

# Publicatieblad

van de Europese Gemeenschappen

ISSN 0378-7087

L 166

44e jaargang

21 juni 2001

Uitgave  
in de Nederlandse taal

## Wetgeving

---

### Inhoud

I *Besluiten waarvan de publicatie voorwaarde is voor de toepassing*

.....

---

II *Besluiten waarvan de publicatie niet voorwaarde is voor de toepassing*

#### Commissie

2001/463/EG:

- ★ **Beschikking van de Commissie van 20 april 2001 inzake een procedure op grond van artikel 82 van het EG-Verdrag (Zaak COMP D3/34493 — DSD) <sup>(1)</sup> (Kennisgeving geschied onder nummer C(2001) 1106)** ..... 1

## II

(Besluiten waarvan de publicatie niet voorwaarde is voor de toepassing)

## COMMISSIE

## BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 20 april 2001

inzake een procedure op grond van artikel 82 van het EG-Verdrag

(Zaak COMP D3/34493 — DSD)

(Kennisgeving geschied onder nummer C(2001) 1106)

(Slechts de tekst in de Duitse taal is authentiek)

(Voor de EER relevante tekst)

(2001/463/EG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Overwegende hetgeen volgt:

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap,

A. DE FEITEN

Gelet op de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, en met name op artikel 54,

Gelet op Verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag <sup>(1)</sup>, laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1216/1999 <sup>(2)</sup>, en met name op artikel 3,

Gelet op het besluit van de Commissie van 25 oktober 1996 om in deze zaak de procedure in te leiden,

Na de betrokken onderneming in de gelegenheid te hebben gesteld haar standpunt ten aanzien van de punten van bezwaar van de Commissie kenbaar te maken overeenkomstig artikel 19 van Verordening nr. 17 en artikel 2 van Verordening (EG) nr. 2842/98 van de Commissie van 22 december 1998 betreffende het horen van belanghebbenden en derden in bepaalde procedures op grond van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag <sup>(3)</sup>,

Na raadpleging van het Raadgevend Comité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities op 19 februari 2001,

<sup>(1)</sup> PB 13 van 21.2.1962, blz. 204/62.

<sup>(2)</sup> PB L 148 van 15.6.1999, blz. 5.

<sup>(3)</sup> PB L 354 van 30.12.1998, blz. 18.

I. PROCEDURE EN BETROKKEN ONDERNEMINGEN

(1) Op 2 september 1992 heeft de in Keulen gevestigde onderneming „Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland AG”, hierna „DSD” genoemd, een aantal overeenkomsten aangemeld teneinde een negatieve verklaring, subsidiair een beschikking tot ontheffing van het kartelverbod te verkrijgen. DSD exploiteert op het hele Duitse grondgebied een systeem voor de inzameling en verwerking van verkoopverpakkingen. Dit systeem werd opgezet om te voldoen aan de in de Duitse „Verpackungsverordnung” (verpakkingsverordening) opgenomen vereisten. De aanmelding betreft de overeenkomsten (oprichtingsakte/statuten, dienstverleningsovereenkomsten, merktekencontract, garantiecontracten) die aan de exploitatie van het systeem ten grondslag liggen.

(2) Na de bekendmaking van de mededeling overeenkomstig artikel 19, lid 3, van Verordening nr. 17 waarin de Commissie haar voornemen aankondigde de betrokken overeenkomsten gunstig te beoordelen, ontving de Commissie in totaal 13 opmerkingen van belanghebbende derden <sup>(4)</sup>. Verscheidene van deze opmerkingen betroffen verschillende facetten van de toepassing van het merktekencontract. Daarbij werd door de belanghebbende derden als bezwaar aangevoerd dat het merktekencontract negatieve gevolgen voor de mededinging

<sup>(4)</sup> PB C 100 van 27.3.1997, blz. 4.

kan hebben, daar het, ingeval tegelijk een beroep op DSD en op alternatieve aanbieders wordt gedaan, voor de licentiehouders tot een verdubbeling van de te betalen vergoedingen zou leiden en dergelijke oplossingen daardoor economisch oninteressant zou maken.

- (3) Op 19 november 1997 ontving het directoraat-generaal Concurrentie informatie van een concurrerend afvalverwijderingsbedrijf, volgens welke het aangemelde merktekencontract het de tot terugname verplichte ondernemingen wegens de te verwachten extra kosten onmogelijk maakte voor deelpartijen verkoopverpakkingen in een concurrerende onderneming deel te nemen.
- (4) Na besprekingen met ambtenaren van het directoraat-generaal Concurrentie deed DSD de Commissie op 15 oktober 1998 een toezegging toekomen, waarin zij zich ertoe verbond in geval van deelneming van contractpartners aan een regionaal bevrijdingssysteem dubbele vergoedingen te voorkomen.
- (5) Op 3 november 1999 deed het directoraat-generaal DSD een brief toekomen, waarin werd uiteengezet dat de door DSD voorgestelde toezegging ter voorkoming van uit het merktekencontract voortvloeiende dubbele vergoedingen niet volstond. Het wed noodzakelijk geacht deze verbintenis van DSD, die tot dusverre uitsluitend betrekking had op bevrijdingssystemen, uit te breiden tot eigen inzamelings- of verwijderingssystemen voor gedeelten van de totale hoeveelheid verkoopverpakkingen.
- (6) Op 15 november 1999 richtten de producenten van haarverzorgingsproducten L'Oréal, Wella, Goldwell, Schwarzkopf, het Industrieverband Friseurbedarf, alsmede het afvalverwijderingsbedrijf VfW, hierna „L'Oréal e.a.” genoemd, die in Duitsland een eigen inzamelingsstelsel voor de terugname en de verwerking van verpakkingen van door kappers gebruikte haarverzorgingsproducten willen opzetten, een officiële klacht in bij de Commissie. De indieners van de klacht wijzen op uit het merktekencontract voortvloeiende gedragingen van DSD die naar hun mening misbruik opleveren en die het opzetten van een met DSD concurrerend eigen inzamelingsstelsel belemmeren. Volgens de indieners van de klacht misbruikt DSD systematisch haar machtspositie wanneer het merkteken los van de feitelijk en aantoonbaar door DSD verleende bevrijdingsdienst wordt gebruikt.
- (7) Na besprekingen met ambtenaren van het directoraat-generaal Concurrentie deed DSD de Commissie bij brief van 13 maart 2000 twee aanvullende toezeggingen. DSD verklaarde daarenboven dat zij het standpunt van de Commissie na een wijziging en verduidelijking van de op 15 oktober 1998 toegezonden toezegging (overweging 4) niet deelde en geen reden zag voor een verdere wijziging.
- (8) Op 3 augustus 2000 richtte de Commissie een mededeling van punten van bezwaar tot DSD. DSD reageerde

daarop bij brief van 9 oktober 2000. In deze brief verklaarde DSD zich tevens bereid een verdere toezegging te doen wanneer de bezwaren van de Commissie hierdoor zouden worden weggenomen. Deze beloofde toezegging is er daarna echter niet gekomen. In de brief van 9 oktober heeft DSD niet verzocht om een hoorzitting in de zin van artikel 5 van Verordening (EG) nr. 2842/98. Bij brief van 21 november heeft DSD een nieuwe versie van een toezegging voorgesteld en tegelijk om een hoorzitting verzocht. De raadadviseur-auditeur deelde DSD bij brief van 28 november mede, dat er, gezien de verhoudingswijze lange periode die tussen de schriftelijke opmerkingen van DSD omtrent de punten van bezwaar en de brief van 21 november was verlopen, geen aanleiding bestond het verzoek van DSD in te willigen.

## II. DE „VERPACKUNGSVERORDNUNG” ALS RECHTSKADER

- (9) Op 12 juni 1991 heeft de Duitse regering de „Verordnung über die Vermeidung von Verpackungsabfällen”, hierna „Verpackungsverordnung” genoemd, vastgesteld. De gewijzigde versie van de Verpackungsverordnung is op 28 augustus 1998 in werking getreden. De Verpackungsverordnung heeft ten doel de gevolgen van verpakkingsafval voor het milieu te voorkomen of te beperken.
- (10) De Verpackungsverordnung geldt in het bijzonder voor de producten en verkopers van verpakkingen. In artikel 3, lid 1, van de Verpackungsverordnung wordt een onderscheid gemaakt tussen verkoopverpakkingen, transportverpakkingen en omverpakkingen. Verkoopverpakkingen zijn verpakkingen die als verkoopseenheid worden aangeboden en bij de eindverbruiker worden ingezameld. Als verkoopverpakkingen in de zin van de verordening gelden ook verpakkingen die het in de sector van de handel, de gastronomie en in andere dienstverleningssectoren mogelijk maken de goederen aan de eindverbruiker te leveren of deze levering te vergemakkelijken (serviceverpakkingen), alsmede wegwerpservies en wegwerpbestek. Transportverpakkingen zijn verpakkingen die het vervoer van goederen vergemakkelijken, die dienen om goederen op de weg tussen producent en verkoper tegen schade te beschermen, of die om veiligheidsredenen bij het vervoer worden gebruikt en bij de verkoper worden ingezameld. De omverpakking is een extra verpakking die om de verkoopverpakking heen zit en die niet om redenen van hygiëne, houdbaarheid of bescherming van de goederen tegen beschadiging of vervuiling voor de levering aan de eindverbruiker noodzakelijk is.
- (11) In artikel 3, leden 7 en 8, van de Verpackungsverordnung worden de begrippen producent en verkoper gedefinieerd. Een „producent” in de zin van de verordening is hij die verpakkingen, verpakkingsmateriaal of producten fabriceert waaruit rechtstreeks verpakkingen worden gemaakt, en hij die verpakkingen in het toepassingsgebied van de verordening invoert. Een „verkoper” in de

- zin van de verordening is hij die verpakkingen, verpakingsmateriaal of producten waaruit rechtstreeks verpakkingen worden gemaakt, of verpakte goederen, ongeacht het handelsniveau, in het verkeer brengt. Ook postorderbedrijven zijn verkopers in de zin van de verordening. Overeenkomstig artikel 3, lid 10, eerste zin, van de Verpackungsverordnung is de „eindverbruiker” hij die de goederen in de vorm waarin zij hem werden geleverd, niet meer verder verkoopt.
- (12) De voorschriften voor verkoopverpakkingen, omverpakkingen en transportverpakkingen zijn verschillend. Wat de koopverpakkingen betreft, bepaalt artikel 6, lid 1, van de Verpackungsverordnung dat de verkoper de door de eindverbruiker gebruikte, geleegde verkoopverpakkingen op of in de onmiddellijke omgeving van de feitelijke plaats van levering kosteloos moet terugnemen en ervoor moet zorgen dat deze overeenkomstig de in de bijlage bij de verordening vastgelegde kwantitatieve eisen worden verwerkt (het zogenoemde „eigen inzamelings- of verwijderingssysteem”). De verkoper moet de particuliere eindverbruiker door middel van duidelijk herkenbare en leesbare schriftelijke mededelingen wijzen op de mogelijkheid tot teruggave (artikel 6, lid 1, derde zin). De verkoper dient alleen verpakkingen terug te nemen van een bepaalde soort, vorm en grootte, alsmede verpakkingen van goederen die tot zijn assortiment behoren (artikel 6, lid 1, vierde zin). Verkopers die over een verkoopoppervlakte van minder dan 200 m<sup>2</sup> beschikken, dienen alleen verpakkingen terug te nemen van de merken die zij in het verkeer brengen (artikel 6, lid 1, vijfde zin). Een soortgelijke terugnameplicht geldt ook voor de postorderverkoop, bijvoorbeeld door te zorgen voor teruggeefmogelijkheden op een aanvaardbare afstand van de eindverbruiker (artikel 6, lid 1, zesde zin).
- (13) Duitsland heeft in antwoord op vragen van de Commissie in dit verband medegedeeld dat de te behalen quota uitsluitend door de terugname van verkoopverpakkingen op of in de onmiddellijke omgeving van de feitelijke leveringsplaats moeten worden bereikt en dat een eventueel daarnaast via de huishoudens georganiseerde afvalverwijdering niet op deze quota in mindering kan worden gebracht. Het Landgericht Köln is er daarentegen van uitgegaan dat het quotum niet alleen door inzameling via het verkooppunt moet worden gehaald <sup>(5)</sup>. De door de verkoper krachtens artikel 6, lid 1, teruggenomen verpakkingen moeten overeenkomstig artikel 6, lid 2, van de Verpackungsverordnung op hun beurt door de producenten en verkopers van deze verpakkingen worden teruggenomen voor hergebruik of recyclage buiten de openbare afvalverwijderingssystemen.
- (14) Overeenkomstig artikel 11 van de Verpackungsverordnung kunnen producenten en verkopers tevens een beroep doen op derden om aan de terugname- en verwerkingsplicht te voldoen.
- (15) Ingevolge artikel 6, lid 3, eerste zin, van de Verpackungsverordnung is terugname niet verplicht voor producenten en verkopers die deelnemen aan een zich over het hele afzetgebied van de verkoper uitstrekkend systeem dat een regelmatige ophaling van gebruikte verkoopverpakkingen bij de eindverbruiker of in zijn onmiddellijke omgeving garandeert. Het systeem moet tevens voldoen aan bepaalde verwerkingsquota. Er bestaat geen wettelijke verplichting aan een dergelijk systeem voor verkoopverpakkingen deel te nemen. Ondernemingen die niet aan een dergelijk systeem deelnemen blijven onderworpen aan de individuele terugnameplicht. Overeenkomstig artikel 6, lid 3, van de Verpackungsverordnung is de activiteit van een systeem beperkt tot van particuliere eindverbruikers afkomstige verkoopverpakkingen <sup>(6)</sup>. Overeenkomstig artikel 3, lid 10, tweede zin, van de Verpackungsverordnung zijn particuliere eindverbruikers in de zin van de verordening huishoudens en soortgelijke inzamelpunten van verpakkingen, met name restaurants, hotels, kantines, administratieve diensten, kazernes, ziekenhuizen, opleidingsinstellingen, liefdadigheidsinstellingen en zelfstandigen, alsmede landbouwbedrijven en handwerkbedrijven, met uitzondering van drukkerijen en andere papierverwerkende bedrijven, die over de in huishoudens gebruikelijke containers voor papier, karton, kartonnen drankverpakkingen en lichtgewichtverpakkingen met een volume van ten hoogste 1 000 liter per materiaalsoort beschikken, die met dezelfde frequentie als bij de huishoudens kunnen worden opgehaald.
- (16) Overeenkomstig bijlage I, punt 4.2, van de Verpackungsverordnung moeten de producenten en verkopers op de verpakkingen of anderszins (bijvoorbeeld door het verstrekken van informatie aan de klanten in het verkooppunt of via een bijgevoegd informatieblad) vermelden dat zij deelnemen aan een systeem overeenkomstig artikel 6, lid 3, van de Verpackungsverordnung. De Verpackungsverordnung voorziet niet in het opleggen van een geldboete ingeval een verpakking met het merkteken van een systeem wordt gemerkt, zonder dat aan dat systeem wordt deelgenomen <sup>(7)</sup>.

<sup>(6)</sup> Zie artikel 6, lid 3, artikel 3, lid 1, onder 2, en lid 10; bijlage I, punt 1, derde zin, van de Verpackungsverordnung.

<sup>(7)</sup> [Vraag van de Commissie:] „Is het overeenkomstig de Verpackungsverordnung toegestaan dat een verpakkinglijn in haar geheel wordt gemerkt, hoewel de afvalverwijdering gedeeltelijk via een systeem in de zin van artikel 6, lid 3, van de Verpackungsverordnung gebeurt (bijvoorbeeld in het geval van artikel 6, lid 1, negende regel, van de Verpackungsverordnung), waarbij in aanmerking moet worden genomen dat voor de verkoper niet valt te voorzien welke concrete verpakking via het verkooppunt en welke via het huishouden zal worden verwijderd?” [Antwoord van Duitsland:] „Die Kennzeichnung einer Verpackung mit dem System-Kennzeichen gemäß Anhang I Nr. 4 Absatz 2 ohne Beteiligung an dem System ist in der Verpack VO nicht bußgeldbewehrt. Sie kann aber möglicherweise nach anderen Rechtsvorschriften relevant sein; so können z.B. Regelungen des Warenzeichenrechts einschlägig sein.” (vert.: „Voor het merken van een verpakking met het merkteken van het systeem overeenkomstig bijlage I, punt 4.2, zonder dat aan het systeem wordt deelgenomen, is in de Verpackungsverordnung niet in een geldboete voorzien. Andere rechtsvoorschriften kunnen echter eventueel relevant zijn; zo kunnen bijvoorbeeld bepalingen van het merkenrecht van toepassing zijn.”).

