD ook op dat deze verklaring, dat een verkoper die voor bepaalde verpakkingen een eigen systeem gebruikt, a posteriori zijn uit dat besluit voortvloeiende verplichtingen kan nakomen door hoeveelheden verpakkingen van een collectief systeem over te nemen, een onjuiste opvatting van het verpakkingenbesluit inhoudt.

159. De Commissie is van mening dat het Gerecht niet uitgaat van de veronderstelling dat de terugname- en verwerkingsplicht a posteriori worden nagekomen, maar vertrekt van de veronderstelling dat de aan het collectief systeem verschuldigde licentievergoeding vermindert wanneer bij inzameling niet het opgelegde quotum wordt bereikt.

ii) Beoordeling

160. Naar mijn mening heeft het Gerecht de gegevens van het dossier niet onjuist opgevat door in punt 137 van het bestreden arrest vast te stellen dat een fastfoodketen het collectieve systeem om verlaging van zijn licentievergoeding kan vragen wanneer deze keten aantoonde dat hij via het eigen systeem de hem toevertrouwde hoeveelheden verpakkingen heeft teruggenomen.

161. Anders dan rekwirante stelt, wordt er in dit voorbeeld voor de terugname en verwer-

<sup>13</sup> — Zie punt 9 van het bestreden arrest.

king van de verpakkingen immers a posteriori geen beroep gedaan op een eigen systeem. In dit voorbeeld is het Gerecht uitgegaan van de premisse dat de fastfoodketen van in het begin een eigen systeem en een collectief systeem combineert.

producent of verkoper van verpakkingen het DSD-systeem met een eigen systeem combineerde.

162. Uitgaande van deze premisse heeft het Gerecht erop gewezen dat correctieregelingen konden worden toegepast wanneer via het eigen systeem niet aan de op de verkoper rustende verplichtingen kan worden voldaan of, integendeel, de bepaalde hoeveelheden konden worden ingezameld. In dit laatste geval verklaart het Gerecht dat „de fastfoodketen het betrokken collectieve systeem [kan] vragen om verlaging van zijn licentievergoeding, op voorwaarde dat wordt aangetoond dat hij [de hoeveelheden] die [aan het collectieve systeem] [waren] toevertrouwd, heeft teruggenomen en verwerkt.”

164. Rekwirantes argument dat het Gerecht het verpakkingenbesluit onjuist heeft opgevat doordat het heeft vastgesteld dat een verkoper die een eigen systeem gebruikt, a posteriori zijn verplichtingen kan nakomen door hoeveelheden verpakkingen over te nemen van een collectief systeem, dient naar mijn mening eveneens van de hand te worden gewezen.

163. Overigens heeft rekwirante zelf deze mogelijkheid overwogen. In de punten 60 en 61 van de litigieuze beschikking staat immers te lezen dat DSD voordat deze beschikking werd vastgesteld, de toezegging had gedaan om geen licentievergoeding te vragen voor het gedeelte van de verpakkingen dat via een eigen systeem werd teruggenomen wanneer een

165. In punt 9 van het bestreden arrest herinnert het Gerecht eraan dat „§ 6, lid 1, negende volzin, van het [verpakkingenbesluit] [bepaalt] dat, indien een verkoper niet aan zijn terugname- en verwerkingsplicht voldoet via een eigen systeem, hij dit via een collectief systeem moet doen”.

166. Bijgevolg dienen het vierde en het vijfde argument van het derde middel mijns inziens ongegrond te worden verklaard.

4. Zesde argument van het derde middel: schending van het verpakkingenbesluit

b) Beoordeling

169. Naar mijn mening dient ook dit argument te worden afgewezen.

a) Argumenten van de partijen

167. DSD stelt dat het Gerecht in punt 154 van het bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door vast te stellen dat het logo Der Grüne Punkt kan worden aangebracht op de niet via het DSD-systeem verwijderde verpakkingen. Volgens DSD boet het logo door deze mogelijkheid aan onderscheidend vermogen in en is deze mogelijkheid kennelijk in strijd met het beginsel van het verpakkingenbesluit dat de verbruikers en de autoriteiten in staat moeten zijn, duidelijk uit te maken of voor een verpakking de verplichting tot terugname in het verkooppunt geldt of niet.

168. De Commissie herinnert eraan dat DSD bij de uitlegging van dit besluit het zwaartepunt ten onrechte legt bij de verpakking afzonderlijk beschouwd. Volgens de Commissie strookt deze uitlegging niet met de economische voorwaarden waaronder de gemengde oplossingen toepassing vinden, die juist worden aangemoedigd om aan de doelstelling van concurrentie te voldoen.

170. In punt 124 van het bestreden arrest merkt het Gerecht immers op dat het logo Der Grüne Punkt volgens DSD het mogelijk maakt aan te geven welke verpakkingen aan haar worden overgedragen, en de verbruiker duidelijk te maken wat hij ermee moet aanvangen, hetgeen een garantie kan zijn dat de door de deelnemende onderneming aan DSD toevertrouwde opdracht wordt uitgevoerd.

171. In punt 153 van het bestreden arrest herinnert het Gerecht eraan dat „de verschillende in het [verpakkingenbesluit] voorziene manieren van bekendmaking — te weten door een etiket of andere passende middelen voor collectieve systemen (punt 2 van hoofdstuk 4 van bijlage I, betreffende § 6, bij [dit] besluit) en vermelding van de mogelijkheid tot teruggave van de verpakking in het verkooppunt voor eigen systemen (§ 6, lid 1, derde volzin, van [dit] 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 [rekwirantes] 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”.

172. Het Gerecht vervolgt in punt 154 van het bestreden arrest dat „[i]n het [verpakkingenbesluit] [...] niet [wordt] 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 [dat] 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 [...]”.

173. Anders dan rekwirante stelt, gaat het hier niet erom concurrerende systemen de mogelijkheid te bieden het logo Der Grüne Punkt aan te brengen op verpakkingen die niet via het DSD-systeem worden teruggenomen. Volgens mij vertrekt het Gerecht van de veronderstelling dat de producent of verkoper van verpakkingen aan het DSD-systeem en aan een ander — collectief of eigen — systeem deelneemt. Teneinde te voldoen aan de in het verpakkingenbesluit opgenomen verplichting tot vermelding van terugname van de gebruikte verpakking moet kunnen worden aangegeven via welk systeem de verpakking wordt teruggenomen, opdat de verbruiker op de hoogte is van de mogelijkheden waarover hij beschikt om de gebruikte verpakking terug te geven. Dit kan bijvoorbeeld het logo Der Grüne Punkt zijn dat op een plastic fles is aangebracht, of een ander logo dat aangeeft

dat deze fles ook via een ander systeem kan worden teruggenomen, of de vermelding van het verkooppunt waar de fles kan worden teruggebracht.

174. Gelet op de aanwijzingen in het verpakkingenbesluit zie ik niet in welk opzicht het Gerecht dit besluit onjuist heeft opgevat door te oordelen dat op éénzelfde verpakking het logo Der Grüne Punkt naast een andere vermelding kan worden aangebracht. Ik herinner eraan dat dit besluit een producent of verkoper de mogelijkheid biedt, aan verschillende systemen deel te nemen en de vermelding via welke methode de verpakking kan worden teruggegeven, tot een verplichting maakt.

175. Derhalve dient het zesde argument van het derde middel mijns inziens ongegrond te worden verklaard.

5. Zevende argument van het derde middel: schending van het merkenrecht

176. DSD heeft ook kritiek op punt 161 van het bestreden arrest en merkt op dat de vaststelling dat de door haar geclaimde exclusiviteit niet kan worden toegestaan omdat dit alleen tot gevolg zou hebben dat de producenten en verkopers van verpakkingen wordt belet, een gemengd systeem te



gebruiken, onverenigbaar is met het merkenrecht. In dit verband merkt DSD op dat overeenkomstig de Duitse rechtspraak en volgens de resultaten van de opiniepeilingen het logo Der Grüne Punkt als ingeschreven merk uitsluitend verwijst naar DSD en naar de door haar aangeboden diensten. Het merkenrecht zou met voeten worden getreden wanneer het logo Der Grüne Punkt deze exclusiviteitsrol wordt ontnomen uitsluitend om de mogelijkheid van een gemengd systeem veilig te stellen.

177. Aangezien rekwirante zich ook in haar vierde middel beroept op schending van het communautair merkenrecht door het Gerecht, dient dit argument in het kader van het onderzoek van dit vierde middel te worden behandeld.

*D — Vierde middel: schending van het communautair merkenrecht*

1. Argumenten van de partijen

178. In haar vierde middel voert DSD schending van het communautair merkenrecht aan doordat het Gerecht in punt 161 van het bestreden arrest heeft vastgesteld dat aan het merk Der Grüne Punkt niet de geclaimde exclusiviteit kan worden verleend. DSD wijst erop dat krachtens artikel 5 van de Eerste richtlijn (89/104/EEG) van de Raad van

21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten<sup>14</sup> een ingeschreven merk de houder een uitsluitend recht geeft, dat hem toestaat het gebruik van het merk te verbieden voor dezelfde of soortgelijke waren of diensten als die waarvoor het merk is ingeschreven.

179. De Commissie is van mening dat de in artikel 5 van de Eerste richtlijn (89/104) omschreven exclusiviteit geen verband houdt met de exclusiviteit waarvan sprake in punt 161 in het bestreden arrest. Het Gerecht trekt alleen de conclusies uit de redenering die het heeft gevolgd in de punten 156 en 157 van dat arrest, namelijk dat het merk Der Grüne Punkt voor de betrokken dienst alleen aangeeft dat het product waarop het is aangebracht, via het DSD-systeem kan worden verwijderd zonder dat een aanwijzing wordt gegeven over de kwaliteit van de aangeboden dienst.

