

BESCHIKKING VAN DE PRESIDENT VAN HET GERECHT
15 november 2001 *

In zaak T-151/01 R,

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

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door S. Rating als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

* Procestaal: Duits.

ondersteund door

Vfw AG, gevestigd te Keulen, vertegenwoordigd door H. F. Wissel, advocaat, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

Landbell AG, gevestigd te Mainz (Duitsland), vertegenwoordigd door A. Rinne, advocaat, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

en

BellandVision GmbH, gevestigd te Pegnitz (Duitsland), vertegenwoordigd door A. Rinne, advocaat, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

intervenienten,

betreffende een verzoek tot opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 3 van beschikking 2001/463/EG van de Commissie van 20 april 2001 inzake een procedure op grond van artikel 82 van het EG-Verdrag (Zaak COMP D3/34493 — DSD) (PB L 166, blz. 1), alsmede van de artikelen 4, 5, 6 en 7 van deze beschikking, voorzover daarin naar artikel 3 wordt verwezen,

geeft

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG VAN DE
EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

de navolgende

Beschikking

Rechtskader

Duitse regeling

- 1 Op 12 juni 1991 stelde de Duitse regering de Verordnung über die Vermeidung von Verpackungsabfällen (verordening ter voorkoming van verpakkingsafval; BGBl. 1991 I, blz. 1234; hierna: „Verpackungsverordnung”) vast, waarvan de gewijzigde versie op 28 augustus 1998 in werking is getreden. Volgens de Verpackungsverordnung, die tot doel heeft de gevolgen van verpakkingsafval voor het milieu te voorkomen of te beperken, dienen producenten en verkopers gebruikte verkoopverpakkingen buiten het openbare afvalverwijderingssysteem om in te zamelen en te verwerken. Verkoopverpakkingen — de enige soort verpakking die voor de onderhavige zaak relevant is — zijn verpakkingen die als verkoopeenheid worden aangeboden en worden gebruikt door de eindverbruiker, alsook verpakkingen die het in de handel, de gastronomie en in andere dienstverlenende sectoren mogelijk maken de goederen aan de eindverbruiker te leveren of deze levering te vergemakkelijken, alsmede wegwerpservies en wegwerpbestek. Verkoopverpakkingen dienen te worden onderscheiden van transportverpakkingen en omverpakkingen.

- 2 Productent in de zin van de Verpackungsverordnung is hij die zich bezighoudt met de productie van verpakkingen, verpakkingsmateriaal of producten waaruit rechtstreeks verpakkingen worden gemaakt, en hij die verpakkingen in het toepassingsgebied van de Verpackungsverordnung invoert. Verkoper is hij die verpakkingen, verpakkingsmateriaal of producten waaruit rechtstreeks verpakkingen worden gemaakt, dan wel verpakte goederen, ongeacht het handelsniveau, in het verkeer brengt. Ook postorderbedrijven zijn verkopers in de zin van de Verpackungsverordnung. Eindverbruiker ten slotte is hij die de goederen in de vorm waarin zij hem zijn geleverd, niet meer doorverkoopt.

- 3 Er zijn twee manieren waarop producenten en verkopers aan hun verplichtingen op grond van de Verpackungsverordnung kunnen voldoen.

- 4 Enerzijds bepaalt § 6, leden 1 en 2, van de Verpackungsverordnung, dat producenten en verkopers de door de eindverbruiker gebruikte verkoopverpakkingen op of in de onmiddellijke omgeving van de feitelijke plaats van levering kosteloos moeten terugnemen en ervoor moeten zorgen dat deze overeenkomstig de in de bijlage bij de Verpackungsverordnung vastgelegde kwantitatieve eisen worden verwerkt (hierna: „eigen verwijderingssysteem”). § 6, lid 1, negende zin, luidt: „Voorzover verkopers niet door terugname op het afgiftepunt aan de in de eerste zin bedoelde verplichtingen voldoen, dienen zij dit te doen door middel van een [collectief systeem].” Producenten en verkopers kunnen tevens een beroep doen op derden om aan hun terugname- en verwerkingsplicht te voldoen (§ 11 van de Verpackungsverordnung). In geval van een eigen verwijderingssysteem moet „[de] verkoper [...] de particuliere eindverbruiker door middel van duidelijk herkenbare en leesbare schriftelijke mededelingen op de mogelijkheid tot teruggave [...] wijzen” (§ 6, lid 1, derde zin, van de Verpackungsverordnung).

