

KENDELSE AFSAGT AF RETTENS PRÆSIDENT
15. november 2001 *

I sag T-151/01 R,

Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland AG, Köln (Tyskland), ved advokaterne W. Deselaers, B. Meyring, E. Wagner og C. Weidemann, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved S. Rating, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

* Processprog: tysk.

procesdeltagere:

Vfw AG, Köln, ved advokat H.F. Wissel, og med valgt adresse i Luxembourg,

Landbell AG, Mayence (Tyskland), ved advokat A. Rinne, og med valgt adresse i Luxembourg,

og

BellandVision GmbH, Pegnitz (Tyskland), ved advokat A. Rinne, og med valgt adresse i Luxembourg,

intervenienter,

angående en begæring om udsættelse af gennemførelsen af artikel 3 i Kommissionens beslutning 2001/463/EF af 20. april 2001 om en procedure i henhold til artikel 82 EF (sag COMP D3/34493 — DSD) (EFT L 166, s. 1) samt af beslutningens artikel 4, 5, 6 og 7, for så vidt som disse henviser til artikel 3,

har

PRÆSIDENTEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS
RET I FØRSTE INSTANS

afsagt følgende

Kendelse

Relevante retsfor skrifter

Tysk ret

- 1 Den 12. juni 1991 vedtog den tyske regering Verordnung über die Vermeidung von Verpackungsabfällen (BGBl. 1991 I, s. 1234, herefter »emballageforordningen«). Den reviderede udgave af emballageforordningen trådte i kraft den 28. august 1998. I henhold til denne, der har til formål at forebygge eller mindske miljøbelastningen fra emballageaffald, skal producenter og distributører tilbage tage og nyttiggøre brugt salgsemballage uden for det offentlige renovations-system. I denne sag drejer det sig alene om salgsemballage, dvs. emballage, som udbydes som en salgsenhed og ender hos den endelige forbruger, samt emballage fra handelsvirksomheder, restaurationer og andre tjenesteydere, som muliggør eller støtter levering af varer til den endelige forbruger, samt engangsservice og engangsbestik. Der sondres mellem salgsemballage og transportemballage og multipakemballage.

- 2 I emballageforordningen forstås ved producent alle, der producerer emballage, emballagematerialer eller produkter, hvoraf der umiddelbart kan fremstilles emballage, og alle, der importerer emballage til det område, hvor emballageforordningen gælder. Ved distributør forstås alle, der bringer emballage, emballagematerialer eller produkter, hvoraf der umiddelbart kan fremstilles emballage, eller varer i emballage på markedet, uanset omsætningsled. Under distributører falder i henhold til emballageforordningen ligeledes postordrevirksomhed. Ved endelig forbruger forstås endelig en køber, som ikke længere videresælger varen i den form, hvori den er leveret.

- 3 De pågældende virksomheder kan opfylde deres producent- og distributørforpligtelser på to måder.

- 4 For det første skal producenter og distributører i henhold til emballageforordningens § 6, stk. 1 og 2, vederlagsfrit tage den endelige forbrugers brugte salgsemballage tilbage på eller i umiddelbar nærhed af leveringsstedet og nyttiggøre den i overensstemmelse med kvantitative krav, der er fastsat i bilaget til emballageforordningen (herefter »den individuelle ordning«). I § 6, stk. 1, niende punktum, hedder det: »Hvis distributøerne ikke opfylder deres forpligtelser i henhold til første punktum ved en tilbagetagning på leveringsstedet, skal de gøre det gennem en [kollektiv] ordning.« Producenter og distributører kan ligeledes opfylde alle tilbagetagnings- og nyttiggørelsespligter via tredjemand (emballageforordningens § 11). I tilfælde af en individuel ordning bestemmer emballageforordningen endvidere: »Distributøren skal ved hjælp af klart synlige og letlæselige skilte oplyse den private endelige forbruger om muligheden for tilbagelevering« (§ 6, stk. 1, tredje punktum).

- 5 For det andet er producenter og distributører, som deltager i en ordning, der sikrer, at der overalt i distributørens dækningsområde regelmæssigt afhentes brugt salgsemballage hos den endelige forbruger eller i nærheden af den endelige forbruger (herefter »den kollektive ordning«), fritaget fra tilbagetagnings- og nyttiggørelsespligten. Den kollektive ordning er begrænset til salgsemballage, der

ender hos den private endelige forbruger, dvs. husholdninger og tilsvarende steder, hvor der frembringes emballageaffald, navnlig restauranter, hoteller, kantiner, offentlige administrationer, kaserner, sygehuse, uddannelsesinstitutioner, velgørende organisationer og liberale erhverv samt landbrugsbedrifter og håndværksvirksomheder med undtagelse af trykkerier og andre papirforarbejdende virksomheder.

- 6 Virksomheder, der ikke deltager i en kollektiv ordning, er fortsat underkastet den individuelle tilbagetagningspligt.

- 7 Før en kollektiv ordning kan godkendes af de kompetente myndigheder, skal flere betingelser være opfyldt. Bl.a. skal ordningen have en områdedækning, som mindst skal udgøre en delstat og være tæt på forbrugerne, afhentningen skal finde sted regelmæssigt, og der skal være indgået aftaler med de lokale offentligretlige indsamlingspligtige selskaber.

- 8 Ifølge emballageforordningen skal emballage indsamlet i henhold til kollektive ordninger mærkes. I henhold til afsnit 4, stk. 2, i bilag I til emballageforordningens § 6 skal producenter og distributører klart gøre opmærksom på, at de er tilsluttet en ordning efter emballageforordningens § 6, stk. 3, ved »mærkning af emballagen eller andre egnede foranstaltninger«.

- 9 Siden den 1. januar 2000 har såvel operatørerne af kollektive ordninger med hensyn til den emballage, hvormed producenter og distributører deltager i deres ordning, som de producenter og distributører, der har valgt en individuel ordning, skullet overholde de samme genvindingskvoter for de enkelte materialer.

- 10 Opfyldelsen af tilbagetagnings- og nyttiggørelseskravene skal alt efter omstændighederne sikres ved attester udstedt af uafhængige eksperter eller ved fremlæggelse af kontrollerbare oplysninger om de indsamlede og nyttiggjorte emballagemængder.

DSD's kollektive ordning

- 11 Siden 1991 har Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland AG (herefter »sagsøgeren« eller »DSD«) været det eneste selskab, der driver en områdedækkende kollektiv ordning i Tyskland. I begyndelsen af 1993 anerkendte de kompetente myndigheder i alle de tyske delstater ordningen.
- 12 Den af DSD etablerede ordning (herefter »DSD-ordningen«) betegnes som et »dualt« system, da indsamling og nyttiggørelse af emballage foregår uden for den offentlige renovation og drives af et privat indsamlingsselskab.
- 13 DSD er finansieret via de afgifter, som virksomhederne betaler for at være tilsluttet ordningen. Tilslutning sker ved indgåelse af en aftale med DSD, hvorved virksomhederne mod betaling af en afgift får ret til at anvende varemærket »Der Grüne Punkt«. Virksomhederne skal anbringe »Der Grüne Punkt«-mærket på deres salgsemballage. DSD er ejer af det registrerede fællesmærke »Der Grüne Punkt«.
- 14 Salgsemballage forsynet med »Der Grüne Punkt«-mærket sorteres og anbringes i specielle beholdere alt efter materialetype (metal, plast og kompositmateriale) eller samles i containere i nærheden af de private husstande (især papir og glas), mens det almindelige køkkenaffald lægges i det offentlige renovationsvæsens beholdere.

- 15 DSD indsamler dog ikke selv den brugte salgsemballage, men benytter i den forbindelse lokale indsamlingsselskaber som underentreprenører, der på enerebtsbasis har til opgave at indsamle og sortere brugt salgsemballage i et bestemt distrikt.
- 16 Indsamlingsselskabet sørger enten selv eller via tredjemand for, at de sorterede materialer nyttiggøres, eller overdrager materialerne til virksomheder, som garanterer DSD, at de vil nyttiggøre den brugte emballage.
- 17 Efter DSD's ordning indsamles ikke al salgsemballage i henhold til emballageforordningen (jf. præmis 1 ovenfor), men udelukkende salgsemballage af alle materialetyper, der ender hos de private husstande og tilsvarende steder.
- 18 Også andre virksomheder organiserer indsamling og nyttiggørelse af bestemte typer salgsemballage. Det drejer sig her imidlertid ikke om områdedækkende indsamlings- og nyttiggørelsesordninger efter emballageforordningens § 6, stk. 3. Disse virksomheder fungerer som tredjemand som omhandlet i emballageforordningens § 6, stk. 1 og 2, sammenholdt med § 11 (jf. præmis 4 ovenfor), hvilket vil sige, at de umiddelbart varetager producenters og distributørers tilbagebetalings- og nyttiggørelsespligt.

Aftalebestemmelser

- 19 Forholdet mellem DSD og de virksomheder, der er tilsluttet ordningen, reguleres i en varemærkeaftale om udnyttelsen af mærket »Der Grüne Punkt« (herefter »aftalen«).

- 20 Ifølge aftalen skal en virksomhed for at deltage i ordningen mod betaling af en afgift opnå DSD's tilladelse til at anvende varemærket »Der Grüne Punkt« (aftalens § 1, stk. 1).
- 21 DSD garanterer den virksomhed, der er tilsluttet ordningen (herefter »licenshaveren«), at indsamlingen, sorteringen og nyttiggørelsen af virksomhedens brugte salgsemballage vil ske på en sådan måde, at virksomheden fritages fra sine tilbagetagnings- og nyttiggørelsesforpligtelser med hensyn til den pågældende emballage (aftalens § 2).
- 22 Licenshaveren er forpligtet til at anbringe »Der Grüne Punkt«-mærket på al registreret emballage til indenlandsk brug på en sådan måde, at det er klart synligt for den endelige forbruger. DSD kan fritage licenshaveren fra denne forpligtelse (aftalens § 3, stk. 1).
- 23 Aftalens § 4, stk. 1, bestemmer:

»For enhver emballage, der som led i denne aftale bringes på markedet med varemærket 'Der Grüne Punkt' på Forbundsrepublikken Tysklands område, skal licenshaveren betale en licensafgift til DSD; undtagelser herfra kræver en særskilt skriftlig aftale.«

- 24 Licensafgiften beregnes dels efter emballagens vægt og materialets art, dels efter emballagens volumen og emballagens overflade.

25 Licensafgiften kan ændres ensidigt af DSD. En forhøjelse eller nedsættelse af licensafgiften foretages ud fra følgende principper: Licensafgifter beregnes uden avancetillæg og skal udelukkende dække omkostningerne ved indsamling, sortering og nyttiggørelse samt administrationsafgifterne (aftalens § 4, stk. 3). Systemomkostningerne fordeles i videst muligt omfang pro rata på de enkelte materialetyper.

26 I aftalens § 5, stk. 1, hedder det:

»Al emballage forsynet med mærket 'Der Grüne Punkt', som bringes på markedet af licenshaveren på Forbundsrepublikken Tysklands område, faktureres. [...]«

27 Endelig bestemmer punkt 5 i det af DSD vedtagne varemærkereglement (Markensatzung):

»Fællesmærkerne blev skabt for det første for at gøre det muligt for forbrugerne og handelen at genkende produkter, hvis emballage er omfattet af DSD-ordningen, og som kan indsamles og nyttiggøres uden for det offentlige renovationssystem, og for at de kan skelne disse produkter fra andre produkter, samt for at tilskynde forbrugerne til at anbringe denne emballage i DSD's indsamlingsbeholdere og endelig for at gøre opmærksom på den indsamlings- og nyttiggørelsesservice for sekundære råstoffer, der ydes som led i DSD-ordningen.«

Tvistens baggrund

- 28 Den 2. september 1992 anmeldte DSD ud over sine vedtægter et antal aftaler — serviceaftale, varemærkeaftale og garantiaftale — til Kommissionen med henblik på at opnå negativattest, subsidiært fritagelse fra kartelforbuddet.
- 29 Efter offentliggørelsen i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* (EFT 1997 C 100, s. 4) i henhold til artikel 19, stk. 3, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962: Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikler [81] og [82] (EFT 1959-1962, s. 81) af den meddelelse, hvori Kommissionen tilkendegav, at den agtede at indtage en positiv holdning til de omhandlede aftaler, modtog Kommissionen bemærkninger fra interesserede tredjeparter bl.a. vedrørende forskellige aspekter af anvendelsen af varemærkeaftalen. Tredjeparter klagede især over den mulige konkurrencefordrejning, der ville opstå, fordi de skulle betale dobbeltafgifter, hvis de samtidig skulle deltage i DSD-ordningen og en anden tjenesteyders ordning.
- 30 Den 15. oktober 1998 afgav DSD over for Kommissionen et tilsagn, som tog sigte på at undgå dobbeltafgifter i tilfælde af, at aftalepartneren deltager i en kollektiv ordning, der virker på regionalt plan.
- 31 Den 3. november 1999 erklærede Kommissionen, at dette tilsagn, som kun omfattede kollektive ordninger, skulle udvides til at omfatte individuelle ordninger for delmængder af salgsemballage.
- 32 Den 15. november 1999 modtog Kommissionen nye bemærkninger fra klagerne.

- 33 Ved skrivelse af 13. marts 2000 afgav DSD yderligere to tilsagn over for Kommissionen.
- 34 Den 20. april 2001 vedtog Kommissionen beslutning 2001/463/EF om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 82 (sag COMP D3/34493 — DSD) (EFT L 166, s. 1, herefter »den anfægtede beslutning«).
- 35 Det fremgår af den anfægtede beslutning, at de tilsagn, der er afgivet vedrørende aftalen, tager sigte på forskellige situationer.
- 36 Et af tilsagnene vedrører den situation, hvor der som alternativ til DSD-ordningen etableres kollektive ordninger, som er begrænset til én eller flere delstater. I så fald vil ens udformet emballage deltage i den alternative ordning i disse delstater og i DSD-ordningen i de øvrige delstater. Med hensyn til denne mulighed har DSD afgivet følgende tilsagn (betragtning 59 til den anfægtede beslutning):

»Under forudsætning af, at der som alternativ til det nuværende duale system etableres ordninger på regionalt plan, som er formelt godkendt af de kompetente øverste delstatsmyndigheder efter emballageforordningens § 6, stk. 3, er [DSD] rede til at håndhæve varemærkeaftalen på en sådan måde, at licenshaverne får mulighed for at deltage i en sådan ordning med delmængder af deres emballage. Med hensyn til emballage, hvor det kan dokumenteres, at den er afleveret til en sådan alternativ ordning, opkræver [DSD] ingen licensafgift på grundlag af varemærkeaftalen. Det er en yderligere forudsætning for fritagelsen for forpligtelsen til at betale en licensafgift for emballage, der er forsynet med varemærket 'Der Grüne Punkt', at beskyttelsen af varemærket 'Der Grüne Punkt' ikke påvirkes.«

37 For det tilfælde, at producenter eller distributører med hensyn til delmængder af salgsemballage gør brug af en individuel ordning og er tilsluttet DSD-ordningen, for så vidt angår de resterende delmængder, har DSD afgivet følgende tilsagn (betragtning 61 til den anfægtede beslutning):

»Såfremt producenter og distributører i henhold til emballageforordningens § 6, stk. 1 og/eller stk. 2 (i givet fald sammenholdt med § 11) organiserer tilbagetagningen og nyttiggørelsen af delmængder af salgsemballage, der bringes på markedet i det område, hvor emballageforordningen gælder, og er tilsluttet DSD-ordningen, for så vidt angår de resterende delmængder (§ 6, stk. 1, niende punktum), opkræver [DSD] ingen licensafgift på grundlag af varemærkeaftalen, for så vidt angår de delmængder af salgsemballage, hvor det kan dokumenteres, at de er taget tilbage efter emballageforordningens § 6, stk. 1 og/eller stk. 2. Dette skal dokumenteres i overensstemmelse med de krav, der er nævnt i afsnit 2 i bilag I til emballageforordningen.«

38 Under retsmødet i sagen om foreløbige forholdsregler (præmis 58 nedenfor) blev det anført, at dette tilsagn skal forstås således, at den delmængde af salgsemballage, der tilbagetages efter § 6, stk. 1 og/eller stk. 2, ikke er forsynet med »Der Grüne Punkt«-mærket.