180. De Commissie voegt daaraan toe dat op grond van de litigieuze beschikking geen ongeoorloofd gebruik van het merk kan worden gemaakt, dat wil zeggen dat het merk zou worden gebruikt door derden met wie DSD geen contract heeft afgesloten.

181. Vfw wijst erop dat het logo geen merk in de traditionele zin is. Een merk kenmerkt waren en diensten die dezelfde of soortgelijk zijn als die waarvoor het merk is ingeschreven. Wat het logo Der Grüne Punkt betreft,

<sup>14</sup> — PB 1989, L 40, blz. 1.

gebruikt elke producent zijn eigen individuele merken om de producten te merken. Dit logo dient uitsluitend om aan te geven dat aan een collectief systeem wordt deelgenomen, en niet om dezelfde of soortgelijke waren of diensten te identificeren.

182. Volgens Landbell en BellandVision is dit middel niet-ontvankelijk en in elk geval ongegrond.

## 2. Beoordeling

183. Volgens rekwirante heeft het Gerecht ten onrechte geoordeeld dat aan het merk Der Grüne Punkt niet de geclaimde exclusiviteit kan worden verleend en heeft het aldus het communautaire merkenrecht geschonden.

184. Zoals het Gerecht in punt 124 van het bestreden arrest heeft uiteengezet, is DSD van mening dat het merk Der Grüne Punkt het mogelijk maakt, tegelijk aan te geven welke verpakkingen aan het DSD-systeem worden overgedragen, en de verbruiker duidelijk te maken wat hij ermee moet aanvangen, hetgeen een garantie kan zijn dat de opdracht die de aan haar systeem deelnemende producent of verkoper van verpakkingen aan DSD heeft toevertrouwd, wordt uitgevoerd. Bijgevolg moet het logo Der Grüne Punkt volgens DSD alleen worden aangebracht op de verpakkingen waarvoor een beroep op het DSD-systeem wordt gedaan.

185. In de punten 156 tot en met 161 van het bestreden arrest heeft het Gerecht evenwel geoordeeld dat het feit dat op een verpakking zowel dit logo als een passend middel ter aanduiding van een ander collectief systeem of van de mogelijkheid tot teruggave in het verkooppunt wordt aangebracht, geen afbreuk doet aan de wezenlijke functie van het merk, die erin bestaat de mogelijkheid tot verwijdering van de betrokken verpakking via het DSD-systeem aan te geven. Het Gerecht is derhalve van oordeel dat rekwirante geen schending van het merkenrecht kan aanvoeren aangezien geen afbreuk wordt gedaan aan de wezenlijke functie van het merk wanneer dit logo wordt aangebracht samen met andere tekens of vermeldingen ter aanduiding van een andere mogelijkheid tot verwijdering via een eigen systeem of een concurrerend collectief systeem.

186. Bovendien heeft het Gerecht in punt 160 van het bestreden arrest gepreciseerd dat „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”.

187. Door in punt 161 van het bestreden arrest vast te stellen dat rekwirante geen aanspraak kan maken op de door haar geclaimde exclusiviteit, op het gevaar af dat de producenten en verkopers van verpakkingen wordt belet gebruik te maken van een gemengd systeem en dat de mogelijkheid voor

rekwirante om vergoed te worden voor een dienst die zij niet verricht, wordt gerechtvaardigd, heeft het Gerecht naar mijn mening het communautair merkenrecht niet geschonden.

naar mijn mening niet worden beschouwd als concurrenten van DSD of als derden die zonder geldige reden producten met het logo Der Grüne Punkt verkopen.

188. Volgens vaste rechtspraak heeft het merkrecht immers inzonderheid tot specifiek voorwerp, de houder van het merk het uitsluitende recht te verschaffen, het merk te gebruiken om een waar als eerste in het verkeer te brengen, en hem aldus te beschermen tegen concurrenten die van de positie en de reputatie van het merk misbruik zouden willen maken door waren te verkopen die onrechtmatig van het merk zijn voorzien.<sup>15</sup>

191. In het eerste en het tweede geval hebben de producenten en verkopers immers met DSD een contract afgesloten voor de terugname en de verwerking van bepaalde verpakkingen. In het derde geval zijn de producenten en verkopers op het grondgebied van een andere lidstaat houder van een gebruikslicentie voor het logo Der Grüne Punkt.

189. Daarom bepaalt artikel 5, lid 1, van de Eerste richtlijn (89/104) dat een ingeschreven merk de houder ervan een uitsluitend recht verleent en dat de houder aldus het recht heeft, iedere derde die daartoe zijn toestemming niet heeft gekregen, te verbieden eenzelfde teken als het merk in het economische verkeer te gebruiken voor dezelfde waren of diensten als die waarvoor dat merk is ingeschreven.

192. DSD heeft echter zelf dit systeem ingevoerd waarbij dit logo op alle verpakkingen moet worden aangebracht, ook al worden bepaalde verpakkingen niet via dit systeem teruggenomen. Deze producenten en verkopers gebruiken het merk Der Grüne Punkt dus niet zonder geldige reden, maar voldoen alleen aan hun verplichting om dat logo op alle verpakkingen aan te brengen, ongeacht of deze via het DSD-systeem worden teruggenomen.

190. In casu kunnen ondernemingen die aan het DSD-systeem deelnemen voor slechts een deel van hun verpakkingen (eerste en tweede geval) of voor op de markt van een andere lidstaat gebrachte verpakkingen (derde geval),

193. Bovendien heeft het Gerecht in punt 156 van het bestreden arrest terecht eraan herinnerd dat de wezenlijke functie van het merk Der Grüne Punkt erin bestaat, de verbruiker erop attent te maken dat een verpakking met dit merk via het DSD-systeem kan worden teruggenomen.

<sup>15</sup> — Zie met name arrest van 23 oktober 2003, Rioglass en Transemar (C-115/02, Jurispr. blz. I-12705, punt 25 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

194. Zodra het logo Der Grüne Punkt op de verpakking voorkomt, is de wezenlijke functie van het merk vervuld, aangezien de verbruiker op de hoogte is van de mogelijkheid om de verpakking in de afvalbakken van DSD te deponeren. Anders dan rekwirante ter terechtzitting heeft verklaard, is er dus geen sprake van „vernietiging van het merk”.

195. Overigens past het merk Der Grüne Punkt mijns inziens niet in het klassieke schema van het merkenrecht.

196. Een merk helpt de verbruikers immers om op doordachte wijze te kiezen voor de door dit merk aangeboden waar of dienst. Wanneer de consument bijvoorbeeld reeds vroeger een waar of dienst heeft gekocht waarvan hij tot op zekere hoogte tevreden was, meer bepaald omdat deze waar of dienst van goede kwaliteit was, dient het merk als referentiepunt bij latere aankopen van dezelfde waren of diensten. Het merk dient dus als leidraad bij de keuze van de verbruiker.

197. Binnen het DSD-systeem dient het merk Der Grüne Punkt naar ik meen echter niet als leidraad wanneer de verbruiker kiest voor het product dat hij wil aankopen. Zoals het

Gerecht in punt 156 van het bestreden arrest heeft uiteengezet, dient dit merk ter identificatie van de verpakkingen die via het DSD-systeem kunnen worden behandeld.

198. Wanneer de verbruiker een product met het logo Der Grüne Punkt aankoopt, kiest deze verbruiker volgens mij voor dit product bijvoorbeeld omwille van de kwaliteit ervan en niet omdat hij weet dat dit product via het DSD-systeem kan worden verwijderd. Het is zeer goed denkbaar, bijvoorbeeld, dat een verbruiker bio-eieren koopt omdat bij het productieproces geen pesticiden en kunstmatige meststoffen worden gebruikt en op deze wijze de door deze verbruiker verlangde kwaliteit wordt gegarandeerd, en niet omdat het logo Der Grüne Punkt op de verpakking voorkomt zodat hij weet dat het mogelijk is deze verpakking via het DSD-systeem terug te geven.

199. Mijns inziens ligt dit anders wanneer het logo Der Grüne Punkt zou aangeven dat het product met dit logo een recycleerbaar of gerecycleerd product is. Er zijn immers goede redenen om te veronderstellen dat bepaalde verbruikers uit milieuoverwegingen kiezen voor producten waarvan de verpakking recycleerbaar is of reeds werd gerecycleerd. In dat geval heeft een logo dat aangeeft dat de verpakking van het gekochte product gerecycleerd is, ontegenzeggelijk een invloed op de keuze van de verbruiker. Dat is bijvoorbeeld het geval voor papier met een logo dat de verbruiker erop wijst dat het om gerecycleerd papier gaat. De verbruiker maakt dan een keuze vanuit een bepaalde overtuiging.

200. In casu betekent het logo Der Grüne Punkt echter niet dat de verpakking recycleerbaar is. Dit logo wijst er alleen op dat de verpakking via het DSD-systeem kan worden teruggenomen en via dat systeem zal worden gesorteerd en verwerkt indien deze mogelijkheid bestaat.<sup>16</sup>

201. Bijgevolg heeft het Gerecht in de punten 156 en 160 van het bestreden arrest mijns inziens op goede gronden kunnen vaststellen dat „[het] 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” en dat „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”.

202. Naar ik meen heeft het Gerecht het communautaire merkenrecht dus niet geschonden door in punt 161 van het bestreden arrest te oordelen dat voor het merk Der Grüne Punkt niet de geclaimde exclusiviteit kan worden toegestaan.