- 5 Anderzijds is ingevolge § 6, lid 3, eerste zin, van de Verpackungsverordnung terugname en verwijdering niet verplicht voor producenten en verkopers die deelnemen aan een zich over het hele afzetgebied van de verkoper uitstrekkend systeem dat de regelmatige ophaling van gebruikte verkoopverpakkingen bij de eindverbruiker of in diens onmiddellijke omgeving garandeert (hierna: „collectief

stelsel”). Aan een dergelijk systeem kan enkel worden deelgenomen voor verkoopverpakkingen die afkomstig zijn van particuliere eindverbruikers, te weten huishoudens en soortgelijke gebruikers van verpakkingen, met name restaurants, hotels, kantines, administratieve diensten, kazernes, ziekenhuizen, onderwijsinstellingen, liefdadigheidsinstellingen en zelfstandigen, alsmede landbouw- en ambachtsbedrijven, met uitzondering van drukkerijen en andere papierverwerkende bedrijven.

- 6 Voor ondernemingen die niet aan een collectief systeem deelnemen, blijft de individuele terugnameplicht gelden.

- 7 Een collectief systeem dient aan een aantal voorwaarden te voldoen om door de bevoegde autoriteiten te worden erkend. Zo dient het zich uit te strekken over een gebied dat ten minste een deelstaat bestrijkt en moet het regelmatige ophaling in de buurt van de eindverbruiker garanderen. Ook moet het systeem worden afgestemd op de openbare afvalverwijderingssystemen.

- 8 Voorts moeten volgens de Verpackungsverordnung de in het kader van een collectief systeem ingezamelde verpakkingen worden gemerkt. Luidens punt 4.2 van bijlage I bij § 6 van de Verpackungsverordnung moeten producenten en verkopers „op de verpakking of door andere passende maatregelen” kenbaar maken, dat zij deelnemen aan een systeem als bedoeld in § 6, lid 3.

- 9 Sinds 1 januari 2000 moeten exploitanten van collectieve systemen, voorzover het de onder hun systeem vallende verpakkingen betreft, en producenten en verkopers die voor een eigen verwijderingssysteem hebben gekozen, bij de verschillende materialen dezelfde verwerkingsquota halen.

- 10 Het bewijs dat aan de terugname- en verwerkingsvereisten is voldaan, wordt, al naargelang het geval, geleverd door middel van een controleverslag van een onafhankelijke deskundige dan wel door middel van overlegging van controleerbare gegevens betreffende de ingezamelde en verwerkte hoeveelheden.

Het door DSD opgezette collectieve systeem

- 11 Sinds 1991 exploiteert Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland AG (hierna: „verzoekster” of „DSD”) als enige onderneming een zich over het hele Duitse grondgebied uitstrekkend collectief systeem. Begin 1993 werd zij door de bevoegde autoriteiten van alle deelstaten erkend.
- 12 Het door DSD opgezette systeem (hierna: „DSD-systeem”) wordt een „dual” systeem genoemd, omdat de inzameling en verwerking van de verpakkingen buiten het openbare afvalverwijderingssysteem om worden verzorgd door een particuliere onderneming.
- 13 Het DSD-systeem wordt gefinancierd door bijdragen van de erbij aangesloten ondernemingen. Ondernemingen sluiten zich bij het systeem aan door ondertekening van een contract met verzoekster, waardoor zij tegen betaling het recht krijgen om het merkteken „Der Grüne Punkt” te gebruiken. Zij zijn verplicht dit merkteken op hun verkoopverpakkingen aan te brengen. DSD is houder van het geregistreerde collectieve merk „Der Grüne Punkt”.
- 14 Verkoopverpakkingen met het merkteken „Der Grüne Punkt” worden, afhankelijk van het materiaal waarvan zij zijn gemaakt, ingezameld in speciale tonnen (metaal, kunststof en samengestelde materialen) of in containers die in de buurt van de huishoudens zijn geplaatst (met name papier en glas), terwijl het restafval in de vuilcontainers van het openbare afvalverwijderingssysteem wordt geworpen.