<sup>(5)</sup> Zie Landgericht Köln, arrest van 13 januari 2000, nr. 31 0 991/99.

- (17) De erkenning als een zich over het hele afzetgebied uitstrekkend systeem in de zin van artikel 6, lid 3, vierde zin, van de Verpackungsverordnung geschiedt bij een vaststellingsbesluit van de bevoegde autoriteit in de deelstaat. Voorts is in artikel 6, lid 3, vierde zin, van de Verpackungsverordnung bepaald dat het systeem op de bestaande inzamelings- en verwerkingsystemen van de instanties voor afvalverwijdering moet worden afgestemd. In de praktijk erkent de bevoegde deelstaatautoriteit het systeem slechts nadat de betrokken instantie voor afvalverwijdering een „afstemmingsverklaring” heeft afgegeven. Dat betekent dat de gemeenten/districten voor hun grondgebied telkens de overeenkomst tussen de exploitanten van het systeem en de afvalverwijderingsbedrijven moeten goedkeuren.
- (18) In een bijlage bij de Verpackungsverordnung zijn de kwantitatieve vereisten aangegeven. Tot op het ogenblik van de wijziging van de Verpackungsverordnung waren de inzamelings- en sorteerquota op grond van de totale, in het betrokken gebied (d.w.z. de deelstaat) geproduceerde hoeveelheid verpakkingsmateriaal aangegeven. Zo diende bijvoorbeeld vanaf 1 juli 1995 80 % van de totale hoeveelheid verpakkingsmateriaal via het inzamelingsstelsel te worden verwijderd. Van de ingezamelde materialen diende 90 % van het glas, blik en aluminium, alsook 80 % van het karton, de kunststoffen en de samengestelde verpakkingen na sortering materiaal van recycleerbare kwaliteit op te leveren. Voor de periode 1993 tot 30 juni 1995 golden lagere quotavereisten.
- (19) Door de wijziging van de Verpackungsverordnung werd deze absolute berekeningsmethode omgevormd tot een berekeningsmethode per systeem (d.w.z. de onder een systeem vallende verkoopverpakkingen). Bovendien moeten ook producenten en verkopers die niet aan een systeem overeenkomstig artikel 6, lid 3, van de Verpackungsverordnung deelnemen, voortaan bewijzen dat zij aan deze kwantitatieve vereisten voldoen. Sinds 1 januari 2000 moeten de exploitanten van zich over het hele afzetgebied uitstreckende systemen in de zin van artikel 6, lid 3, van de Verpackungsverordnung 75 % van de verpakkingen uit glas, 70 % van de verpakkingen uit blik, papier en karton, alsmede 60 % van de samengestelde verpakkingen van de bij hun systeem aangesloten producenten en verkopers recycleren. Deze percentages gelden ook voor producenten en verkopers die voor een eigen inzamelingsstelsel hebben gekozen. Ten minste 60 % van de kunststofverpakkingen moet worden verwerkt door middel van procédés die garanderen dat 60 % van dit quotum kan worden gebruikt om hetzelfde soort nieuw materiaal te vervangen of dat de kunststof voor verder gebruik beschikbaar blijft (de zogenoemde recyclingprocedure). Verpakkingen uit materialen waarvoor geen concrete verwerkingsmethoden voorhanden zijn, moeten worden gerecycleerd voorzover dit technisch mogelijk en economisch haalbaar is. In geval van een eigen inzamelingsstelsel moet door een onafhankelijke deskundige op grond van controleerbare documenten het bewijs worden geleverd dat aan de terugname- en verwerkingsvereisten is voldaan (bijlage I, punt 2.1). In geval van een bevrijdingssysteem moet op controleerbare wijze het bewijs van de ingezamelde en verwerkte hoeveelheden worden geleverd. Wanneer de bevoegde instantie dit wenst, moet het bewijs door middel van een controleverslag van een onafhankelijke deskundige worden bevestigd (bijlage I, punt 3.4).
- (20) Duitsland heeft medegedeeld dat een gelijktijdige combinatie van een eigen inzamelingsstelsel en deelneming aan een systeem in de zin van artikel 6, lid 3, mogelijk is, en dat het bijgevolg ook mogelijk is voor een bepaalde hoeveelheid van een verpakkingsproduct aan een systeem in de zin van artikel 6, lid 3, deel te nemen. Voor de verbruiker en de instanties moet echter duidelijk zijn voor welke verpakking de terugnameplicht in het verkooppunt of in de onmiddellijke omgeving daarvan geldt en voor welke niet. Duitsland heeft voorts bevestigd dat de eindverbruiker volgens de Verpackungsverordnung vrij kan beslissen of hij de verpakking in het verkooppunt achterlaat of deze daarheen terugbrengt, dan wel of hij deze via een systeem voor afvalverwijdering bij de huishoudens inlevert <sup>(8)</sup>.
- (21) Wanneer verkopers en producten niet door terugname op het afgiftepunt aan de verplichtingen van artikel 6, lid 1, eerste zin, en lid 2, eerste zin, van de Verpackungsverordnung voldoen, moeten zij dat overeenkomstig artikel 6, lid 1, negende zin (juncto artikel 6, lid 2, vierde zin) van de Verpackungsverordnung door een systeem als bedoeld in lid 3 doen. De regering van de Bondsrepubliek Duitsland heeft hierbij aanvullend medegedeeld dat een onderneming die voor een eigen inzamelingsstelsel zorgt en het verwerkingsquotum niet haalt, verplicht is voor de hoeveelheid verpakkingen die nodig is om de quotumvereisten te halen, aan een systeem in de zin van artikel 6, lid 3, deel te nemen.
- (22) Voor transportverpakkingen en voor omverpakkingen bestaan soortgelijke terugnameverplichtingen. Er is echter geen bevrijding van deze verplichtingen door terugname aan een systeem mogelijk. Er bestaan evenmin

<sup>(8)</sup> [Vraag van de Commissie:] „Is het correct dat de eindverbruiker overeenkomstig de Verpackungsverordnung vrij kan beslissen of hij de verpakking in het verkooppunt achterlaat of daarheen terugbrengt, dan wel of hij deze via een systeem voor afvalverwijdering bij de huishoudens inlevert?” [Antwoord van Duitsland:] „Die VerpackVO enthält keine ausdrückliche Bestimmung, die den Endverbraucher zu einer Rückgabe verpflichtet. Die in der Frage enthaltene Annahme trifft mithin zu.” (vert.: „De Verpackungsverordnung omvat geen uitdrukkelijke bepaling, die de eindverbruiker de verplichting oplegt de verpakking te retourneren. De in de vraag geformuleerde veronderstelling is bijgevolg correct.”).

terugname- en quotumvereisten waaraan moet worden voldaan. Verkopers die goederen in een omverpakking aanbieden, zijn verplicht deze verpakking bij de afgifte van de goederen aan de eindverbruiker te verwijderen of de eindverbruiker in het verkooppunt de mogelijkheid te bieden deze kosteloos terug te geven. Indien de eindverbruiker de omverpakking wenst te behouden, gelden dezelfde voorschriften als voor de verkoopverpakking.

- (23) In antwoord op vragen van de Commissie in dit verband heeft Duitsland reeds in 1993 medegedeeld dat artikel 6, lid 3, van de Verpackungsverordnung niet in die zin kan worden uitgelegd dat slechts een enkel systeem kan worden opgezet. Volgens de Verpackungsverordnung kunnen bijkomende afvalverwijderingssystemen voor verkoopverpakkingen worden opgezet. De wetgever had niet de bedoeling in het hele land of in elke deelstaat slechts één systeem toe te staan.
- (24) Volgens de toelichting van Duitsland bij de gewijzigde versie van de Verpackungsverordnung is de versterkte aanmoediging van de mededinging een van haar belangrijkste streep punten. Deze moet onder meer worden bevorderd door de dienstverlening op het gebied van het inzamelen, sorteren en verwerken van verpakkingen voortaan aan te besteden via een procedure die daadwerkelijke mededinging garandeert en waardoor de voor verwerking bestemde verpakkingen in een door concurrentie gekenmerkte omgeving worden geretourneerd. Bovendien moeten de kosten voor het inzamelen, sorteren en verwerken of vernietigen voor de verschillende verpakkingsmaterialen afzonderlijk worden medege-deeld.

### III. HET DOOR DSD GEËXPLOITEERDE INZAMELINGS- EN VERWERKINGSSYSTEEM

- (25) DSD is de enige onderneming die in Duitsland in het kader van een zich over het hele afzetgebied uitstrek-kend systeem in de zin van artikel 6, lid 3, van de Ver-packungsverordnung de inzameling van verwerking van verkoopverpakkingen overeenkomstig de Verpackungs-verordnung verzorgt. Begin 1993 heeft DSD de erken-ning van de bevoegde autoriteiten van alle Duitse deel-staten verkregen. Het systeem wordt sinds 1992 geëxploiteerd en is sinds 1993 volledig operationeel. Het systeem wordt een „dual systeem” genoemd, omdat de inzameling en verwerking van de verpakkingen buiten het openbare afvalverwijderingssysteem om door een particuliere onderneming gebeuren.
- (26) Behalve DSD zijn er een aantal andere ondernemingen die de terugname en verwerking van bepaalde verkoop-verpakkingen organiseren. Het gaat daarbij echter niet om inzamelings- en verwerkingsystemen die zich over het hele afzetgebied uitstrekken in de zin van artikel 6,

lid 3, van de Verpackungsverordnung. Deze onder-nemingen handelen veeleer als derde in de zin van arti-kel 6, leden 1 en 2, juncto artikel 11 van de Ver-packungsverordnung, d.w.z. zij ontheffen de produc-ten of verkopers van verkoopverpakkingen rechtstreeks van hun terugnameplicht. Een groot aantal andere ondernemingen houdt zich bezig met de inzameling en verwerking van transportverpakkingen.

- (27) DSD wordt gefinancierd door de bijdragen van de ondernemingen die bij het systeem zijn aangesloten. Om aan het systeem te kunnen deelnemen dient een zogenaamd merktekencontract te worden gesloten. Daardoor krijgt een onderneming tegen betaling het recht op haar verpakkingen het merkteken „Der Grüne Punkt” (het groene punt) aan te brengen en wordt zij van de terugnameplicht voor deze verkoopverpakkingen vrijgesteld.
- (28) De omzet van DSD bedroeg in 1998 4,2 miljard DEM; voor 1999 raamt DSD de omzet op ongeveer 3,8 miljard DEM. DSD heeft in 1998 ongeveer 5,6 miljoen ton verkoopverpakkingen ingezameld. Op dit moment zijn ongeveer 17 000 ondernemingen bij het systeem aange-sloten. Naar schatting werd voor ongeveer 70 % van alle in Duitsland in het verkeer gebrachte verkoopverpakkin-gen een merktekencontract gesloten. In onderstaande tabel wordt een overzicht van het aandeel van de door DSD ingezamelde verpakkingen in het totale volume verpakkingen gegeven over de periode 1995—1998:

	1995	1996	1997	1998
Door DSD ingeza-melde gebruikte ver-koopverpakkingen <sup>(1)</sup> in miljoen ton	5,06	5,45	5,61	5,60
Verbruik verkoopver-pakkingen particuliere eindver-bruikers in miljoen ton	6,96	6,87	6,85	6,86
Totaal verbruik ver-koopverpakkingen in miljoen ton	7,91	7,81	7,81	7,85
Aandeel van DSD in totaal verbruik ver-koopverpakkingen	63,97 %	69,78 %	71,83 %	71,34 %
Aandeel van DSD in verbruik verkoop-verpakkingen particu-liere eindverbruikers	72,70 %	79,33 %	81,90 %	81,63 %

<sup>(1)</sup> Alle ramingen van het verbruik van verkoopverpakkingen zijn gebaseerd op gegevens van GVM-Gesellschaft für Verpackungsmarktforschung Wiesbaden, in het bijzonder de Recycling-Bilanz für Verpackungen van maart 1999. De cijfers betreffende de door DSD ingezamelde gebruikte verkoopverpakkingen zijn gebaseerd op gegevens van DSD.

- (29) DSD zamelt de gebruikte verkoopverpakkingen niet zelf in, maar schakelt daarvoor plaatselijke (gemeentelijke of particuliere) afvalverwijderingsbedrijven in. Met deze ondernemingen heeft DSD zogenaamde dienstverleningsovereenkomsten gesloten. Er zijn in totaal 546 inzamelingsdistricten. Sommige afvalverwijderingsbedrijven hebben met DSD een contract gesloten voor verschillende districten. Zo heeft DSD met in totaal 537 partners dienstverleningsovereenkomsten gesloten. Een aantal van deze afvalverwijderingsbedrijven zijn op hun beurt in grotere concerns gegroepeerd. Volgens de dienstverleningsovereenkomst heeft het afvalverwijderingsbedrijf de exclusieve taak in een bepaald district gebruikte verkoopverpakkingen in te zamelen en te sorteren. De inzameling gebeurt bij particuliere huishoudens en bepaalde ondernemingen. Het afvalverwijderingsbedrijf zorgt niet in alle gevallen zelf voor de inzameling en sortering van alle verpakkingen, maar maakt vaak voor bepaalde materialen gebruik van onderaannemers.
- (30) In het kader van het door DSD opgezette systeem worden gebruikte verkoopverpakkingen uit alle materialen ingezameld. De verpakkingen worden ofwel verzameld in containers die in de onmiddellijke omgeving van de huishoudens zijn geplaatst en waarin de gebruikte verpakkingen kunnen worden geworpen, ofwel regelmatig afgehaald in plastic zakken of tonnen die aan de gezinnen worden verstrekt. Het afvalverwijderingsbedrijf is verantwoordelijk voor het sorteren van het ingezamelde materiaal. Dit gebeurt gewoonlijk in gespecialiseerde ondernemingen. Het afvalverwijderingsbedrijf behandelt alle in de containers geworpen verpakkingen. Andere in de containers geworpen voorwerpen worden eventueel eveneens verwerkt of als afval uitgesorteerd. Samen met de verkoopverpakkingen uit papier/karton zamelen de afvalverwijderingsbedrijven gewoonlijk ook oud drukwerk (kranten en tijdschriften) in. Deze vormen het grootste deel (ongeveer 75 %) van deze materiaalsoort. De inzameling van drukwerk behoort niet tot het DSD-systeem en wordt door DSD niet vergoed.
- (31) Het gesorteerde materiaal wordt door het afvalverwijderingsbedrijf zelf of door bemiddeling van derden naar de verwerkingsbedrijven gevoerd of ter verwerking doorgegeven aan een zogenaamde garantiegever. De garantiegevers hebben er zich tegenover DSD toe verplicht de gebruikte verpakkingen te verwerken. De garantieondernemingen hangen ofwel van de producenten van verpakkingsmaterialen af, of zijn speciaal voor het op de markt brengen en verwerken van de ingezamelde materialen opgericht. Krachtens de Verpackungsverordnung moet de verwerking door middel van recycling gebeuren; verbranding of storting zijn niet toegestaan.
- (32) Met het DSD-systeem worden niet alle verkoopverpakkingen in de zin van de Verpackungsverordnung, doch alleen die bij de particuliere huishoudens en vergelijkbare inzamelpunten ingezameld. Transportverpakkingen worden niet ingezameld. Deze beperking van het werkterrein van DSD is door de bevoegde Duitse instantie, het Bundeskartellamt (het federale kartelbureau), opgelegd.
- (33) Het Bundeskartellamt heeft meermaals bezwaren geformuleerd tegen het voornemen van DSD haar activiteiten uit te breiden.
- (34) Zo had DSD in oktober 1992 aangekondigd dat zij voornemens was ook in grote ondernemingen en in de industrie verkoopverpakkingen op te halen. Nadat het Bundeskartellamt als bezwaar had geopperd dat dit ertoe zou leiden dat de afvalverwijderingsbedrijven die geen contract met DSD hadden gesloten uit de markt zouden worden gestoten, zag DSD van dit voornemen af. In verband daarmee nam het Bundeskartellamt het standpunt in dat eventuele bijkomende bepalingen in de erkenningsbesluiten van de bevoegde deelstaatautoriteiten, waarbij DSD uitdrukkelijk tot dergelijke activiteiten wordt verplicht, niet eraan in de weg staan dat het Bundeskartellamt deze verbiedt. Ter afsluiting van de procedure werd bepaald dat DSD met dezelfde frequentie als bij de huishoudens gebruikelijk is verpakkingen mag inzamelen bij restaurants, kantines, ziekenhuizen, administratieve diensten, opleidingsinstellingen, kazernes, praktijken an zelfstandige beroepsbeoefenaren, alsook bij handwerkbedrijven (met uitzondering van drukkerijen en andere papierverwerkende ondernemingen), die over containers met een volume van ten hoogste 1 100 liter per materiaalsoort beschikken.
- (35) Voorts heeft het Bundeskartellamt bij besluit van 24 juni 1993 DSD formeel verboden haar activiteiten uit te breiden tot verkoopverpakkingen die niet in de detailhandel worden gebruikt, of tot transportverpakkingen. De aanleiding tot dit verbodsbesluit was het voornemen van DSD om via een dochteronderneming verkoopverpakkingen en transportverpakkingen uit papier/karton en kunststof in te zamelen bij grote en industriële ondernemingen. Het Bundeskartellamt beschouwde de daaruit voortvloeiende bundeling van de vraag naar afvalverwijderingsdiensten als een beperking van de mededinging in de zin van artikel 1 van de Duitse wet inzake beperkingen van de mededinging (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB). DSD heeft geen beroep tegen deze beslissing aangetekend.