203. Bijgevolg dient het vierde middel mijns inziens ongegrond te worden verklaard.

16 — Zie de internetsite van Eco-Emballages, houder van de gebruikslicentie van het logo Der Grüne Punkt in Frankrijk (<http://www.ecoemballages.fr>).

E — *Vijfde middel: schending van artikel 82 EG*

#### 1. Argumenten van de partijen

204. Het vijfde middel van DSD betreft schending van artikel 82 EG door het Gerecht.

205. Het Gerecht heeft zijn analyse ontoereikend gemotiveerd en heeft bovendien de gegevens van het dossier onjuist opgevat door te oordelen dat DSD misbruik maakt door voor het logo Der Grüne Punkt gebruikslicenties te verlenen ongeacht of het DSD-systeem wordt gebruikt, en door betaling van een licentievergoeding te vragen ook wanneer de licentiehouder bewijst dat hij het DSD-systeem niet gebruikt.

206. Bovendien houdt de litigieuze beschikking volgens DSD de verplichting in om aan de deelnemende ondernemingen een licentie te verlenen voor de verpakkingen die niet via haar systeem worden teruggenomen of verwerkt. Evenwel is in casu niet voldaan aan de in de rechtspraak van het Hof geformuleerde voorwaarden voor verlening van een dwanglicentie. Door niet toe te lichten in welk opzicht de weigering tot verlening van een dwanglicentie rechtsmisbruik vormt, heeft het Gerecht bijgevolg blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

207. Subsidiair stelt rekwirante dat ook al zou zij aan de deelnemende ondernemingen een licentie verlenen voor het gebruik van het logo alleen, het op grond van het bestreden arrest dan zou zijn toegestaan dat aan het DSD-systeem wordt deelgenomen voor een uiterst kleine hoeveelheid verpakkingen, zonder dat DSD een passende licentievergoeding als tegenprestatie kan vragen en zonder dat zij kan nagaan of deze werkwijze rechtmatig is. Met name zou rekwirante niet kunnen nagaan of de redenen voorhanden zijn die volgens de litigieuze beschikking het nodig maken het merk Der Grüne Punkt aan te brengen op alle verpakkingen (met name gelet op de extra economische kosten van selectief merken).

208. Met betrekking tot het eerste argument is de Commissie van mening dat rekwirante niet toelicht in welk opzicht de vaststellingen van het Gerecht ontoereikend gemotiveerd zijn, in strijd met de gegevens van het dossier zijn en een onjuiste opvatting van het nationaal recht vormen.

209. Aangaande het tweede argument meent de Commissie dat het Gerecht rekwirantes argument dat zij zou worden verplicht een dwanglicentie te verlenen, heeft behandeld en heeft aangetoond dat DSD niet werd verplicht een dergelijke licentie te verlenen.

210. Met betrekking tot het argument dat DSD subsidiair aanvoert, stelt de Commissie dat het in casu niet gaat om een dwanglicentie. Zoals het Gerecht heeft bevestigd, bepaalt de litigieuze beschikking dat indien een onderneming aan het DSD-systeem deelneemt voor

een uiterst kleine hoeveelheid verpakkingen, een licentievergoeding slechts naar verhouding van deze minieme deelneming gerechtvaardigd is.

211. Landbell en BellandVision herinneren eraan dat de litigieuze beschikking en het bestreden arrest niet als uitgangspunt hebben dat voor het gebruik van het logo Der Grüne Punkt een licentie is verleend ongeacht of het DSD-systeem wordt gebruikt, doch het bedrag van de licentievergoeding voor de verrichte diensten onder de loep nemen.

212. Volgens Vfw berust het vijfde middel op een onjuiste opvatting van het voorwerp van het geding, aangezien de Commissie niet de bedoeling heeft DSD ertoe te verplichten een dwanglicentie te verlenen, doch alleen wil verhinderen dat zij haar machtspositie gebruikt om concurrentie van andere systemen uit te sluiten.

213. Interseroh merkt op dat het Gerecht nergens in het bestreden arrest suggereert dat DSD een gebruikslicentie voor het logo Der Grüne Punkt zou aanbieden ongeacht of haar systeem wordt gebruikt. Dit arrest roept voor DSD evenmin de verplichting in het leven om licenties te verlenen. Het door het Gerecht vastgestelde misbruik schuilt juist in het feit dat DSD een gebruikslicentie voor dit logo aanbiedt, doch uitsluitend samen met de verplichting om voor het gebruik van haar dienst een licentievergoeding te betalen, ook al maakt de deelnemende onderneming voor bepaalde verpakkingen met dit logo geen gebruik van het DSD-systeem.

## 2. Beoordeling

217. Er dient te worden vastgesteld dat dit in casu niet het geval is. Het eerste argument van het vijfde middel dient mijns inziens dus niet-ontvankelijk te worden verklaard.

### a) Eerste argument van het vijfde middel

214. Zoals de Commissie heeft aangegeven, dient het eerste argument van het vijfde middel mijns inziens te worden afgewezen.

### b) Tweede argument van het vijfde middel

215. Rekwirante stelt immers alleen dat het Gerecht artikel 82 EG heeft geschonden door te oordelen dat zij misbruik maakt, waarbij dit oordeel ontoereikend is gemotiveerd, in strijd is met de gegevens van het dossier en een onjuiste opvatting van het nationale recht inhoudt. Rekwirante onderbouwt deze stelling niet met juridische argumenten en verwijst alleen via een voetnoot naar punt 20 van de hogere voorziening, waar staat dat „de vaststellingen van het [bestreden] arrest dus kennelijk tegenstrijdig zijn. Het Gerecht spreekt zich uiteindelijk niet uit over de vraag of het betrokken gedrag misbruik van machtspositie vormt”.

218. Met haar tweede argument stelt rekwirante dat de litigieuze beschikking en het bestreden arrest haar ertoe verplichten aan de deelnemende ondernemingen een licentie te verlenen voor de verpakkingen die niet via haar systeem worden teruggenomen en verwerkt. Doordat het Gerecht niet heeft toegelicht in welk opzicht de weigering om een dwanglicentie te verlenen misbruik van machtspositie vormt, heeft het blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

216. Overeenkomstig de rechtspraak waarnaar wordt verwezen in punt 141 van de onderhavige conclusie, moet een hogere voorziening echter duidelijk aangeven tegen welke onderdelen van het arrest waarvan de vernietiging wordt gevorderd, zij is gericht, en welke juridische argumenten die vordering specifiek staven.

219. Ik meen dat rekwirante zich vergist over de kwalificatie van het haar ten laste gelegde misbruik. Uit de systematiek die het Gerecht bij zijn analyse heeft gevolgd, blijkt — anders dan rekwirante stelt — dat het Gerecht niet de weigering van DSD om een dwanglicentie te verlenen als de grondslag van het misbruik heeft gezien en correct heeft toegelicht waarom DSD misbruik van haar machtspositie wordt verweten.

220. In de punten 176 tot en met 183 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geantwoord op het argument dat rekwirante voor het Gerecht in het kader van haar tweede middel had ontwikkeld, namelijk dat de artikelen 3 en 4, lid 1, van de litigieuze beschikking onevenredig zijn omdat zij DSD ertoe verplichten derden een gebruikslicentie voor het merk Der Grüne Punkt te verlenen ook al nemen zij niet deel aan het DSD-systeem.

221. Het Gerecht heeft aldus toegelicht waarom de artikelen 3 en 4, lid 1, van de litigieuze beschikking volgens hem DSD niet ertoe verplichten een licentie te verlenen aan de ondernemingen die aan haar systeem deelnemen voor de verpakkingen die niet via dit systeem worden teruggenomen, maar ertoe strekken, een einde te maken aan het misbruik door haar te verbieden een licentievergoeding te vragen voor een dienst die zij niet verricht.

222. In punt 178 van het bestreden arrest heeft het Gerecht immers eraan herinnerd dat het DSD ten laste gelegde misbruik volgens de litigieuze beschikking erin bestaat dat betaling van een licentievergoeding wordt gevraagd voor alle in Duitsland in de handel gebrachte verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt. Het Gerecht vervolgt: „Volgens de [litigieuze] 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 [verpakkingenbesluit] 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 [dat] besluit op hen rustende terugname- en verwerkingsplicht nakomen via een concurrerend collectief systeem of via een eigen systeem (geval nr. 3).”

223. Gelet op deze elementen heeft het Gerecht in punt 180 van het bestreden arrest erop gewezen dat de bij de artikelen 3 en 4, lid 1, van de litigieuze beschikking opgelegde verplichtingen dus niet zien op derden, maar op producenten en verkopers van verpakkingen die medecontractant van DSD zijn 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 verwerkingsysteem dat gebruikt maakt van dit logo.

224. In punt 181 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat „[d]eze verplichtingen [...] evenmin tot doel [hebben], 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 [dit] logo [...] wanneer is bewezen dat alle of alleen een deel van deze verpakkingen via een ander systeem zijn teruggenomen of verwerkt”.



225. Het Gerecht heeft in punt 182 van het bestreden arrest geconcludeerd dat „[z]olang 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, [...] [rekwirante] bijgevolg niet met succes [kan] stellen dat het onevenredig is van haar te verlangen dat zij niet wordt vergoed voor een dienst die zij niet verricht”.

226. Mijns inziens blijkt uit deze analyse dat het Gerecht het aan rekwirante ten laste gelegde misbruik van machtspositie correct heeft omschreven en terecht heeft verklaard dat de litigieuze beschikking niet ertoe strekt een dwanglicentie voor de deelnemende ondernemingen verplicht te maken, doch beoogt een einde te stellen aan het misbruik wanneer is aangetoond dat de verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt via een ander systeem dan het DSD-systeem zijn teruggenomen.