- 15 DSD zamelt de gebruikte verkoopverpakkingen niet zelf in, maar schakelt daarvoor plaatselijke bedrijven in die exclusief worden belast met de taak om in een bepaald gebied gebruikte verkoopverpakkingen in te zamelen en te sorteren.

- 16 Het gesorteerde materiaal wordt door het afvalverwijderingsbedrijf zelf of door een door dit bedrijf ingeschakelde derde naar de verwerkingsbedrijven vervoerd dan wel doorgegeven aan bedrijven die jegens DSD de verplichting zijn aangegaan, de gebruikte verpakkingen te verwerken.

- 17 Het DSD-systeem zamelt niet alle verkoopverpakkingen in de zin van de Verpackungsverordnung (zie punt 1 supra) in, maar alleen die — ongeacht het materiaal — van de huishoudens en daarmee vergelijkbare gebruikers.

- 18 Er zijn ook andere ondernemingen die de terugname en verwerking van bepaalde verkoopverpakkingen organiseren. Het gaat daarbij echter niet om inzamelings- en verwerkingssystemen die zich over een heel afzetgebied uitstrekken in de zin van § 6, lid 3, van de Verpackungsverordnung. Die ondernemingen handelen als derde in de zin van § 6, leden 1 en 2, juncto § 11 van de Verpackungsverordnung (zie punt 4 supra), dat wil zeggen zij komen de op de producent of verkoper rustende terugname- en verwerkingsplicht rechtstreeks na.

Contractuele bepalingen

- 19 De betrekkingen tussen DSD en de bij haar systeem aangesloten ondernemingen worden geregeld in het contract voor het gebruik van het symbool „Der Grüne Punkt” (hierna: „merktencontract” of „contract”).

- 20 Volgens dit contract staat DSD een bij haar systeem aangesloten onderneming toe om — tegen betaling — het merkteken „Der Grüne Punkt” te gebruiken (§ 1, lid 1, van het contract).
- 21 DSD garandeert de aangesloten onderneming, dat zij de inzameling, sortering en verwerking van haar gebruikte verkoopverpakkingen zal verzorgen, zodat voor die verpakkingen haar terugname- en verwerkingsplicht komt te vervallen (§ 2 van het contract).
- 22 De aangesloten onderneming is verplicht het merkteken „Der Grüne Punkt” in een voorgeschreven vorm en voor de eindverbruiker zichtbaar op alle aangemelde verpakkingen voor binnenlands gebruik aan te brengen. DSD kan de onderneming van deze verplichting vrijstellen (§ 3, lid 1, van het contract).
- 23 § 4, lid 1, van het contract luidt:

„De licentiehouders dient voor alle verpakkingen die hij op grond van dit contract met het merkteken ‚Der Grüne Punkt’ op het grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland distribueert, een licentievergoeding aan [DSD] te betalen. Voor uitzonderingen hierop is een afzonderlijke, schriftelijke overeenkomst vereist.”

- 24 Het bedrag van de licentievergoeding wordt berekend op basis van enerzijds het gewicht van de verpakking en het soort materiaal, en anderzijds het volume of de oppervlakte van de verpakking.

25 De licentievergoeding kan door DSD eenzijdig worden aangepast. Verhoging of verlaging van de vergoeding geschiedt volgens de volgende beginselen: licentievergoedingen worden zonder winstmarge berekend; zij dienen uitsluitend voor de dekking van de kosten van de inzameling, sortering en verwerking en van de administratieve kosten (§ 4, lid 3, van het contract). De systeemkosten moeten zo veel mogelijk gedifferentieerd naar de soort materiaal worden aangerekend op grond van het beginsel dat de vervuiler betaalt.