#### IV. HET MERKTEKENCONTRACT

- (32) Met het DSD-systeem worden niet alle verkoopverpakkingen in de zin van de Verpackungsverordnung, doch
- (36) De betrekkingen tussen DSD en de bij het systeem aangesloten ondernemingen worden geregeld in een stan-

- daardcontract, het Zeichennutzungsvertrag für das Zeichen „Der Grüne Punkt” (merktekencontract voor het gebruik van „het groene punt”), hierna ook het „contract” genoemd. Het contract is sinds de aanmelding meermaals gewijzigd en dient thans in de versie van 5 september 1994 te worden onderzocht.
- (37) Krachtens het contract is DSD eigenaar van het geregistreerde collectieve merk „Der Grüne Punkt” („het groene punt”). DSD verleent producenten en verkopers het recht alle verkoopverpakkingen waarop het systeem betrekking heeft te merken overeenkomstig een standaardmerktekencontract. DSD staat het gebruik van dit merkteken toe voor de afzonderlijk aan te melden verkoopverpakkingen (paragraaf 1, punt 1, van het merktekencontract).
- (38) DSD garandeert de aangesloten onderneming (in het contract licentiehouders genoemd) een zich over het hele land uitstreckende inzameling, sortering en verwerking van gebruikte verkoopverpakkingen op zodanige wijze dat de betrokken producenten en verkopers voor de onder het systeem vallende verkoopverpakkingen worden ontheven van hun verplichtingen ingevolge de Verpackungsverordnung (paragraaf 2 van het contract).
- (39) De contractpartner is verplicht het merkteken op alle aangemelde verpakkingen voor binnenlands gebruik, op een voorgeschreven wijze en in een voorgeschreven vorm, zichtbaar voor de eindverbruiker aan te brengen. DSD kan de partner bij het contract van deze verplichting vrijstellen (paragraaf 3, punt 1, van het contract).
- (40) De contactpartner dient voor alle verpakkingen die hij op grond van dit contract op het grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland met „Der Grüne Punkt” distribueert, een licentievergoeding aan DSD te bepalen. Voor uitzonderingen hierop is een afzonderlijke, schriftelijke overeenkomst vereist (paragraaf 4, punt 1, van het contract, herhaald in paragraaf 5, punt 1, van het contract, zonder mogelijkheid tot uitzondering).
- (41) De licentievergoeding is vastgelegd in de sinds 1 januari 1995 geldende prijslijst (paragraaf 4, punt 2, van het contract). Het bedrag is gelijk aan de som van een vergoeding op basis van het gewicht en een vergoeding op basis van het aantal stuks. De gewichtsbijdrage hangt af van het gewicht en het soort materiaal van de verpakking. De bijdrage met betrekking tot het aantal stuks wordt berekend op basis van het volume, respectievelijk de oppervlakte van de verpakking.
- (42) De licentievergoeding kan door een eenzijdige beslissing van DSD worden aangepast. De verhoging of verlaging van de licentievergoeding is onderworpen aan de volgende beginselen: de licentievergoedingen worden zonder winstmarge berekend; zij dienen uitsluitend voor de dekking van de kosten van de inzameling, sortering en verwerking en de noodzakelijke administratieve werkzaamheden (paragraaf 4, punt 3, van het contract). De systeemkosten kunnen eventueel gedifferentieerd naar de soort materiaal worden aangerekend op grond van het beginsel dat de vervuiler betaalt.
- (43) Het contract wordt telkens voor één jaar verlengd, tenzij het twee maanden vóór de afloop ervan wordt opgezegd (paragraaf 16). De licentiehouders kan het contract met een opzegtermijn van zes maanden beëindigen, indien hij de aangemelde verpakkingen in Duitsland niet meer op de markt brengt (paragraaf 11, punt 1).
- Het staat de licentiehouders vrij het hele assortiment verpakkingen of slechts bepaalde verpakkingen aan te melden.
- (44) DSD is als enige eigenaar van de rechten voor het gebruik van het merkteken „Der Grüne Punkt” in Duitsland. De rechten voor het gebruik van dit merkteken buiten Duitsland, in het bijzonder op het grondgebied van de Europese Unie, heeft DSD in de vorm van een algemene licentie overgedragen aan ProEurope (Packaging Recovery Organisation Europe sprl), met zetel in Brussel.
- (45) In de voorbije jaren werden ook in andere lidstaten met het DSD-systeem vergelijkbare particuliere terugname- en bevrijdingssystemen opgezet. Veel van deze systemen maken — op grond van een licentiecontract met ProEurope — eveneens gebruik van „Der Grüne Punkt”. Momenteel gaat het om Eco-Emballages SA (Frankrijk), Altstoff Recycling Austria AG (Oostenrijk), asbl Fost plus vzw (België), Sociedade Ponto Verde SA (Portugal), Ecoembalajes Espana (Spanje), Valorlux ASBL (Luxemburg) en Repak Limited (Ierland). Vele van deze systemen hebben in de betrokken lidstaten een marktpositie verworven, die vergelijkbaar is met die van DSD.
- (46) Deze beschikking heeft geen betrekking op de algemene licentie waarbij de gebruiksrechten aan ProEurope zijn overgedragen, en de tussen ProEurope en de afzonderlijke systemen gesloten licentiecontracten.
- V. DOOR DSD AANGEGANE VERBINTENISSEN
- (47) DSD heeft de Commissie in verband met het contract een reeks toezeggingen gedaan.



- (48) Teneinde te garanderen dat de licentievergoedingen op doorzichtige wijze en volgens het beginsel dat de vervuiler betaalt worden berekend, heeft DSD de volgende toezegging gedaan:
- (49) „Duales System Deutschland AG verbindt zich ertoe het bedrag van de licentievergoeding en/of de berekeningsgrondslagen voor het gebruik van het merkteken „Der Grüne Punkt” zodanig vast te stellen dat de systeemkosten volgens het beginsel dat de vervuiler betaalt worden toegerekend aan de verschillende soorten materiaal, en deze berekeningen geregeld te laten controleren door deskundigen (bijvoorbeeld door accountants).”
- (50) In het contract wordt geen onderscheid gemaakt tussen ondernemingen met zetel in Duitsland en ondernemingen met zetel in de landen die lid zijn van de Europese Economische Ruimte. DSD heeft bovendien de volgende toezegging gedaan:
- (51) „Duales System Deutschland AG verplicht zich ertoe met de producenten en verkopers van verkoopverpakkingen met zetel in de Europese Gemeenschap of de Europese Economische Ruimte, contracten te sluiten inzake het gebruik van het merkteken „Der Grüne Punkt” in het toepassingsgebied van de Verpackungsverordnung. Duales System Deutschland AG verplicht zich ertoe contractpartners met zetel in de in punt 1 bedoelde staten en partners met zetel in het toepassingsgebied van de Verpackungsverordnung gelijk te behandelen. DSD kan niet zonder gegronde redenen van de in de punten 1 en 2 vermelde verplichtingen afwijken. In dat geval dient Duales System Deutschland AG de Commissie daarvan onmiddellijk op de hoogte te brengen.”
- (52) Aangezien in bepaalde gevallen om juridische, technische, organisatorische en andere redenen niet kan worden uitgesloten dat het merkteken „Der Grüne Punkt” los van het feitelijke of voorgenomen beroep op de dienstverlening wordt gebruikt, heeft DSD ingevolge de door de Commissie geformuleerde bezwaren verscheidene toezeggingen gedaan.
- (53) Voor het geval dat verpakkingen zowel in Duitsland als in de andere landen die lid zijn van de Europese Gemeenschap of van de Europese Economische Ruimte in de handel worden gebracht en deelneming aan het DSD-systeem in Duitsland is gepland, heeft DSD de volgende toezegging gedaan:
- (54) „Binnen de Europese Gemeenschap en de Europese Economische Ruimte mag Duales System Deutschland AG voor het gebruik van het merkteken „Der Grüne Punkt” alleen een licentievergoeding vragen voor verpakkingen die in het toepassingsgebied van de Verpackungsverordnung in het verkeer worden gebracht. Wanneer verpakkingen waarvoor reeds een vergoeding voor het gebruik van het merkteken „Der Grüne Punkt” aan Duales System Deutschland AG werd betaald, van het toepassingsgebied van de Verpackungsverordnung naar andere lidstaten van de Europese Gemeenschap of van de Europese Economische Ruimte worden uitgevoerd, is DSD ertoe gehouden het reeds betaalde bedrag terug te betalen. Deze verplichting geldt alleen voorzover de producent of verkoper bewijst dat de licentievergoeding voor de betrokken verpakkingen normaal werd betaald en dat nog geen terugvordering werd geëist. Deze verplichting geldt ook ten gunste van producenten en verkopers die geen eigen contract voor het gebruik van „Der Grüne Punkt” met DSD hebben gesloten. Duales System Deutschland AG moet alle verkregen informatie over leveranciers en klanten van deze producenten en verkopers vertrouwelijk behandelen.”
- (55) Daar de activiteit van een systeem in de zin van artikel 6, lid 3, van de Verpackungsverordnung beperkt is tot van particuliere eindverbruikers afkomstige verkoopverpakkingen (overweging 15), doen zich voorts ook situaties voor waarin uniforme verpakkingen gedeeltelijk bij particuliere eindverbruikers en gedeeltelijk bij verkopers (laatstgenoemde zijn geen verkoopverpakkingen en vallen bijgevolg niet onder systemen in de zin van artikel 6, lid 3) en/of bij niet onder systemen in de zin van artikel 6, lid 3, vallende grote/industriële ondernemingen worden ingezameld. In dit verband heeft DSD de volgende toezegging gedaan:
- (56) „Indien Duales System Deutschland AG de gebruikte verkoopverpakkingen om juridische redenen op bepaalde plaatsen niet kan verzamelen, is zij ten aanzien van de producenten en verkopers die het gebruik van het merkteken „Der Grüne Punkt” niet op een zodanige wijze kunnen organiseren dat ophaling op de gebruikelijke inzamelingsplaatsen mogelijk is, op grond van een schriftelijke overeenkomst verplicht af te zien van betaling van een evenredig deel van de licentievergoeding.”
- (57) Het feit dat van een licentievergoeding wordt afgezien, wordt in aanvullende overeenkomsten bij het merktencontract — zogenoemde „splitting”-overeenkomsten — vastgesteld. In dergelijke overeenkomsten worden het „splitting”-quotum en het „splitting”-concept vastgelegd. DSD heeft tot dusver in twaalf branches „splitting”-overeenkomsten gesloten. DSD heeft verklaard dat de aamelding geen betrekking heeft op deze overeenkomsten. Deze beschikking heeft geen betrekking op het sluiten van deze overeenkomsten en de inhoud ervan.
- (58) Wanneer als alternatief voor het DSD-systeem tot een of verscheidene deelstaten beperkte systemen in de zin van artikel 6, lid 3, worden opgezet, is het niet onwaarschijnlijk dat voor uniforme verpakkingen in deze deelstaten aan het alternatieve systeem en in de resterende

- deelstaten aan het DSD-systeem wordt deelgenomen. In verband met deze situatie heeft DSD de volgende toezegging gedaan:
- (59) „Mits op regionaal niveau actieve alternatieve systemen voor het huidige duale systeem worden opgezet, die door de bevoegde deelstaatinstanties officieel overeenkomstig artikel 6, lid 3, van de Verpackungsverordnung zijn erkend, is Duales System Deutschland AG bereid het merktekencontract in de praktijk op een zodanige wijze toe te passen dat de licentiehouders de mogelijkheid krijgen voor een gedeelte van hun totale hoeveelheid verpakkingen aan een dergelijk systeem deel te nemen. Voor de verpakkingen waarvoor aan een dergelijk alternatief systeem wordt deelgenomen en waarvoor dit kan worden aangetoond, wordt door Duales System Deutschland AG 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”.”.
- (60) Voor het geval dat producenten en verkopers voor delen van de totale hoeveelheid verkoopverpakkingen een eigen verwijderingssysteem exploiteren en voor de resterende gedeeltes aan het DSD-systeem deelnemen, heeft DSD de volgende toezegging gedaan:
- (61) „Indien verkopers en producenten de terugname en verwerking van in het toepassingsgebied van de Verpackungsverordnung verkochte hoeveelheden verkoopverpakkingen overeenkomstig artikel 6, lid 1 en/of 2, (eventueel juncto artikel 11) van de Verpackungsverordnung organiseren en voor de resterende hoeveelheden aan het DSD-systeem deelnemen (artikel 6, lid 1, negende zin), heft Duales System Deutschland AG geen licentievergoeding op grond van het merktekencontract voor de hoeveelheden verkoopverpakkingen waarvoor kan worden bewezen dat zij overeenkomstig artikel 6, lid 1 en/of 2, van de Verpackungsverordnung zijn teruggenomen. Het bewijs daarvan moet overeenkomstig de in bijlage I, punt 2, van de Verpackungsverordnung genoemde vereisten worden geleverd.”.
- (62) Voor het geval dat uniforme verpakkingen zowel in Duitsland als in één of meer andere lidstaten van de Europese Gemeenschap of van de Europese Economische Ruimte in het verkeer worden gebracht, dat voor deze verpakkingen in een andere lidstaat of verscheidene andere lidstaten aan een terugnamesysteem wordt deelgenomen dat gebruikmaakt van „Der Grüne Punkt” maar dat deze in de Bondsrepubliek Duitsland niet bij het DSD-systeem zijn aangesloten, heeft DSD de volgende toezegging gedaan:
- (63) „Voor verpakkingen waarvoor in een andere lidstaat aan een inzamelings- en verwerkingsstelsel wordt deelgenomen met gebruikmaking van het merkteken „Der Grüne Punkt” en die met gebruikmaking van het merkteken in het toepassingsgebied van de Verpackungsverordnung in het verkeer worden gebracht, mag door Duales System Deutschland AG geen licentievergoeding worden geheven, wanneer kan worden aangetoond dat op een andere wijze dan door deelneming aan het door DSD-AG opgezette systeem in de zin van artikel 6, lid 3, van de Verpackungsverordnung aan de verplichtingen van de Verpackungsverordnung wordt voldaan. Als voorwaarde hierbij geldt, dat er op de verpakking vlakbij het merkteken „Der Grüne Punkt” schriftelijk of in een andere passende vorm op voor de eindverbruiker herkenbare wijze op wordt gewezen, dat de verpakking niet aan het door DSD-AG in de zin van artikel 6, lid 3, opgezette duale systeem deelneemt.”.
- (64) DSD heeft tegenover de Commissie verklaard, dat de in de toezegging opgenomen bewijsplicht niet in die zin moet worden uitgelegd dat DSD eerst aanspraak kan maken op licentievergoedingen en deze slechts moet terugbetalen wanneer het bewijs is geleverd dat daadwerkelijk aan de verplichtingen van de Verpackungsverordnung is voldaan. De betrokken onderneming behoeft intengedeel reeds dan geen licentievergoeding aan DSD te betalen, wanneer daadwerkelijk aan de in de toezegging genoemde voorwaarden is voldaan. Een van deze voorwaarden is met name dat op de verpakking op voor de eindverbruiker herkenbare wijze moet zijn vermeld dat deze niet deelneemt aan het door DSD in de zin van artikel 6, lid 3, opgezette duale systeem, hoewel zij wel met „Der Grüne Punkt” is gemerkt. De betrokken onderneming heeft dan tot uiterlijk 1 mei van het daaropvolgende jaar de tijd om ten aanzien van DSD het bewijs te leveren dat daadwerkelijk aan de verplichtingen van de Verpackungsverordnung is voldaan. Indien dit bewijs niet kan worden geleverd, kan DSD een evenredig deel van de licentievergoeding vorderen. In verband met de inhoudelijke eisen die aan het te leveren bewijs worden gesteld, verwijst DSD naar de bepalingen van de Verpackungsverordnung. Overeenkomstig de huidige juridische situatie volstaat in geval van een systeem in de zin van artikel 6, lid 1, een verklaring van een onafhankelijke deskundige dat aan de terugname- en verwerkingsvereisten is voldaan overeenkomstig bijlage I (bij artikel 6), punt 2.1, zesde zin. In geval van deelneming aan een systeem overeenkomstig artikel 6, lid 3, komt in beginsel ook de bevestiging door de systeemexploitant van de deelneming overeenkomstig bijlage I (bij artikel 6), punt 4.3, als bewijs in aanmerking. Uit het oogpunt van DSD is echter van essentieel belang dat uit het bewijs duidelijk blijkt welk volume van met „Der Grüne Punkt” gemerkte verpakkingen niet aan het door DSD geëxploiteerde systeem deelneemt.