227. Bijgevolg dient ook het vijfde middel mijns inziens als ongegrond te worden verklaard.

F — *Zesde middel: schending van artikel 3 van verordening nr. 17 en van het evenredigheidsbeginsel*

#### 1. Argumenten van de partijen

228. Met haar zesde middel verwijt DSD het Gerecht een ontoereikend gemotiveerde analyse die strijdig is met de gegevens van het dossier, alsmede schending van artikel 3 van verordening nr. 17 en van het evenredigheidsbeginsel. In de eerste plaats stelt DSD dat het verpakkingenbesluit en het merkenrecht eraan in de weg staan dat zij wordt verplicht een gebruikslicentie voor het logo Der Grüne Punkt te verlenen. Toch komen de maatregelen die worden opgelegd bij de artikelen 3 en volgende van de litigieuze beschikking, waarin wordt voorbijgegaan aan het feit dat DSD geen afzonderlijke licenties verleent voor het gebruik van het logo, precies erop neer dat rekwirante een dergelijke verplichting wordt opgelegd.

229. In de tweede plaats merkt DSD op dat dit besluit en het merkenrecht eraan in de weg staan dat haar wordt verhinderd van haar klanten te eisen dat zij op de verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt die niet via het DSD-systeem worden verwijderd, een vermelding aanbrenge die het onderscheidend effect van dit logo kan neutraliseren. Door in punt 200 van het bestreden arrest niet in te stemmen met dit argument van DSD, namelijk dat verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt die via het DSD-systeem worden verwijderd, te onderscheiden moeten zijn van verpakkingen met dit logo die niet via

dit systeem worden verwijderd, heeft het Gerecht niet erkend dat artikel 3 van de litigieuze beschikking schending van artikel 3 van verordening nr. 17 alsmede van het evenredigheidsbeginsel inhoudt.

is gericht, en welke juridische argumenten die vordering specifiek staven.

230. De Commissie is van mening dat het eerste argument van DSD — dat het verpakkingenbesluit en het merkenrecht eraan in de weg staan dat zij wordt verplicht een gebruikslicentie voor het logo Der Grüne Punkt te verlenen — berust op een onjuiste premisse, namelijk dat het Gerecht uitgaat van de veronderstelling dat een afzonderlijke licentie wordt verleend voor het gebruik van dit logo.

## 2. Beoordeling

234. Het eerste argument van het zesde middel, namelijk dat de litigieuze beschikking rekwirante ertoe verplicht een gebruikslicentie voor het merk Der Grüne Punkt te verlenen, is gelijk aan het argument dat in het kader van het vijfde middel werd onderzocht, en ik verwijs dan ook naar mijn beoordeling in het kader van dat middel.

231. Bovendien stelt de Commissie, wat het tweede argument betreft, dat het Gerecht terecht heeft vastgesteld dat het verpakkingenbesluit noch het merkenrecht eist dat de verschillende verpakkingen worden geïdentificeerd voor toewijzing aan het DSD-systeem of aan een ander systeem.

235. Derhalve dient het eerste argument van het zesde middel mijns inziens ongegrond te worden verklaard.

232. Vfw is van mening dat DSD haar in het kader van dit middel voorgedragen argumenten niet voldoende heeft onderbouwd.

236. Met haar tweede argument verwijt DSD het Gerecht dat het geen rekening heeft gehouden met haar stelling dat de verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt die via het DSD-systeem worden verwijderd, te onderscheiden moeten zijn van de verpakkingen met ditzelfde logo die niet via dit systeem worden verwijderd. Het onderzoek van het Gerecht is aldus ontoereikend, in strijd met de gegevens van het dossier en houdt schending van artikel 3 van verordening nr. 17 alsmede van het evenredigheidsbeginsel in.

233. Volgens Landbell en BellandVision is dit middel niet-ontvankelijk aangezien een hogere voorziening duidelijk moet aangeven tegen welke onderdelen van het arrest waarvan de vernietiging wordt gevorderd, zij

237. Naar ik begrijp, is DSD van mening dat het vereiste zonder meer dat op de verpakkingen die niet via het DSD-systeem worden teruggenomen, een doeltreffende verduidelijking wordt aangebracht die het onderscheidende effect van het merk Der Grüne Punkt kan neutraliseren, een meer passende en evenredige maatregel is die in overeenstemming is met artikel 3 van verordening nr. 17.

238. Volgens mij heeft het Gerecht de grief betreffende de onevenredigheid van artikel 3, lid 1, van de litigieuze beschikking terecht afgewezen voor zover daarin de mogelijkheid om een verduidelijking aan te brengen niet in overweging wordt genomen.

239. In punt 200 van het bestreden arrest verklaart het Gerecht immers dat „[d]eze verduidelijking [...] immers [uitgaat] 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 verbruiker moeten worden gebracht. Zoals dat reeds is uiteengezet (zie punten 131-138 [van het bestreden arrest]), is de concrete werkwijze van de gemengde systemen niet gebaseerd op de identificatie van de verpakkingen door de verbruikers, die vrij kunnen beslissen via welk systeem zij de verpakking gaan terugbrengen, maar op de toekenning van een massa te verwerken materiaal”.

240. Deze analyse van het Gerecht is volgens mij in lijn met wat in het bestreden arrest is uiteengezet. In punt 48 van deze conclusie heb ik opgemerkt dat het niet mogelijk is op voorhand te bepalen welke weg een verpakking zal volgen. Het is zeer goed mogelijk dat een plastic fles op de Duitse markt wordt aangekocht en vervolgens terechtkomt in een afvalbak in Frankrijk die aan een concurrent van DSD toebehoort. Zoals de Commissie heeft aangegeven, kan het gedrag van de verbruiker niet op voorhand worden bepaald. Bijgevolg kan een verduidelijking op de verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt die via het systeem van een concurrent van DSD worden teruggenomen, niet het verhoopde effect hebben omdat het niet mogelijk is de producten met dit logo die via het DSD-systeem worden teruggenomen, te scheiden van de producten met hetzelfde logo die via een concurrerend systeem worden teruggenomen.

241. Bovendien heeft Landbell ter terechtzitting verklaard dat in de praktijk verpakkingen worden ingezameld, gesorteerd en verwerkt ongeacht of op de verpakking een merk voorkomt dat aangeeft onder welk systeem deze verpakking valt. De hoeveelheden materiaal massa worden over de verschillende systemen verdeeld. DSD heeft deze praktijk niet betwist.

242. Bijgevolg dient het zesde middel mijns inziens ongegrond te worden verklaard.

G — *Zevende middel: proceduregebrek*

## 1. Argumenten van de partijen

243. Rekwirantes zevende middel betreft een proceduregebrek. Volgens haar heeft het Gerecht zijn eigen motivering in de plaats gesteld van die van de Commissie. Bovendien vormt elke toevoeging van nieuwe vaststellingen door het Gerecht schending van haar recht om te worden gehoord.

244. Met haar middel verwijt DSD het Gerecht nieuwe vaststellingen te hebben gedaan op basis van de verklaringen van de partijen ter terechtzitting. Het gaat om antwoorden op gedetailleerde vragen die het Gerecht heeft gesteld nauwelijks drie weken vóór de terechtzitting of tijdens de terechtzitting zelf zonder aan te geven welke conclusies het uit deze antwoorden wilde trekken of wat het verband was tussen deze vragen en de vaststellingen in de litigieuze beschikking. Op basis van deze vragen en antwoorden heeft het Gerecht dan nieuwe essentiële vaststellingen gedaan betreffende de werkwijze van de gemengde systemen, die niet in de litigieuze beschikking voorkomen en die door de Commissie of door rekwirante niet ter sprake zijn gebracht.

245. DSD doelt met name op twee vaststellingen: de vaststelling dat de aan DSD toevertrouwde verpakkingen tegelijk onder een collectief systeem en onder een eigen systeem kunnen vallen, en de vaststelling dat het verpakkingenbesluit voorziet in talrijke

correctieregelingen om de producenten en verkopers in de gelegenheid te stellen te voldoen aan de uit dit besluit voor hen voortvloeiende verplichtingen door verpakkingen a posteriori toe te kennen aan een eigen of aan een collectief systeem.

246. De Commissie, die wordt ondersteund door Vfw, Landbell en BellandVision, is van mening dat de onderdelen van het bestreden arrest waartegen dit middel is gericht, geen nieuwe elementen inhouden vergeleken met wat reeds werd onderzocht tijdens de administratieve procedure en tijdens de schriftelijke behandeling voor het Gerecht.

## 2. Beoordeling

247. Rekwirante verwijt het Gerecht nieuwe vaststellingen te hebben gedaan die niet in de litigieuze beschikking voorkomen, en aldus zijn eigen motivering in de plaats van die van de Commissie te hebben gesteld. Volgens DSD gaat het om de vaststelling dat het mogelijk is gebruik te maken van een collectief systeem en een eigen systeem, en de vaststelling dat het verpakkingenbesluit voorziet in talrijke correctieregelingen die de producenten en verkopers in de gelegenheid stellen te voldoen aan de uit dit besluit voor hen voortvloeiende verplichtingen door verpakkingen a posteriori toe te kennen aan een eigen of aan een collectief systeem.

248. Ik ben van mening dat ook dit middel dient te worden afgewezen.

249. Het Gerecht heeft in de punten 44 tot en met 46 van het bestreden arrest immers herhaald wat de litigieuze beschikking bepaalt aangaande de mogelijkheid om verschillende terugname- en verwerkingssystemen te combineren.