39 I den del af den anfægtede beslutning, der indeholder den retlige vurdering, har Kommissionen for det første fastslået, at DSD har en dominerende stilling.

40 Forinden har Kommissionen afgrænset det relevante marked. Kommissionen har efter en analyse af de relevante produktmarkeder og geografiske markeder konkluderet, at der »som det bredeste marked, der kan afgrænses, [skal] tages udgangspunkt i organiseringen af tilbagetagningen og nyttiggørelsen af brugt salgsemballage hos den private endelige forbruger i Tyskland« (betragtning 92 til den anfægtede beslutning).

- 41 Kommissionen har herefter undersøgt DSD's økonomiske styrke på det således afgrænsede marked. Kommissionen har fremhævet, at DSD er den eneste virksomhed, som tilbyder en kollektiv ordning i Tyskland, og at DSD's markedsandel på det relevante marked — jf. præmis 40 ovenfor — er på mindst 82% (betragtning 95). Endvidere bidrager også de betydelige hindringer for adgangen til markedet til DSD's økonomiske styrke (betragtning 96 til den anfægtede beslutning).
- 42 Kommissionen har for det andet behandlet spørgsmålet om misbrug af en dominerende stilling.
- 43 Kommissionens vurdering heraf bygger på, at »DSD [ikke baserer] den licensafgift, der skal betales i henhold til aftalen, på brugen af tjenesteydelsen i form af fritagelsen for tilbagetagnings- og nyttiggørelsesforpligtelsen i henhold til aftalens § 2, men udelukkende på udnyttelsen af 'Der Grüne Punkt'-mærket på salgsemballagen«, og på, at »DSD [forpligter] aftalepartneren til at anbringe mærket på al registreret emballage til indenlandsk forbrug«, medmindre DSD udøver sit frie skøn og fritager aftalepartneren fra denne forpligtelse (betragtning 100 til den anfægtede beslutning). Kommissionen udleder heraf, at DSD altid misbruger sin dominerende stilling, hvis »de tilbagetagningspligtige virksomheder kun med hensyn til delmængder gør brug af DSD's fritagelsesydelse eller i Tyskland fuldstændig giver afkald på DSD's fritagelsesydelse« (betragtning 101 til den anfægtede beslutning). Ved at gennemtvinge urimelige priser og forretningsbetingelser, når der ikke er overensstemmelse mellem udnyttelsen af mærket og den faktiske brug af DSD's fritagelsesydelse, tilsidesætter DSD artikel 82, stk. 2, litra a), EF. Kommissionen præciserer, at »[s]om følge af kombinationen af den i aftalen fastsatte pligt til at anvende mærket på den ene side og afgiftens binding til udnyttelsen af mærket på den anden side bliver kravet om adskilte emballage- og distributionslinjer uundgåeligt« (betragtning 112 til den anfægtede beslutning).
- 44 Kommissionen beskriver nærmere` virkningen af misbruget i forbindelse med aftalens afgiftsordning på grundlag af konkrete tilfælde, idet den bl.a. sonderer

mellem begrænsning af konkurrencen mellem DSD og andre kollektive ordninger (tilfælde I) og begrænsning af konkurrencen mellem DSD og individuelle ordninger (tilfælde II).

- 45 Kommissionen anfører, at bestemmelserne om licensafgiften hverken kan begrundes med en påstået uforenelighed mellem anvendelsen af »Der Grüne Punkt«-mærket i forbindelse med delmængder af emballage, hvor der ikke leveres nogen fritagelsesydelse, og emballageforordningen (betragtning 136-142), eller med nødvendigheden af at bevare »Der Grüne Punkt«-mærkets særpræg (betragtning 143-153). Hvad dette angår fastslår Kommissionen, at »'Der Grüne Punkt'-mærkets væsentligste funktion er [...] opfyldt, hvis det over for forbrugeren signaliserer, at emballagen kan indsamles via DSD«, og konkluderer, at »'Der Grüne Punkt'-mærkets funktion [således ikke kræver], at kun en delmængde af emballagen er forsynet med mærket i forbindelse med en kun delvis deltagelse i DSD-ordningen« (betragtning 145).
- 46 Efter at have fastslået, at misbruget af en dominerende stilling kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater mærkbart, har Kommissionen i medfør af artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17 undersøgt, på hvilken måde det skal pålægges DSD at bringe de påklagede overtrædelser til ophør.
- 47 Betragtning 165 indeholder følgende herom:

»For at forhindre, at de konstaterede overtrædelser fortsætter eller gentages, er det nødvendigt, at DSD over for alle parter i varemærkeaftalen forpligter sig til ikke at opkræve en licensafgift for delmængder af salgsemballage, der markedsføres i Tyskland med 'Der Grüne Punkt'-mærket, og for hvilke der ikke gøres brug af fritagelsesydelsen i henhold til varemærkeaftalens § 2. Denne forpligtelse

træder i stedet for en undtagelsesordning efter varemærkeaftalens § 4, stk. 1, andet punktum.«

48 Den anfægtede beslutnings dispositive del er affattet således:

»*Artikel 1*

Ved i henhold til varemærkeaftalens § 4, stk. 1, første punktum, og § 5, stk. 1, første punktum, at kræve betaling af en licensafgift for den samlede mængde af den salgsemballage, der bringes på markedet i Tyskland med varemærket 'Der Grüne Punkt', udviser Duales System Deutschland AG, Köln (i det følgende benævnt 'DSD'), en adfærd, der er uforenelig med fællesmarkedet i de tilfælde, hvor de i henhold til emballageforordningen tilbagetagningspligtige virksomheder:

- a) i forbindelse med DSD's fritagelsessystem efter varemærkeaftalens § 2 kun gør brug heraf med hensyn til en delmængde eller ikke gør brug heraf, men i Tyskland markedsfører en ens udformet emballage, som også markedsføres i et andet EØS-land og er omfattet af en tilbagetagningsordning, der anvender varemærket 'Der Grüne Punkt', og

- b) dokumenterer, at de med hensyn til den mængde eller delmængde, for hvilken de ikke gør brug af fritagelsesydelser, opfylder deres forpligtelser ifølge emballageforordningen gennem konkurrerende fritagelsesordninger eller individuelle inddamlingsordninger.

Artikel 2

DSD skal omgående bringe den i artikel 1 omhandlede overtrædelse til ophør.

DSD undlader at fortsætte eller gentage den i artikel 1 omhandlede adfærd eller at træffe foranstaltninger med tilsvarende virkninger.

DSD efterlever endvidere bestemmelserne i artikel 3-7.

Artikel 3

DSD skal over for alle parter i varemærkeaftalen forpligte sig til ikke at opkræve en licensafgift for delmængder af salgsemballage, der markedsføres i Tyskland med varemærket 'Der Grüne Punkt', og for hvilke der ikke gøres brug af fritagelsesydelsen i henhold til varemærkeaftalens § 2, når det kan dokumenteres, at forpligtelserne ifølge emballageforordningen opfyldes på anden vis.

Forpligtelsen i henhold til stk. 1 træder i stedet for en undtagelsesordning efter varemærkeaftalens § 4, stk. 1, andet punktum.

Artikel 4

1. Med hensyn til emballage, som i en anden medlemsstat er omfattet af en indsamlings- og nyttiggørelsesordning med 'Der Grüne Punkt'-mærket, og som markedsføres med mærket i det område, hvor emballageforordningen gælder, må DSD ikke opkræve en licensafgift, når det kan dokumenteres, at forpligtelserne ifølge emballageforordningen opfyldes på anden vis end gennem deltagelse i den af DSD etablerede ordning efter emballageforordningens § 6, stk. 3.

2. DSD kan som betingelse for at undlade opkrævning af licensafgiften kræve, at det på den i stk. 1 omhandlede emballage i nærheden af 'Der Grüne Punkt'-mærket i en sproglig eller anden egnet form fremgår klart for den endelige forbruger, at emballagen ikke indgår i den ordning, der er etableret af DSD i henhold til § 6, stk. 3.

3. Ved uoverensstemmelser om oplysningens synlighed anmoder parterne senest en uge efter den ene eller begge parters konstatering af uoverensstemmelserne Kommissionen om at udpege en ekspert.

Eksperten har til opgave at fastslå inden for fire uger, om de af parterne diskutererede muligheder for oplysningens udformning opfylder det i stk. 2 nævnte krav under hensyntagen til de grundlæggende emballagefunktioner.

Udgifterne til eksperten bæres af parterne med halvdelen til hver.

Artikel 5

1. Som dokumentation for, at forpligtelserne ifølge emballageforordningen opfyldes på anden vis i overensstemmelse med artikel 3 og 4, er det i tilfælde af en delvis eller fuldstændig deltagelse i en konkurrerende fritagelsesordning tilstrækkeligt, at systemoperatøren bekræfter, at den pågældende emballagemængde er omfattet af den konkurrerende ordning.

2. I tilfælde af en delvis eller fuldstændig deltagelse i en individuel indsamlingsordning er det tilstrækkeligt, at der efterfølgende forelægges en erklæring fra en uafhængig ekspert om, at tilbagetagnings- og nyttiggørelseskravene er opfyldt med hensyn til den pågældende emballagemængde. Denne erklæring kan udstedes for den enkelte producent, henholdsvis distributør, eller for en individuel indsamlingsordning.

3. DSD kan under ingen omstændigheder kræve, at erklæringen forelægges på et tidligere tidspunkt end foreskrevet i emballageforordningen.

4. Uanset hvilken udgave af emballageforordningen der er tale om, er det med hensyn til den dokumentation, der skal forelægges for DSD, under alle omstændigheder tilstrækkeligt, at erklæringen bekræfter, at aftalepartneren har opfyldt tilbagetagnings- og nyttiggørelseskravene, i relation til en bestemt emballagemængde.

5. Såfremt erklæringen skal indeholde andre oplysninger, kan disse gøres anonyme.

6. Både erklæringen fra systemoperatøren og erklæringen fra den uafhængige ekspert kan erstattes af en revisorerklæring, som efterfølgende bekræfter opfyldelsen af forpligtelserne ifølge emballageforordningen, i relation til en bestemt emballagemængde.

7. De øvrige bestemmelser i varemærkeaftalen må ikke anvendes på en sådan måde, at de medfører skærpede krav til den dokumentation, der skal forelægges for DSD.

Artikel 6

1. DSD skal efterleve bestemmelserne i artikel 3, 4 og 5 over for alle parter i varemærkeaftalen fra tidspunktet for meddelelsen af denne beslutning og underrette alle parter i varemærkeaftalen herom senest to måneder efter meddelelsen af beslutningen.

2. Bestemmelserne i varemærkeaftalen må ikke anvendes på en sådan måde, at de forsinker en øjeblikkelig opfyldelse af forpligtelsen efter stk. 1.

Artikel 7

DSD giver senest tre måneder efter meddelelsen af denne beslutning Kommissionen meddelelse om opfyldelsen af forpligtelserne efter artikel 3-6.«

Retsforhandlinger

- 49 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 5. juli 2001 har DSD i henhold til artikel 230, stk. 4, EF, anlagt sag med påstand om annullation af den anfægtede beslutning.
- 50 Ved særskilt processkrift indleveret samme dag til Rettens Justitskontor har DSD endvidere i henhold til artikel 242 EF fremsat begæring om udsættelse af gennemførelsen af beslutningens artikel 3 samt artikel 4, 5, 6 og 7, i det omfang disse henviser til artikel 3, indtil Retten har truffet afgørelse i hovedsagen.
- 51 De i begæringen indeholdte anbringender er meget omfangsrige. Da det i en sag om foreløbige forholdsregler er nødvendigt at kunne træffe afgørelse inden for kort tid, blev sagsøgeren opfordret til at indgive en ny version af begæringen, som ikke måtte overstige 30 sider. Denne afkortede version blev indgivet til Rettens Justitskontor den 13. juli 2001.
- 52 Den afkortede version af begæringen om foreløbige forholdsregler blev forkyndt for Kommissionen den 16. juli 2001.
- 53 Ved begæringer indgået til Rettens Justitskontor henholdsvis den 16., den 19. og den 20. juli 2001 anmodede Vfw AG, Landbell AG og BellandVision GmbH om tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Kommissionens påstande.
- 54 Interventionsbegæringerne blev forkyndt for parterne.

- 55 Kommissionen indgav den 28. august 2001 sit skriftlige indlæg vedrørende begæringen.
- 56 DSD og Kommissionen har skriftligt erklæret, at de ikke har indvendinger mod interventionsbegæringerne. DSD har dog anmodet om fortrolig behandling af flere bilag til begæringen om foreløbige forholdsregler i forhold til de parter, der har fremsat interventionsbegæring.
- 57 Den afkortede, ikke-fortrolige version af begæringen om foreløbige forholdsregler og Kommissionens indlæg blev den 5. september 2001 forkyndt for de parter, der havde fremsat interventionsbegæring. Disse parter blev samtidig opfordret til at deltage i retsmødet.
- 58 Retsmødet i sagen om foreløbige forholdsregler fandt sted den 21. september 2001.
- 59 Under dette retsmøde imødekom Retten de tre interventionsbegæring i denne sag, idet den fandt, at de parter, der havde fremsat interventionsbegæring, som krævet i artikel 37, stk. 2, i Domstolens EF-statut, der i henhold til statuttens artikel 46, stk. 1, finder anvendelse på Retten i Første Instans, havde godtgjort, at de havde interesse i resultatet af sagen.
- 60 Retten besluttede endvidere, at oplysningerne i bilagene til DSD's begæring skulle behandles fortroligt i sagen, for så vidt disse oplysninger umiddelbart kan anses for hemmelige eller fortrolige i henhold til procesreglementets artikel 116, stk. 2, hvilket ikke er bestridt af Kommissionen.

- 61 Kommissionen frafaldt, ligeledes under retsmødet, den formalitetsindsigelse, den havde rejst i sit skriftlige indlæg, således at der ikke skal tages stilling hertil.

Retlige bemærkninger

- 62 I henhold til artikel 242 EF, sammenholdt med artikel 4 i Rådets afgørelse 88/591/EKSF, EØF, Euratom af 24. oktober 1988 om oprettelse af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans (EFT L 319, s. 1), som ændret ved Rådets afgørelse 93/350/Euratom, EKSF, EØF af 8. juni 1993 (EFT L 144, s. 21), kan Retten, hvis den skønner, at forholdene kræver det, udsætte gennemførelsen af den anfægtede retsakt.
- 63 Ifølge procesreglementets artikel 104, stk. 2, skal begæringer om foreløbige forholdsregler angive de omstændigheder, der medfører uopsættelighed, og de faktiske og retlige grunde til, at de begærede foreløbige forholdsregler umiddelbart forekommer berettigede (*fumus boni juris*). Disse betingelser er kumulative, således at der ikke kan anordnes foreløbige forholdsregler, når en af dem ikke er opfyldt [kendelse afsagt af Domstolens præsident den 14.10.1996, sag C-268/96 P(R), SCK og FNK mod Kommissionen, Sml. I, s. 4971, præmis 30, og kendelse afsagt af Rettens præsident den 1.2.2001, sag T-350/00 R, Free Trade Foods mod Kommissionen, Sml. II, s. 493, præmis 32]. Den ret, der behandler en begæring om foreløbige forholdsregler, skal i givet fald foretage en interesseafvejning (kendelse afsagt af Domstolens præsident den 23.2.2001, sag C-445/00 R, Østrig mod Rådet, Sml. I, s. 1461, præmis 73).
- 64 Forholdsreglerne skal endvidere være foreløbige i den forstand, at de ikke foregriber retlige eller faktiske tvistepunkter og ikke på forhånd ophæver virkningerne af den afgørelse, der senere skal træffes i hovedsagen (kendelse afsagt af Domstolens præsident den 19.7.1995, sag C-149/95 P(R), Kommissionen mod Atlantic Container Line m.fl., Sml. I, s. 2165, præmis 22).