## B. JURIDISCHE BEOORDELING

### I. ARTIKEL 82, LID 1, VAN HET EG-VERDRAG

#### 1. MACHTSPOSITIE

##### 1.1. Relevante markt

##### 1.1.1. Relevante productmarkt

- (65) De relevante productmarkt omvat alle producten en/of diensten die door de gebruiker als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd op grond van hun kenmerken, hun prijs en het doel waarvoor zij zijn bestemd.
- (66) De bedrijfsdoelstelling van DSD is het organiseren en exploiteren van een zogenaamd duaal, particulier systeem voor de terugname van gebruikte verpakkingen. De aan het DSD-systeem ten grondslag liggende overeenkomsten hebben economische gevolgen op verschillende niveaus waarop toegevoegde waarde wordt gerealiseerd. Voor de marktbeoordeling wordt van het merktencontract uitgegaan.

##### *Analyse van de vraagzijde*

- (67) Uitgangspunt voor de marktafbakening zijn in het onderhavige geval de bepalingen van de Duitse Verpackungsverordnung. Door de goedkeuring van de Verpackungsverordnung werd voor het eerst voor producenten en verkopers een verplichting in het leven geroepen tot terugname en verwerking van gebruikte verkoopverpakkingen buiten het openbare afvalverwijderingssysteem om (overwegingen 10 tot en met 16). De verordenende instantie heeft de betrokken ondernemingen daarbij in beginsel twee mogelijkheden gegeven om aan de hun opgelegde verplichtingen te voldoen:
- a) ingevolge artikel 6, leden 1 en 2, van de Verpackungsverordnung moeten producenten en verkopers door de eindverbruiker gebruikte verkoopverpakkingen op of in de onmiddellijke omgeving van het verkooppunt kosteloos terugnemen en voor de verwerking ervan zorgen. Producenten en verkopers kunnen overeenkomstig artikel 11 van de Verpackungsverordnung een beroep doen op derden om aan de terugname- en verwerkingsverplichting te voldoen;
- b) ingevolge artikel 6, lid 3, eerste zin, van de Verpackungsverordnung is terugname niet verplicht voor producenten en verkopers die deelnemen aan een zich over het hele afzetgebied van de verkoper uitstrekkend systeem dat een regelmatige ophaling van de gebruikte verkoopverpakkingen bij de eindverbruiker of in zijn buurt garandeert.

(68) Volgens de opzet van de Verpackungsverordnung zijn het zogenaamde eigen inzamelingsstelsel in de zin van artikel 6, leden 1 en 2, juncto artikel 11, van de Verpackungsverordnung en de deelname aan een „Befreiungssystem“ (bevrijdingssysteem) in de zin van artikel 6, lid 3, van de Verpackungsverordnung voor de tot terugname verplichte ondernemingen alternatieve en bijgevolg onderling verwisselbare opties, niet in de laatste plaats omdat in beide gevallen dezelfde verwerkingsquota moeten worden gehaald (overweging 19).

(69) Aangezien de activiteit van een systeem overeenkomstig artikel 6, lid 3, van de Verpackungsverordnung echter beperkt is tot van particuliere eindverbruikers afkomstige verkoopverpakkingen (overweging 15), zijn deze beide mogelijkheden alleen onderling verwisselbaar voor van particuliere eindverbruikers afkomstige verkoopverpakkingen. Deelname aan een bevrijdingssysteem in de zin van artikel 6, lid 3, is niet mogelijk voor van grote ondernemingen en de industrie afkomstige verkoopverpakkingen. Aan de verplichtingen van de Verpackungsverordnung kan voor deze verkoopverpakkingen bijgevolg alleen via een eigen inzamelingsstelsel worden voldaan. De vraag naar terugname- en verwerkingsdiensten voor gebruikte verkoopverpakkingen die niet van particuliere eindverbruikers afkomstig zijn, vormt bijgevolg een van de hierna te bepalen markt gescheiden (zij het verbonden) markt.

(70) Deze afbakening in aanmerking genomen, kan van een in de ruimst denkbare zin bepaalde eenvormige markt voor de organisatie van de terugname en verwerking van verkoopverpakkingen van particuliere eindverbruikers worden uitgegaan. Op deze markt wordt de tot terugname verplichte ondernemingen niet de mogelijkheid geboden te voldoen aan hun uit de Verpackungsverordnung voortvloeiende verplichtingen tot terugname en verwerking van gebruikte verkoopverpakkingen of deel te nemen aan een systeem waardoor zij van hun uit de Verpackungsverordnung voortvloeiende verplichtingen worden bevrijd. Beide mogelijkheden lijken de tot terugname verplichte ondernemingen even geschikt om aan de bepalingen van de Verpackungsverordnung betreffende van particuliere eindverbruikers afkomstige verkoopverpakkingen te voldoen en moeten bijgevolg in beginsel als onderling verwisselbaar worden beschouwd.

(71) Er bestaan echter feitelijke en juridische verschillen tussen een eigen verwijderingssysteem en deelname aan een bevrijdingssysteem waardoor de onderlinge substitueerbaarheid ervan voor bepaalde combinaties van verpakkingen/inzamelingspunten mogelijk wordt beperkt en van een engere marktafbakening moet worden uitgegaan. In geval van eigen inzamelingsstelsels moeten de verkoopverpakkingen op of in de onmiddellijke omgeving van de plaats van levering (d.w.z. normaal gezien via het verkooppunt) worden teruggenomen. Duitsland heeft in antwoord op vragen van de Commissie in dit verband medegedeeld dat de vastgestelde quota

in geval van eigen verwijderingssystemen uitsluitend door terugname van de verkoopverpakkingen op of in de onmiddellijke omgeving van de plaats van levering moeten worden gehaald en dat een eventuele daarnaast georganiseerde inzameling bij de huishoudens niet op deze quota in mindering kan worden gebracht (overweging 13). Wanneer van dit standpunt wordt uitgegaan, zou het halen van de quota door middel van een eigen verwijderingssysteem voor bepaalde verpakkingen om organisatorische of hygiënische redenen een probleem kunnen vormen. Bovendien wordt er voor de in het verkooppunt geleverde verpakkingen in beginsel van uitgegaan dat de eindverbruiker bereid is deze via het verkooppunt in te leveren. Voor het merendeel van de voor eindverbruikers bestemde verkoopverpakkingen kan dit op grond van de ervaringen bij de afvalverwijdering via de huishoudens onwaarschijnlijk worden geacht.

- (72) Wanneer van het standpunt van Duitsland wordt uitgegaan, lijkt het in geval van eigen verwijderingssystemen alleen voor bepaalde groepen verpakkingen/inzamelpunten mogelijk de volledige quota te halen (overweging 81). Voor het overgrote deel van de verkochte verkoopverpakkingen zouden de vereiste quota slechts daadwerkelijk kunnen worden gehaald — en zou bijgevolg slechts aan de Verpackungsverordnung kunnen worden voldaan — wanneer (aanvullend) aan een bevrijdingssysteem wordt deelgenomen. Wanneer daarentegen het standpunt van het Landgericht Köln (overweging 13) zou worden gevolgd, zouden de quota voor eigen verwijderingssystemen algemeen haalbaar zijn.
- (73) Uit juridisch oogpunt worden producenten en verkopers alleen door deelname aan een systeem in de zin van artikel 6, lid 3, van hun uit de Verpackungsverordnung voortvloeiende verplichtingen vrijgesteld. Wanneer zij voor een eigen verwijderingssysteem kiezen om aan deze verplichtingen te voldoen en zij een beroep doen op een derde in de zin van artikel 11 van de Verpackungsverordnung, blijven de hun publiekrechtelijk opgelegde verplichtingen volledig bestaan tot de derde er daadwerkelijk aan heeft voldaan.
- (74) De aangegeven verschillen zouden erop kunnen wijzen dat een eigen verwijderingssysteem en deelneming aan een bevrijdingssysteem uit het oogpunt van de vraag van de tot terugname verplichte ondernemingen slechts in beperkte mate onderling substitueerbaar zijn.

#### *Analyse van de aanbodzijde*

- (75) Ook aan de aanbodzijde kunnen de voorwaarden die aan diensten ter bevrijding van de terugname- en verweringssysteem voor verkoopverpakkingen verbonden

zijn, niet zonder meer met een eigen verwijderingssysteem of andere bestaande afvalverwijderingsdiensten worden vergeleken.

- (76) Om door de bevoegde deelstaatautoriteiten als een terugnamesysteem in de zin van artikel 6, lid 3, van de Verpackungsverordnung, met de daaraan verbonden bevrijding van de terugnameverplichting, te worden erkend, moet een systeem aan een reeks in de Verpackungsverordnung vastgelegde vereisten voldoen (overwegingen 17 tot en met 19). De belangrijkste van deze vereisten zijn dat:
- het systeem zich over ten minste één deelstaat moet uitstrekken;
  - het om een systeem moet gaan in de onmiddellijke omgeving van de eindverbruiker;
  - een regelmatige ophaling moet worden gegarandeerd;
  - aan bepaalde quotavereisten moet worden voldaan;
  - het systeem moet zijn afgestemd op de publiekrechtelijke instanties voor afvalverwijdering.
- (77) Vooral het vereiste inzake het gebied waarover het systeem zich moet uitstrekken, maar ook de andere te vervullen voorwaarden impliceren omvangrijke initiële investeringen en vergen een lange opbouwperiode. Voor de afstemming en bevrijding van het systeem door de bevoegde instanties zijn bovendien aanzienlijke administratieve werkzaamheden vereist. Deze combinatie van voorwaarden vormt een belangrijke belemmering voor de toetreding tot de markt, die de toetreding van andere dienstverleners op het gebied van de afvalverwijdering bemoeilijkt.
- (78) Aangezien het om een nieuw soort dienstverlening gaat, verschilt het karakter van de vereiste werkzaamheden in aanzienlijke mate van het op het gebied van de afvalverwijdering, met name op het gebied van de afvalverwijdering bij de industrie en bij grote ondernemingen of op het gebied van de traditionele verwijdering van huishoudelijk en restafval, bestaande aanbod. Bij het voor de vraag relevante aanbod staat bijgevolg niet zozeer de technisch doeltreffende inzameling, sortering en/of verwerking centraal, maar veeleer de doelgerichte combinatie en organisatie van een groot aantal op elkaar afgestemde afzonderlijke dienstverrichtingen, die het samen mogelijk maken de bij het systeem aangesloten ondernemingen van de verplichting tot terugname van verkoopverpakkingen te bevrijden.
- (79) Substitueerbaarheid aan de aanbodzijde ligt op korte termijn bijgevolg niet voor de hand.

## Conclusies

- (80) Het bovenstaande in aanmerking genomen, zou de relevante productmarkt kunnen worden gedefinieerd als de markt voor systemen ter bevrijding van de verplichting tot terugname en verwerking van verkoopverpakkingen. Een hiermee verbonden markt zou de markt zijn waarop eigen inzamelingsystemen worden georganiseerd om te voldoen aan de verplichting tot terugname en verwerking van gebruikte verkoopverpakkingen.
- (81) Zelfs wanneer wordt uitgegaan van twee verschillende markten, bestaat er een economisch belangrijke mate van overlapping in de vorm van een gemeenschappelijk marktsegment voor bepaalde combinaties van verpakkingen/inzamelingspunten, waar een eigen verwijderingssysteem en deelneming aan een bevrijdingssysteem (geheel of gedeeltelijk) substitueerbaar zijn. Het gaat in eerste instantie om van particuliere eindverbruikers afkomstige verkoopverpakkingen, waarvoor het alleen door middel van een eigen verwijderingssysteem mogelijk lijkt aan de quotumvereiste te voldoen. Daarbij zou het enerzijds kunnen gaan om verkoopverpakkingen, waarbij het berekenen van statiegeld er voldoende toe stimuleert deze terug te brengen (bijv. wegwerpverpakkingen voor mineraalwater). Anderzijds zou het quotumvereiste kunnen worden gehaald voor verkoopverpakkingen die in de vestiging van de eindverbruiker worden afgeleverd, zodat ook de inzameling daar kan plaatshebben (bijv. bij de levering van grote hoeveelheden in karton verpakt kopieer- en drukpapier). Het zou in dit verband met name kunnen gaan om verkoopverpakkingen die op met particuliere eindverbruikers gelijkgestelde inzamelingspunten (restaurants, hotels, kantines, administratieve diensten, kazernes, ziekenhuizen) worden geleverd.
- (82) Dit overlappende segment aan de rand van de markt heeft in zoverre een bijzondere betekenis, dat een eigen verwijderingssysteem op dit gebied een „springplank” kan zijn of een „instapmarkt” voor een latere activiteit op de duidelijk door hogere toegangsdrempels gekenmerkte markt voor bevrijdingssystemen. Realistisch bekeken, is het mogelijk dat de voor deze markt vereiste knowhow en reputatie bij de klanten in een bepaalde marktsituatie alleen via een voorafgaande activiteit op deze naburige markt kunnen worden verworven. In dat opzicht heeft dit overlappend segment aan de rand van de markt uit het oogpunt van de mededinging een tweeledige betekenis. Enerzijds vormt het op het ogenblik het enige marktregulerende middel dat het mogelijk maakt de marginale en resterende concurrentie in de sector van de bevrijdingssystemen te handhaven, en anderzijds vormt het de „instapmarkt” voor een eventuele latere activiteit op deze markt, en bijgevolg speelt het een belangrijke rol met het oog op de potentiële mededinging op deze markt. Momenteel trachten verscheidene kleinere ondernemingen een plaats aan de rand van de markt te veroveren door middel van eigen verwijderingssystemen. Het marktvolume van het tot beide markten behorende marktsegment bedraagt naar raming thans ongeveer 20 % van de door particuliere eindverbruikers verbruikte verpakkingen.
- (83) Voor het geval het niet mogelijk lijkt het vastgestelde quotum via inzameling op de feitelijke plaats van levering te halen, is bovendien een combinatie van een eigen verwijderingssysteem en deelneming aan een bevrijdingssysteem denkbaar, waarbij een tot terugname verplichte onderneming voor het verschil tussen het te halen quotum en het volume aan in het kader van een eigen verwijderingssysteem op de plaats van levering in te zamelen verpakkingen complementair aan een bevrijdingssysteem deelneemt. Hoewel er in dit geval geen volledige en toereikende substitueerbaarheid van het voor de vraagzijde relevante aanbod bestaat, gezien de totale relevante behoefte van de tot terugname verplichte onderneming, is dat voor bepaalde gedeelten van de verkoopverpakkingen wel het geval.
- (84) Ten aanzien van de punten van bezwaar is DSD van mening dat het uitgangspunt van de Commissie, dat de exploitatie van een bevrijdingssysteem in de regel een voorafgaande activiteit als aanbieder van een eigen verwijderingssysteem veronderstelt en dat deze exploitatie door een dergelijke activiteit aanzienlijk wordt vergemakkelijkt, niet wordt bevestigd door hetgeen feitelijk is vastgesteld en zonder dergelijke vaststellingen niet gerechtvaardigd is. De eisen die aan eigen verwijderingssystemen en aan bevrijdingssystemen worden gesteld, zijn te verschillend.
- (85) Ten aanzien van de punten van bezwaar is DSD voorts van mening dat er niet van mag worden uitgegaan dat de quota in geval van eigen verwijderingssystemen voor de overgrote meerderheid van de verkoopverpakkingen hoogst waarschijnlijk niet zullen worden gehaald, wanneer in het kader van dergelijke systemen alleen de inzameling via het verkooppunt op de volgens de Verpakkungsverordnung voorgeschreven quota in rekening wordt gebracht. Wanneer passende stimulansen worden gegeven (bijvoorbeeld door middel van statiegeld) is het volgens DSD voor talrijke verkoopverpakkingen beslist mogelijk de quota volledig te halen.
- (86) Er is in dit verband evenwel geen eindbeschikking nodig over welke van beide denkbare marktafbakeningen als uitgangspunt moet worden genomen. Zoals hierna wordt uiteengezet, leidt elke in aanmerking komende afbakening van de productmarkt tot een machtspositie van DSD (overwegingen 95 tot en met 97). Bij elke in aanmerking komende marktafbakening is sprake van misbruik van een machtspositie (overweging 98 e.v.). Bovendien zijn de vaststellingen van de Commissie met betrekking tot het halen van de quota door middel van eigen verwijderingssystemen en de rol van deze systemen als „springplank” niet van belang voor het vaststel-

len van het misbruik. Om die redenen is een standpuntbepaling betreffende bovengenoemde bezwaren van DSD niet vereist.