26 § 5, lid 1, van het contract bepaalt:

„Voor alle verpakkingen met het merkteken ‚Der Grüne Punkt‘ die de licentiehouder op het grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland distribueert, wordt een vergoeding in rekening gebracht [...].”

27 Punt 5 van het door DSD vastgestelde reglement voor het gebruik van het collectieve merk (Markensatzung) ten slotte bepaalt:

„Het collectieve merk is primair in het leven geroepen om de consument en de handel in de gelegenheid te stellen die producten waarvan de verpakking onder het DSD-systeem valt en dus buiten het openbare afvalverwijderingssysteem kan worden ingezameld en verwerkt, te herkennen en van andere producten te onderscheiden. Voorts dient het de consument ertoe aan te zetten, die verpakkingen naar de inzamelpunten van het DSD-systeem te brengen, en tot slot wordt het gebruikt ter aanduiding van de in het kader van het DSD-systeem geleverde diensten op het gebied van de inzameling en verwerking van secundaire grondstoffen.”

Antecedenten van het geding

- 28 Op 2 september 1992 meldde verzoekster bij de Commissie behalve haar statuten een aantal overeenkomsten — dienstverleningsovereenkomst, merktekencontract, garantiecontracten — aan, teneinde een negatieve verklaring of, subsidiair, ontheffing van het kartelverbod te verkrijgen.
- 29 De mededeling overeenkomstig artikel 19, lid 3, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81] en [82] van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204), waarin de Commissie kenbaar maakte dat zij voornemens was de aangemelde overeenkomsten gunstig te beoordelen, werd in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* (PB 1997, C 100, blz. 4) bekendgemaakt. Daarop ontving de Commissie opmerkingen van belanghebbende derden, die onder meer betrekking hadden op verschillende aspecten van de toepassing van het merktekencontract. Met name werd als bezwaar aangevoerd, dat dit contract negatieve gevolgen voor de mededinging kon hebben, daar het in geval van gelijktijdige deelneming aan het DSD-systeem en aan het systeem van een andere aanbieder tot een dubbele vergoedingsplicht kon leiden.
- 30 Op 15 oktober 1998 deed DSD de Commissie een toezegging toekomen, inhoudende dat in geval van deelneming aan een regionaal collectief systeem dubbele vergoedingen zouden worden voorkomen.
- 31 Op 3 november 1999 gaf de Commissie te kennen, dat die toezegging, die enkel voor collectieve systemen gold, moest worden uitgebreid tot het geval dat een deel van de verpakkingen via een eigen systeem werd verwijderd.
- 32 Op 15 november 1999 werden in het kader van een klacht nieuwe opmerkingen bij de Commissie ingediend.

- 33 Bij schrijven van 13 mei 2000 deed verzoekster de Commissie twee aanvullende toezeggingen.
- 34 Op 20 april 2001 gaf de Commissie beschikking 2001/463/EG inzake een procedure op grond van artikel 82 van het EG-Verdrag (Zaak COMP D3/34493 — DSD) (PB L 166, blz. 1; hierna: „bestreden beschikking”).
- 35 Blijkens de bestreden beschikking hebben de in verband met het merkttekencontract gedane toezeggingen betrekking op verschillende situaties.
- 36 Een van de toezeggingen betreft het geval dat als alternatief voor het DSD-systeem tot een of meer deelstaten beperkte collectieve systemen worden opgezet. Het is dan mogelijk dat voor dezelfde soort verpakkingen in die deelstaten aan een alternatief systeem en in de overige deelstaten aan het DSD-systeem wordt deelgenomen. In verband met deze situatie heeft DSD de volgende toezegging gedaan (punt 59 van de bestreden beschikking):

„Mits op regionaal niveau actieve alternatieve systemen voor het huidige duale systeem worden opgezet, die door de bevoegde deelstaatinstanties officieel overeenkomstig [§] 6, lid 3, van de Verpackungsverordnung zijn erkend, is [DSD] bereid het merkttekencontract in de praktijk op een zodanige wijze toe te passen dat de licentiehouders de mogelijkheid krijgen voor een gedeelte van hun totale hoeveelheid verpakkingen aan een dergelijk systeem deel te nemen. Voor de verpakkingen waarvoor aan een dergelijk alternatief systeem wordt deelgenomen en waarvoor dit kan worden aangetoond, wordt door [DSD] geen licentievergoeding op grond van het merkttekencontract geheven. Een aanvullende voorwaarde om voor met ‚Der Grüne Punkt‘ gemerkte verpakkingen van de verplichting tot betaling van de licentievergoeding te worden vrijgesteld, is dat geen afbreuk wordt gedaan aan de bescherming van het merktteken ‚Der Grüne Punkt‘.”