1. Parternes argumenter

DSD's argumenter

Fumus boni juris

- 65 DSD har indledningsvis afgrænset rækkevidden af den anfægtede beslutnings artikel 3 og anført, at artiklen vedrører den situation, hvor en bruger af »Der Grüne Punkt«-mærket med en af ham bestemt delmængde af emballage ønsker at deltage i en konkurrents ordning, og med den resterende delmængde af emballagen ønsker at deltage i DSD-ordningen og uden forskel forsyne begge delmængder med »Der Grüne Punkt«-mærket.
- 66 DSD har endvidere anført, at »Der Grüne Punkt«-mærket har en dobbelt funktion. Dels gør mærket det muligt at identificere den emballage fra producenter og distributører, som, fordi disse er tilsluttet DSD-ordningen, bortskaffes via denne ordning (oprindelsesfunktion), dels signalerer mærket over for forbrugeren, at denne emballage skal anbringes i DSD's beholdere (signalfunktion).
- 67 Endvidere har den anfægtede beslutnings artikel 3 den retsvirkning, at den forpligter til at meddele licens til anvendelse af »Der Grüne Punkt«-mærket, også selv om emballage forsynet med dette mærke kan bortskaffes via en konkurrerende ordning, og til at give afkald på enhver licensafgift for denne delmængde af emballagen. Sagsøgeren skal således vederlagsfrit meddele tvangslicens til anvendelse af »Der Grüne Punkt«-mærket, hvilket Kommissionen da også har erkendt i en skrivelse af 1. september 2000.

- 68 DSD finder ikke, at afgiftsbestemmelserne i aftalens § 4, stk. 1, udgør et misbrug i artikel 82 EF's forstand, og fremfører fire argumenter til støtte for dette synspunkt.
- 69 For det første har sagsøgeren påberåbt sig et indgreb i mærkets specifikke genstand, som nyder retlig beskyttelse såvel efter den nationale ret som efter fællesskabsretten.
- 70 I henhold til national ret er »Der Grüne Punkt«-mærket et fællesmærke, jf. § 97, stk. 1, i Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (den tyske lov om beskyttelse af varemærker og andre kendetegn, BGBl. 1994 I, s. 3082, herefter »Markengesetz«), hvorefter »ethvert kendetegn, der kan beskyttes som varemærke i henhold til § 3 [i Markengesetz], og som er egnet til at sondre mellem varer og tjenesteydelser leveret af virksomheder tilknyttet indehaveren af fællesmærket og varer og tjenesteydelser leveret af andre virksomheder ud fra varernes og tjenesteydelsernes handelsmæssige eller geografiske oprindelse, art, kvalitet eller andre egenskaber«, kan registreres som fællesmærke. Det pågældende mærke blev behørigt registreret i 1991 hos Deutsches Patent- og Markenamt (Det Tyske Patent- og Varemærkekontor) i henhold til § 17 i Warenzeichengesetz, som var gældende på det tidspunkt. Det kan heraf udledes, at mærkets oprindelsesfunktion nødvendigvis er blevet anerkendt.
- 71 Den 18. september 1996 fastslog Bundespatentgericht, at »Der Grüne Punkt«-mærket viser det økologiske engagement hos de virksomheder, der deltager i DSD-ordningen, og at DSD-ordningen opfylder retskravene vedrørende bortskaffelse. Den 23. december 1996 fastslog Landgericht Hamburg, at »Der Grüne Punkt«-mærket indeholder en konkret oplysning, »nemlig oplysningen om genvinding gennem det duale system«, og at »den miljøbevidste del af offentligheden værdsætter dette og især værdsætter emballage forsynet med dette mærke«.

- 72 I en (senere af Bundesgerichtshof annulleret) dom afsagt den 8. maj 1998 af Oberlandesgericht Köln fremhæves den »enestående betydning«, som »Der Grüne Punkt«-mærket har opnået.
- 73 Efter fællesskabsretten, som fortolket af Domstolen, består varemærkerettens særlige genstand i at give forbrugeren eller den endelige bruger garanti for mærkevarens oprindelsesægthed (Domstolens dom af 10.10.1978, sag 3/78, Centrafarm, Sml. s. 1823, præmis 12), at beskytte indehaveren af varemærket mod faren for forvekslinger (Domstolens dom af 30.11.1993, sag C-317/91, Deutsche Renault, Sml. I, s. 6227, præmis 30) og at beskytte indehaveren mod konkurrenters misbrug af varemærkets status og omdømme ved at sælge produkter, der retsstridigt er forsynet med dette mærke (Domstolens dom af 11.7.1996, sag C-232/94, MPA Pharma, Sml. I, 3671, præmis 17, og af 23.2.1999, sag C-63/97, BMW, Sml. I, s. 905, præmis 52). Hvis såvel salgsemballage, der er omfattet af DSD-ordningen, som salgsemballage, der ikke er omfattet af denne ordning, forsynes med »Der Grüne Punkt«-mærket, er det klart, at DSD's konkurrenter kan drage fordel af dette mærkes omdømme og betydning.
- 74 I den anfægtede beslutning henviser Kommissionen til en sætning i en dom afsagt den 14. juni 1994 af Kammergericht Berlin som støtte for det synspunkt, at »Der Grüne Punkt«-mærket angiver en bortskaffelsesmulighed. Denne sætning citeres imidlertid uden for sin sammenhæng. Ganske vist er det ifølge sagsøgeren korrekt, at Kammergericht Berlin har fastslået, at »Der Grüne Punkt«-mærket for målgruppen ikke betyder andet, end at det produkt, der er forsynet med mærket, kan bortskaffes via DSD-ordningen, men nævnte retsinstans har dog forinden bekræftet mærkets oprindelsesfunktion og har derefter blot forklaret, hvorfor »Der Grüne Punkt«-mærket ikke er et miljømærke.
- 75 Endelig har Kommissionen implicit i den anfægtede beslutnings artikel 4, stk. 2, anerkendt dette indgreb i oprindelsesfunktionen (jf. præmis 48 ovenfor).

- 76 For det andet har DSD anført, at tvungen licensgivning i forbindelse med et varemærke ikke er tilladt, idet et varemærke i modsætning til alle andre intellektuelle ejendomsrettigheder frem for alt er karakteriseret ved sit særpræg. Hvad dette angår er det i artikel 21 i aftalen om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder (herefter »TRIPS-aftalen«) i bilag 1 C til overenskomsten om oprettelse af Verdenshandelsorganisationen, som er godkendt på Fællesskabets vegne for så vidt angår de områder, der hører under Fællesskabets kompetence, ved Rådets afgørelse 94/800/EF af 22. december 1994 (EFT L 336, s. 1), uden mulighed for undtagelse bestemt, at »tvungen licensgivning i forbindelse med varemærker [...] ikke er tilladt«. Tilsvarende fastslog Domstolen i sin udtalelse 1/94 af 15. november 1994 (Sml. I, s. 5267), at denne ordning, som ligeledes er bindende for Kommissionen, forbyder udstedelse af tvangslicenser for varemærker.
- 77 For det tredje er udstedelsen af tvangslicens for »Der Grüne Punkt«-mærket ikke begrundet i væsentlige konkurrencehensyn. DSD har anført, at den omstændighed, at indehaveren af en ophavsret eller af et beskyttet mønster nægter at meddele en licens principielt ikke i sig selv kan udgøre et misbrug i artikel 82 EF's forstand (Domstolens dom af 5.10.1988, sag 238/87, Volvo, Sml. s. 6211, præmis 8, og af 26.9.2000, sag C-23/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 7653, præmis 37 ff., samt Rettens dom af 16.12.1999, sag T-198/98, Micro Leader mod Kommissionen, Sml. II, s. 3989, præmis 56), idet en tvangslicens ville indebære, at eneretten mistede sit egentlige indhold (Volvo-dommen, præmis 8). Et så tungtvejende indgreb som en tvangslicens kan således principielt kun komme i betragtning under »særlige omstændigheder«, som defineret i Domstolens dom af 6. april 1995, forenede sager C-241/91 P og C-242/91 P, RTE og ITP mod Kommissionen (Sml. I, s. 743, præmis 50).
- 78 I sidstnævnte dom var spørgsmålet, om en virksomhed, der indtager en dominerende stilling, kan tvinges til at udstede licens til en konkurrent. I denne sag er spørgsmålet, om DSD er forpligtet til at meddele en kunde en licens for at gøre det lettere for denne at anvende konkurrerende ordninger. I begge tilfælde skal det således afgøres, om og i bekræftende fald under hvilke omstændigheder

en virksomhed, der er dominerende i henhold til artikel 82 EF kan tvinges til aktivt, nemlig ved at udstede licens, at fremme den konkurrence, virksomheden er udsat for.

- 79 I denne sag er det ikke absolut nødvendigt for en producent/distributør at forsyne emballagen med »Der Grüne Punkt«-mærket for at kunne vælge konkurrerende ordninger. Det ville blot »i et ikke uvæsentligt antal tilfælde«, for at benytte Kommissionens formulering, være mere bekvemt eller lettere for kunderne vederlagsfrit at anvende sagsøgerens varemærke (jf. betragtning 103, 104, 105 og 115 til den anfægtede beslutning).
- 80 Endvidere kan emballage, der ikke er forsynet med »Der Grüne Punkt«-mærket, uden vanskeligheder bringes på markedet. Også en selektiv mærkning af ens udformet emballage delvis med, delvis uden »Der Grüne Punkt«-mærket er fast praksis i visse brancher. Som eksempler har sagsøgeren nævnt mærkning af vinflasker, emballage til byggematerialer, computere og levnedsmidler.
- 81 Brugere af varemærket har mulighed for at anvende »Der Grüne Punkt«-mærket selektivt efter forventet behov. I øvrigt har den manglende licens ikke forhindret, at der er opstået ca. 40 virksomhedsgrupper, der deltager i en individuel ordning.
- 82 Endelig finder DSD i modsætning til Kommissionen (betragtning 106 til den anfægtede beslutning), at en »præcis styring« af emballagemængder er mulig som følge af samarbejdet mellem producenter og distributører. Således kan den endelige distributør A bestille en bestemt mængde emballage uden »Der Grüne Punkt«-mærket (enten direkte hos producenten, eller hos en grossist, som videregiver ordren til producenten), fordi han ønsker at tage denne emballage

retur i forretningen, mens distributør B bestiller en bestemt mængde emballage forsynet med »Der Grüne Punkt«-mærket (enten direkte hos producenten eller hos en grossist), fordi han ikke ønsker at tage emballagen retur i forretningen. De endelige distributører A og B vil således i samarbejde med virksomheder i de foregående afsætningsled præcist kunne styre »en specifikt mærket emballages vej gennem hele afsætningskanalen« (betragtning 106 til den anfægtede beslutning), hvilket de i øvrigt også gør i praksis.

83 For det fjerde er bestemmelserne i aftalens § 4, stk. 1, første punktum, hvor der ikke er fastsat nogen undtagelsesordning for det tilfælde, at det nationale marked »splittes op«, af flere grunde rimelige og kan således ikke anses for misbrug af en dominerende stilling.

84 Den første grund er DSD's interesse i beskyttelse mod konkurrencefordrejninger som følge af vildledende mærkning, der er i strid med emballageforordningens krav om gennemsigtighed. Ved at forsyne emballage med »Der Grüne Punkt«-mærket, selv om emballagen ikke er omfattet af DSD-ordningen, tilsidesættes den forpligtelse til entydig mærkning af emballage, der er fastsat i emballageforordningen (ved deltagelse i en kollektiv ordning, jf. afsnit 4, stk. 2, i bilag I til emballageforordningens § 6, der er citeret i præmis 8 ovenfor, og ved deltagelse i en individuel ordning, jf. § 6, stk. 1, tredje punktum, der er citeret i præmis 4 ovenfor). Denne forpligtelse skal gøre det muligt for såvel forbrugerne som myndighederne til enhver tid efter objektive og klare kriterier at bestemme, hvilken ordning der skal anvendes for at bortskaffe »forurenerens konkrete emballage«, og især hvilken emballage der skal tages retur i forretningen, og hvilken emballage der ikke er undergivet dette krav.

85 Den anfægtede beslutnings artikel 3 tilsidesætter i alvorlig grad denne forpligtelse til gennemsigtighed, idet den giver mulighed for at give forbrugeren selvmodsigende og urigtige oplysninger hvad angår den bortskaffelseskanal, der vil blive anvendt. Kommissionens antagelse, nemlig at en bruger af varemærket trods

anvendelsen af »Der Grüne Punkt«-mærket ensidigt kan vælge at deltage i en konkurrerende ordning, er således uforenelig med emballageforordningens systematik.

- 86 Den anden grund er den nødvendige beskyttelse af varemærkets signalfunktion. Overholdelsen af genvindingskvoterne forudsætter nemlig, at de endelige forbrugere frivilligt samarbejder om sorteringen af salgsemballagen. Hvis emballage forsynet med »Der Grüne Punkt«-mærket alligevel tilbagetages af distributøren i henhold til emballageforordningens § 6, stk. 1, vil forbrugeren således blive vildledt, dels hvad angår hans ret til at returnere emballagen til forretningen trods den forkerte mærkning af emballagen, dels fordi han får det indtryk, at der er tale om salgsemballage, der vil blive indsamlet i DSD-ordningens beholdere/containere.
- 87 Den anfægtede beslutnings artikel 3 vil ophæve »Der Grüne Punkt«-mærkets signalfunktion, idet den endelige forbruger i tilfælde af opsplnitning af det nationale marked ikke længere vil vide, om salgsemballage forsynet med »Der Grüne Punkt«-mærket skal anbringes i DSD's eller i tredjemands beholdere.
- 88 Den tredje grund er, at forpligtelsen til at anvende »Der Grüne Punkt«-mærket er en forudsætning for, at DSD-ordningen kan fungere. Den aftalemæssige forpligtelse, deltagerne i DSD-ordningen har til at anbringe varemærket på al deres emballage (betragtning 112 til den anfægtede beslutning), og som Kommissionen ikke betegner som misbrug, kan nemlig ikke påberåbes til støtte for en klage om misbrug, idet forpligtelsen er nødvendig for, at DSD-ordningen kan fungere. En indsamlingsordning, der bygger på forbrugernes samarbejde, kan kun fungere med et ensartet og markant kendetegn, som gør det muligt for forbrugerne umiddelbart at vide, hvilken ordning emballagen er omfattet af, og i hvilken beholder emballagen skal anbringes. Ellers vil det ikke være muligt at opfylde genvindingskvoterne.

- 89 Den fjerde grund er, at det er nødvendigt med et brugbart og kontrollerbart faktureringskriterium for DSD's ydelser.
- 90 For det første fører licensafgiftsreglerne i aftalens § 4, stk. 1, i modsætning til, hvad Kommissionen hævder i betragtning 111 til den anfægtede beslutning, ikke til et »åbenbart misforhold« mellem på den ene side ydelsen, nemlig retten til at anvende varemærket og tilrådighedsstillingen af en områdedækkende indsamlingsordning i henhold til emballageforordningens § 6, stk. 3, for al emballage forsynet med »Der Grüne Punkt«-mærket, og på den anden side modydelsen, nemlig betalingen af en licensafgift for al emballage, der er forsynet med dette mærke og ender hos den endelige forbruger.
- 91 Oberlandesgericht Düsseldorf har i en dom af 11. august 1998 fastslået, at bestemmelsen i aftalens § 4, stk. 1, er rimelig og ikke kan anses for misbrug.
- 92 Endvidere vil DSD kun i kraft af meget kostbare sorteringsanalyser, som det kun helt undtagelsesvis er muligt at gennemføre, nøjagtigt kunne fastslå, i hvilken udstrækning en licenshaver anbringer sin emballage i DSD's beholdere. Derfor måler DSD de faktisk leverede bortskaffelsesydelser ud fra mængden af emballage, der er bragt på markedet med »Der Grüne Punkt«-mærket, hvilket er det eneste brugbare og kontrollerbare faktureringskriterium, der kan anvendes. Denne skønsmæssige faktureringsmåde tager hensyn til, at salgsemballage som hovedregel ender i nærheden af de private husstande, og at forbrugerne i Tyskland som følge af »Der Grüne Punkt«-mærkets signalfunktion har vænnet sig til at anbringe emballage forsynet med dette mærke i DSD's beholdere.