250. Meer bepaald in punt 45 van het bestreden arrest heeft het Gerecht erop gewezen dat „[d]e [litigieuze] beschikking [...] naar verschillende elementen [verwijst] op basis waarvan kan worden vastgesteld dat het mogelijk is, gebruik te maken van gemengde systemen. Zo wordt in (punt 20 van) de [litigieuze] beschikking opgemerkt dat uit de opmerkingen van de Duitse autoriteiten blijkt dat het volgens het [verpakkingenbesluit] 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 [litigieuze] beschikking benadrukt ook dat uit een vroeger antwoord van de Duitse autoriteiten blijkt dat § 6, lid 3, van [dat] 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 [litigieuze] beschikking)”.

251. In punt 46 van het bestreden arrest heeft het Gerecht ook opgemerkt dat „[rekwirante] in de onderhavige zaak niet betwist dat een

producent of verkoper van verpakkingen de mogelijkheid heeft, een gemengd systeem toe te passen”.

252. Aangaande de vaststellingen van het Gerecht in de punten 137 en 139 van het bestreden arrest, dat het verpakkingenbesluit het mogelijk maakt gebruik te maken van correctieregelingen, merk ik op dat het Gerecht, hoewel het de punten van de litigieuze beschikking waarnaar het verwijst, niet expressis verbis heeft aangehaald, in punt 9 van het bestreden arrest erop heeft gewezen dat „§ 6, lid 1, negende volzin, van [dat] besluit [bepaalt] dat, indien een verkoper niet aan zijn terugname- en verwerkingsplicht voldoet via een eigen systeem, hij dit via een collectief systeem moet doen” en dat deze stelling terug te vinden is in punt 21 van de litigieuze beschikking.

253. Door in punt 137 van het bestreden arrest vast te stellen dat wanneer de verwerkingsquota niet via het eigen systeem worden bereikt, de producent of verkoper een massa verpakkingen kan overnemen die voldoende groot is om dat quotum te bereiken, heeft het Gerecht bijgevolg zijn eigen motivering niet in de plaats van die van de Commissie gesteld, aangezien dit gegeven zeer duidelijk uit de litigieuze beschikking blijkt.

254. Rekwirante verwijt het Gerecht ook een nieuwe vaststelling te hebben gedaan door te oordelen dat de producenten en verkopers aan de uit dit besluit voor hen voortvloeiende verplichtingen kunnen voldoen door verpak-

kingen a posteriori toe te kennen aan een eigen systeem.

255. Zoals ik in de punten 160 tot en met 163 van deze conclusie heb aangegeven, vergist rekwirante zich mijns inziens omtrent de betekenis die punt 137 van het bestreden arrest toekomt. In zijn analyse in de punten 134 tot en met 137 van het bestreden arrest gaat het Gerecht immers uit van de premisse dat een verkoper aan twee systemen deelneemt, een eigen systeem en een collectief systeem. Het is dus niet zo dat a posteriori een eigen systeem wordt toegepast, maar de aan de verschillende systemen toegekende hoeveelheden materiaal worden gecorrigeerd opdat de verkoper die een eigen systeem met een collectief systeem combineert, laatstgenoemd systeem kan vragen om terugbetaling van de licentievergoeding die onverschuldigd werd geheven voor de via het eigen systeem teruggenomen verpakkingen.

256. Overigens heeft het Gerecht in punt 138 van het bestreden arrest gepreciseerd 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”.

257. Gelet op deze elementen dient ook het zevende middel mijns inziens ongegrond te worden verklaard.

H — *Achtste middel: schending van het recht op een redelijke procestermijn*

#### 1. Argumenten van de partijen

258. Met haar achtste middel stelt rekwirante dat het Gerecht een onregelmatigheid in de procedure heeft begaan en afbreuk aan haar belangen heeft gedaan door schending van het fundamentele recht op behandeling van een zaak binnen een redelijke termijn, zoals erkend door artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mensen en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 (hierna: „EVRM”), en door artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, afgekondigd te Nice op 7 december 2000 (PB C 364, blz. 1).

259. Volgens rekwirante is de duur van de procedure, die vijf jaar en negen maanden in beslag heeft genomen, op het eerste gezicht erg lang. Zij verwijst daartoe naar het arrest van 25 januari 2007, Sumitomo Metal Industries en Nippon Steel/Commissie.<sup>17</sup> Volgens

17 — C-403/04 P en C-405/04 P, Jurispr. blz. I-729, punten 118 en 119.

rekwirante kan een dergelijke duur slechts worden gerechtvaardigd door uitzonderlijke omstandigheden in de zin van het arrest van 17 december 1998, *Baustahlgewebe/Commissie*<sup>18</sup>, hetgeen in casu niet het geval is.

voortzetten en haar marktpositie niet aanzienlijk is verzwakt. Gesteld dat aan rekwirantes belangen afbreuk zou zijn gedaan, dan nog zou vernietiging van het bestreden arrest onevenredig zijn.

260. Rekwirante verzoekt het Hof bijgevolg het bestreden arrest te vernietigen overeenkomstig de artikelen 58, lid 2, eerste volzin, en 61, lid 1, eerste volzin, van het Statuut van het Hof van Justitie.

264. *Landbell* en *BellandVision* herinneren eraan dat de vraag of de duur van een procedure redelijk is, moet worden beantwoord op basis van de omstandigheden van het concrete geval. In casu heeft DSD door een lang betoog dat een verdraaid beeld geeft van de grond van de zaak en zelfs onjuist is op de wezenlijke punten van het merkenrecht, de zaak bijzonder ingewikkeld gemaakt.

261. Bij de beoordeling zal ik ingaan op de argumenten die rekwirante ter onderbouwing van dit middel aanvoert.

262. De Commissie is van mening dat volgens de rechtspraak van het Hof zelfs de buitensporig lange duur van een procedure geen grond voor vernietiging van een arrest is, indien deze duur de uitkomst van het geding niet heeft beïnvloed.<sup>19</sup> Volgens haar bestaat er geen verband tussen de duur van de procedure en de uitkomst van het geding en leidt vernietiging van het arrest ertoe dat de procedure nog langer duurt.

## 2. Beoordeling

265. Volgens vaste rechtspraak kan, met betrekking tot eventuele onregelmatigheden in de procedure, de hogere voorziening krachtens artikel 225 EG en artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie alleen rechtsvragen betreffen. Volgens deze laatste bepaling moet zij gebaseerd zijn op middelen ontleend aan onbevoegdheid van het Gerecht, onregelmatigheden in de procedure voor het Gerecht waardoor aan de belangen van de verzoekende partij afbreuk is gedaan, dan wel schending van het gemeenschapsrecht door het Gerecht.<sup>20</sup>

263. Vfw merkt op dat DSD door de duur van de procedure geen nadeel heeft ondervonden aangezien zij haar activiteiten heeft kunnen

<sup>18</sup> — C-185/95 P, *Jurispr.* blz. I-8417.

<sup>19</sup> — De Commissie citeert het arrest *Baustahlgewebe/Commissie*, reeds aangehaald (punt 49).

<sup>20</sup> — Arrest *Baustahlgewebe/Commissie*, reeds aangehaald (punt 18).

266. Het Hof is dus bevoegd om na te gaan of voor het Gerecht onregelmatigheden in de procedure zijn begaan waardoor aan de belangen van de verzoekende partij afbreuk is gedaan, en het moet zich ervan vergewissen of de algemene beginselen van gemeenschapsrecht en de procedureregels inzake de bewijslast en de bewijsvoering zijn gerespecteerd.<sup>21</sup>

267. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat artikel 6, lid 1, van het EVRM bepaalt dat eenieder bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld.<sup>22</sup>

268. Het uit die fundamentele rechten afgeleide algemene beginsel van gemeenschapsrecht dat eenieder recht heeft op een eerlijk proces, en inzonderheid recht op een proces binnen een redelijke termijn, is van toepassing op een beroep in rechte tegen een beschikking van de Commissie waarbij een onderneming een geldboete wordt opgelegd wegens schending van het mededingingsrecht.<sup>23</sup> Derhalve moet het Hof in hogere voorziening dergelijke middelen betreffende de procedure voor het Gerecht onderzoeken.<sup>24</sup>

21 — Ibidem (punt 19).

22 — Ibidem (punt 20).

23 — Ibidem (punt 21).

24 — Ibidem (punt 22).

269. Het aanvangspunt van de procedure is de indiening, ter griffie van het Gerecht, van het verzoekschrift tot vernietiging door rekwi-rante op 5 juli 2001; de procedure is afgesloten op 24 mei 2007, datum van de uitspraak van het bestreden arrest. De procedure voor het Gerecht heeft dus ongeveer vijf jaar en negen maanden geduurd.

270. Op basis van de criteria die zijn ontwikkeld door het Europees Hof voor de rechten van de mens, heeft het Hof in het reeds aangehaalde arrest *Baustahlgewebe/ Commissie* geoordeeld dat de redelijkheid van de duur van een procedure moet worden beoordeeld met inachtneming van de specifieke omstandigheden van elke zaak en in het bijzonder met inachtneming van het belang ervan voor de betrokkene, de ingewikkeldheid van de zaak en het gedrag van de verzoeker voor het Gerecht en het gedrag van de bevoegde autoriteiten.<sup>25</sup>

271. Ik onderzoek deze drie criteria één voor één op basis van de rechtspraak van het reeds aangehaalde arrest *Baustahlgewebe/ Commissie*.

a) Belang van de zaak voor de betrokkene

272. Het Hof heeft geoordeeld dat, in geval van een geschil over het bestaan van een

25 — Ibidem (punt 29).



inbreuk op de mededingingsregels, het fundamentele vereiste van rechtszekerheid voor de marktdeelnemers en het doel te garanderen dat de mededinging in de interne markt niet wordt vervalst, niet alleen voor de verzoeker zelf en voor zijn concurrenten, maar ook voor derden van groot belang zijn, gelet op het grote aantal betrokkenen en de financiële belangen die op het spel staan.<sup>26</sup>

273. Een groot belang en met name een financieel belang voor de betrokken onderneming vereisen dus een snelle afhandeling van de zaak. In het voorbeeld van een onderneming die krachtens een beschikking van de Commissie wordt verplicht informatie over een van haar producten openbaar te maken opdat concurrerende ondernemingen hun producten kunnen ontwikkelen, staat het buiten kijf dat deze beschikking en de door de onderneming ingeleide procedure haar activiteiten zullen beïnvloeden, daar het beroep tegen een beschikking van de Commissie geen opschortende werking heeft.