37 Voor het geval dat producenten en verkopers een deel van hun verkoopverpakkingen via een eigen systeem verwijderen en voor het resterende deel aan het DSD-systeem deelnemen, heeft DSD de volgende toezegging gedaan (overweging 61 van de bestreden beschikking):

„Indien verkopers en producenten de terugname en verwerking van in het toepassingsgebied van de Verpackungsverordnung verkochte hoeveelheden verkoopverpakkingen overeenkomstig [§] 6, lid 1 en/of 2, (eventueel juncto [§] 11) van de Verpackungsverordnung organiseren en voor de resterende hoeveelheden aan het DSD-systeem deelnemen ([§] 6, lid 1, negende zin), heft [DSD] geen licentievergoeding op grond van het merktekencontract voor de hoeveelheden verkoopverpakkingen waarvoor kan worden bewezen dat zij overeenkomstig [§] 6, lid 1 en/of 2, van de Verpackungsverordnung zijn teruggenomen. Het bewijs daarvan moet overeenkomstig de in bijlage I, punt 2, van de Verpackungsverordnung genoemde vereisten worden geleverd.”

38 Blijkens de tijdens de hoorzitting voor de rechter in kort geding (punt 58 hierna) gegeven toelichting moet die toezegging aldus worden opgevat, dat de overeenkomstig § 6, lid 1 en/of 2 teruggenomen hoeveelheden verkoopverpakkingen niet van het merkteken „Der Grüne Punkt” zijn voorzien.

39 In het aan de juridische beoordeling gewijde deel van de beschikking heeft de Commissie om te beginnen vastgesteld, dat DSD een machtspositie inneemt.

40 Daartoe heeft zij eerst de relevante markt afgebakend. Na een analyse van de relevante productmarkt en de relevante geografische markt heeft zij geconcludeerd, dat „[d]e ruimst bepaalbare markt waarvan moet worden uitgegaan [...] de markt voor de organisatie van de terugname en verwerking van gebruikte verkoopverpakkingen bij particuliere eindverbruikers in Duitsland [is]” (punt 92 van de bestreden beschikking).

- 41 Op de aldus bepaalde markt heeft de Commissie de economische sterkte van DSD onderzocht. Zij beklemtoont dat DSD de enige onderneming is die in Duitsland een collectief systeem voor verpakkingsafval aanbiedt. Haar aandeel op de relevante markt — zoals die in het voorgaande punt is bepaald — bedraagt ten minste 82 % (punt 95). Belangrijke belemmeringen voor de toetreding tot de markt dragen volgens de Commissie nog tot de economische sterkte van DSD bij (punt 96 van de bestreden beschikking).
- 42 Vervolgens heeft de Commissie onderzocht, of er sprake is van misbruik van een machtspositie.
- 43 Daarbij is zij uitgegaan van de premisse, dat DSD „de volgens het contract verschuldigde vergoeding niet aan de bevrijding van de terugname- en verwerkingsplicht overeenkomstig paragraaf 2 van het contract [knoopt], maar uitsluitend aan het gebruik van het ‚Der Grüne Punkt‘-symbool op de verkoopverpakking”, alsook van de vaststelling, dat DSD „de contractpartner ertoe [verplicht] het symbool aan te brengen op elke aangemelde verpakking die bestemd is voor binnenlands gebruik”, tenzij zij besluit de contractpartner van deze verplichting vrij te stellen (punt 100 van de bestreden beschikking). De Commissie leidt hieruit af, dat DSD haar machtspositie misbruikt wanneer „de tot terugname verplichte ondernemingen slechts gedeeltelijk van de bevrijdingsdienst van DSD gebruikmaken of in Duitsland geheel van die dienst afzien” (punt 101 van de bestreden beschikking). Voorzover DSD bij discrepantie tussen het gebruik van het merkteken en het daadwerkelijke beroep op de door haar aangeboden collectieve dienst onbillijke prijzen en contractuele voorwaarden oplegt, maakt zij volgens de Commissie inbreuk op artikel 82, lid 2, sub a, EG. De Commissie preciseert, dat „[d]e dwang tot het voeren van gescheiden verpakkings- en distributielijnen [...] onontkoombaar [wordt] door de combinatie van het contractueel opgelegde gebruik van het symbool en de band tussen de vergoeding en het gebruik van het symbool” (punt 112 van de bestreden beschikking).
- 44 De Commissie verduidelijkt vervolgens het in de vergoedingsregeling van het contract bestaande misbruik aan de hand van concrete gevallen. Daarbij maakt