Uopsættelighed

- 93 Sagsøgeren har anført, at betingelsen om uopsættelighed i denne sag er opfyldt, idet en øjeblikkelig gennemførelse af den anfægtede beslutnings artikel 3 vil fremkalde en udvikling på det pågældende marked, som der er grund til at antage, at det senere vil være meget vanskeligt, endog umuligt, at rette op på (jf. i denne retning kendelse afsagt af Domstolens præsident den 11.5.1989, forenede sager 76/89, 77/89 og 91/89 R, RTE m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1141, præmis 15 og 18, og den 13.6.1989, sag C-56/89 R, Publishers Association mod Kommissionen, Sml. s. 1693, præmis 34 og 35, kendelse afsagt af Rettens præsident den 16.6.1992, forenede sager T-24/92 R, og T-28/92 R, Langnese-Iglo og Schöller Lebensmittel mod Kommissionen, Sml. II, s. 1839, præmis 29, den 16.7.1992, sag T-29/92 R, SPO m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2161, præmis 31, den 10.3.1995, sag T-395/94 R, Atlantic Container m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 595, præmis 55, og den 7.7.1998, sag T-65/98 R, Van den Bergh Foods mod Kommissionen, Sml. II, s. 2641, præmis 66).
- 94 Sagsøgeren har støttet denne konklusion på to påstande, for det første, at en øjeblikkelig gennemførelse af den anfægtede beslutning vil gribe ind i varemærkets oprindelses- og signalfunktion, og for det andet, at den lidte skade ikke vil kunne måles.

— Indgreb i varemærkets oprindelses- og signalfunktion

- 95 Sagsøgeren har anført, at i tilfælde af opsplnitning af det nationale marked vil det ikke kunne undgås, at anbringelsen af »Der Grüne Punkt«-mærket på al emballage uden forskel som følge af gennemførelsen af den anfægtede beslutning vil skade oprindelsesfunktionen, idet den endelige forbruger ikke længere vil vide, om emballage forsynet med »Der Grüne Punkt«-mærket er omfattet af DSD's eller en tredjemands ordning.

- 96 Dette indgreb i oprindelsesfunktionen vil kunne medføre slettelse af »Der Grüne Punkt«-mærket, idet mærket mister sit særpræg og således ikke længere kan gøres gældende over for tredjemand, der anvender mærket uden licens. Hvad dette angår har DSD kun ved at få nedlagt forbud i henhold til § 14 i Markengesetz kunnet beskytte sig mod en konkurrent, Vfw, som helt klart ønskede at gøre opmærksom på sin egen bortskaffelsestjeneste ved at udnytte »Der Grüne Pfeil«-mærkets lighed i ord og billede med »Der Grüne Punkt«-mærket. En gennemførelse af den anfægtede beslutning vil vanskeliggøre sager om slettelse, forbudssager og erstatningsager, idet den indstævnte part vil kunne forsvare sig med, at »Der Grüne Punkt«-mærket har mistet sit særpræg.
- 97 Hvis al emballage uden forskel forsynes med mærket, vil dette også uopretteligt skade signalfunktionen, idet den endelige forbruger i det lange løb ikke længere vil vide, om emballage forsynet med »Der Grüne Punkt«-mærket skal indsamles via DSD's eller en tredjemands beholdere.
- 98 Som Verwaltungsgerichtshof Kassel fastslog i en afgørelse af 20. august 1999, vil den usikkerhed, der opstår hos den endelige forbruger, kunne true funktionsdygtigheden af DSD-ordningen, idet denne er stærkt afhængig af de endelige forbrugeres medvirken. Indgrebet i signalfunktionen vil påvirke de lovbestemte genvindingskvoter i negativ retning, således at kvoterne ikke længere kan opfyldes. Sker dette, vil godkendelsen af DSD-ordningen kunne tilbagekaldes (emballageforordningens § 6, stk. 4). Den lovbestemte genvindingskvote for kompositmateriale (60%) blev kun overgået med 5% i 2000. Denne risiko for tilbagekaldelse af godkendelsen af ordningen er en af de væsentligste forskelle mellem DSD og de individuelle bortskaffelsesordninger. Når de individuelle ordninger ikke opfylder genvindingskvoten, behøver de nemlig blot skaffe sig en ny licens fra DSD (emballageforordningens § 6, stk. 1, niende punktum).
- 99 Derimod skal al den emballage, DSD indsamler, nyttiggøres endog ud over de foreskrevne kvoter (afsnit 1, stk. 5, første punktum, i bilag I til § 6 i

emballageforordningen). Da omkostningerne ved indsamling i nærheden af de private husstande som regel overstiger indtægterne fra salget af de genindvundne produkter, er det vigtigt, at kvoterne ikke overskrides i for vidt omfang. Sagsøgeren har allerede problemer med papir, pap og karton, også selv om sagsøgeren endnu ikke skal udstede tvangslicens.

- 100 Det er derfor vigtigt, at DSD fortsat styrer de indsamlede mængder, således at de foreskrevne genvindingskvoter opfyldes, men ikke overskrides i alt for høj grad. DSD's eneste styremiddel består i den endelige forbrugers medvirken, idet det ikke er muligt at ændre den indsamlingsordning, DSD har indført i hele Tyskland.
- 101 DSD har tilføjet, at mærkets oprindelses- og signalfunktion allerede er blevet påvirket af den pressedækning, den anfægtede beslutning har fået i Tyskland.
- 102 Samtidig deltagelse i DSD-ordningen og et andet dualt system som f.eks. Landbell's i delstaten Hessen eller en individuel ordning vil ikke kunne undgå at skade mærkets oprindelses- og signalfunktion.
- 103 Hvad angår det førstnævnte tilfælde har DSD anført, at Hessens myndigheder meget snart vil godkende Landbell's duale system, og fremhævet, at et produkt, der indsamles via Landbell-ordningen i Hessen og via DSD-ordningen uden for Hessen på forbundsplan skal være forsynet med både »Der Grüne Punkt«-mærket og »Landbell-Baum«-mærket, der skal anbringes på samme måde. Anbringelsen af begge mærker på samme produkt vil uundgåeligt skabe forvirring hos forbrugerne både i og uden for Hessen.

- 104 Hvad angår det andet tilfælde, nemlig den situation, hvor salgsemballage forsynet med »Der Grüne Punkt«-mærket tilbagetages via en individuel ordning, har sagsøgeren påpeget konsekvenserne af den anfægtede beslutning. Således har en materialistkæde allerede opfordret sine leverandører af mærkevarer som f.eks. Procter & Gamble eller Glaxo SmithKline, der er forsynet med »Der Grüne Punkt«-mærket, til at lade deres emballage bortskaffe via en individuel indsamlingsordning.
- 105 Ifølge DSD vil producenterne inden længe begynde at gøre dette, især da de herved for første gang får mulighed for at udnytte begge de væsentlige fordele ved »Der Grüne Punkt«-mærket uden at deltage i DSD-ordningen. For det første vil den goodwill, der omgiver emballage forsynet med mærket (dom afsagt af Landgericht Hamburg), udgøre en stor fordel for mærkevareproducenterne. For det andet vil producenterne og distributørerne som følge af »Der Grüne Punkt«-mærkets signalfunktion kunne gå ud fra, at en betydelig del af forbrugerne på grund af den vildledende mærkning ikke vil bringe emballagen tilbage til forretningen, selv om emballagen egentlig skulle bortskaffes af en gruppe virksomheder, som deltager i en individuel ordning med indsamling i nærheden af forretningerne. Den »ophobning af affald i forretningen«, som hverken producenterne eller distributørerne af mærkevarer ønsker, vil således blive undgået ved hjælp af en objektivt urigtig og vildledende mærkning, som er i strid med emballageforordningen.
- 106 Andre distributører, som f.eks. Aldi, Tengemann og Rewe, påtænker at følge dette eksempel som følge af de attraktive priser, der forlanges af de individuelle indsamlingsordninger.
- 107 Resultatet vil være, at forbrugerne inden længe vil stå i den situation, at de — som hidtil — køber produkter forsynet med »Der Grüne Punkt«-mærket i de store butikskæder, men får at vide for første gang gennem »klart synlige og letlæselige skilte« i forretningen, at emballagen skal leveres tilbage til forretningen. Denne oplysningspligt i henhold til emballageforordningens § 6, stk. 1, tredje punktum, gælder nemlig også, når der er tale om emballage, som trods en (urigtig) mærkning med »Der Grüne Punkt«-mærket ikke er omfattet af DSD-

ordningen og skal bortskaffes via en gruppe virksomheder, der deltager i en individuel indsamlingsordning. DSD er af den opfattelse, at denne selvmodsigende oplysning til forbrugeren på kort sigt vil medføre en fuldstændig udvanding af mærket og reducere dets betydning til en »oplysning om en bortskaffelsesmulighed« (betragtning 146 til den anfægtede beslutning) uden oprindelses- og signalfunktion, der angiver, hvilken bortskaffelseskanal der skal benyttes i forbindelse med en bestemt emballage.

- 108 Endelig har DSD anført, at virksomheden i henhold til den anfægtede beslutnings artikel 5, stk. 2 og 3, ikke vil kunne kræve bevis for, at genvindingskvoterne er opfyldt »på den ene eller den anden måde« — ifølge den terminologi, der benyttes af Miljøministeriet i delstaten Rheinland-Pfalz — for de emballagemængder forsynet med »Der Grüne Punkt«-mærket, der bortskaffes via en individuel ordning, førend den 1. maj i det år, der følger efter meddelelsen om, at kvoterne er opfyldt. Den vilkårlighed, DSD således udsættes for, er også bevist ved de første udmeldelsesskrivelser.

— Ikke-målelig skade

- 109 En øjeblikkelig gennemførelse af den anfægtede beslutnings artikel 3 vil få alvorlige og uoprettelige konsekvenser, idet den økonomiske og ikke-økonomiske skade ikke vil kunne opgøres (kendelsen i sagen Van den Bergh Foods mod Kommissionen, præmis 65), især ikke skaden som følge af ødelæggelsen af »Der Grüne Punkt«-mærkets oprindelses- og signalfunktion.
- 110 Endvidere vil det være meget vanskeligt at påvise, at tilbagetrækningen af godkendelsen som følge af en nedgang i indsamlingsresultaterne skyldes den vildledende mærkning og udvandingen af mærket.

Interesseafvejning

- 111 Efter DSD's opfattelse har Kommissionen ingen væsentlig interesse i, at de konstaterede overtrædelser straks bringes til ophør i tilfælde af opsplitting af det nationale marked.
- 112 Bestemmelsen i aftalens § 4, stk. 1, har faktisk eksisteret siden 1991, og Kommissionen, der har haft kendskab til bestemmelsen siden anmeldelsen den 2. september 1992, har udtalt sig positivt herom (jf. præmis 29 ovenfor) hvilket der burde være taget hensyn til ved interesseafvejningen (kendelsen i sagen Van den Bergh Foods mod Kommissionen, præmis 69).
- 113 Endvidere rejser den anfægtede beslutning vanskelige spørgsmål med hensyn til den nøjagtige rækkevidde af artikel 82 EF, som det tilkommer Retten at tage stilling til ved afgørelsen om sagens realitet (kendelsen i sagen RTE m.fl. mod Kommissionen, præmis 14). Således har Kommissionen i pressemeddelelsen vedrørende den anfægtede beslutning erkendt, at »det ikke var let for DSD på baggrund af de tidligere kommissionsbeslutninger eller afgørelser truffet af EF-Domstolen at vurdere sin adfærds forenelighed med traktatens konkurrencebestemmelser«.
- 114 Den anfægtede beslutning er i strid med den dom, der blev afsagt den 11. august 1998 af Kartelafdelingen i Oberlandesgericht Düsseldorf, og hvori det udtrykkeligt blev fastslået, at den af Kommissionen påberåbte bestemmelse ikke var blevet tilsidesat, idet licensafgiftsbestemmelserne tager hensyn til aftaleparternes berettigede interesser. I sådanne tilfælde vejer sagsøgerens interesse i en udsættelse principielt tungest for at undgå en situation med »retlig usikkerhed«, indtil der er afsagt dom i hovedsagen (kendelsen i sagen Van den Bergh Foods mod Kommissionen, præmis 74).

- 115 Endelig har brugerne af »Der Grüne Punkt«-mærket rimelig mulighed for at anvende de bortskaffelsestjenester, der tilbydes af DSD's konkurrenter, uden at anvende DSD's varemærke. Den offentlige interesse taler for ikke at ødelægge mærket, som er afgørende for, at de af emballageforordningens forfulgte mål, nemlig forebyggelse af affaldsproduktion, nyttiggørelse af affald samt aflastning af det offentlige renovationssystem, bliver opfyldt.

Argumenter fremført af Kommissionen og de parter, der støtter Kommissionen

Fumus boni juris

- 116 Indledningsvis har Kommissionen anført, at begæringen om foreløbige forholdsregler først og fremmest vedrører de formodede konsekvenser, en øjeblikkelig gennemførelse af den anfægtede beslutning vil få for DSD's retsstilling som indehaver af »Der Grüne Punkt«-mærket.
- 117 Kommissionens argumenter kan deles op i fire punkter. For det første har Kommissionen hævdet, at sagsøgerens praksis ikke er forenelig med artikel 82 EF, for det andet forstyrrer den anfægtede beslutning ikke DSD-ordningens funktion, for det tredje begrænser den anfægtede beslutning ikke DSD's rettigheder til »Der Grüne Punkt«-mærket, og for det fjerde har mærkets signalfunktion kun ringe betydning.
- 118 For det første har Kommissionen påpeget, at det er aftalens bestemmelser om licensafgift, der udgør misbruget. Misbruget består nærmere bestemt i, at sagsøgeren forpligter licenshaverne til at anbringe DSD-mærket på al emballage, der kan tænkes at blive omfattet af sagsøgerens fritagelsesydelse, og samtidig

opkræver en afgift for al emballage, der bærer mærket, også selv om delmængder af denne emballage slet ikke bliver indsamlet via DSD-ordningen. Således misbruger sagsøgeren sin dominerende stilling ved at fakturere de tilbagetagingspligtige virksomheder for en tjeneste, som de ikke modtager.

- 119 Sagsøgeren misbruger også sin stilling ved at forhindre konkurrenters adgang til markedet, idet sagsøgeren ved at indføre en betalingsforpligtelse for al emballage forsynet med sit mærke gør det økonomisk uinteressant at lade visse delmængder af emballage indsamle via konkurrerende virksomheders ordninger. Således må licenshaveren enten betale to gange for disse delmængder af emballage eller anvende en anden emballage og andre distributionskanaler. I så fald kan licenshaveren ikke udnytte det potentiale, som anvendelsen af ens udformet emballage i hele Europa repræsenterer på det indre marked.
- 120 Ved den anfægtede beslutnings artikel 3 forbydes det DSD at opkræve en licensafgift for delmængder af emballage, for hvilke der ikke gøres brug af den fritagelsesydelse, der tilbydes af sagsøgeren, selv om disse delmængder er forsynet med »Der Grüne Punkt«-mærket. Denne løsning er en følge af de licensafgiftsbestemmelser, der er fastsat af sagsøgeren. Da sagsøgeren forpligter licenshaverne til at anvende »Der Grüne Punkt«-mærket og beregner afgiften ud fra den emballagemængde, der forsynes med dette mærke, bør enhver korrigerende foranstaltning tage hensyn hertil. Den anfægtede beslutning er endog baseret på aftalen, hvis § 4, stk. 1, andet punktum, giver mulighed for dispensation fra betaling af licensafgift, også selv om mærket anvendes.
- 121 At der foreligger misbrug bekræftes af, at anvendelsen af mange distributionskanaler og former for emballage ikke vil være rentabel i de tilfælde, der er nævnt i den anfægtede beslutning. Sagsøgeren har bestridt dette, men indsigelsen er ubegrundet, idet de eksempler, der er fremført af sagsøgeren, ikke er omfattet af den anfægtede beslutning. I betragtning af formålet med emballageforordningen ville det desuden være meningsløst at anvende flere forskellige distributionskanaler og former for emballage, da dette ville gøre det umuligt at kontrollere den brug, den endelige forbruger gør af en bestemt emballage.