274. Hetzelfde geldt wanneer de Commissie de onderneming die zij aansprakelijk voor de inbreuk acht, een geldboete oplegt.

275. De vraag in casu is dus of het belang voor DSD werkelijk in die mate groot was dat de voortzetting van haar economische activiteit gevaar kon lopen. Mijns inziens was dat niet het geval.

276. Anders dan de onderneming die betrokken was in de zaak die heeft geleid tot het reeds aangehaalde arrest *Baustahlgewebe/Commissie*, heeft de Commissie DSD geen geldboete opgelegd. In deze context herinnert de Commissie in haar verweerschrift eraan dat zij in punt 148 van haar mededeling van punten van bezwaar<sup>27</sup> reeds volledige openheid heeft gegeven en dat zij evenmin van plan is een geldboete op te leggen.

277. Bovendien kon rekwirantes activiteit volgens mij geen gevaar lopen door de litigieuze beschikking. Deze beschikking beoogt enkel een einde te maken aan misbruik dat erin bestaat een licentievergoeding te vragen voor alle verpakkingen die de deelnemende onderneming op de markt heeft gebracht, ook al wordt een deel van de verpakkingen niet daadwerkelijk via het DSD-systeem teruggenomen. Daarom bepaalt deze beschikking dat, wanneer is bewezen dat deze verpakkingen niet via dat systeem worden teruggenomen, voor dat deel van de verpakkingen geen licentievergoeding moet worden betaald.

278. De contracten die DSD met de deelnemende ondernemingen heeft afgesloten, komen dus niet op de helling te staan en haar activiteit kent haar normale beloop. DSD

<sup>26</sup> — Ibidem (punt 30). Zie eveneens EHRM, arrest *Kemmache v Frankrijk* van 27 november 1991, série A, nr. 218, § 60.

<sup>27</sup> — Bijlage R 24 bij het verzoekschrift in hogere voorziening.

wordt gewoon gevraagd, geen licentievergoeding te doen betalen voor een dienst die zij niet verricht.

279. Volgens mij is het belang van de zaak voor DSD dus reëel omdat DSD noodzakelijkerwijs de impact ervan ondergaat, doch niet fundamenteel omdat het voortbestaan van haar economische activiteit geen gevaar loopt.

280. Deze omstandigheid mag echter geen grond zijn om rekwirante haar recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn te ontnemen, met name wanneer — zoals hierna wordt aangetoond — de zaak niet in die mate ingewikkeld was dat de procedure vijf jaar en negen maanden moest duren.

#### b) Ingewikkeldheid van de zaak

281. Overeenkomstig de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens en die van het Hof moet de ingewikkeldheid van een zaak worden bepaald aan de hand van een geheel van factoren.

282. Het Europees Hof voor de rechten van de mens heeft geoordeeld dat het feit op zich dat het gaat om economische inbreuken, de procedure niet bijzonder ingewikkeld maakt. Voorts heeft een wijziging in de wet die in de

hoofdzaak aan de orde was, het werk van de onderzoeksrechter vereenvoudigd. Het Europees Hof voor de rechten van de mens heeft eveneens opgemerkt dat in de hoofdzaak vier personen in het geding waren, in het kader van vennootschappen die in eenzelfde bedrijfssector actief waren en zonder dat juridische constructies bleken te bestaan die voldoende uitgewerkt waren om de onderzoekers aanzienlijk te hinderen in de uitvoering van hun opdracht. Daaruit heeft het geconcludeerd dat de duur van de procedure niet werd gerechtvaardigd door de ingewikkeldheid van de zaak.<sup>28</sup>

283. In het reeds aangehaalde arrest *Baustahlgewebe/Commissie* heeft het Hof bij de beoordeling of de zaak ingewikkeld was, met name rekening gehouden met het aantal personen die door de beschikking van de Commissie waren getroffen, en met het feit dat het beroep van rekwirante een van elf beroepen in drie verschillende procestalen was die formeel waren gevoegd voor de mondelinge behandeling.<sup>29</sup> Het Hof heeft ook opgemerkt dat de procedure met betrekking tot rekwirante een grondig onderzoek van vrij volumineuze documenten en van relatief ingewikkelde feitelijke en rechtsvragen vereiste.<sup>30</sup>

284. In het arrest van 9 september 2008, *FIAMM e.a./Raad en Commissie*<sup>31</sup>, heeft het Hof geoordeeld dat de aanzienlijke duur van de procedure voor het Gerecht grotendeels

28 — Zie EHRM, arrest *Pélisser en Sassi v Frankrijk* van 25 maart 1999, *Recueil des arrêts et décisions* 1999 — II, § 71.

29 — Arrest *Baustahlgewebe/Commissie*, reeds aangehaald (punt 35).

30 — *Ibidem* (punt 36).

31 — C-120/06 P en C-121/06 P, *Jurispr.* blz. I-6513.

kon worden verklaard door een samenloop van objectieve omstandigheden die verband hielden met het aantal parallelle zaken die achtereenvolgens bij het Gerecht aanhangig waren gemaakt, alsook door het belang van de daarbij opgeworpen juridische vragen.<sup>32</sup>

285. In casu is DSD als onderneming die door de litigieuze beschikking wordt getroffen, de enige rekwirante. Bovendien is de procedure verlopen in één enkele taal, het Duits.

286. Weliswaar moet het Gerecht in de hem voorgelegde zaken ontegenzeggelijk ingewikkelde feitelijke en rechtsvragen beantwoorden.

287. Toch is de onderhavige zaak volgens mij juridisch gezien niet dermate ingewikkeld dat een procedureduur van vijf jaar en negen maanden gerechtvaardigd is.

288. Hoewel het in het verpakkingenbesluit vastgelegde systeem en het door DSD ingevoerde systeem op het eerste gezicht moeilijk te vatten kunnen lijken, zijn de feiten in de onderhavige zaak niet even ingewikkeld als, bijvoorbeeld, de feiten die het Gerecht mogelijk moet onderzoeken in zaken betreffende mededingingsregelingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

289. Bovendien betreft de rechtsvraag in casu alleen het bestaan van misbruik van machtspositie aangezien het bestaan van een machtspositie niet wordt betwist. Of er sprake is van een machtspositie is evenwel vaak een moeilijke en ingewikkelde vraag, want voor een antwoord op deze vraag is een onderzoek vereist van economische gegevens die op zich ingewikkeld zijn.

290. Bijgevolg rechtvaardigt de ingewikkeldheid van de onderhavige zaak niet dat de procedure voor het Gerecht vijf jaar en negen maanden heeft geduurd.

c) Gedrag van de verzoekende partij en van de bevoegde autoriteiten

291. Het gedrag van de verzoekende partij tijdens de procedure voor een rechterlijke instantie kan gevolgen hebben voor de duur van deze procedure. Het Hof zal dit gedrag dus onderzoeken teneinde rekening te houden met de verantwoordelijkheid van elkeen op het vlak van de duur van de procedure.

<sup>32</sup> — Punt 213.

292. In het reeds aangehaalde arrest Baustahlgewebe/Commissie heeft het Hof bij de beoordeling van het gedrag van rekwirante onderzocht of Baustahlgewebe GmbH had verzocht om verlenging van de termijn die aanvankelijk was gesteld voor indiening van een memorie van repliek, teneinde uit te maken of dit verzoek een belangrijke factor was in de lange duur van de procedure.

293. In casu blijkt uit de procedurestukken dat DSD effectief heeft verzocht om verlenging van de termijn voor indiening van haar memorie van repliek; deze verlenging werd toegestaan bij beslissing van 21 november 2001.

294. Mijns inziens is het echter niet dit verzoek om verlenging van de termijn voor indiening van de memorie in repliek dat een belangrijke factor is geweest in de lange duur van de procedure voor het Gerecht.

295. Wat het gedrag van de bevoegde autoriteit, te weten het Gerecht, betreft is er immers tussen de kennisgeving van het einde van de schriftelijke procedure aan de partijen op 9 september 2002 en de aan de partijen op 8 juni 2006 betekende oproeping ter terechtzitting drie jaar en negen maanden verstreken. Gelet op de relatieve ingewikkeldheid van de zaak en rekwirantes gedrag is dit tijdsverloop volgens mij niet gerechtvaardigd.