### 1.1.2. Relevante geografische markt

- (87) De relevante geografische markt is het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een relevante rol spelen in de vraag naar en het aanbod van goederen en diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden bestaan.
- (88) De objectieve voorwaarden op het gebied van vraag en aanbod op de relevante markten waarover het DSD-systeem zich uitstrekt, zijn in de lidstaten van de Gemeenschap thans nog zeer verschillend. Dat is in belangrijke mate het gevolg van het feit dat het hier om een sector gaat die in het verleden in sterke mate door de staat werd gereguleerd en georganiseerd, wat op verscheidene deelgebieden nog steeds het geval is.
- (89) Hoewel de afvalverwijderingssector in het algemeen bepaalde tendensen tot internationalisering te zien geeft, wordt toch vastgesteld dat, met name wat de dienstverlening op het gebied van de terugname en verwijdering van gebruikte verkoopverpakkingen betreft, zowel het aanbod als de vraag momenteel nog in belangrijke mate op nationaal niveau is georganiseerd.
- (90) Dat hangt in niet onbelangrijke mate samen met het feit dat de wetten en verordeningen, inclusief de uitvoerings- en omzettingbepalingen, die betrekking hebben op de verwijdering van verpakkingen, van land tot land zeer verschillend zijn. Dit geldt niet alleen voor de wettelijke vereisten waaraan zich over het hele gebied uitstrekende terugname- en bevrijdingssystemen moeten voldoen en voor de inzamelings-, sorteer- en verwerkingsquota die moeten worden gehaald, maar ook met betrekking tot de ondernemingsmarge waarover particuliere ondernemingen, bijvoorbeeld op het gebied van de terugname en verwerking van verkoopverpakkingen onder hun eigen verantwoordelijkheid, beschikken. Alles bij elkaar genomen, heeft dit er mede toe geleid dat het door DSD geëxploiteerde terugname- en bevrijdingssysteem tot Duitsland beperkt is.
- (91) Gezien het bovenstaande moet ervan worden uitgegaan dat de objectieve voorwaarden op het gebied van vraag en aanbod op de in dit verband relevante markt sterk verschillen van die in andere gebieden van de gemeenschappelijke markt. Bij de toepassing van de gemeenschappelijke mededingingsregels op de productmarkten waarover het DSD-systeem zich uitstrekt, moet derhalve het grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland als uitgangspunt worden genomen.
- (92) De ruimst bepaalde markt waarvan moet worden uitgegaan is bijgevolg de markt voor de organisatie van de terugname en verwerking van gebruikte verkoopverpak-

kingen bij particuliere eindverbruikers in Duitsland. Duitsland is een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt in de zin van artikel 82 van het EG-Verdrag.

### 1.2. Economische sterkte

- (93) Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen is er een machtspositie in de zin van artikel 82 van het EG-Verdrag, wanneer een economische machtspositie een onderneming in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in de relevante markt te verhinderen, en het haar mogelijk maakt zich jegens haar concurrenten, haar afnemers en, uiteindelijk, de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen <sup>(9)</sup>.
- (94) Een belangrijke aanwijzing voor het bestaan van een machtspositie is een zeer aanzienlijk marktaandeel. In de zaak Akzo was het Hof van Justitie van oordeel dat een marktaandeel van 50 % volstaat om in normale omstandigheden te concluderen dat er sprake is van een machtspositie <sup>(10)</sup>. In de zaak Hilti concludeerde het Gerecht van eerste aanleg: „In casu staat vast, dat Hilti op de relevante markt een aandeel heeft van 70 tot 80 %. Een zo groot aandeel is op zichzelf een duidelijke aanwijzing voor het bestaan van een machtspositie op de relevante markt.” <sup>(11)</sup>.
- (95) DSD is de enige onderneming die in Duitsland een bevrijdingssysteem aanbiedt. Wanneer wordt uitgegaan van een marktbeplanning, waarbij de markt van bevrijdingssystemen als een zelfstandige markt wordt bepaald, zou DSD derhalve een marktaandeel van 100 % hebben. Geraamd wordt dat ongeveer 70 % van de in Duitsland ingezamelde verkoopverpakkingen en circa 82 % van de bij particuliere eindverbruikers in Duitsland ingezamelde verkoopverpakkingen aan het DSD-systeem deelnemen. De niet aan het DSD-systeem deelnemende verkoopverpakkingen worden echter gedeeltelijk door de tot terugname verplichte ondernemingen zelf zonder inschakeling van derden verwijderd of hoeven om andere redenen niet te worden verwijderd, zodat van een veeleer nog hoger marktaandeel van DSD moet worden uitgegaan. Ook wanneer wordt uitgegaan van een ruime marktbeplanning, die de markt van eigen verwijderingssystemen voor bij particuliere eindverbruikers te verwijderen verkoopverpakkingen omvat, heeft DSD een marktaandeel van ten minste 82 %. Het marktaandeel van DSD is bovendien sinds 1995 — het jaar waarin de quota voor het eerst volledig moesten worden gehaald — buitengewoon stabiel (overweging 28). Hieruit kan

<sup>(9)</sup> Arrest van 19 februari 1979 in zaak 85/76, Hoffmann-La Roche/Commissie, Jurispr. 1979, blz. 461, r.o. 41.

<sup>(10)</sup> Arrest van 3 juli 1991 in zaak C-62/86, Akzo/Commissie, Jurispr. 1991, blz. I-3439, r.o. 60.

<sup>(11)</sup> Arrest van 12 december 1991 in zaak T-30/89, Hilti/Commissie, Jurispr. 1991, blz. II-1439, r.o. 92 (in hogere voorziening door het Hof van Justitie bevestigd bij arrest van 2 maart 1994 in zaak C-53/92-P, Jurispr. 1994, blz. I-667).

aanvullend worden geconcludeerd dat er sprake is van een economisch zeer sterke marktpositie van DSD.

- (96) Behalve het bijzonder hoge marktaandeel van DSD dragen ook andere factoren bij tot de economische sterkte van DSD. Zoals reeds in overweging 79 is vastgesteld, ligt substitueerbaarheid aan de aanbodzijde op korte termijn wegens belangrijke belemmeringen voor de toetreding tot de markt niet voor de hand. Andere verleners van afvalverwijderingsdiensten kunnen slechts tegen zeer hoge kosten een concurrerend bevrijdingssysteem aanbieden. Bovendien moet er realistisch gezien van worden uitgegaan dat potentieel concurrerende bevrijdingssystemen, gezien de belemmeringen voor de toetreding tot de markt, in eerste instantie slechts in één of enkele deelstaten zullen worden opgezet, zodat DSD de eerstkomende tijd het enige over het hele Duitse gebied actieve systeem zal blijven. Bovendien doet zich op het ogenblik alleen aan de rand van de markt in het overlappingssegment met de eigen verwijderingssystemen concurrentie voor. De in dit segment actieve aanbieders zijn, wat hun economische sterkte en marktpositie betreft, niet met DSD te vergelijken. Gezien deze marktpositie van DSD is deze potentiële concurrentie, waardoor met name alternatieve aanbieders onbeperkt toegang tot de markt wordt gegarandeerd en de tot nog toe slechts in geringe mate ontwikkelde marginale en resterende concurrentie wordt gewaarborgd, van bijzonder belang.
- (97) Alles bij elkaar genomen, moet worden vastgesteld, dat DSD een machtspositie heeft.

## 2. MISBRUIK VAN EEN MACHTSPOSITIE

- (98) De vaststelling van het bestaan van een machtspositie houdt volgens de rechtspraak van het Hof op zichzelf geen verwijt jegens de betrokken onderneming in, doch betekent alleen dat, los van de oorzaken van die positie, op de onderneming een bijzondere verantwoordelijkheid rust om niet door haar gedrag inbreuk te maken op een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt <sup>(12)</sup>.
- (99) Het misbruik van een machtspositie omvat de gedragingen van een dominerende onderneming welke invloed kunnen uitoefenen op de structuur van een markt waar, juist door de aanwezigheid van bedoelde onderneming, de mededinging reeds verflauwde en ertoe leidde dat de handhaving of ontwikkeling van een nog bestaande marktconcurrentie met andere middelen dan bij een op basis van ondernemersprestaties berustende normale mededinging — met goederen of diensten — in zwang zijn, wordt tegengegaan <sup>(13)</sup>.

<sup>(12)</sup> Arrest van 9 november 1983 in zaak C-322/81, Michelin/Commissie, Jurispr. 1983, blz. 3461, r.o. 57.

<sup>(13)</sup> Zie voetnoot 9.

### 2.1. De kenmerken van het misbruik

- (100) In het door DSD aangemelde contract is in de vergoedingsregeling welke is neergelegd in paragraaf 4, punt 1, en paragraaf 5, punt 1, bepaald dat de overeenkomstsluitende partijen voor alle verpakkingen welke in het kader van dit contract met het „Der Grüne Punkt” zijn gemerkt en die worden verkocht op het grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland, een vergoeding aan DSD betalen. Uitzonderingen hierop behoeven een schriftelijke, afzonderlijke overeenkomst (overweging 40). DSD knoopt de volgens het contract verschuldigde vergoeding niet aan de bevrijding van de terugname- en verwerkingsplicht overeenkomstig paragraaf 2 van het contract, maar uitsluitend aan het gebruik van het „Der Grüne Punkt”-symbool op de verkoopverpakking. Bovendien verplicht DSD de contractpartner ertoe het symbool aan te brengen op elke aangemelde verpakking die bestemd is voor binnenlands verbruik (overweging 39). DSD kan de wederpartij naar eigen goeddunken van deze verplichting vrijstellen.
- (101) Er is sprake van misbruik wanneer de tot terugname verplichte ondernemingen slechts gedeeltelijk van de bevrijdingsdienst van DSD gebruik maken of in Duitsland geheel van die dienst afzien, in het bijzonder wanneer de bedoelde ondernemingen ertoe besluiten
- a) verkoopverpakkingen van een product in Duitsland gedeeltelijk zelf te verwerken of via concurrerende bevrijdingsregelingen te laten verwerken of
  - b) alle verkoopverpakkingen van een product in Duitsland zelf of via concurrerende bevrijdingsregelingen te laten verwerken, maar in andere lidstaten deelnemen aan een regeling die het „Der Grüne Punkt”-symbool gebruikt <sup>(14)</sup>.
- (102) Voorzover alle op het grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland verkochte verkoopverpakkingen van een product met „Der Grüne Punkt” zijn gemerkt, moeten die ondernemingen, overeenkomstig paragraaf 4, lid 1, en paragraaf 5, lid 1, van het contract een vergoeding betalen voor de volledige hoeveelheid hoewel zij geen of slechts gedeeltelijk gebruikmaken van de bevrijding van de terugname- en verwerkingsverplichting van paragraaf 2 van het contract. Voor de resterende hoeveelheid moeten zij daarenboven de dienstverlening die door het con-

<sup>(14)</sup> Deze beschikking is beperkt tot het geval waarin alle in Duitsland op de markt gebrachte afzonderlijke verpakkingen toegang hebben tot het DSD-systeem; deze beschikking heeft geen betrekking op het geval waarin een gedeelte van de afzonderlijke verpakkingen door DSD wordt ingezameld en een ander gedeelte rechtens geen toegang heeft tot het DSD-systeem (zie de overwegingen 55, 56 en 57).

currende systeem wordt verstrekt, vergoeden. De financiële belasting van die ondernemingen is derhalve aanmerkelijk hoger dan bij een exclusieve afwikkeling via het DSD-systeem. Derhalve is het economisch niet interessant om voor een gedeelte van de verkoopverpakkingen een beroep te doen op concurrenten.

(103) De oplossing die in deze samenhang in de eerste plaats haalbaar lijkt bestaat erin dat verkoopverpakkingen waarvan het niet de bedoeling is dat zij in Duitsland aan het DSD-systeem deelnemen, niet met het „Der Grüne Punkt”-symbool zouden worden gemerkt. In een aanzienlijk aantal gevallen is deze oplossing door de economische realiteit tot mislukken gedoemd.

(104) In de eerste plaats zou worden verlangd dat de fabrikant een verpakkingstypen verschillend merkt. De verpakkingen worden ten dele met „Der Grüne Punkt” gemerkt, en ten dele niet. Dit leidt inzonderheid tot aanzienlijke meerkosten wanneer de producent een eenvormige vormgeving van de verpakking voor verschillende landen voor ogen had, bijvoorbeeld een eenvormige Duitstalige verpakking voor Duitsland en Oostenrijk of een eenvormige meertalige verpakking voor Europa. De voordelen van een gestandaardiseerde verpakking voor een verkoper die zich op de gemeenschappelijke markt begeeft, zijn dan niet langer volledig realiseerbaar.

(105) De problematiek wordt nog ingewikkelder wanneer uniforme verkoopverpakkingen via verschillende afzetkanalen (bijvoorbeeld enerzijds SB-warenhuizen, anderzijds plaatselijke supermarkten) worden verkocht en daarvoor verschillende opslag- of bevrijdingsregelingen gelden. In die gevallen brengen zelfs relatief eenvoudige oplossingen, zoals het afzonderlijk op- of overplakken van het „Der Grüne Punkt”-symbool, — voorzover zij uitvoerbaar zijn — hogere organisatiekosten mee die door de producent en de verkoper als kostenfactor moeten worden beschouwd.

(106) Daarenboven moeten de producent en de verkoper er nauwgezet voor zorgen dat de met „Der Grüne Punkt” gemerkte verpakkingen alleen worden ingeleverd op plaatsen waar afval wordt opgehaald door een bij de regeling aangesloten marktdeelnemer en dat anders gemerkte verpakkingen slechts worden ingeleverd op plaatsen waar het afval door concurrenten wordt opgehaald. De met de onderscheiden distributievormen verbonden organisatorische en logistieke kosten kunnen zeer aanzienlijk zijn, in het bijzonder wanneer tegelijk een beroep wordt gedaan op DSD en concurrerende aanbieders in Duitsland. Daarbij dient te worden opgemerkt dat het sturen van het concrete traject dat een specifiek gemerkte verpakking in het distributiekanaal zal afleggen tot het laatste punt waar het afval wordt ingeleverd, vaak toch al buiten het organisatie- en coördinatievermogen van de fabrikant of de distributeur zal

liggen. Dit is bijvoorbeeld steeds het geval wanneer een fabrikant onafhankelijke distributiekanaalen (de groothandel) inschakelt en daardoor niet over verrijkende beïnvloedings- en controlemogelijkheden beschikt met betrekking tot het eigenlijke traject dat de verpakking aflegt in het distributie- en verkoopkanaal. In een dergelijk geval is het niet mogelijk om de verkoopverpakking al dan niet met „Der Grüne Punkt” te merken in het licht van het betrokken ophaalpunt.

(107) Ten slotte zij erop gewezen dat de eindverbruiker vaak pas na de aanschaf van het verpakte product en in bepaalde gevallen eerst na de consumptie van het product besluit of hij de verpakking bij het huishoudelijk afval zet dan wel terugbrengt naar de winkel. In een dergelijk geval is het onmogelijk om de met „Der Grüne Punkt” gemerkte fractie juist onder te brengen.

(108) Ingeval naast DSD niet één maar meer alternatieve oplossingen voor het verwerken van het afval worden ingeschakeld, wordt de hierboven beschreven problematiek nog scherper gesteld (d.w.z. de noodzaak van verschillende verpakking- en distributielijnen, toezicht op het traject dat de verpakking aflegt en de daarmee verband houdende organisatorische meerkosten). De voordelen van een mogelijke inschakeling van alternatieve aanbieders worden daardoor aanzienlijk afgezwakt.

#### *Tussentijds resultaat*

(109) Het verband tussen de op grond van het contract verschuldigde vergoeding en het volume verkoopverpakkingen die met „Der Grüne Punkt” zijn gemerkt, dwingt de tot terugname verplichte ondernemingen die althans gedeeltelijk een beroep op concurrenten van DSD willen doen, tot het invoeren van gescheiden verpakking- en distributielijnen, wat voor een aantal ondernemingen praktisch onhaalbaar is en voor andere, in de context van de nagestreefde bevrijding van de terugnameverplichting, niet alleen als buitensporig maar ook als strijdig met de vereisten van een op prestatie gerichte distributie-economie in de gemeenschappelijke markt moet worden beschouwd.

## **2.2. De effecten van het misbruik**

(110) Hierna worden de effecten van het vastgestelde misbruik beschreven.