- 122 Hvis der anvendes ens udformet emballage, har sagsøgeren selv erkendt, at en selektiv mærkning ikke er mulig. Således hedder det i den tillægsaftale til aftalen, der vedrører salgsemballage for kontormaskiner:

»Emballage forsynet med 'Der Grüne Punkt'-mærket kan ende såvel hos den private endelige forbruger i henhold til emballageforordningens § 3, stk. 10 [...] som hos de specialiserede grossister (bl.a. varehuse, der har specialiseret sig i kontorartikler, edb-virksomheder, virksomheder der har specialiseret sig i kontorudstyr eller forretninger med kontormøbler) og hos de direkte distributører. Af tekniske og logistiske grunde er det ikke muligt for en licenshaver at organisere mærkningen og markedsføringen af sin emballage på en sådan måde, at mærket i den udstrækning, der ønskes af licenshaveren, anvendes i nærheden af det sted, hvor den brugte emballage tilbageleveres.«

- 123 Kommissionen har for det andet bestridt sagsøgerens påstand om, at det er hensigtsmæssigt at lade afgiften afhænge af mængden af mærket emballage og ikke af mængden af faktisk indsamlet emballage, således at denne bestemmelse ikke kan anses for misbrug.

- 124 Ingen af de to argumenter, der er fremført som begrundelse for, at den anfægtede beslutning ikke kan gennemføres, er overbevisende.

- 125 Med hensyn til det første argument, hvorefter den nuværende mærkningsordning hindrer forvekslinger, har Kommissionen svaret, at den anfægtede beslutning på ingen måde tilsidesætter det krav om gennemsigtighed, der er fastsat i emballageforordningen. Kommissionen har henvist til, at sagsøgerens redegørelse alene vedrører tilfælde II i beslutningen (nemlig eksistensen af konkurrerende individuelle ordninger), og fremhævet, at det princip om, at forureneren betaler, som gennemføres ved emballageforordningen,⁵ gælder for emballagemængder og

ikke for en bestemt emballage. Det vigtigste er at kunne godtgøre, at visse emballagemængder gennemgår en genvindingsproces. Sagsøgeren har støttet sin fejlagtige påstand om, at den forpligtelse til at mærke emballage, som sagsøgeren formoder består, fremgår af emballageforordningen, på vildledende citater fra forskellige dokumenter vedrørende de gældende bestemmelser.

- 126 Hvad angår det andet argument vedrørende kriteriet for fakturering af tjenester har Kommissionen anført, at det erklærede formål med sagsøgerens licensafgiftsordning alene er at dække omkostningerne ved driften af ordningen (aftalens § 5). I de tilfælde, der er omhandlet i den anfægtede beslutning, består der et misforhold mellem ydelsen og afgiften allerede af den grund, at sagsøgeren for en delmængde af emballagen ikke leverer nogen fritagelsesydelse, men alligevel opkræver en afgift. Sagsøgeren har ikke på overbevisende måde kunne forklare, hvorfor sagsøgeren ikke kan beregne afgiften ud fra den emballagemængde, for hvilken der faktisk gøres brug af fritagelsesydelsen.
- 127 Sagsøgeren har blot hævdet, at Kommissionen kræver fakturering på grundlag af den faktisk leverede bortskaffelsesydelse. Dette er ikke korrekt, idet faktureringen ifølge den anfægtede beslutning skal tage udgangspunkt i den emballagemængde, for hvilken der gøres brug af fritagelsesydelsen. Denne mængde kan uden vanskeligheder fastslås, idet medlemsvirksomheden nemlig blot skal oplyse sagsøgeren om, for hvilken emballagemængde den ønsker at gøre brug af fritagelsesydelsen. Der er således ikke nogen praktisk begrundelse for at fakturere med udgangspunkt i den emballagemængde, der er forsynet med »Der Grüne Punkt«-mærket.
- 128 Endvidere finder Kommissionen ikke, at der er hold i de betragtninger vedrørende varemærkeretten, sagsøgeren ligeledes har fremført for at godtgøre, at afgiftsordningen ikke kan anses for misbrug. Kommissionen har erindret om, at mærket skal gøre det muligt at karakterisere eller bestemme oprindelsen af én vare eller tjenesteydelse blandt de mange varer og tjenesteydelser af samme art, der

tilbydes, og at mærket inden for rammerne af denne karakteriseringsfunktion har flere forskellige underfunktioner. Varemærker gør det nemlig muligt at sondre mellem varer ikke alene efter disses oprindelse (oprindelsesdefinerende funktion), men også efter varernes kvalitet, idet de giver brugeren et indtryk af konstant kvalitet, som brugeren kan have tillid til ved køb (mærkets garanti- eller tillidsfunktion). Sidstnævnte funktion har afgørende betydning for fællesmærker, idet det er umuligt med sikkerhed at bestemme oprindelsen af varer, som er forsynet med et fællesmærke. Endvidere kan varemærker forholdsvis uafhængigt af de pågældende varer virke tiltrækkende på en køber som følge af deres karakteristika og omdømme (varemærkets reklamefunktion).

129 For at vurdere, om en varemærkeindehavers rettigheder er tilsidesat, er det nødvendigt at bestemme den pågældende beskyttelses nøjagtige formål. Efter den af sagsøgeren påberåbte EF-retspraksis er mærkets oprindelsesfunktion sikret. Kommissionen finder, at det vil skade denne funktion, hvis den endelige forbruger eller aftager med urette tilskriver indehaveren af det mærke, der uden tilladelse er anbragt på emballagen, den leverede tjenesteydelse. Derimod skades oprindelsesfunktionen ikke, hvis der ikke består nogen fare for vildledning af den endelige aftager af en tjenesteydelse.

130 I denne sag består DSD's tjenesteydelse i, at producenter og distributører fritages fra den individuelle opfyldelse af forpligtelserne til at tilbagetage og nyttiggøre emballageaffald. Bestemmelserne om anvendelsen af »Der Grüne Punkt«-mærket er således ikke det væsentligste formål med aftalen. Kommissionen har herved fremhævet, at afgiftens størrelse alene bestemmes ud fra vægten eller mængden af den emballage, som er omfattet af aftalen. Normalt opkræves licensafgifter med gevinst for øje som vederlag for retten til at udnytte immateriel rettighed og ikke som modydelse for en tjenesteydelse. Når der betales for en tjenesteydelse, er der ingen direkte forbindelse mellem vederlagets størrelse og retten til at udnytte et mærke. En licensaftale, »som fritager licenshaveren fra de tilbagetagnings- og nyttiggørelsesforpligtelser, der påhviler licenshaveren i medfør af emballageforordningen«, forfølger således et andet mål end det sædvanlige.

- 131 Kommissionen har afvist sagsøgerens påstande om, at den anfægtede beslutnings artikel 3 medfører, at sagsøgeren skal meddele tvangslicens, og at »Der Grüne Punkt«-mærkets oprindelses- og garantifunktion ophæves.
- 132 Kommissionen finder dels, at den anfægtede beslutnings artikel 3 ikke tvinger sagsøgeren til at meddele tvangslicens i strid med artikel 21 i TRIPS-aftalen og i strid med Domstolens praksis. Den anfægtede beslutning påvirker nemlig på ingen måde antallet af indehavere af licens til sagsøgerens mærke, idet kun producenter og distributører, som har indgået aftale med sagsøgeren, kan anbringe »Der Grüne Punkt«-mærket på deres emballage. Under alle omstændigheder er det efter artikel 21, sammenholdt med artikel 40, stk. 2, i TRIPS-aftalen, tilladt at afveje varemærkeindehaverens interesser mod offentlighedens interesse i en konkurrence uden fordrejninger.
- 133 Endvidere har Kommissionen bestridt, at den anfægtede beslutnings artikel 3 indebærer, at sagsøgeren forpligtes til at meddele licens uden at modtage licensafgift. Som modydelse for tilladelsen til at udnytte et varemærke betales der nemlig en afgift, hvis størrelse, afhængig af antallet af produkter, der bringes i omsætning, kan beregnes som en procentdel af omsætningen eller efter tilsvarende kriterier, som gør det muligt at vurdere den erhvervsmæssige brug, licenshaveren gør af mærket. En sådan beregning kan foretages enten på forhånd eller efterfølgende. Heraf følger, at der efter mange beregningsmetoder ved beregningen af licensafgiften ikke tages hensyn til alle de produkter, der er forsynet med mærket.
- 134 Sagsøgerens påstand om, at beslutningen medfører en forpligtelse til at meddele en gratis tvangslicens, giver kun mening, hvis licensen kan deles op i flere dele på grundlag af, om den pågældende emballage faktisk er eller ikke er omfattet af den kollektive indsamlingsordning. Emballagen kan kun være omfattet af den kollektive ordning, hvis det på forhånd er muligt at afgøre, hvilken emballage der indsamles via sagsøgerens ordning, og hvilken emballage der ikke indsamles på denne måde. Men forbrugeren er den eneste, der kan bestemme over den pågældende emballages skæbne, således at det først efterfølgende er muligt at fastslå, hvorledes den solgte emballage reelt bliver anvendt.

- 135 Med hensyn til licensen kan det således endnu ikke afgøres, hvilken emballage der faktisk indsamles af sagsøgeren. Der kan først ved fastsættelsen af licensafgiftens størrelse tages hensyn til, om der gøres brug af sagsøgerens indsamlingsordning. Der vil således ikke være tale om en gratis licens for en del af emballagen, men højst om, at en del af den emballage, der er forsynet med varemærket, holdes uden for afgiftsberegningen.
- 136 Hvad angår mærkets oprindelsesfunktion finder Kommissionen endvidere, at sagsøgeren anvender et for bredt begreb. Sagsøgeren har således forbigået i tavshed, at de endelige brugere af sagsøgerens tjeneste slet ikke er de endelige forbrugere af det emballerede produkt, men derimod producenterne eller distributørerne af emballagen, som på ingen måde bliver vildledt. Hvad angår vildledningen af de endelige forbrugere af produkter, hvis emballage er forsynet med »Der Grüne Punkt«-mærket, er sagsøgerens argumentation ikke overbevisende. Under alle omstændigheder griber denne påståede vildledning ikke ind i »Der Grüne Punkt«-mærkets oprindelsesfunktion. Et varemærkes effekt måles ud fra målgruppens opfattelse af det pågældende mærke. I denne sag er målgruppen de endelige forbrugere af de forbrugsgoder, hvis emballage bortskaffes via forskellige ordninger. For den gennemsnitlige endelige forbruger indikerer mærket blot, at det er muligt at bortskaffe emballagen via DSD-ordningen.
- 137 Denne konstatering hviler på en iagttagelse af forbrugernes adfærd hvad angår bortskaffelse af affald, som kan kontrolleres dagligt, samt på sagsøgerens egen vurdering heraf, som fremgår af sagsøgerens varemærkereglement, der beskriver »Der Grüne Punkt«-mærkets virkninger (præmis 27 ovenfor). Den endelige forbruger gør sig ganske givet lige så få tanker om det eneste spørgsmål, der berøres i beslutningen, nemlig spørgsmålet, om de deltagende virksomheder betaler en licens, der er beregnet ud fra mængden af bortskaffet emballageaffald, som om andre detaljer vedrørende organiseringen af denne eller andre ordninger.

- 138 Endvidere afviger de forskellige tyske retsinstansers bedømmelser af mærket, hvis de læses i deres sammenhæng, fra sagsøgerens fremstilling heraf.
- 139 Med hensyn til den påståede indvirkning på mærkets garanti- eller tillidsfunktion finder Kommissionen ikke, at den omstændighed, at der i visse områder eksisterer flere muligheder for at bortskaffe emballageaffald, fratager forbrugeren muligheden for at anbringe emballage forsynet med mærket i sagsøgerens indsamlingsbeholdere. Mærkets garantifunktion undergraves kun i de tilfælde, hvor emballage, der er omfattet af en anden ordning, under ingen omstændigheder bortskaffes af sagsøgeren. Af praktiske grunde er dette imidlertid ikke tilfældet. Sagsøgeren vil fortsætte med at bortskaffe al emballage forsynet med »Der Grüne Punkt«-mærket, hvis forbrugeren vælger denne løsning. For forbrugernes vedkommende sker der således ingen ændring i mærkets garantifunktion.
- 140 Endelig er »Der Grüne Punkt«-mærkets »signalfunktion« varemærkeretten uvedkommende.

Uopsættelighed

- 141 Efter Kommissionens opfattelse er kravet om uopsættelighed ikke opfyldt.
- 142 For det første har sagsøgeren ikke oplyst, hvori den påståede skade nøjagtigt består. Sagsøgeren har påberåbt sig dels en ikke-økonomisk skade som følge af den påståede ødelæggelse af mærkets funktioner, dels et økonomisk tab som følge af risikoen for at miste godkendelsen. Sidstnævnte påstand er helt uden hold i virkeligheden. En reduktion af den mængde emballageaffald, der indsamles, medfører nemlig, at der er tilsvarende mindre efterspørgsel efter sagsøgerens

tjenesteydelse i form af fritagelse fra tilbagetagnings- og nyttiggørelsesforpligtelsen. Da den foreskrevne genvindingskvote beregnes ud fra den emballagemængde, der er omfattet af sagsøgerens egen ordning, vil gennemførelsen af den anfægtede beslutning ikke skade mulighederne for at opfylde kvoten.

- 143 Sagsøgerens offentlige udtalelser modsiger påstanden om, at gennemførelsen af den anfægtede beslutning vil påføre sagsøgerens mærke uoprettelig skade og desuden bringe ordningens funktion i fare. I et dokument med titlen »Hintergrundinformation zur Auseinandersetzung zwischen der EU-Kommission und der Duales System Deutschland AG« (»baggrundsinformation om tvisten mellem Europa-Kommissionen og Duales System Deutschland AG«), som sagsøgeren har lagt ud på internettet og sendt til licenshaverne, har sagsøgeren nemlig om beslutningens konsekvenser anført følgende:

»Europa-Kommissionen har bekræftet, at der kan opkræves afgift for al emballage forsynet med 'Der Grüne Punkt'-mærket, som deltager i DSD-ordningen, og at Kommissionen i øvrigt ikke drager DSD-ordningen i tvivl. Dette gælder især al emballage, der sælges til private endelige forbrugere, og som skønsmæssigt repræsenterer over 85% af den emballage, der er omfattet af DSD-ordningen. Dette betyder, at DSD's hovederhvervsvirksomhed opretholdes.«

- 144 Når sagsøgeren har denne overbevisning, viser dette, at mærket ikke kan have altafgørende betydning for ordningens drift. Under alle omstændigheder er det forkert at påstå, at »Der Grüne Punkt«-mærket er sagsøgerens eneste middel til at påvirke den endelige forbrugers adfærd med hensyn til bortskaffelse af affald. Der er ikke ført bevis for denne påstand, lige så lidt som for sagsøgerens øvrige påstande om, at den anfægtede beslutning vil påvirke mængden af indsamlet emballage, eller endog om, at »det er medieomtalen og ikke selve beslutningen, der har gjort forbrugeren usikker og således svækket mærket«.