296. In het reeds aangehaalde arrest Baustahlgewebe/Commissie heeft het Hof in dit verband geoordeeld dat de structuur van de gerechtelijke organisatie van de Gemeen-

schap in sommige opzichten rechtvaardigt dat het Gerecht, dat de feiten moet vaststellen en het geschil materieel moet onderzoeken, over relatief meer tijd beschikt voor de instructie van beroepen die een grondig onderzoek van complexe feiten vergen. Het Hof voegt daaraan evenwel toe dat deze opdracht de daarvoor speciaal ingestelde communautaire rechterlijke instantie niet ontslaat van de verplichting de bij haar aangebrachte zaken binnen een redelijke termijn te behandelen.<sup>33</sup>

297. Het Hof heeft ook onderzocht of in de periode tussen het einde van de schriftelijke behandeling en het besluit om tot de mondelinge behandeling over te gaan maatregelen tot organisatie van de procesgang of maatregelen van instructie zijn getroffen.<sup>34</sup>

298. Het Hof heeft vastgesteld dat tussen het einde van de schriftelijke behandeling en het besluit om tot de mondelinge behandeling over te gaan ongeveer 32 maanden waren verstreken en tussen de beëindiging van de mondelinge procedure en het arrest van het Gerecht 22 maanden waren voorbijgegaan. Volgens het Hof kan een dergelijk tijdsverloop slechts in uitzonderlijke omstandigheden worden gerechtvaardigd. Het Hof heeft geoordeeld dat nu de behandeling voor het Gerecht niet was geschorst, met name krachtens de artikelen 77 en 78 van zijn Reglement voor de procesvoering, moest worden geconcludeerd dat dergelijke omstandigheden in casu niet voorhanden waren.<sup>35</sup>

33 — Arrest Baustahlgewebe/Commissie, reeds aangehaald (punt 42).

34 — Ibidem (punt 45).

35 — Ibidem (punten 45 en 46).

299. In casu zijn 45 maanden verstreken tussen het einde van de schriftelijke behandeling en het besluit om tot de mondelinge behandeling over te gaan. In deze periode werden geen bijzondere maatregelen tot organisatie van de procesgang of maatregelen van instructie getroffen.

300. Bijgevolg ben ik gelet op al deze elementen van mening dat, ook al liep het voortbestaan van de economische activiteit van DSD geen gevaar door het belang van de zaak, de ingewikkeldheid van de zaak en rekwirantes gedrag niet rechtvaardigen dat de procedure voor het Gerecht vijf jaar en negen maanden heeft geduurd. Deze duur is mijns inziens dus onredelijk.

3. Gevolgen van de niet-inachtneming van de redelijke termijn van de procedure voor het Gerecht

301. Rekwirante is van mening dat door de niet-inachtneming van de redelijke termijn van de procedure voor het Gerecht aan haar belangen afbreuk is gedaan in de zin van artikel 58, eerste alinea, tweede volzin, van het Statuut van het Hof van Justitie. Een dergelijke onregelmatigheid is overeenkomstig artikel 61, eerste alinea, eerste volzin, van het Statuut van het Hof van Justitie grond voor vernietiging van het bestreden arrest, ongeacht de eventuele gevolgen voor de uitkomst van het geding.

302. Naar mijn mening treft het achtste middel geen doel en moet het dus worden afgewezen.

303. Hoewel de duur van de procedure voor het Gerecht niet overeenstemt met wat onder een redelijke termijn wordt verstaan, kan deze vaststelling volgens mij in feite geen grond voor vernietiging zijn.

304. In het reeds aangehaalde arrest Baus-tahlgewebe/Commissie werd alleen vergoeding toegekend tot herstel van de schade die was geleden door niet-inachtneming van de redelijke procestermijn.

305. In casu zou vernietiging van het bestreden arrest impliceren dat DSD wordt toegestaan zich opnieuw schuldig te maken aan inbreukmakend gedrag dat bij de litigieuze beschikking werd bestraft om de redenen die ik zonet als gegrond heb beschouwd.

306. De sanctie in geval van niet-inachtneming van de redelijke procestermijn kan in geen geval ertoe leiden dat een onderneming wordt toegestaan gedrag dat als strijdig met de gemeenschapsregels is bevonden, voort te zetten of opnieuw in het leven te roepen.

307. Bijgevolg kan niet-inachtneming van de redelijke procestermijn in voorkomend geval slechts aanleiding zijn voor een vordering tot vergoeding van de geleden schade.

die te vinden zijn in de internationale rechtsinstrumenten inzake de bescherming van de rechten van de mens waaraan de lidstaten hebben meegewerkt of waarbij zij zich hebben aangesloten.<sup>37</sup>

308. Wat de aard van deze schade betreft, is de situatie in casu niet vergelijkbaar met de situatie van een onderneming die economisch verlies heeft geleden als gevolg van de buitensporig lange duur van de procedure. Mijs inziens bestaat er dus geen economische schade.

312. Aan het EVRM komt in dit verband bijzondere betekenis toe.<sup>38</sup>

309. De door rekwirante geleden schade bestaat hier in schending als dusdanig van een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, te weten het recht op een eerlijk proces waarvan de inachtneming van de redelijke termijn een aspect vormt.<sup>36</sup>

313. Het recht van eenieder op behandeling van zijn zaak binnen een redelijke termijn is volgens mij van zo een groot belang dat het feit alleen dat een natuurlijke of rechtspersoon deze waarborg wordt ontzegd, in se op zichzelf staande schade vormt.

310. Artikel 6, lid 2, EU bepaalt: „De Unie eerbiedigt de grondrechten, zoals die worden gewaarborgd door het [EVRM]”.

314. Wat de mogelijke vormen van herstel betreft, kunnen de vormen die het Europees Hof voor de rechten van de mens in aanmerking neemt, op de onderhavige zaak worden toegepast. Zo lijkt de erkenning dat het betrokken beginsel is geschonden, een vorm van „billijke genoegdoening” die geschikt is om op zich bij ontstentenis van materiële schade de door rekwirante geleden schade te herstellen. Het Europees Hof voor de rechten van de mens heeft immers aanvaard dat „de

311. Volgens vaste rechtspraak van het Hof maken de grondrechten bovendien integreerend deel uit van de algemene rechtsbeginselen waarvan het Hof de eerbiediging verzekert, en het Hof laat zich hierbij leiden door de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten alsmede door de aanwijzingen

36 — Zie punt 268 van deze conclusie.

37 — Zie met name arrest van 12 juni 2003, Schmidberger (C-112/00, Jurispr. blz. I-5659, punt 71).

38 — Ibidem.

vaststelling [dat een staat artikel 6, lid 1, van het EVRM heeft geschonden], op zich [...] billijke genoegdoening vormt die in de omstandigheden van de zaak voldoende is”<sup>39</sup>.

315. Wanneer DSD meent dat de loutere erkenning van schending van het beginsel van de redelijke proceduretermijn geen billijke genoegdoening vormt, kan zij naar mijn mening voor de gemeenschapsrechter een vordering tot schadevergoeding inleiden volgens de gemeenrechtelijke vormen. Artikel 288, tweede alinea, EG bepaalt immers dat „[i]nzake de niet-contractuele aansprakelijkheid [...] de Gemeenschap overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben, de schade [moet] vergoeden die door haar instellingen of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functies is veroorzaakt”.

316. Welke rechter is alsdan bevoegd om van een dergelijke vordering kennis te nemen?

317. De gemeenschapsteksten bevatten geen bijzondere bepalingen inzake beroepen tot vergoeding van de schade die is berokkend door de werking van het gemeenschapsrecht.

39 — Zie EHRM, arrest Hauschildt v Denemarken van 24 mei 1989, série A, nr. 154, § 58.

318. In de zaak die heeft geleid tot het reeds aangehaalde arrest *Baustahlgewebe/Commissie*, had advocaat-generaal Léger erop gewezen dat het Hof zijns inziens bevoegd bleef om kennis te nemen van dergelijke geschillen wanneer zij gericht zijn tegen door het Gerecht zelf gegeven rechterlijke beslissingen.

319. De oplossing die dan werd voorgesteld, was de volgende. Aangezien het ondenkbaar was dat een rechterlijke instantie werd belast met de taak, zich uit te spreken over de onrechtmatigheid of onwettigheid van haar eigen gedrag, moest de bevoegdheid van het Gerecht aldus worden opgevat dat daaronder niet waren begrepen de beroepen tot schadevergoeding tegen door het Gerecht zelf gegeven rechterlijke beslissingen. Volgens advocaat-generaal Léger bleef het Hof dus bevoegd om van dergelijke beroepen kennis te nemen.

320. Ten tijde van het reeds aangehaalde arrest *Baustahlgewebe/Commissie* stond aan de voorgestelde oplossing op geen ontvanke-lijkeheidsbeletsel in de weg, aangezien de bevoegdheid van het Gerecht, die niet in het EG-Verdrag is opgenomen, was bepaald bij besluit van de Raad van de Europese Unie volgens een aangepaste procedure.<sup>40</sup>

40 — De bevoegdheden van het Gerecht waren vastgesteld door de Raad, op verzoek van het Hof en na raadpleging van het Europees Parlement en de Commissie. Artikel 3, lid 1, sub c, van besluit 88/591/EGKS, EEG, Euratom van de Raad van 24 oktober 1988 tot instelling van een Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (PB L 319, blz. 1), zoals gewijzigd bij besluit 93/350/EGKS, EEG, Euratom van de Raad van 8 juni 1993 (PB L 144, blz. 21), bepaalde dat het Gerecht in eerste aanleg bevoegd was om kennis te nemen van beroepen wegens de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap op grond van door haar instellingen veroorzaakte schade.

321. Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Nice is echter het Gerecht krachtens een besluit van primair recht bij uitsluiting bevoegd om kennis te nemen van geschillen inzake het herstel van schade die is veroorzaakt door de instellingen of door de personeelsleden van de Gemeenschap in de uitoefening van hun functies.

322. Bij de huidige stand van het primaire gemeenschapsrecht valt bijgevolg niet in te zien op welke rechtsgrondslag het Hof kennis zou kunnen nemen van dit soort van beroepen, tenzij een nieuwe rechtsgang in het leven wordt geroepen.