### **2.2.1. Misbruik ten aanzien van de afnemers**

(111) DSD legt, bij discrepantie tussen het gebruik van het symbool en het daadwerkelijke beroep op de door DSD aangeboden bevrijdingsdienst, onbillijke prijzen en con-



tractuele voorwaarden op. Er wordt inbreuk gemaakt op artikel 82, lid 2, onder a), van het EG-Verdrag wanneer er een duidelijke wanverhouding bestaat tussen de kosten en de prijs van de dienstverlening. De belangrijkste kostenfactor van DSD is het exploiteren van een landelijk systeem voor de ophaling, het sorteren en het verwerken van gebruikte verkoopverpakkingen overeenkomstig paragraaf 2 van het contract. Het aanbrengen van het „Der Grüne Punkt”-symbool op verkoopverpakkingen zonder dat aantoonbaar gebruik wordt gemaakt van enige dienstverlening, brengt voor DSD slechts zeer geringe kosten mee. Bij een gedeeltelijke binding door DSD zijn er geen bijkomende kosten. Dit kan worden afgeleid uit het contract volgens welk de licentievergoeding uitsluitend de kosten van het ophalen, sorteren en verwerken alsook de noodzakelijke beheerkosten dekt (overweging 42). De kosten die voor DSD voortvloeien uit het gebruik van het symbool, voorzover zij bestaan, kunnen derhalve slechts deel uitmaken van de beheerkosten. Het is niet juist hiervoor de benaming „licentievergoeding” te gebruiken, aangezien de vergoeding, volgens de door DSD gekozen bewoordingen van het contract, in de eerste plaats de kosten van de bevrijdingsdienst moet weergeven. Hoewel DSD de licentievergoeding contractueel afhankelijk maakt van het gebruik van het symbool, zijn de kosten voor DSD gericht op de mate waarin de wederpartij daadwerkelijk gebruikmaakt van de bevrijdingsdienst. Daaruit volgt dat DSD steeds onbillijke prijzen afdwingt wanneer de hoeveelheid met „Der Grüne Punkt” gemerkte verpakking groter is dan het volume waarvoor een beroep wordt gedaan op de bevrijdingsdienst.

- (112) Er is sprake van onbillijke contractuele voorwaarden wanneer de dominante onderneming het evenredigheidsbeginsel niet in acht neemt <sup>(15)</sup>. Voorzover DSD de aangesloten ondernemingen voor de keuze stelt gescheiden verpakings- en distributielijnen in te voeren of een licentievergoeding te betalen die geen verband houdt met de dienstverlening, legt DSD onbillijke contractuele voorwaarden op. In het kader van de belangenafweging heeft DSD er geen noemenswaardig belang bij te erkennen dat de door de wederpartij verschuldigde vergoeding geen verband houdt met het daadwerkelijke gebruik van de bevrijdingsdienst maar met de mate waarin van het symbool gebruik wordt gemaakt (overweging 136 en volgende). DSD voorziet weliswaar in de mogelijkheid uitzonderingen overeen te komen (overweging 40), maar heeft het contract zodanig opgesteld dat het zonder verband met van tevoren vastgelegde criteria kan oordelen of het aangewezen is de band tussen de contractueel verschuldigde vergoeding en het gebruik van het symbool op te heffen. In bepaalde gevallen weigert DSD een contractuele uitzondering vast te stellen hoewel er een discrepantie is tussen het gebruik van de vrijstelling en het symbool. Bovendien verplicht DSD de wederpartij ertoe het symbool te gebruiken en voert naar eigen goeddunken uitzonderingen in. Bij gedeeltelijke oplossingen stelt DSD daardoor de verplichting tot het voeren van gescheiden verpakings- en distribu-

tielijnen contractueel veilig. Daardoor kan het de tot terugname verplichte onderneming te allen tijde de mogelijkheid ontnemen de door de Verpackungsverordnung voorgeschreven kennisgeving van deelname aan het systeem (overweging 16) te bewerkstelligen door een ander merkteken of door andere passende maatregelen. De dwang tot het voeren van gescheiden verpakkingen en distributielijnen wordt onontkoombaar door de combinatie van het contractueel opgelegde gebruik van het symbool en de band tussen de vergoeding en het gebruik van het symbool.

- (113) Zolang DSD de licentievergoeding uitsluitend afhankelijk maakt van het gebruik van het symbool, legt het ondernemingen die niet of slechts gedeeltelijk gebruikmaken van de bevrijdingsdienst voor verkoopverpakkingen, onbillijke prijzen en contractuele voorwaarden op.

### 2.2.2. Misbruik ten aanzien van de concurrenten

- (114) De onderneming met een machtspositie kan deze positie misbruiken om concurrenten te hinderen, wanneer zij afnemers van haar diensten de jure of de facto aan zich bindt en zo verhindert dat zij diensten van concurrerende aanbieders afnemen <sup>(16)</sup>. Het Hof van Justitie heeft erop gewezen dat „een stelsel van onvervalste mededinging, zoals geregeld in het EEG-Verdrag, slechts kan worden gegarandeerd indien wordt gezorgd voor gelijke kansen voor de onderscheiden marktdeelnemers” <sup>(17)</sup>. Die gelijke kansen zijn vooral van belang met betrekking tot de nieuwe marktdeelnemers in een markt waarop de concurrentie juist door de aanwezigheid van een onderneming met een machtspositie en andere omstandigheden reeds is verflauwd <sup>(18)</sup>. Vooral kleine concurrenten mogen niet het slachtoffer worden van gedrag waarbij een dominerende onderneming haar machtspositie misbruikt om concurrenten van de markt uit te sluiten, of dat een dergelijke uitsluiting tot gevolg heeft <sup>(19)</sup>.

<sup>(16)</sup> Zie voetnoot 9.

<sup>(17)</sup> Arrest van 19 maart 1991 in zaak C-202/88, Frankrijk/Commissie, Jurispr. 1991, blz. I-1271, r.o. 51.

<sup>(18)</sup> Beschikking 95/489/EG van de Commissie (GSM-Italia, PB L 280 van 23.11.1995, blz. 49, overweging 15.

<sup>(19)</sup> Beschikking 98/531/EG van de Commissie (Van den Bergh Foods Limited), PB L 246 van 4.9.1998, blz. 1, overweging 262.

<sup>(15)</sup> Arrest van 14 februari 1978 in zaak 22/76, United Brands/Commissie, Jurispr. 1978, blz. 207, r.o. 190.

(115) De vergoedingsregeling in het contract leidt ertoe dat het voor de tot terugname verplichte ondernemingen economisch niet interessant is om aan een concurrerende bevrijdingsregeling of een concurrerend eigen verwijderingssysteem deel te nemen, omdat bovenop de aan de concurrent te betalen vergoeding een licentievergoeding aan DSD zou moeten worden betaald, dan wel aparte verpakings- en distributielijnen nodig zouden zijn. In feite lijkt de licentievergoedingsregeling sterk op een exclusieve verbintenis. De toegang tot de markt wordt hierdoor voor concurrenten veel moeilijker gemaakt; de machtspositie van DSD wordt versterkt, de reeds verzwakte concurrentie neemt nog verder af. Hierdoor zijn er geen gelijke kansen meer voor de concurrenten.

#### *Tussentijds resultaat*

(116) De door DSD gehanteerde vergoedingsregeling in het contract vormt derhalve misbruik van een machtspositie. Gelet op de tot nu toe zeer zwak ontwikkelde marginale en resterende concurrentie en gezien het feit dat het enige op korte termijn werkzame marktcorrectief tegenover de dominerende onderneming thans door kleinere, concurrerende aanbieders aan de rand van de markt kan worden gevormd, vormen dergelijke gedragingen een bijzonder zware vorm van misbruik.

### **2.3. Verduidelijking van het misbruik aan de hand van concrete gevallen**

(117) Hieronder wordt het misbruik van de vergoedingsregeling van het contract nader beschreven aan de hand van de volgende categorieën gevallen.

#### *Categorie I — Beperking van de concurrentie tussen DSD en andere bevrijdingssystemen (bij aanvullende deelname aan DSD)*

(118) Wanneer een nieuwe aanbieder — aanvankelijk of voor langere tijd - overeenkomstig artikel 6, lid 3, van de Verpackungsverordnung een systeem op louter regionale basis opzet, d.w.z. een systeem dat ten minste een deelstaat, maar niet geheel Duitsland omvat, kunnen tot terugname verplichte ondernemingen slechts aan een concurrerend systeem deelnemen, indien zij de door hen in de handel gebrachte verkoopverpakkingen op een andere manier merken, dan wel wanneer zij aan twee systemen vergoedingen betalen.

(119) Aangezien de meeste tot terugname verplichte ondernemingen hun verpakkingen in meer dan een regio dan wel in heel Duitsland verkopen en een overeenkomstige bevrijding dan wel regeling ter vervulling van de terug-

nameplicht nodig hebben, zullen zij zelfs wanneer zij regionaal voor een concurrerende aanbieder willen kiezen, voor het door deze aanbieder niet gedekte verkoopgebied aangewezen zijn op deelname aan een ander systeem, d.w.z. momenteel het DSD-systeem.

(120) De deelname aan een louter regionaal bevrijdingssysteem zou voor de tot terugname verplichte ondernemingen op grond van de vergoedingsregeling in het contract economisch niet interessant zijn. Hierdoor zouden zij in feite gedwongen worden voor hun totale hoeveelheid verkoopverpakkingen aan DSD te blijven deelnemen, zodat de toegang tot de markt voor concurrerende systemen onmogelijk zou zijn.

(121) Een systeem dat aanvankelijk slechts regionaal actief is, is gezien de aanzienlijke toegangsbelemmeringen op de markt voor bevrijdingssystemen economisch veel realistischer dan een bevrijdingssysteem dat vanaf het begin in heel Duitsland de concurrentie aangaat (overwegingen 75 tot en met 79). Momenteel onderneemt één onderneming concrete pogingen hiertoe.

(122) Met het oog op deze gevallen heeft DSD de in overweging 51 vermelde toezegging gedaan. Op grond van deze toezegging heeft DSD zich ertoe verplicht, in de genoemde gevallen uitzonderingen overeenkomstig paragraaf 4, punt 1, tweede zin, van het merktekencontract toe te staan. Bij deze toezegging werd echter het voorbehoud gemaakt dat aan de bescherming van het „Der Grüne Punkt“-symbool geen afbreuk mocht worden gedaan. Door dit principiële voorbehoud komt de beoogde werking van de toezegging op losse schroeven te staan. DSD behoudt zich immers de mogelijkheid voor de toezegging jegens contractpartners geen gestand te doen met een beroep op een vermeende aantasting van de niet nader gepreciseerde bescherming van het merkteken. De Commissie heeft DSD dan ook medegedeeld dat zij van mening is dat dit voorbehoud moet worden geschrapt. DSD heeft dit geweigerd, omdat DSD de reeds gedane toezegging toereikend achtte en geen aanleiding zag voor een verdergaande wijziging.

(123) De door DSD voor deze gevallen gedane toezegging is dus niet toereikend om de bezwaren van de Commissie weg te nemen.

#### *Categorie II — Beperking van de concurrentie tussen DSD en eigen verwijderingssysteem (bij aanvullende deelname aan DSD)*

(124) De hierboven beschreven problematiek in verband met regionale bevrijdingssystemen doet zich op analoge

wijze voor ten aanzien van tot terugname verplichte ondernemingen die voor de vervulling van hun plichten gebruikmaken van een combinatie van een eigen verwijderingssysteem en aanvullende deelname aan een bevrijdingssysteem (overweging 83).

- (125) Aparte verpakings- en distributielijnen zijn nauwelijks haalbaar wanneer naast een eigen verwijderingssysteem een aanvullend beroep wordt gedaan op een bevrijdingssysteem, aangezien het voor de tot terugname verplichte onderneming vrijwel onmogelijk is om van tevoren te bepalen welke gebruikte verkoopverpakking door de eindverbruiker op de plaats van levering kan worden ingeleverd en welke verpakking hij aan een bevrijdingssysteem overlaat, zodat het onmogelijk is om op de verpakking het juiste merkteken aan te brengen.
- (126) Het opzetten van een eigen verwijderingssysteem voor een deel van de verkoopverpakkingen is wegens de beschreven werking van de vergoedingsregeling niet haalbaar. De tot terugname verplichte ondernemingen zijn dus in feite gedwongen voor hun totale hoeveelheid verkoopverpakkingen aan DSD te blijven deelnemen, en de toegang tot de markt voor alternatieve eigen verwijderingssystemen is aanzienlijk bemoeilijkt. De buitengewoon belangrijke corrigerende functie van dergelijke systemen op het gebied van de marginale en resterende concurrentie kan zich met het oog op combinatiesystemen niet ontplooiën.
- (127) DSD heeft in dit verband de in overweging 61 vermelde toezegging gedaan. Volgens deze toezegging blijft het gebruik van het symbool beperkt tot de verkoopverpakkingen die aan het DSD-systeem deelnemen. De tot terugname verplichte ondernemingen worden dus gedwongen tot het opzetten van aparte verpakings- en distributielijnen. Het effect van de vergoedingsregeling, dat neerkomt op misbruik, wordt door de toezegging dus niet tenietgedaan. Voorts heeft DSD een verwijzing naar artikel 6, lid 1, negende zin, van de Verpackungsverordnung toegevoegd. De combinatiesystemen die aan de gevallen van categorie II ten grondslag liggen, berusten echter niet alleen op artikel 6, lid 1, negende zin, van de Verpackungsverordnung, dat voorziet in de verplichting van latere evenredige deelname aan een bevrijdingssysteem wanneer het quotum niet wordt bereikt (overweging 21). Het is veeleer denkbaar dat een onderneming van tevoren beslist slechts voor een bepaald gedeelte van de verpakkingen een eigen verwijderingssysteem te hanteren en voor het resterende gedeelte aan het DSD-systeem deel te nemen.
- (128) De door DSD voor deze gevallen gedane toezegging is dus niet toereikend om de mededingingsrechtelijke bezwaren van de Commissie weg te nemen.
- Categorie III — Beperking van de concurrentie tussen DSD en andere bevrijdingssystemen of eigen verwijderingssystemen (zonder deelname aan DSD)*
- (129) In grote lijnen vergelijkbaar met de hierboven beschreven problematiek zijn de gevallen waarin een verkoper in een andere lidstaat voor een verkoopverpakking een bijdrage aan een terugnamesysteem betaalt met gebruikmaking van het „Der Grüne Punkt”-symbool, maar voor dezelfde verkoopverpakking in Duitsland aan zijn verplichtingen voldoet zonder deelname aan het DSD-systeem. Dit kan gebeuren via deelname aan één of meer potentieel concurrerende bevrijdingssystemen of één of meer eigen verwijderingssystemen, dan wel door een combinatie van beide mogelijkheden.
- (130) De verkoper heeft in deze gevallen een juridische verplichting of het is voor hem om economische redenen raadzaam, zijn in een andere lidstaat op de markt gebrachte verpakkingen met het „Der Grüne Punkt”-symbool te merken. Een juridische verplichting kan zowel bestaan op grond van de toepasselijke milieuwetgeving als op grond van het merktekencontract dat met de exploitant van het systeem uit de betrokken andere lidstaat is gesloten.
- (131) De deelname aan een concurrerend bevrijdingssysteem of een eigen verwijderingssysteem zou wegens de vergoedingsregeling in het contract economisch niet interessant zijn. De toegang tot de markt voor met name een concurrerend bevrijdingssysteem dat in heel Duitsland actief is, of voor een eigen verwijderingssysteem voor heel Duitsland, zou daardoor zeer veel moeilijker zijn. Ook in deze gevallen leidt de vergoedingsregeling dus tot misbruik ten aanzien van zowel de afnemers als de concurrenten. Deze gevallen hebben vooral een grote economische betekenis omdat tegen de achtergrond van de interne markt steeds meer van de hier relevante, voor de eindverbruiker bestemde producenten in meer dan een lidstaat worden verkocht en in de tussentijd, zoals in overweging 45 is beschreven, in verschillende lidstaten van de Gemeenschap vergelijkbare terugname- en bevrijdingssystemen zijn ingevoerd die het „Der Grüne Punkt”-symbool gebruiken.
- (132) Met betrekking tot deze gevallen heeft de Commissie een klacht van L'Oréal en andere producenten van haarverzorgingsproducten alsmede van afvalverwijderaar Vfw ontvangen, die in Duitsland een eigen systeem willen opzetten voor de terugname en verwerking van de verpakkingen van de door de kappers gebruikte haarverzorgingsproducten (overweging 6).
- (133) Met het oog op deze gevallen heeft DSD de in overweging 53 vermelde toezegging gedaan om een einde te maken aan het misbruik. Op grond van de toezegging is DSD de verplichting aangegaan om af te zien van de licentievergoeding wanneer kan worden bewezen dat op een andere manier wordt voldaan aan de verplichtingen van de Verpackungsverordnung. DSD heeft daarbij als voorwaarde gesteld dat op de verpakking moet worden

vermeld dat niet aan het DSD-systeem wordt deelgenomen. Wat het bewijs betreft, volstaat volgens een verklaring van DSD (overweging 64) bij een eigen verwijderingssysteem de overlegging van een verklaring van een onafhankelijke deskundige over de vervulling van de terugname- en verwerkingseisen en bij deelname aan een bevrijdingssysteem de bevestiging van de exploitant van het systeem over de deelname.