145 I det af sagsøgeren nævnte eksempel, nemlig Landbell-ordningen i delstaten Hessen, er der ingen risiko for, at forbrugerne som påstået vil blive forvirrede af, at samme produkt forsynes med to varemærker, idet Landbell har til hensigt i Hessen at anvende samme indsamlingsbeholdere som sagsøgeren. Men selv om man ser bort fra Hessen, er det ikke klart for Kommissionen, hvorledes det kan skabe forvirring, at der anbringes et ekstra varemærke på emballagen, hvilket praktisk taget ikke spiller nogen rolle andre steder. Ifølge Kommissionen kan det ikke udledes af en sådan situation, at forbrugeren vil anbringe papemballage i beholdere beregnet til almindeligt køkkenaffald i stedet for i containeren til papir, pap og karton. Hvis sagsøgeren havde ret i sin ubegrundede påstand, ville ethvert andet mærke, der anbringes på emballage ud over »Der Grüne Punkt«-mærket, kunne svække dette. Et blik på en gængs emballage vil imidlertid være tilstrækkeligt til at modbevise den påståede indflydelse, anvendelsen af flere mærker på en gang har på forbrugeren adfærd med hensyn til bortskaffelse af affald. Denne adfærd kan påvirkes ved andre midler end varemærker, f.eks. informationsmateriale af samme slags som det materiale, der sendes ud af de kommunale myndigheder.

146 Kommissionen har tilføjet, at de genvindingskvoter, der opfyldes i de enkelte tilfælde, ikke nødvendigvis afspejler indsamlingskvoten, idet genvindingskvoterne også kan være udtryk for en økonomisk realitet. De sekundære råstoffer, der fremstilles af kompositmaterialer, kan nemlig kun sælges med tab, og derfor har hverken sagsøgeren eller indsamlingsvirksomhederne interesse i væsentligt at overstige genvindingskvoten. Derimod er markedspriserne for papir, pap og karton gunstige. I kraft af de serviceaftaler, der indgås med indsamlingsvirksomhederne, berøres sagsøgeren ikke økonomisk af en overskridelse af kvoterne, idet vederlaget til de pågældende virksomheder er begrænset. Da markedspriserne er gunstige, skulle indsamlingsvirksomhederne heller ikke blive straffet økonomisk.

147 I sine argumenter vedrørende uopsætteligheden har sagsøgeren gentaget sin påstand om, at en gennemførelse af den anfægtede beslutning vil skade »Der Grüne Punkt«-mærket. Sagsøgeren har henvist til, at enhver »efter behag« kan anvende »Der Grüne Punkt«-mærket, uanset om vedkommende deltager i sagsøgerens ordning. Men dette er ikke tilfældet. Efter Kommissionens opfattelse er det klart, at mærket ikke kan anvendes »efter behag«, og at mærket kun kan

anvendes i klart afgrænsede tilfælde, hvor sagsøgeren i tilfælde af ens udformet emballage indsamler en delmængde heraf, mens attesteringsforpligtelsen er knyttet til den resterende delmængde. Som nævnt ovenfor, skønner sagsøgeren selv, at beslutningen vil komme til at berøre 15% af den emballage, for hvilken sagsøgeren har indgået aftaler.

- 148 For så vidt sagsøgerens argumenter vedrørende betingelsen om uopsættelighed går ud på, at der ikke foreligger noget misbrug af en dominerende stilling, har Kommissionen henvist til sine betragtninger om, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.
- 149 Kommissionen har erkendt, at det ikke er utænkeligt, at det vil skade varemærket, hvis det anvendes af virksomheder, som ikke deltager i ordningen, eller som sagsøgeren ikke har meddelt licens til at anvende mærket. Den anfægtede beslutning vil imidlertid ikke føre til en sådan udnyttelse af varemærket og vil heller ikke, i modsætning til hvad sagsøgeren hævder, forhindre sagsøgeren i at træffe foranstaltninger mod ethvert misbrug.
- 150 Den af sagsøgeren påberåbte risiko for, at mærket bliver udslettet, foreligger ikke, idet den anfægtede beslutning ikke griber ind i hverken mærkets oprindelsesfunktion, en særlig beskyttelsesret eller mærkets garantifunktion. Mærkets informationsbærende funktion påvirkes ikke.
- 151 Intervenienterne finder ikke, at DSD vil lide nogen alvorlig og uoprettelig skade, hvis gennemførelsen af den anfægtede beslutning ikke udsættes.
- 152 Intervenienterne har under påberåbelse af det dokument, sagsøgeren har lagt ud på internettet, erklæret, at de er enige med Kommissionen.

- 153 Landbell har nærmere bestemt anført, at virksomheden foreløbig kun vil virke i delstaten Hessen, og at virksomhedens fremkomst på markedet kun vil få begrænsede konkurrencemæssige følger. Landbell har fremhævet, at Hessens befolkning udgør ca. 7,31% af den samlede befolkning i Forbundsrepublikken Tyskland pr. 31. december 1999, mens den salgsemballage, der er omfattet af virksomhedens ordning, ikke overstiger 10% af den samlede mængde salgsemballage.
- 154 Intervenienten BellandVision har anført, at det kun er muligt at indsamle en begrænset delmængde af emballagen via de individuelle ordninger. I henhold til emballageforordningens § 6, stk. 1, skal tilbagesendingen af emballage nemlig finde sted dér, hvor den endelige forbruger får udleveret emballagen. Dette indebærer, at en indsamling i nærheden af de private husstande — via »de gule affaldscontainere« — ikke er mulig. Muligheden for individuel bortskaffelse af affald er således begrænset til de tilfælde, hvor emballagen kan tilbagesendes dér, hvor forbrugeren faktisk har fået den udleveret, og dette gælder kun for 10%-15% af den samlede emballagemængde.
- 155 Begge intervenienter har endvidere anført, at den anfægtede beslutning heller ikke vil føre til indtægtstab for sagsøgeren.
- 156 Konkurrencen kan ganske vist føre til et begrænset fald i sagsøgerens omsætning, men et indtægtstab er derimod udelukket. Sagsøgeren har nemlig via sine aftaler sikret sig mulighed for at opnå et vederlag, der dækker omkostningerne, og har endog forpligtet sig til ikke at få overskud af sin virksomhed. Endelig vil en reduktion af den emballagemængde, der er omfattet af DSD-ordningen, automatisk føre til et fald i de vederlag, der betales til de virksomheder, der bortskaffer affaldet.
- 157 Sagsøgerens virksomhed skal ikke give overskud, og ifølge aftalens § 4, stk. 3, bliver licensafgiften beregnet uden avancetillæg. Efter aftalens ordlyd skal

afgiften alene dække omkostningerne ved indsamling, sortering og nyttiggørelse samt de administrative omkostninger (omkostningerne ved ordningen). I henhold til aftalens § 4, stk. 3, kan licensafgifterne i øvrigt forhøjes eller nedsættes »på en sådan måde, at omkostningerne ved ordningen så vidt muligt kan fordeles pro rata på de forskellige materialetyper«.

- 158 Mens sagsøgeren på indtægtssiden er sikret en omkostningsdækning, fører hver nedskæring i den emballagemængde, der er omfattet af DSD-ordningen, på udgiftssiden til en nedsættelse af vederlaget til de virksomheder, som påtager sig at bortskaffe affaldet. Ifølge § 7, stk. 3, i de serviceaftaler, der er indgået med de enkelte virksomheder, der bortskaffer affaldet, skal de emballagemængder, som skal indsamles og nyttiggøres uden for det duale system, automatisk trækkes fra den mængde, der skal betales for. Når sagsøgerens konkurrenter har fremgang, fører dette automatisk til et tilsvarende fald i DSD's omkostninger.
- 159 Endelig har begge intervenienter anført, at hvis DSD får medhold i hovedsagen, vil virksomhedens monopolstilling på markedet blive genoprettet.

Interesseafvejning

- 160 Kommissionen har bestridt de grunde, sagsøgeren har fremført som bevis for, at der består en overvejende interesse i en udsættelse af gennemførelsen af den anfægtede beslutning.

- 161 For det første har Kommissionen som svar på argumentet om, at afgiftsbestemmelserne har eksisteret siden 1991, anført, at den siden 1997 har givet udtryk for sine betænkeligheder i så henseende.
- 162 For det andet kan sagsøgeren ikke påberåbe sig sine konkurrenters fremgang, idet disse i forhold til sagsøgeren kun har en ringe betydning. Derimod er de individuelle indsamlingsordninger truet på deres i forvejen svage konkurrenceevne, idet de potentielle kunder i tilfælde af udsættelse vil forblive hos sagsøgeren som følge af risikoen for dobbeltafgifter. Fremtiden for den første konkurrerende kollektive ordning afhænger af, om den anfægtede beslutning gennemføres.
- 163 For det tredje er den anfægtede beslutning ikke i strid med den af Oberlandesgericht Düsseldorf afsagte dom. Selv om dette var tilfældet, har sagsøgeren ikke præciseret, hvorfor dette skulle retfærdiggøre en udsættelse (Domstolens dom af 14.12.2000, sag C-344/98, Masterfoods og HB, Sml. I, s. 11369, præmis 48 og 53). Desuden er dommen ikke eksigibel og vedrører spørgsmål, der ikke er behandlet i den anfægtede beslutning, nemlig industriens behandling af en delmængde af emballagen.
- 164 Intervenienterne Vfw og BellandVision har anført, at en udsættelse af gennemførelsen af den anfægtede beslutning vil udgøre en alvorlig trussel mod deres konkurrencestilling, idet udsættelsen vil medføre, at risikoen for dobbelte afgifter fortsat består, når de tjenesteydelser, hver af intervenienterne leverer til kunderne, skal betales, samtidig med, at forpligtelsen til at betale afgift til DSD, alene fordi emballagen er forsynet med »Der Grüne Punkt«-mærket, fortsat består.
- 165 Landbell har anført, at en udsættelse af den umiddelbare gennemførelse af den anfægtede beslutning vil forhindre virksomheden i at komme ind på det pågældende marked.

2. Rettens bemærkninger

Fumus boni juris

166 Artikel 3, stk. 1, i den anfægtede beslutning, hvis gennemførelse er begæret udsat, indeholder følgende påbud:

»DSD skal over for alle parter i varemærkeaftalen forpligte sig til ikke at opkræve en licensafgift for delmængder af salgsemballage, der markedsføres i Tyskland med varemærket 'Der Grüne Punkt', og for hvilke der ikke gøres brug af fritagelsesydelsen i henhold til varemærkeaftalens § 2, når det kan dokumenteres, at forpligtelserne ifølge emballageforordningen opfyldes på anden vis.«

167 Artikel 3 i den anfægtede beslutning blev vedtaget i medfør af artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17 (betragtning 161 til den anfægtede beslutning). Ifølge denne bestemmelse kan Kommissionen, hvis den konstaterer, at der foreligger en overtrædelse bl.a. af bestemmelserne i artikel 82 EF, ved en beslutning pålægge de deltagende virksomheder at bringe de konstaterede overtrædelser til ophør.

168 Ifølge fast retspraksis vil anvendelsen af artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17 ikke alene kunne omfatte forbud mod at fortsætte med visse handlinger eller at opretholde en vis praksis eller situation, der er fundet ulovlig (Domstolens dom af 6.3.1974, forenede sager 6/73 og 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano og Commercial Solvents mod Kommissionen, Sml. s. 223, præmis 45, og dommen i

sagen RTE og ITP mod Kommissionen, præmis 90), men tillige mod at udvise en tilsvarende praksis for fremtiden (Rettens dom af 6.10.1994, sag T-83/91, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. II, s. 755, præmis 220).

169 I det omfang anvendelsen af artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17 skal ske under hensyn til arten af den konstaterede overtrædelse, har Kommissionen endvidere beføjelse til at præcisere omfanget af de forpligtelser, der påhviler de berørte virksomheder med henblik på at bringe overtrædelsen til ophør. De byrder, som pålægges virksomhederne, må imidlertid ikke overskride grænserne for, hvad der er rimeligt og nødvendigt for at opfylde det tilsigtede mål, nemlig at sikre, at de regler, som er blevet tilsidesat, overholdes (dommen i sagen RTE og ITP mod Kommissionen, præmis 93, og i samme retning Rettens domme af 8.6.1995, sag T-7/93, Langnese-Iglo mod Kommissionen, Sml. II, s. 1533, præmis 209, og sag T-9/93, Schöller mod Kommissionen, Sml. II, s. 1611, præmis 163).

170 I denne sag skal artikel 1 i den anfægtede beslutning fortolkes på baggrund af betragtningerne (Domstolens dom af 16.12.1975, forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1663, præmis 122), særlig på baggrund af betragtning 163 til den anfægtede beslutning, der har følgende ordlyd:

»Overtrædelsen består i, at DSD i henhold til varemærkeaftalens § 4, stk. 1, første punktum, og § 5, stk. 1, første punktum, kræver, at der også i de tilfælde, hvor der kun med hensyn til delmængder eller overhovedet ikke gøres brug af fritagelsesydelsen i henhold til varemærkeaftalens § 2, betales en licensafgift for den samlede mængde salgsemballage, der bringes på markedet i Tyskland med 'Der Grüne Punkt'-mærket. Varemærkeaftalens § 4, stk. 1, andet punktum, giver ganske vist mulighed for undtagelsesordninger, men DSD har i forbindelse med tilfælde I og II nægtet at afgive tilsagn, som ville have afhjulpet misbruget med hensyn til tilfælde I og II og ville være blevet gennemført som undtagelsesordninger på grundlag af aftalen.«

- 171 Baggrunden for konstateringen af denne overtrædelse er aftalens bestemmelse om, at de producenter og/eller distributører, som deltager i DSD-ordningen, skal forsyne salgsemballage beregnet til indenlandsk forbrug med »Der Grüne Punkt«-mærket (aftalens § 3, stk. 1), sammenholdt med bestemmelsen om, at forpligtelsen til at betale DSD en afgift alene opstår derved, at emballagen forsynes med »Der Grüne Punkt«-mærket (aftalens § 4, stk. 1), også selv om kunderne for en bestemt delmængde af emballagen ikke gør brug af DSD's fritagelsesydelse.
- 172 Men da DSD er den eneste virksomhed, der driver en kollektiv ordning for hele Tyskland, er producenterne og/eller distributørerne tvunget til at anvende denne ordning. Derved tvinges de også til at forsyne al deres emballage med »Der Grüne Punkt«-mærket. De producenter og/eller distributører, der ønsker at anvende en eventuel anden kollektiv ordning eller en individuel ordning for en delmængde af deres emballage, vil af økonomiske, tekniske eller distributionsmæssige årsager endvidere være forhindret i alene at forsyne den delmængde af emballagen, der skal indsamles via DSD-ordningen, med »Der Grüne Punkt«-mærket.
- 173 Da forpligtelsen til at betale afgift til DSD opstår ved selve mærkningen af salgsemballagen og ikke som følge af den faktisk præsterede fritagelsesydelse, vil producenterne og/eller distributørerne være tvunget til at betale to afgifter, hvis de samtidig deltager i DSD-ordningen og en individuel ordning eller en eventuel konkurrerende kollektiv ordning.
- 174 Sagsøgeren har, som virksomheden udtrykkeligt har anført i begæringen, bestridt selve eksistensen af det misbrug af en dominerende stilling, der foreholdes sagsøgeren, også selv om begæringen ikke tager sigte på at opnå udsættelse af gennemførelsen af den anfægtede beslutnings artikel 1.