323. Derhalve blijft het Gerecht mijns inziens bevoegd om kennis te nemen van een beroep tot vergoeding van de schade die is veroorzaakt door niet-inachtneming van de redelijke termijn van de procedure voor de gemeenschapsrechter.

324. Naar ik meen, voldoet deze oplossing bovendien aan het vereiste van een onpartijdig gerecht. De hier voorgestelde oplossing lijkt mij immers verzoenbaar met de door het Europees Hof voor de rechten van de mens voorgestane opvatting van onpartijdigheid.

325. Volgens deze opvatting wordt immers een onderscheid gemaakt tussen subjectieve en objectieve onpartijdigheid.<sup>41</sup>

326. Subjectieve onpartijdigheid slaat op de diepste overtuiging van een bepaalde rechter in een bepaalde omstandigheid en is dus gerelateerd aan de persoonlijkheid zelf van de rechter. Subjectieve onpartijdigheid wordt verondersteld aanwezig te zijn tot het bewijs van het tegendeel.<sup>42</sup> Bijgevolg kan dit aspect van onpartijdigheid moeilijk worden betwist.

327. Daarom is de objectieve onpartijdigheid van de rechter van doorslaggevend belang. Voor objectieve onpartijdigheid moet op basis van bepaalde controleerbare feiten, los van het persoonlijke gedrag van een rechter, het vermoeden bestaan dat deze rechter onpartijdig is.<sup>43</sup> In deze context preciseert het Europees Hof voor de rechten van de mens dat zelfs schijn een rol kan spelen.<sup>44</sup>

328. Uit een onderzoek van de rechtspraak van dat Hof blijkt dat het geval per geval toetst of aan het criterium van objectieve onpartijdigheid is voldaan. Bovendien heeft het in zijn reeds aangehaalde arrest *Morel v Frankrijk* gepreciseerd dat het antwoord op de vraag of een rechter objectief onpartijdig is, kan verschillen naargelang van de omstandigheden van het concrete geval.<sup>45</sup>

41 — Zie EHRM, arrest *Piersack v België* van 1 oktober 1982, série A, nr. 453, § 30.

42 — Zie EHRM, arrest *Hauschildt v Denemarken*, reeds aangehaald (§ 47).

43 — *Ibidem* (§ 48). Zie eveneens EHRM, arrest *Morel v Frankrijk* van 18 oktober 2000, § 42.

44 — *Ibidem*.

45 — § 45.



329. Toch kan uit elk geval dat aan dit Hof werd voorgelegd, een leidraad worden afgeleid, namelijk dat van doorslaggevend belang is of de achterdocht van de betrokkene objectief gerechtvaardigd kan zijn.<sup>46</sup>

330. Bij de toetsing aan dit criterium heeft het Europees Hof voor de rechten van de mens nu eens aanvaard dat de cumulatie van rechtsprekende functies en de cumulatie van rechtsprekende met niet-rechtsprekende functies niet in strijd waren met het beginsel van objectieve onpartijdigheid en dan weer deze cumulatie negatief beoordeeld.

331. Zo werd, in de zaak *Gubler v Frankrijk*<sup>47</sup>, de onpartijdigheid van de tuchtafdeling van de nationale raad van de Orde van geneesheren door Gubler in twijfel getrokken. Dat orgaan had tegen hem een klacht ingediend en over dezelfde klacht uitspraak gedaan. Volgens Gubler was dit orgaan zowel rechter als partij.

332. Het Europees Hof voor de rechten van de mens heeft geoordeeld dat, aangezien de leden van de tuchtafdeling die hadden deelgenomen aan de totstandkoming van de

rechterlijke uitspraak betreffende de klacht tegen Gubler, niet betrokken waren geweest bij de beslissing van de nationale raad om een klacht in te dienen, de twijfel van de klagende partij over de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de leden van de tuchtafdeling niet objectief kon worden gerechtvaardigd.<sup>48</sup>

333. In de zaak *Procola v Luxemburg*<sup>49</sup> had de verzoekende partij twijfels bij de onpartijdigheid van de afdeling bestuursgeschillen van de Conseil d'État van Luxemburg in het kader van een beroep tegen een groothertogelijk besluit. Vier van de vijf leden van deze afdeling hadden aanvankelijk advies uitgebracht over het ontwerp van besluit in het kader van hun adviesopdracht.

334. Het Europees Hof voor de rechten van de mens heeft geoordeeld dat er bij vier staatsraden vermenging van adviserende functies en rechtsprekende functies was. Het feit alleen dat bepaalde personen voor dezelfde besluiten achtereenvolgens beide soorten functies uitoefenen, kan de structurele onpartijdigheid van deze instelling op de helling zetten en de twijfels van de verzoekende partij dus rechtvaardigen.<sup>50</sup>

46 — Zie EHRM, arrest *Hauschildt v Denemarken*, reeds aangehaald, § 48, en arrest *Hirschhorn v Roemenië* van 26 oktober 2007, § 73.

47 — Zie EHRM, arrest *Gubler v Frankrijk* van 27 juli 2006.

48 — *Ibidem* (§ 28 en 30). Voor voorbeelden waarbij het Europees Hof voor de rechten van de mens de cumulatie van rechtsprekende functies heeft aanvaard, zie EHRM, arresten *Nortier v Nederland* van 24 augustus 1993, série A, nr. 267, en *Depiets v Frankrijk* van 10 februari 2004.

49 — Zie EHRM, arrest *Procola v Luxemburg* van 28 september 1995, série A, nr. 326.

50 — *Ibidem* (§ 45). Voor voorbeelden waarbij de cumulatie van rechtsprekende functies negatief wordt beoordeeld, zie EHRM, arrest *Findlay v Verenigd Koninkrijk* van 25 februari 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I, en arrest *Tierce e.a. v Saint-Marin* van 25 juli 2000.

335. Het Europees Hof voor de rechten van de mens heeft bovendien gepreciseerd dat artikel 6, lid 1, EVRM voor elke nationale rechterlijke instantie de verplichting inhoudt om na te gaan of zij gelet op haar samenstelling een onpartijdig gerecht vormt.<sup>51</sup>

336. Deze rechtspraak moet ook worden gelieerd aan de doelmatigheid van andere, eveneens fundamentele beginselen, met name het recht op toegang tot een rechter en het vereiste van rechtspraak in twee instanties.

337. Aangezien er slechts twee gemeenschapsrechters zijn die bevoegd zijn om kennis te nemen van een beroep tot vergoeding van de schade die is veroorzaakt door de werking van het gemeenschapsgerecht, een in eerste aanleg en een in hogere voorziening, is het volgens mij rationeel dat hun bevoegdheid wordt behouden, met het uitdrukkelijke voorbehoud dat de kamer die het beroep behandelt, een andere samenstelling heeft dan de kamer die de uitspraak heeft gedaan waaruit de schade naar verluidt is ontstaan.

338. Door het arrest van het Europees Hof voor de rechten van de mens in de zaak *Mihalkov v Bulgarije*<sup>52</sup> kan weliswaar een vraagteken worden geplaatst bij de mogelijk-

heid voor het Gerecht om kennis te nemen van een beroep tot vergoeding van de schade die is veroorzaakt door een gemeenschapsrechter. In deze zaak heeft dat Hof immers geoordeeld dat ook al was er geen reden om te twifelen aan de persoonlijke onpartijdigheid van de rechters van het gerecht van de stad Sofia, hun professionele band met een van de partijen in het geding (het gerecht van de stad Sofia werd aansprakelijkheid geacht) op zich bij de verzoeker gegronde twijfel kon doen ontstaan omtrent de objectieve onpartijdigheid van de magistraten en hun onafhankelijkheid ten aanzien van de andere partij in het geding.<sup>53</sup> Bovendien kon de verzoeker nog sterkere twijfels koesteren doordat volgens de toepasselijke budgettaire regels de schadevergoeding die hem zou worden toegekend indien hij in het gelijk werd gesteld, moest worden aangerekend op de begroting van het gerecht van de stad Sofia.<sup>54</sup>

339. Ik wens evenwel te benadrukken dat deze specifieke beslissing in casu niet kan worden toegepast. Aangezien er in de staten talrijke rechterlijke instanties zijn, kan een beroep gemakkelijk worden toegekend aan een rechterlijke instantie die niets heeft uit te staan met het geding en waarop dus geen enkele twijfel over de onpartijdigheid ervan rust. Dat ligt anders op gemeenschapsniveau, zoals ik daarnet heb aangegeven.

340. Wanneer de redenering van het Europees Hof voor de rechten van de mens in casu wordt gevolgd, kan het Gerecht noch zelfs het

51 — Zie EHRM, arrest *Remli v Frankrijk* van 23 april 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II, blz. 574, § 48.

52 — Zie EHRM, arrest *Mihalkov v Bulgarije* van 10 juli 2008.

53 — *Ibidem* (§ 47).

54 — *Ibidem* (§ 48).

Hof, wanneer het gedrag van laatstgenoemde in het geding is, uitspraak doen over een beroep tot vergoeding van de schade die is veroorzaakt door een gemeenschapsrechter. Dit komt dus neer op rechtsweigering.

Gerecht om kennis te nemen van dit soort van beroepen.

341. Al deze gegevens pleiten mijns inziens voor het behoud van de bevoegdheid van het

342. Daarom kan, onder de hierboven uiteen-gezette omstandigheden, volgens mij alleen de gemeenrechtelijke procedure worden toegepast.

## VII — Conclusie

343. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging:

- 1) de hogere voorziening in haar geheel af te wijzen, en
- 2) Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland GmbH te verwijzen in de kosten overeenkomstig artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.