- (134) Voorzover DSD aanvullend heeft verklaard dat het bewijs aanschouwelijk moet maken in welke omvang de verpakkingen, hoewel daarop het „Der Grüne Punkt“-symbool is aangebracht, niet in het door DSD geëxploiteerde systeem zijn terechtgekomen, interpreteerde de Commissie deze aanvulling rekening houdend met de voorafgaande verklaringen van DSD aldus, dat aan het bewijs in elk geval geen strengere eisen worden gesteld dan in de Verpackungsverordnung. De aanvulling kan dus niet aldus worden uitgelegd dat DSD de overgelegde verklaring van de deskundige aan een controle onderwerpt of het objectief onmogelijke bewijs eist dat geen enkele van de verpakkingen door het DSD-systeem is ingezameld en verwerkt. Uitgaande van de door DSD gedane toezegging kan het bewijs veeleer slechts de constatering behelzen dat voor de hoeveelheid met het „Der Grüne Punkt“-symbool gemerkte verpakkingen op een andere wijze wordt voldaan aan de verplichtingen van de Verpackungsverordnung. Deze vaststelling kan in ieder geval door DSD voldoende worden gecontroleerd wanneer in het bewijs de totale hoeveelheid verpakkingen wordt genoemd waarop de vervulling van het quotum betrekking heeft. Naar de mening van de Commissie wordt derhalve aan de in de aanvulling van DSD geformuleerde eis voldaan, wanneer in het bewijs de totale hoeveelheid verpakkingen wordt vermeld.
- (135) Voorzover DSD deze toezegging met inachtneming van de door DSD tegenover de Commissie gedane verklaring gestand doet, is er in deze gevallen op grond van de bekende feiten geen misbruik van een machtspositie meer.

#### 2.4. Geen objectieve rechtvaardiging

##### *Inbreuk op de Verpackungsverordnung*

- (136) DSD is van mening dat het gebruik van het „Der Grüne Punkt“-symbool voor hoeveelheden verpakkingen waarvoor geen bevrijdingsdienst wordt geleverd, in strijd is met de Verpackungsverordnung. Volgens de mededeling van de Duitse regering zou de merkplicht enerzijds inhouden dat voor de verpakking geen plicht tot terugname via de winkel bestaat, en anderzijds dat deze verpakking via het daartoe voorziene kanaal van het systeem moet worden verwijderd. Het symbool dient ertoe om aan deze verplichting te voldoen. De verklaring dat de gebruiker niet het recht heeft deze verpakking via de winkel terug te geven, houdt hiermee verband. In tegenstelling tot het standpunt van de Commissie zou de ver-

bruiker niet vrij kunnen beslissen. Voorzover de Duitse regering in haar mededeling aan de Commissie heeft bevestigd dat de eindverbruiker vrij kan beslissen of hij de verpakking in de winkel achterlaat of naar de winkel terugbrengt, dan wel kiest voor verwijdering via het huishouden, zou deze bevestiging inhoudelijk in elk geval onduidelijk zijn geformuleerd. De betekenis van het symbool dat de gebruiker niet het recht zou hebben deze verpakking via de winkel terug te geven, zou niet in overeenstemming zijn met de feiten wanneer niet aan het DSD-systeem deelnemende hoeveelheden met het symbool gemerkt zijn, omdat voor deze verpakkingen zonder meer de plicht geldt om ze via de winkel terug te nemen. De gebruiker zou worden misleid over de wijze van inzameling. Volgens de mededeling van de Duitse regering zou voor gebruikers en autoriteiten duidelijk moeten zijn voor welke verpakking de terugnameplicht bestaat en voor welke niet. Het is van groot belang dat aan deze transparantieplicht volledig wordt voldaan, juist omdat de gebruikers in de praktijk de mogelijkheid hebben zich op een andere dan de voorgeschreven wijze van gebruikte verkoopverpakkingen te ontdoen.

- (137) De Verpackungsverordnung voorziet in een merkplicht voor verpakkingen die aan bevrijdingssystemen deelnemen. Omgekeerd mag daaruit echter niet worden geconcludeerd dat niet-deelnemende verpakkingen niet mogen worden gemerkt. De Duitse regering heeft op de desbetreffende vraag van de Commissie geantwoord dat de Verpackungsverordnung niet voorziet in een boete voor het merken van een verpakking met het merkteken van een systeem zonder deelname aan het systeem. Dergelijk gedrag zou dus in elk geval onbestraft blijven (overweging 16).
- (138) Het argument van DSD berust op de veronderstelling dat de eindverbruiker niet zou kunnen kiezen of hij de verpakking via de winkel dan wel via het huishouden laat verwijderen. De veronderstelling is in tegenspraak met de mededeling van Duitsland (overweging 20 en voetnoot 8). Bovendien is de veronderstelling ook inhoudelijk niet overtuigend gemotiveerd. In de gevallen van categorie II, die hier doorslaggevend zijn, wordt een verpakking gedeeltelijk via een eigen verwijderingssysteem ingezameld. De producenten en verkopers zijn dus verplicht de mogelijkheid te bieden de aan het eigen verwijderingssysteem deelnemende verpakkingen via de winkel terug te geven. Voorzover in een winkel de verpakking van een bepaald product gedeeltelijk via een eigen verwijderingssysteem en gedeeltelijk via het DSD-systeem wordt verwijderd (bijv. kartonnen verpakking wordt in meubelzaak gelaten of meegenomen; eten en drinken worden in de snackbar genuttigd dan wel meegenomen), bestaan naast elkaar teruggave via de winkel en inzameling via het huishouden. Het staat de eindverbruiker dan vrij om ook voor met het „Der Grüne Punkt“-symbool gemerkte verpakkingen gebruik te maken van de mogelijkheid om deze via de winkel terug te geven. Enerzijds omvat de terugnameplicht van de verkoper volgens de Verpackungsverordnung alle verpakkingen van soortgelijke producten of producten van hetzelfde merk (zie overweging 12), ongeacht de vraag of de verpakking aan een bevrijdingssysteem deelneemt of is gemerkt. Anderzijds bevat de Verpackungsverord-

ning geen enkele verplichting voor de eindverbruiker. De teruggave via de winkel is bij gemengde inzameling dus niet slechts een reële mogelijkheid — die door DSD wordt erkend — maar ook een legale handeling. Er zijn dus geen aanwijzingen voor dat de interpretatie die de Commissie aan de mededeling van de Duitse regering heeft ontleend, in de bedoelde gevallen niet geldig is.

- (139) Wegens de keuzevrijheid van de eindverbruiker is aan de doorzichtigheidsplicht voldaan wanneer duidelijk wordt gemaakt dat de twee verwijderingswijzen bestaan. Dit is het geval wanneer de verpakking is gemerkt met het symbool (kan aan DSD deelnemen) en bij de winkel verzamelcontainers zijn opgesteld waarop de aandacht wordt gevestigd (kan in de winkel worden gelaten). De eindverbruiker heeft de keuze en oefent deze uit, zodat hij niet kan worden misleid.
- (140) DSD is bovendien van mening dat het algemeen merken van een verpakking met het „Der Grüne Punkt”-symbool ook een inbreuk op de Verpackungsverordnung vormt, indien deze verpakking gedeeltelijk niet aan het DSD-systeem, maar aan een concurrerend bevrijdingssysteem deelneemt. De merktekens zouden in dit geval de functie hebben, duidelijk te maken via welk systeem de desbetreffende verpakking moet worden ingezameld. Wegens de merkplicht zouden ten minste de aan het concurrerende bevrijdingssysteem deelnemende hoeveelheden (ook) met het symbool van dat systeem moeten worden gemerkt. Op deze verpakkingen zouden dan twee symbolen zijn aangebracht. Voor de verbruiker zou aldus de indruk worden gewekt dat hij vrij kan kiezen via welk van beide systemen hij de verpakking zou laten inzamelen. Een dergelijke keuzevrijheid zou de verbruiker niet hebben, in tegenstelling tot hetgeen de Commissie aanneemt. Dat de verbruiker zich in de praktijk via het DSD-systeem ook van de niet aan dit systeem deelnemende verpakkingen kan ontdoen, verandert daaraan niets.
- (141) Uit de bewoordingen van de Verpackungsverordnung is niet op te maken dat verpakkingen die gedeeltelijk aan een concurrerend bevrijdingssysteem deelnemen, niet met het „Der Grüne Punkt”-symbool zouden mogen worden gemerkt. De door Duitsland genoemde doorzichtigheid (overweging 13) vereist slechts dat de verbruiker kan zien of de verpakking via de winkel mag worden teruggegeven (d.w.z. ten minste gedeeltelijke deelname aan een eigen verwijderingssysteem) of niet (d.w.z. uitsluitend deelname aan één of meer bevrijdingssystemen). Daaruit kan niet worden afgeleid dat voor de eindverbruiker duidelijk moet zijn via welk specifiek systeem de inzameling moet plaatsvinden. Hieraan moet worden toegevoegd dat de eindverbruiker ook hier de mogelijkheid heeft om te kiezen via welk systeem hij de verpakking laat inzamelen, aangezien het bevrijdingssysteem alle aangeleverde verkoopverpakkingen moet verwijderen en de Verpackungsverordnung geen verplichtingen oplegt aan de verbruiker.
- (142) Volgens publiekrechtelijke voorschriften is het derhalve niet verplicht om gedeeltelijk af te zien van het aanbrenge van het „Der Grüne Punkt”-symbool, noch bij gedeeltelijke deelname aan een eigen verwijderingssysteem, noch bij gedeeltelijke deelname aan een ander bevrijdingssysteem. De gedragingen van DSD die misbruik opleveren, worden derhalve niet door de Verpackungsverordnung ingegeven. De beschikking van de Commissie dwingt DSD er niet toe in strijd met de voorschriften van de Verpackungsverordnung te handelen.
- Merkenrechtelijke overwegingen*
- (143) DSD voert voorts aan dat het symbool onvermijdelijk aan onderscheidend vermogen inboet wanneer verpakkingen die juist niet van de terugnameplicht zijn bevrijd of die via een concurrerend systeem moeten worden ingezameld, met dit symbool zijn gemerkt. Het verlies van onderscheidend vermogen zou hoger zijn naarmate meer verpakkingen van het symbool zijn voorzien zonder aan het systeem deel te nemen. Er zou een ontwikkeling op gang kunnen komen waardoor het onderscheidend vermogen van het symbool zodanig wordt aangetast, dat het door een groot deel van de verbruikers niet meer wordt begrepen als verwijzing naar de bevrijding van de terugnameplicht en de mogelijkheid van inzameling via het DSD-systeem. De ineenstorting van het DSD-systeem zou kunnen dreigen, omdat de verbruikers niet meer de noodzakelijke hoeveelheden gebruikte verkoopverpakkingen bij het systeem zouden inleveren.
- (144) In verband hiermee moet worden opgemerkt dat volgens de rechtspraak van het Hof en het Gerecht van eerste aanleg de uitoefening van een uitsluitend recht op grond van artikel 82 van het EG-Verdrag verboden kan zijn, indien zij de onderneming met de machtspositie brengt tot gedragingen die misbruik opleveren<sup>(20)</sup>. Doorslaggevend is of de gedraging verdergaat dan ter verwezenlijking van de wezenlijke functie van het uitsluitende recht, zoals het in het Gemeenschapsrecht is erkend, noodzakelijk is<sup>(21)</sup>.
- (145) Het symbool „Der Grüne Punkt” werd overeenkomstig de vóór 1 januari 1995 geldende merkenwet (Warenzeichengesetz) als „Verbandszeichen” in de zin van artikel 17 van de merkenwet geregistreerd. Volgens een arrest van het Kammergericht Berlin geeft het teken naar de inhoud geen indicatie over de kwaliteit van de inzamelingsdienst, maar drukt het „voor het desbetreffende verkeer niet meer uit, dan dat het aldus gemerkte product via het Duale System kan worden ingezameld”<sup>(22)</sup>. Als de aangesproken marktdeelnemer leidt de verbruiker derhalve uit het symbool af, dat hij de verpakking via het DSD-systeem kan laten inzamelen. Het „Der Grüne Punkt”-symbool drukt evenwel niet uit dat de inzameling via het DSD-systeem de enige inzamelingsmogelijkheid is. In de gevallen van de categorieën I en II is een deel van de verpakkingen contractueel gebonden aan

<sup>(20)</sup> Arresten van 5 oktober 1988 in zaak 53/87, CIRCA e.a./Renault, Jurispr. 1988, blz. 6039, r.o. 16, en in zaak 238/87, Volvo/Veng, Jurispr. 1988, blz. 6211, r.o. 9; arrest van 10 juli 1991 in zaak T-70/89, BBC/Commissie, Jurispr. 1991, blz. II-535, r.o. 59; arrest van 16 december 1999, zaak T-198/98, Micro Leader/Commissie, Jurispr. 1999, blz. II-3989.

<sup>(21)</sup> Zie voetnoot 20, BBC/Commissie, r.o. 61.

<sup>(22)</sup> KG Berlin, arrest van 14 juni 1994, BB 1994, 2299.

een concurrent van DSD en neemt de resterende hoeveelheid verpakkingen aan het DSD-systeem deel. Uiteindelijk kan de gebruiker echter beslissen of hij de betrokken verpakking door de concurrent of door DSD laat verwerken. De beslissing van de gebruiker wordt door een groot aantal factoren (zoals aangeleerde gewoonten op het gebied van afvalverwijdering, instelling, soort verpakking, gebruik van het product, bereikbaarheid van het verkooppunt, stimulansen voor teruggave) beïnvloed. De wezenlijke functie van het „Der Grüne Punkt“-symbool is dus vervuld, wanneer het de gebruiker erop attent maakt dat hij de keuze heeft de verpakking via DSD te laten inzamelen. De functie van het „Der Grüne Punkt“-symbool vereist derhalve niet, dat bij gedeeltelijke deelname aan het DSD-systeem slechts een deel van de verpakkingen van het symbool is voorzien.

- (146) In aanvulling hierop moet worden opgemerkt dat het aanbrengen van het merk op een deel van de verpakkingen met name dan geen zin heeft, wanneer het niet mogelijk is de verpakkingen in het distributie- en verkoopkanaal naar de inzamel punten te leiden of wanneer de gebruiker pas na de koop een beslissing neemt over de wijze van inzameling. Gedeeltelijk merken zou de bescherming van de functie van het merk niet verbeteren en evenmin ten goede komen aan de duidelijkheid over de deelname aan het systeem. Voorts wordt duidelijk dat, indien slechts met een deel van de verpakkingen aan het DSD-systeem wordt deelgenomen, de inhoud van het „Der Grüne Punkt“-symbool slechts als aanwijzing over een inzamelingsmogelijkheid kan worden opgevat.
- (147) DSD voert voorts aan dat het gevaar van misbruik van het merk zou bestaan. Voorzover bepaalde verkoopverpakkingen slechts gedeeltelijk aan het DSD-systeem deelnemen terwijl ook op het resterende gedeelte het symbool is aangebracht, kan volgens DSD worden verwacht dat het DSD-systeem veel grotere hoeveelheden te verwerken zou krijgen dan de hoeveelheid waarvoor de producent of verkoper aan het systeem deelneemt. Voor de extra hoeveelheden zou DSD weliswaar vergoeding van de kosten kunnen eisen, maar dit zou niet voldoende zijn, aangezien de controle bij eigen verwijderingssystemen minder betrouwbaar dan bij het DSD-systeem zou zijn en de vordering pas met een vertraging van een jaar zou kunnen worden ingesteld. Dit zou neerkomen op voorfinanciering door DSD, die dus een aanzienlijk debiteurenrisico zou dragen.
- (148) Hier kan tegenin worden gebracht dat concurrerende bevrijdingssystemen — en volgens de nieuwe versie van de Verordening ook eigen inzamelingsystemen — identieke verwerkingsquota moeten aantonen. Overeenkomstig de Verordening is de controle op het bereiken van de quota bij eigen inzamelingsystemen ten minste even streng als bij bevrijdingssystemen (vgl. overweging 19). Daarnaast dwingt artikel 6, lid 1, negende zin, van de Verordening ondernemingen die gebruikmaken van een eigen verwijderingssysteem waarmee de quota niet worden gehaald, tot aanvullende deelname aan een bevrijdingssysteem. De vertraging in geval van een schadeloosstelling is billijk. Pas na afloop van een jaar kan immers worden vastgesteld hoeveel verpakkingen via de respectieve syste-

men zijn ingezameld. Er moet van worden uitgegaan dat de concurrenten van DSD net als DSD zelf hun diensten aanbieden met de bedoeling om de voorgeschreven quota te halen. De tot terugname verplichte ondernemingen nemen slechts met een deel van hun verpakkingen aan het DSD-systeem deel en moeten dus ook slechts voor dit deel een vergoeding betalen. Bij een andere oplossing zouden de producenten en verkopers steeds voorfinancieren wanneer de concurrenten van DSD inderdaad hun quota halen.