- 175 Retten skal således på baggrund af det konstaterede misbrug af en dominerende stilling undersøge, om de forpligtelser, der pålægges sagsøgeren ved den anfægtede beslutnings artikel 3, er lovlige. Med henblik herpå er det nødvendigt først at fastslå omfanget af disse forpligtelser.
- 176 Det fremgår af ordlyden af den anfægtede beslutnings artikel 3, for det første, at producenterne eller distributørerne, som er aftalepartnere, forsyner al deres salgsemballage med »Der Grüne Punkt«-mærket; for det andet, at disse producenter eller distributører kan anvende en individuel ordning eller en kollektiv ordning, der konkurrerer med DSD-ordningen, for at bortskaffe deres salgsemballage; og for det tredje, at den afgift, DSD opkræver, skal svare til de ydelser, DSD faktisk leverer. Den anfægtede beslutnings artikel 3 indebærer således især, at de virksomheder, der deltager i DSD-ordningen, kan anbringe »Der Grüne Punkt«-mærket på deres salgsemballage, også selv om denne ikke bortskaffes via DSD-ordningen.
- 177 Denne mulighed for at anbringe »Der Grüne Punkt«-mærket på salgsemballage, der ikke bortskaffes via DSD-ordningen, og for hvilken der ikke vil blive betalt afgift til sagsøgeren, er kernen i sagsøgerens kritik. Sagsøgeren har nemlig i det væsentlige gjort gældende, at afgiftsordningen er begrundet i varemærkeretlige hensyn, således at der ikke som hævdet foreligger noget misbrug. Hvis der ikke foreligger misbrug af en dominerende stilling, savner den anfægtede beslutnings artikel 3 ethvert grundlag. Mere specifikt finder sagsøgeren, at hvis der gives tilladelse til uden forskel at forsyne al emballage med »Der Grüne Punkt«-mærket, vil dette gribe ind i mærkets oprindelses- og signalfunktion og være i strid med emballageforordningens krav om særpræg. Den anfægtede beslutning vil således bevirke, at den endelige forbruger ikke ved, om en emballage forsynet med »Der Grüne Punkt«-mærket er omfattet af DSD's indsamlingsordning eller af en tredjemands ordning, og således heller ikke, om denne emballage skal anbringes i DSD's eller en tredjemands containere.
- 178 Kommissionen finder ikke, at den anfægtede beslutning på nogen måde griber ind i mærkets oprindelsesfunktion, idet mærket alene har til formål at oplyse den

endelige forbruger om, at denne har mulighed for at få bortskaffet salgsemlage forsynet med »Der Grüne Punkt«-mærket via DSD-ordningen. Da afgiftsordningen ikke er berettiget, foreligger der misbrug, som bør bringes til ophør.

- 179 Når parternes argumenter betragtes under ét, finder Retten, at denne sag først og fremmest rejser det spørgsmål, om de af varemærkeindehaveren fastsatte afgiftsbestemmelser er nødvendige for at beskytte den særlige genstand for denne rettighed, eller med andre ord, om sagsøgeren under de foreliggende omstændigheder har udnyttet varemærkeretten til at misbruge sin dominerende stilling. Spørgsmålet er således, om Kommissionen har godtgjort, at sagsøgerens adfærd ikke er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.
- 180 Kun hvis de af Kommissionen anfægtede aftalebestemmelser går ud over, hvad der er nødvendigt for at beskytte varemærkets hovedfunktion, kan det misbrug af en dominerende stilling over for aftalepartnerne, som foreholdes DSD, anses for at foreligge.
- 181 Det skal for det første bemærkes, at artikel 295 EF bestemmer: »De ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne berøres ikke af denne traktat.«
- 182 Varemærkeretten er en eneret, og indehaveren af varemærket kan derfor give eller nægte at give en tredjemand tilladelse til at udnytte rettigheden og, hvis tilladelsen gives, kæde tilladelsen sammen med et krav om vederlag. Indehaveren af en intellektuel ejendomsret kan således begrænse konkurrencen for at beskytte sin enerets egentlig indhold. Således fastslog Domstolen i Volvo-dommen (præmis 8), at en automobilproducents nægtelse af at udstede licens til en tredjemand, som vil

konkurrere med automobilproducenten om fremstilling og salg af beskyttede karosserier, ikke i sig selv kan udgøre et misbrug af en dominerende stilling. Den modsatte fortolkning ville nemlig have skadet den pågældende intellektuelle ejendomsrets særlige genstand.

- 183 Det skal endvidere bemærkes, at varemærkeretten er afgørende inden for rammerne af den ordning med loyal konkurrence, som skal gennemføres efter traktaten (Domstolens dom af 17.10.1990, sag C-10/89, Hag GF (den såkaldte »Hag II«-dom), Sml. I, s. 3711, præmis 13). Under en sådan ordning må virksomhederne sættes i stand til på grundlag af kvaliteten af deres produkter eller tjenesteydelser at opbygge en fast kundekreds, hvilket kun er muligt, såfremt der findes særlige kendetegn, ved hjælp af hvilke de kan identificeres (Domstolens dom af 11.11.1997, sag C-349/95, Loendersloot, Sml. I, s. 6227, præmis 22).
- 184 Varemærkets afgørende funktion er at garantere oprindelsen af den vare eller tjenesteydelse, der er omfattet af varemærket, over for forbrugeren eller den endelige bruger, som dermed sættes i stand til uden risiko for forveksling at skelne varen eller tjenesteydelsen fra varer eller tjenesteydelser med en anden oprindelse (jf. bl.a. Domstolens dom af 23.5.1978, sag 102/77, Hoffmann-La Roche, Sml. s. 1139, præmis 7, af 10.10.1978, sag. 3/78, Centrafarm, Sml. s. 1823, præmis 11 og 12, og af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 28).
- 185 Spørgsmålet, om de aftalebetingelser, DSD pålægger sine aftalepartnere såfremt anvendelsen af »Der Grüne Punkt«-mærket ikke falder sammen med, at DSD's fritagelsesydelse faktisk benyttes, er nødvendige for at beskytte »Der Grüne Punkt«-mærkets hovedfunktion, således som sagsøgeren har hævdet, eller om de udgør et misbrug, idet de er urimelige i den forstand, hvori udtrykket anvendes i artikel 82, stk. 2, litra a), EF, som påstået af Kommissionen (betragtning 111, 112 og 113 i den anfægtede beslutning), er imidlertid vanskeligt at besvare. Det må frem for alt afklares, om den endelige forbruger faktisk forbinder salgsemballage forsynet med dette mærke med DSD's bortskaffelsesordning for emballageaffald. Retten kan dog ikke i denne sag om foreløbige forholdsregler foretage de grundige undersøgelser, som en besvarelse af disse spørgsmål kræver, i

forbindelse med en prøvelse af den umiddelbare berettigelse af påstanden i hovedsagen.

- 186 Sagsøgerens faktiske og retlige anbringender kan derfor ikke på forhånd anses for at være helt uden grundlag.

Uopsættelighed og interesseafvejning

- 187 Det fremgår af fast retspraksis, at spørgsmålet om, hvorvidt uopsættelighedsbetingelsen i forbindelse med en begæring om foreløbige forholdsregler er opfyldt, skal vurderes på baggrund af nødvendigheden af, at der træffes en foreløbig afgørelse for at undgå, at den begærende part udsættes for et alvorligt og uopretteligt tab. Den, der indgiver begæringen, skal dokumentere ikke at kunne afvente afgørelsen i hovedsagen uden at blive påført en sådan skade (kendelse afsagt af Rettens præsident den 15.7.1998, sag T-73/98 R, Prayon-Rupel mod Kommissionen, Sml. II, s. 2769, præmis 36, og kendelse afsagt af Domstolens præsident den 12.10.2000, sag C-278/00 R, Grækenland mod Kommissionen, Sml. I, s. 8787, præmis 14).
- 188 Tabets truende nærhed skal ikke være godtgjort med absolut vished. Det er derimod tilstrækkeligt, navnlig når tabets indtræden afhænger af, at der foreligger en flerhed af faktorer, at det er forudseeligt med en tilstrækkelig grad af sandsynlighed (kendelsen i sagen Kommissionen mod Atlantic Container Line m.fl., præmis 38, og kendelse afsagt af Rettens præsident den 8.12.2000, sag T-237/99 R, BP Nederland m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 3849, præmis 49). Sagsøgeren skal ikke desto mindre fortsat føre bevis for de faktiske omstændigheder, der skal begrunde, at der er udsigt til en sådan alvorlig og uoprettelig skade (kendelse afsagt af Domstolens præsident den 14.12.1999, sag C-335/99 P(R), HFB m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 8705, præmis 67).

- 189 Hvis den anfægtede beslutnings artikel 3 straks gennemføres, behøver de virksomheder, der deltager i DSD-ordningen, ikke længere betale DSD afgift for de delmængder af salgsemballage, der markedsføres i Tyskland med »Der Grüne Punkt«-mærket, for hvilke der ikke er gjort brug af tjenesteydelsen i form af fritagelse for den i emballageforordningen fastsatte tilbagetagnings- og nyttiggørelsesforpligtelse, og for hvilke disse forpligtelser er blevet opfyldt på anden vis.
- 190 Ifølge sagsøgeren vil en manglende udsættelse påføre sagsøgerens varemærke alvorlig og uoprettelig skade og således true den kollektive ordening, sagsøgeren har etableret. Sagsøgeren har endvidere hævdet, at den lidte skade ikke kan opgøres i penge, og at den derfor er uoprettelig.
- 191 I denne sag er der imidlertid ikke ført bevis for truslen mod DSD's ordening. Ingen af de oplysninger, der er påberåbt til støtte for denne påstand, er nemlig tilstrækkeligt retligt dokumenteret.
- 192 For det første er Retten ikke enig med sagsøgeren i, at det med tilstrækkelig sikkerhed kan antages, at »Der Grüne Punkt«-mærket vil blive slettet, fordi det mister sit særpræg. Virkeliggørelsen af en sådan risiko afhænger nemlig af en række omstændigheder, bl.a. af intensiteten af den konkurrence, sagsøgeren vil blive udsat for på markedet for organisering af tilbagetagning og nyttiggørelse af brugt salgsemballage, der indsamles hos private forbrugere i Tyskland. Foreløbig er denne skade således rent hypotetisk. Endvidere kan Retten i en sag om foreløbige forholdsregler ikke sætte sig i de kompetente nationale myndigheders sted og alene ud fra gældende national ret afgøre, om betingelserne for fællesmærkets slettelse er eller vil blive opfyldt.

- 193 For det andet består der efter DSD's opfattelse en risiko for, at varemærkeretten går uigenkaldeligt tabt. Sagsøgeren vil ikke længere varemærkeretligt kunne forsvare sig mod virksomheder, som anvender »Der Grüne Punkt«-mærket uden licens.
- 194 Gennemførelsen af den anfægtede beslutning kan dog ikke få denne virkning, idet Kommissionen på ingen måde har bestridt, at kun virksomheder, der har indgået aftale med DSD, har ret til at anbringe »Der Grüne Punkt«-mærket på deres salgsemballage. Den anfægtede beslutning giver således ikke producenter og distributører, som ikke deltager i DSD-ordningen, mulighed for at anvende »Der Grüne Punkt«-mærket.
- 195 Sagsøgeren har heller ikke påvist, hvorledes den anfægtede beslutning vil fratage virksomheden retten til at anlægge sag for at få tredjemand, der ikke har indgået aftale med sagsøgeren, til at undlade at anvende sagsøgerens varemærke.
- 196 For det tredje har sagsøgeren gjort gældende, at hvis mærket uden forskel kan anbringes på al salgsemballage, vil dette påføre signalfunktionen uoprettelig skade, da den endelige forbruger i længden ikke vil vide, om emballage forsynet med »Der Grüne Punkt«-mærket skal indsamles via DSD's eller en tredjemands beholdere. Indgrebet i signalfunktionen vil få negative følger for de genvindingskvoter, der er fastsat i emballageforordningen, således at disse ikke længere kan opfyldes. I så fald består der risiko for, at godkendelsen af DSD's ordning bliver trukket tilbage (emballageforordningens § 6, stk. 4).
- 197 For at sikre, at de foreskrevne genvindingskvoter opfyldes, uden dog at blive væsentligt overskredet, er en styring af mængderne af indsamlet emballageaffald, som afhænger af den endelige forbrugers medvirken, af afgørende betydning.

- 198 Sagsøgeren har tilføjet, at mærkets oprindelses- og signalfunktion allerede er blevet påvirket af mediedækningen af den anfægtede beslutning i Tyskland.
- 199 Endvidere vil en samtidig deltagelse i DSD-ordningen og et andet dualt system som f.eks. Landbell's ordning i delstaten Hessen eller en individuel ordning ikke kunne undgå at skade mærkets oprindelses- og signalfunktion.
- 200 For det første skal bemærkes, at en forholdsregels uopsættelige karakter skal være en følge af de virkninger, som den anfægtede retsakt fremkalder (jf. bl.a. kendelsen i sagen Free Trade Foods mod Kommissionen, præmis 59). Den genlyd, den anfægtede beslutning har givet i den tyske presse, og de skadelige konsekvenser, dette angiveligt har haft for sagsøgeren, er derfor uden betydning for Rettens bedømmelse af sagen.
- 201 Endvidere har sagsøgeren ikke ført et sådant bevis for den påståede skade, at det kan begrunde kravet om uopsættelighed. Sagsøgeren har ikke godtgjort, at forbrugerne i den grad vil blive berørt af den anfægtede beslutning, at de, før der afsiges dom i hovedsagen, ikke længere vil vide, i hvilken beholder de skal anbringe emballagen. I denne forbindelse skal begge de tilfælde, der er omhandlet i den anfægtede beslutning, gennemgås hver for sig.
- 202 For så vidt det produkt, der bærer »Der Grüne Punkt«-mærket, indsamles via en individuel ordning, skal distributøren ifølge emballageforordningen »ved hjælp af klart synlige og letlæselige skilte« oplyse forbrugeren om muligheden for at tilbagelevere emballagen på eller i umiddelbar nærhed af leveringsstedet (emballageforordningens § 6, stk. 1, tredje punktum). DSD har hertil anført, at en sådan oplysning om tilbagelevering af salgsemballage forsynet med »Der Grüne Punkt«-mærket vil kunne forvirre forbrugeren. Men en sådan påstand er

ikke tilstrækkelig som bevis for, at det påståede forhold er en kendsgerning. Der er nemlig intet hold i påstanden om, at den oplysning, der klart er angivet på skilte, ikke vil blive forstået eller fulgt af forbrugeren. Det kan med lige så stor ret omvendt hævdes, at den i forretningen anbragte oplysning om, at emballage forsynet med »Der Grüne Punkt«-mærket vil blive tilbagetaget på leveringsstedet eller i umiddelbar nærhed heraf, har afgørende betydning, idet det altid er i distributørens interesse, at den information, han ifølge loven skal give forbrugeren, er udslagsgivende.

- 203 Med hensyn til, at emballage forsynet med »Der Grüne Punkt«-mærket indsamles via en anden kollektiv ordning, er sagsøgerens påstand på ingen måde overbevisende. Der er ingen risiko for forveksling hos forbrugeren, idet der for tiden ikke findes nogen konkurrerende kollektiv ordning. Som det blev fastslået under retsmødet, er Landbell's kollektive ordning, der kun dækker delstaten Hessen, endnu ikke blevet godkendt af de kompetente myndigheder i henhold til emballageforordningens § 6, stk. 3. Sagsøgerens påstand om, at forbrugerne i Hessen vil blive forvirrede, hvis samme produkt forsynes med to mærker, »idet de ikke [vil være] klar over, at emballage, der under alle omstændigheder ligeledes er forsynet med 'Der Grüne Punkt'-mærket, ikke er omfattet af DSD-ordningen og derfor ikke skal anbringes i DSD's indsamlingsbeholdere (tab af mærkets negative appelfunktion)« (punkt 88 i begæringen), savner endvidere ethvert grundlag. Kommissionen har med støtte fra intervenienterne klart anført, at man let kan forestille sig to parallelle ordninger i samme kommune. Kommissionen og intervenienterne har uden at blive modsagt af sagsøgeren gjort gældende, dels at de to kollektive ordninger kan deles om ét indsamlingsnet — samme virksomhed vil da sørge for indsamlingen på sine opdragsgiveres vegne og for deres regning — dels at emballagen, der er forsynet med både »Der Grüne Punkt«-mærket og mærket tilhørende den anden kollektive ordning, vil blive anbragt i de samme beholdere eller containere. Dette udelukker, at der hos forbrugerne i Hessen opstår tvivl om, hvorledes affaldet skal bortskaffes. Kommissionen har i sit indlæg, og intervenienten Vfw har under retsmødet anført, at risikoen for, at der opstår usikkerhed, er så meget mindre, som bortskaffelsen frem for alt beror på materialetypen, hvilket bekræftes af det meget store antal containere, som ikke bærer »Der Grüne Punkt«-mærket, men alene en angivelse af, hvilken materiale-type der skal anbringes i disse beholdere.