- (149) DSD voert voorts aan dat het, ook wanneer rekening wordt gehouden met de moeilijkheden die zich voor producenten en verkopers kunnen voordoen bij een beperking van het gebruik van het symbool tot een deel van de verpakkingen, niet gerechtvaardigd zou zijn van DSD het verlenen van geïsoleerde gebruiksrechten en daarmee de levering van tot nog toe niet door DSD aangeboden diensten te eisen, temeer daar deze moeilijkheden niet door DSD worden veroorzaakt, maar hun oorzaak vinden in de organisatie en activiteiten van de producenten en verkopers. De in de mededeling van de punten van bezwaar besproken moeilijkheden die zich voordoen wanneer het gebruik van het teken wordt beperkt tot de aan het DSD-systeem deelnemende hoeveelheden verkoopverpakkingen, zouden daarom voor de juridische beoordeling van de gedragingen van DSD niet doorslaggevend zijn.
- (150) Uit de herleiding van het misbruik blijkt dat de vergoedingsregeling van het contract de oorzaak van de moeilijkheden is. Het zou voor producenten en verkopers niet of slechts tegen buitensporige extra kosten mogelijk zijn het verpakings- en distributieproces zo te wijzigen dat de moeilijkheden wegvallen.
- (151) Ten slotte voert DSD aan dat het „evenwicht tussen licentie-inkomsten en kosten voor de tegemoetkoming aan de behoeften van de verwijderaars” zou worden verstoord.
- (152) Wederom dient erop te worden gewezen, dat in de genoemde gevallen een bevrijdingsdienst door DSD niet of slechts voor delen van de totale hoeveelheid verpakkingen wordt geleverd. Ook bij de partners waarmee dienstverleningsovereenkomsten zijn gesloten, wordt de omvang van de aan DSD te leveren dienst dus kleiner. Voor dit geval is DSD in de dienstverleningsovereenkomsten met de afvalverwijderingsbedrijven een vermindering van de door DSD aan de afvalverwijderaars te betalen vergoeding overeengekomen door aftrek van de zelf verwijderde hoeveelheid „Selbstsorgemenge”, gedefinieerd als „hoofdelijk verbruik van hoeveelheden die overeenkomstig artikel 6, leden 1 en 3, van de Verordening buiten het Duale System om moeten worden ingezameld en verwerkt”). De omvang van de activiteiten van de afvalverwijderaars staat los van de vraag of een verpakking met het „Der Grüne Punkt“-symbool is gemerkt of niet.
- (153) De door DSD aangevoerde argumenten leveren derhalve geen objectieve rechtvaardiging van de licentievergoedingsregeling en sluiten dus niet uit dat misbruik van een machtspositie wordt gemaakt.

*Resultaat*

- (154) DSD misbruikt dus zijn machtspositie in de zin van artikel 82 van het EG-Verdrag zowel tegenover zijn afnemers als tegenover zijn concurrenten.

## 3. GEVOLGEN VOOR DE HANDEL TUSSEN LIDSTATEN

- (155) Het misbruik van een machtspositie door middel van de licentievergoedingsregeling van het contract kan de handel tussen de lidstaten merkbaar ongunstig beïnvloeden.
- (156) Misbruik van een machtspositie kan de handel tussen lidstaten ongunstig beïnvloeden indien aan de hand van objectieve juridische en feitelijke omstandigheden met een voldoende mate van waarschijnlijkheid kan worden verwacht dat het goederenverkeer tussen de lidstaten rechtstreeks of zijdelings, daadwerkelijk of potentieel, zodanig wordt beïnvloed dat kan worden gevreesd dat daardoor de totstandbrenging van een geïntegreerde markt tussen deze staten wordt belemmerd.
- (157) In de eerste plaats moet erop worden gewezen dat vele van de huidige licentiehouders van DSD uit andere lidstaten komen. Een beperking of uitschakeling van de alternatieven voor de terugname en verwerking van verkoopverpakkingen voor deze verkopers in Duitsland leidt derhalve in de context van de gegeven marktvoorwaarden tot een merkbare ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten.
- (158) Voorts is het denkbaar dat ondernemingen uit andere lidstaten in Duitsland eigen inzamelingssystemen of bevrijdingssystemen aanbieden. Er zou met name kunnen worden getracht bevrijdingssystemen in een aan een lidstaat grenzende Duitse deelstaat op te zeggen of in gebieden aan de grens eigen verwijderingssystemen te exploiteren. Door het misbruik in de vorm van de handhaving van de vergoedingsregeling van het contract wordt de toegang tot de markt ook voor deze aanbieders uit andere lidstaten aanzienlijk bemoeilijkt.
- (159) Daarnaast moet in aanmerking worden genomen dat de vergoedingsregeling van het contract op de producent die zijn product ook naar andere lidstaten uitvoert, een niet onaanzienlijke druk uitoefent om zowel in Duitsland als in deze lidstaten aan het systeem deel te nemen dat het symbool „Der Grüne Punkt” gebruikt. Zij leidt er uiteindelijk toe, dat de producent zijn doel van een in heel Europa in één verpakking verkocht product slechts kan bereiken indien hij in heel Europa deelneemt aan bevrijdingssystemen die het symbool „Der Grüne Punkt” gebruiken.
- (160) Voorzover de producent in de diverse lidstaten aan verschillende systemen deelneemt en de noodzaak van verschillende verpakkingen op de koop toeneemt, wordt de desbetreffende productmarkt willekeurig gesegmenteerd. De producent moet erop letten dat de voorgeschreven verkoopkanalen in acht worden genomen. Dit leidt ertoe dat de grensoverschrijdende handel in het product wordt bemoeilijkt. In het bijzonder parallelinvoer is slechts mogelijk wanneer de verpakking wordt veranderd. Het gaat hierbij om een kunstmatige verandering van de marktvoorwaarden. Zij belemmert de door het EG-Verdrag beoogde economische verwevenheid tussen de lidstaten. Het functioneren en de efficiëntie van de gemeen-

schappelijke markt worden merkbaar ongunstig beïnvloed.

## II. ARTIKEL 3, LID 1, VAN VERORDENING NR. 17

- (161) Volgens artikel 3, lid 1, van Verordening nr. 17 kan de Commissie, indien zij een inbreuk op artikel 82 van het EG-Verdrag vaststelt, de betrokken ondernemingen bij beschikking verplichten aan de inbreuk een einde te maken.
- (162) Het is derhalve gerechtvaardigd DSD te verplichten een einde te maken aan de huidige inbreuken en de nodige maatregelen te nemen om te voorkomen dat de vastgestelde inbreuken worden voortgezet of hervat.
- (163) De inbreuk bestaat erin dat DSD op grond van paragraaf 4, punt 1, eerste zin, en paragraaf 5, punt 1, eerste zin, van het merktkencontract de betaling van de licentievergoeding voor de totale hoeveelheid van de in Duitsland met het „Der Grüne Punkt”-symbool in de handel gebrachte verkoopverpakkingen ook dan verlangt, wanneer overeenkomstig paragraaf 2 van het merktkencontract slechts voor delen van deze hoeveelheid of in het geheel niet van de bevrijdingsdienst wordt gebruikgemaakt. Paragraaf 4, punt 1, tweede zin, van het merktkencontract voorziet weliswaar in de mogelijkheid van uitzonderingsregelingen, maar DSD heeft geweigerd voor de gevallen van de categorieën I en II toezeggingen te doen die aan het misbruik een einde zouden hebben gemaakt en als uitzonderingsregeling in de overeenkomsten zouden zijn opgenomen.
- (164) In de gevallen van categorie III heeft DSD tegenover de Commissie een toezegging gedaan en een toelichtende verklaring afgegeven. Voorzover DSD de toezegging met inachtneming van de verklaring overeenkomstig hetgeen in de overwegingen 133 en 134 is vastgesteld, gestand doet, doet zich geen inbreuk meer voor.
- (165) Teneinde een voortzetting of herhaling van de vastgestelde inbreuken te voorkomen, is het noodzakelijk dat DSD jegens alle partijen bij het merktkencontract de verplichting aangaat 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 merktkencontract. Deze verplichting komt in de plaats van een uitzonderingsregeling overeenkomstig paragraaf 4, punt 1, tweede zin, van het merktkencontract.
- (166) Voorts is het noodzakelijk dat de door DSD voor de gevallen van categorie III gedane toezegging bindend wordt. Overeenkomstig deze toezegging kan DSD verlangen dat er op de verpakking vlakbij het symbool „Der Grüne Punkt” schriftelijk of in een andere passende vorm op voor de eindverbruiker herkenbare wijze op wordt gewezen, dat de verpakking niet aan het door DSD overeenkomstig artikel 6, lid 3, opgezette systeem deelneemt. Aangezien deze vaststelling van met name de geschiktheid en de herkenbaarheid aan een beoordeling gekoppeld is, valt niet uit te sluiten dat tussen DSD en de tot terugname verplichte ondernemingen meningsverschillen ontstaan over de vorm van de vermelding. Teneinde te garanderen dat de toezegging gestand wordt gedaan, dient te worden voorzien in een procedure die

het mogelijk maakt snel en op voor beide zijden aanvaardbare wijze een oplossing voor dergelijke geschillen te vinden. Het besluit van een door de Commissie aangewezen deskundige voldoet aan deze eisen.

- (167) DSD kan zowel in de gevallen van de categorieën I en II als overeenkomstig de voor de gevallen van categorie III gedane toezegging van haar contractpartners eisen dat zij bewijzen dat voor de hoeveelheden van het symbool „Der Grüne Punkt” voorziene, in Duitsland in de handel gebrachte verpakkingen waarvoor geen gebruik wordt gemaakt van de bevrijdingsdienst overeenkomstig paragraaf 2 van het merktekencontract, op een andere wijze wordt voldaan aan de verplichtingen van de Verpackungsverordnung. Er valt niet uit te sluiten dat tussen DSD en de tot terugname verplichte ondernemingen meningsverschillen ontstaan over de inhoudelijke eisen die aan het te leveren bewijs moeten worden gesteld. Duidelijkheidshalve is het dus noodzakelijk dat de belangrijkste aan het bewijs gestelde eisen in deze beschikking worden omschreven. De Commissie laat zich daarbij leiden door het doel van de bewijsplicht. DSD moet zich ervan kunnen vergewissen dat zij alleen van vergoeding afziet voor de hoeveelheden verpakkingen waarvoor de tot terugname verplichte ondernemingen deelnemen aan een concurrerend bevrijdingssysteem of via een eigen verwijderingssysteem aan de terugname- en verwerkingseisen voldoen, aangezien in deze gevallen het risico bestaat dat dubbele vergoedingen moeten worden betaald (overweging 115). In geval van gedeeltelijke of volledige deelname aan een concurrerend bevrijdingssysteem volstaat als bewijs de bevestiging van de exploitant van dit systeem dat de betrokken hoeveelheid verpakkingen aan het concurrerende systeem deelneemt. Alleen door deelname aan een bevrijdingssysteem zijn de tot terugname verplichte ondernemingen voor de deelnemende hoeveelheid verpakkingen vrijgesteld van hun verplichtingen. In geval van gedeeltelijke of volledige deelname aan een eigen verwijderingssysteem volstaat het achteraf een verklaring van een onafhankelijke deskundige over te leggen — die individueel voor de afzonderlijke producent, respectievelijk verkoper, of voor ondernemingen die deelnemen aan een eigen verwijderingssysteem kan worden opgesteld —, volgens welke voor de desbetreffende hoeveelheid verpakkingen aan de terugname- en verwerkingseisen is voldaan. DSD kan niet eisen dat de verklaring op een vroeger tijdstip wordt overgelegd dan de Verpackungsverordnung voorschrijft. Onafhankelijk van de desbetreffende versie van de Verpackungsverordnung volstaat voor het aan DSD te leveren bewijs in elk geval dat de verklaring tegenover de contractpartner bevestigt dat met betrekking tot een bepaalde hoeveelheid verpakkingen aan de terugname- en verwerkingseisen is voldaan. Indien de verklaring verdere gegevens moet bevatten (zoals in het bijzonder de naam van de als verantwoordelijke derde actieve onderneming, inzamelpunten of exacte quota), mogen deze onleesbaar worden gemaakt, om te voorkomen dat DSD belangrijke mededingingsgegevens over concurrenten verkrijgt. Zowel de bevestiging van de exploitant van het systeem als de verklaring van de onafhankelijke deskundige kan worden vervangen door een accountantsverklaring die achteraf bevestigt dat met betrekking tot een bepaalde hoeveelheid verpakkingen aan de verplichtingen van de Verpackungsverordnung is voldaan. De accountantsverklaring maakt het mogelijk aan te tonen dat aan de verplichtingen van de Verpackungsverord-

nung is voldaan, zonder dat kenbaar wordt gemaakt of dit via een concurrerend bevrijdingssysteem of via een eigen verwijderingssysteem is gebeurd. Teneinde te voorkomen dat ten laste van de tot terugname verplichte ondernemingen wordt afgeweken van de bovenomschreven vereisten die aan het bewijs worden gesteld, moet worden gegarandeerd dat andere bepalingen van het merktekencontract niet zo worden gebruikt dat zij ertoe leiden dat aan het aan DSD te leveren bewijs strengere eisen worden gesteld,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

#### Artikel 1

Het gedrag van „Der Grüne Punkt” — Duales System Deutschland AG, Köln, hierna „DSD” genoemd, erin bestaande dat zij op grond van paragraaf 4, punt 1, eerste zin, van het merktekencontract de betaling van de licentievergoeding voor de totale hoeveelheid van de met het symbool „Der Grüne Punkt” in Duitsland in de handel gebrachte verkoopverpakkingen eist, is onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, wanneer de ondernemingen die overeenkomstig de Verpackungsverordnung 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 terugname-systeem 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 de Verpackungsverordnung voldoen.

#### Artikel 2

DSD moet onverwijld een einde maken aan de in artikel 1 genoemde inbreuken.

DSD onthoudt zich ervan de in artikel 1 vermelde gedragingen voort te zetten of te hervatten of maatregelen met vergelijkbare gevolgen te treffen.

DSD voldoet daarenboven aan het bepaalde in de artikelen 3 tot en met 7.

#### Artikel 3

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 de Verpackungsverordnung wordt voldaan.



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

#### Artikel 4

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

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

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

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

De kosten voor de deskundige worden gelijkelijk over de beide partijen verdeeld.

#### Artikel 5

1. In geval van gedeeltelijke of volledige deelname aan een concurrerend bevrijdingssysteem volstaat als bewijs voor het feit dat op een andere wijze aan de verplichtingen van de Verpackungsverordnung overeenkomstig de artikelen 3 en 4 wordt voldaan, de bevestiging van de exploitant van dit systeem dat de betrokken hoeveelheid verpakkingen aan het concurrerende systeem deelneemt.

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

3. DSD kan in geen geval eisen dat de verklaring op een vroeger tijdstip wordt overgelegd dan de Verpackungsverordnung voorschrijft.

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

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

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

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

#### Artikel 6

1. DSD moet het bepaalde in de artikelen 3, 4 en 5 jegens alle wederpartijen van het merktekencontract vanaf de datum van bekendmaking van deze beschikking nakomen en alle contractpartners hiervan binnen twee maanden na de bekendmaking van deze beschikking in kennis stellen.

2. De bepalingen van het merktekencontract mogen niet aldus worden toegepast dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de in lid 1 bedoelde verplichting vertraging ondervindt.

#### Artikel 7

DSD licht de Commissie binnen drie maanden na de bekendmaking van deze beschikking in over de nakoming van de in de artikelen 3 tot en met 6 bedoelde verplichtingen.

#### Artikel 8

Deze beschikking is gericht tot:

Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland AG  
Frankfurter Straße 720–726  
D-51145 Köln.

Gedaan te Brussel, 20 april 2001.

Voor de Commissie  
Mario MONTI  
Lid van de Commissie