- 204 Hvad angår den påståede forvirring hos de forbrugere, der bor uden for delstaten Hessen, har sagsøgeren hævdet, at disse forbrugere »ikke vil vide, om emballagen, som (ud over 'Der Grüne Punkt'-mærket) også er forsynet med et andet — dem ubekendt — mærke (Landbell-Baum), er omfattet af DSD-ordningen og derfor skal anbringes i DSD's indsamlingsbeholdere (og ikke sammen med det øvrige husholdningsaffald)« (punkt 88 i begæringen). Imidlertid vil forbrugerne uden for Hessen ikke være i tvivl om, at produkter forsynet med »Der Grüne Punkt«-mærket skal anbringes i en af DSD's beholdere, idet den konkurrerende kollektive ordning, når denne først er godkendt, ikke vil tilbyde at overtage tilbagetagings- og nyttiggørelsesforpligtelserne for emballageaffald uden for den pågældende delstat, i hvert fald ikke foreløbig.
- 205 Da der ikke er ført tilstrækkeligt bevis for den påståede forvirring, findes det uforholdsmæssigt at vurdere denne forvirrings indvirkning på de genvindingskvoter for de enkelte materialetyper, som skal opfyldes af DSD. Retten skal dog gøre to bemærkninger til dette punkt. Dels kan forbrugernes medvirken, som er en forudsætning for den kollektive ordnings funktion, opnås ikke alene ved at forsyne salgsemballagen med »Der Grüne Punkt«-mærket, men også ved andre midler som f.eks. udsendelse af målrettet information. Dels kan det kontrolleres, om DSD opfylder genvindingskvoterne for emballage hidrørende fra de producenter eller distributører, der deltager i DSD-ordningen (afsnit 1, stk. 1, i bilag I til § 6 i emballageforordningen), eftersom dette, hvis disse virksomheder deltager i ordningen med en mindre delmængde af emballage, vil medføre, at opfyldelsen af den genvindingskvote, der skal opfyldes af DSD, vil blive vurderet alene ud fra denne delmængde.
- 206 For det fjerde har sagsøgeren gjort gældende, at hvis gennemførelsen af den anfægtede beslutning ikke udsættes, vil sagsøgeren få et problem med vilkårlige beslutninger truffet af licenshaverne, idet disse frit vil kunne bestemme, hvilken delmængde af emballagen der skal bortskaffes via sagsøgerens ordning.
- 207 De forpligtelser, som emballageforordningen pålægger de producenter eller distributører, som i henhold til emballageforordningens § 6, stk. 1 og/eller 2, ønsker at organisere tilbagetagningen og nyttiggørelsen af en delmængde af deres

salgsemballage, bevirker imidlertid, at DSD's retsstilling ikke kan anses for usikker som hævdet af virksomheden selv. En producent eller distributør, som beslutter kun at lade en vis procentdel af sine produkter omfatte af fritagelsesydelsen, skal nemlig i henhold til emballageforordningens § 6, stk. 1 og/eller 2, sikre sig, at også de resterende procentdele af produkterne tilbagetages og nyttiggøres. I så fald har de enkelte led i distributionskæden og i sidste instans sælgeren, som ved en passende mærkning skal gøre opmærksom på, at produktet vil blive taget tilbage på leveringsstedet, en særlig forpligtelse. Det påhviler nemlig producenten ved aftaler at sikre, at distributørerne tilbagetager salgsemballagen. Endvidere skal den producent eller distributør, som sørger for tilbagetagning og nyttiggørelse af emballagen, opfylde visse genvindingskvoter, idet en ikke-opfyldelse af disse kvoter medfører en retlig forpligtelse til at anvende en kollektiv ordning (emballageforordningens § 6, stk. 1, niende punktum, og § 6, stk. 2, sidste punktum).

208 For så vidt sagsøgerens argumenter kan forstås således, at der er en risiko for, at licenshaverne vil misbruge ordningen ved at lade en større procentdel emballage end aftalt indgå i ordningen, bemærkes endelig, at trods den retlige forpligtelse til at opfylde de genvindingskvoter, som de producenter og distributører, der i henhold til emballageforordningens § 6, stk. 1 og 2, sørger for indsamlingen af licenshavernes emballage, er underlagt, er det tænkeligt, at DSD faktisk vil skulle indsamle og bortskaffe en overskydende mængde salgsemballage. Det kan dog ikke heraf udledes, at der ikke vil blive betalt afgift for DSD's indsamling og bortskaffelse af denne overskydende mængde.

209 Hvis de producenter og distributører, der indsamler deres emballage i henhold til emballageforordningens § 6, stk. 1 og 2, ikke opfylder genvindingskvoterne, vil dette under de nuværende konkurrenceforhold på markedet medføre, at den emballagemængde, som de ikke indsamler, vil blive indsamlet via DSD-ordningen. Det fremgår imidlertid af afsnit 3, stk. 5, i bilag I til § 6 i emballageforordningen, at »[d]en virksomhed, der driver den [kollektive] ordning, kan fakturere de producenter og distributører, der ikke deltager i ordningen, for

sorteringen, nyttiggørelsen og bortskaffelsen af den emballage, de har bragt på markedet, og som bortskaffes via ordningen«. Ifølge den anfægtede beslutning kan den virksomhed, der deltager i DSD-ordningen, på sagsøgerens forlangende blive nødsaget til at dokumentere, at virksomheden kun lader den opgivne procentdel af emballagen indgå i DSD-ordningen (betragtning 167 og artikel 5 i beslutningen). Hvis virksomheden ikke dokumenterer, at forpligtelserne i henhold til emballageforordningen er opfyldt på en anden måde for den salgsemballage, der markedsføres i Tyskland med »Der Grüne Punkt«-mærket, og som ikke er omfattet af sagsøgerens ordning, må den pågældende virksomhed rent logisk betale afgift til DSD for denne del af emballagen. Endelig indeholder aftalen endnu en mulighed for at kontrollere, at de virksomheder, der deltager i sagsøgerens ordning, ikke lader en større procentdel af emballagen end aftalt indgå i ordningen, idet det udtrykkeligt i aftalens § 8, »kontrolmuligheder inden for Duales System«, stk. 1 og 2, bestemmes:

»1) Består der berettiget tvivl om nøjagtigheden og fuldstændigheden af licenshaverens oplysninger og afregninger, kan Duales System i overensstemmelse med tidligere indgåede aftaler om datoen lade en hertil befuldmægtiget revisor, statsautoriseret revisor eller skatterådgiver, som er pålagt tavshedspligt, kontrollere licenshaverens erklæringer og afregninger i afregningsperioden (de to seneste år). Den befuldmægtigede kan ligeledes foretage kontrol efter nedenstående bestemmelser, hvis licenshaveren ikke har afgivet erklæring eller foretaget afregning.

2) Duales System's befuldmægtigede skal have adgang til licenshaverens lokaler og alle nødvendige bilag. Licenshaveren skal pålægge sine medarbejdere at give den befuldmægtigede rigtige og fuldstændige svar. Licenshaveren skal stille de nødvendige kontaktpersoner til rådighed for den befuldmægtigede.«

210 Under retsmødet har DSD ligeledes anført, at virksomhedens situation vil blive forværret, hvis den ikke opnår udsættelse, på grund af to sammenfaldende

omstændigheder, nemlig dels et fald i licensindtægterne, dels de fortsat høje faste omkostninger, der skyldes, at DSD skal betale indsamlingsvirksomhederne for de tjenester, de udfører, selv om det indsamlede affald overhovedet ikke er omfattet af DSD's bortskaffelsesordning.

- 211 Hvad angår første del af denne påstand skal Retten bemærke, at størrelsen af faldet i licensindtægter afhænger af, hvor intenst de individuelle ordninger og eventuelle andre kollektive ordninger vil konkurrere med DSD på det pågældende marked, hvilket i øjeblikket ikke kan forudses med tilstrækkelig sikkerhed. Hvad angår anden del af påstanden må det fastslås, at sagsøgeren ikke har fremlagt troværdige indicier, og at intervenienterne under retsmødet uimodsagt af sagsøgeren har hævdet, at det af serviceaftalerne indgået mellem DSD og de pågældende tjenesteydere fremgår, at vederlaget til sidstnævnte kan ændres, hvis det kan påvises, at mængden af indsamlet affald har ændret sig.
- 212 Det er således ikke i tilstrækkeligt omfang godtgjort, at truslen mod DSD-ordningens funktionsdygtighed vil påføre sagsøgeren nogen skade. Denne konklusion støttes af sagsøgerens offentlige udtalelser om virkningerne af den anfægtede beslutning (præmis 143 ovenfor), selv om disse udtalelser dog skal fortolkes på baggrund af deres formål.
- 213 Endelig skal det fremhæves, at DSD, hvis virksomheden får medhold i hovedsagen, vil befinde sig i samme situation på markedet, som den befandt sig i før vedtagelsen af den anfægtede beslutning. Den situation, nævnte beslutning skaber på markedet, kan således ikke anses for uoprettelig.
- 214 Endvidere er det fald i licensindtægterne, der kunne blive konsekvensen af gennemførelsen af den anfægtede beslutning — hvilket, som fastslået af Retten, ikke er tilstrækkeligt godtgjort — en økonomisk skade. En sådan skade kan imidlertid ikke, bortset fra ganske usædvanlige tilfælde, betragtes som uoprettelig

eller blot vanskeligt oprettelig, da der senere kan betales økonomisk erstatning herfor (kendelse afsagt af Domstolens præsident den 18.10.1991, sag C-213/91 R, Abertal m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 5109, præmis 24, og den 11.4.2001, sag C-471/00 P(R), Kommissionen mod Cambridge Healthcare Supplies, Sml. I, s. 2865, præmis 113, samt kendelse afsagt af Rettens præsident den 15.6.2001, sag T-339/00 R, Bactria Industriehygiene-Service mod Kommissionen, Sml. II, s. 1721, præmis 94). Ved anvendelse af disse principper er den udsættelse, der er fremsat begæring om, berettiget, såfremt det må antages, at sagsøgeren, hvis der ikke træffes en sådan forholdsregel, befinder sig i en situation, der kan true selve virksomhedens eksistens, inden der træffes afgørelse i hovedsagen (jf. bl.a. kendelse afsagt af Rettens præsident den 28.5.2001, sag T-53/01 R, Poste Italiane mod Kommissionen, Sml. II, s. 1479, præmis 120). I denne sag har sagsøgeren ikke godtgjort, at den skadelige indvirkning på virksomhedens økonomiske situation vil være af en sådan art, at den ikke vil kunne fortsætte sine aktiviteter indtil afsigelsen af dommen i hovedsagen. I denne forbindelse skal det ligeledes fremhæves, at ifølge DSD's vedtægter er DSD's »eneste formål at opfylde det statslige mål med hensyn til at forebygge og mindske produktionen af affald«, således at DSD ikke skal udlodde udbytte, hvilket bekræftes af aftalens § 4, stk. 3, første led (præmis 25 ovenfor). Endelig skal Retten tilføje, at den økonomiske skade som følge af nedgangen i licensindtægter kan måles ved at beregne forskellen mellem det afgiftsbeløb, der skal betales til DSD for al salgsemballage forsynet med »Der Grüne Punkt«-mærket, som markedsføres i Tyskland i tidsrummet mellem datoen for vedtagelsen af den anfægtede beslutning og en eventuel dom til annullation af denne beslutning, på den ene side, og det afgiftsbeløb, der faktisk er modtaget af DSD ifølge den anfægtede beslutning inden for det samme tidsrum, på den anden side.

215 Sagsøgeren har således ikke godtgjort, at virksomheden vil lide nogen alvorlig og uoprettelig skade, hvis den ikke opnår den begærede udsættelse.

216 Selv om den påståede skade skulle være alvorlig og uoprettelig, fører afvejningen af på den ene side sagsøgerens interesse i at opnå den begærede udsættelse og på den anden side offentlighedens interesse i, at en kommissionsbeslutning vedtaget med hjemmel i artikel 82 EF gennemføres, samt intervenienternes interesser, som

vil blive umiddelbart berørt af en eventuel udsættelse af den anfægtede beslutning, til, at begæringen ikke kan tages til følge.

- 217 Ganske vist har det, som erkendt af Kommissionen i pressemeddelelsen af 20. april 2001 om den anfægtede beslutning, og som fastslået af Retten ovenfor, ikke været let at vurdere foreneligheden af DSD's adfærd med bestemmelserne i artikel 82 EF. At vurderingen har været vanskelig, bekræftes unægteligt af, at Kommissionen oprindeligt var positivt indstillet over for aftalen. Kommissionen tilkendegav nemlig, at den agtede at indtage en positiv holdning til de af DSD anmeldte aftaler, i sin meddelelse i henhold til artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17 (præmis 29 ovenfor).
- 218 Derimod kan sagsøgeren ikke med rette påberåbe sig kendelsen i sagen Van den Bergh Foods mod Kommissionen, hvori Rettens præsident tog hensyn til det almindelige retssikkerhedsprincip for så vidt muligt at begrænse følgerne af, at den nationale ret og Kommissionen anvender traktatens konkurrencebestemmelser forskelligt. Antages det, at den af sagsøgeren påberåbte dom afsagt af Oberlandesgericht Düsseldorf den 11. august 1998 vedrører samme omstændigheder som den anfægtede beslutning, hvilket er bestridt af Kommissionen, har Domstolen fastslået, at Kommissionen, når den skal opfylde sin rolle i henhold til traktaten, ikke kan være bundet af en afgørelse, der er truffet af en national ret i medfør af artikel 81, stk. 1, EF og artikel 82 EF (Masterfoods og HB-dommen, præmis 48).
- 219 Hvad angår den skade, som den anfægtede beslutning påstås at påføre varemærket, skyldes denne i denne sag ikke forpligtelsen til at meddele virksomheder, der konkurrerer med DSD på det relevante marked, licens til »Der Grüne Punkt«-mærket, men den omstændighed, at dette mærke anbringes på salgsemballage fra virksomheder, der har indgået aftale med DSD, og som trods dette muligvis ikke vil gøre brug af fritagelsesydelsen.

- 220 Under disse ganske særlige omstændigheder kan offentlighedens interesse i, at ejendomsretten i almindelighed og de intellektuelle ejendomsrettigheder i særdeleshed beskyttes, jf. artikel 30 EF og 295 EF, ikke veje tungere end Kommissionens interesse i øjeblikkeligt at bringe den overtrædelse af artikel 82 EF, som Kommissionen finder at have konstateret, til ophør og således skabe forudsætningerne for, at DSD's konkurrenter får adgang til det pågældende marked.
- 221 Desuden er konkurrencen mellem de individuelle ordninger — som er af direkte interesse for Vfw og BellandVision, som har til opgave at bortskaffe affald for denne ordning i sin egenskab af underentreprenør i henhold til emballageforordningens § 11 — og DSD begrænset. Ved de individuelle ordninger kan de i emballageforordningen fastsatte genvindingskvoter alene opfyldes, hvis emballagen tages retur på leveringsstedet eller i umiddelbar nærhed heraf, hvilket er blevet bekræftet den 20. august 1999 af Verwaltungsgerichtshof Kassel.
- 222 Endvidere må det fastslås, at der i øjeblikket ikke er nogen konkurrence overhovedet mellem kollektive ordninger. Om det andet duale system (Landbell's ordning), hvis godkendelse er nært forestående, vil komme i gang, afhænger i høj grad af, om den anfægtede beslutning gennemføres.
- 223 Endelig er en selektiv mærkning af emballage efter bestemmelsessted ved at anbringe »Der Grüne Punkt«-mærket på en del af emballagen til et produkt og ikke på resten, tilsyneladende ikke altid mulig, hvilket bekræftes af i hvert fald én aftale indgået mellem DSD og en licenshaver (præmis 122 ovenfor).
- 224 Da betingelsen om uopsættelighed ikke er opfyldt, og da interesseafvejningen taler for ikke at udsætte den anfægtede beslutning, kan begæringen ikke tages til følge.

Af disse grunde

bestemmer

RETTENS PRÆSIDENT

- 1) Begæringen om foreløbige forholdsregler tages ikke til følge.

- 2) Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.

Således bestemt i Luxembourg den 15. november 2001.

H. Jung

Justitssekretær

B. Vesterdorf

Præsident