zij onderscheid tussen beperking van de concurrentie tussen DSD en andere collectieve systemen (categorie I), en beperking van de concurrentie tussen DSD en eigen verwijderingssystemen (categorie II).

45 Volgens de Commissie kan de vergoedingsregeling niet worden gerechtvaardigd met het argument, dat het gebruik van het merkteken „Der Grüne Punkt” voor hoeveelheden verpakkingen waarvoor geen collectieve verwijderingsdienst wordt geleverd, in strijd is met de Verpackungsverordnung (punten 136-142), noch met een beroep op de noodzaak het onderscheidend vermogen van dat merkteken in stand te laten (punten 143-153). Wat dit laatste punt betreft, stelt de Commissie vast: „De wezenlijke functie van het ‚Der Grüne Punkt’-symbool is dus vervuld, wanneer het de verbruiker erop attent maakt dat hij de keuze heeft de verpakking via DSD te laten inzamelen. De functie van het ‚Der Grüne Punkt’-symbool vereist derhalve niet, dat bij gedeeltelijke deelname aan het DSD-systeem slechts een deel van de verpakkingen van het symbool is voorzien” (punt 145).

46 Na te hebben vastgesteld, dat het misbruik van machtspositie de handel tussen de lidstaten merkbaar ongunstig kan beïnvloeden, onderzoekt de Commissie overeenkomstig artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17, op welke wijze DSD moet worden verplicht een einde te maken aan de haar ten laste gelegde inbreuken.

47 In dit verband merkt zij in punt 165 op:

„Teneinde een voortzetting of herhaling van de vastgestelde inbreuken te voorkomen, is het noodzakelijk dat DSD jegens alle partijen bij het merktekencontract de verplichting aangaat geen licentievergoeding te vragen voor de hoeveelheden met het symbool ‚Der Grüne Punkt’ in Duitsland in de handel gebrachte verpakkingen waarvoor geen gebruik wordt gemaakt van de bevrijdingsdienst overeenkomstig paragraaf 2 van het merktekencontract. Deze

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

- 48 Het dispositief van de bestreden beschikking luidt als volgt:

„*Artikel 1*

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

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

Artikel 2

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

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

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

Artikel 3

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

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

Artikel 4

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

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

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

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

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

Artikel 5

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

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

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

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

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

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

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

Artikel 6

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

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

Artikel 7

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

Procesverloop

- 49 Bij op 5 juli 2001 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft DSD krachtens artikel 230, vierde alinea, EG beroep tot nietigverklaring van de bestreden beschikking ingesteld.
- 50 Bij op dezelfde dag ter griffie van het Gerecht neergelegde afzonderlijke akte heeft zij krachtens artikel 242 EG verzocht om opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 3 van die beschikking, alsmede van de artikelen 4, 5, 6 en 7 voorzover daarin naar artikel 3 wordt verwezen, totdat het Gerecht zich ten gronde heeft uitgesproken.
- 51 Het verzoekschrift bevatte een zeer uitvoerig betoog. Aangezien in een kortgedingprocedure op korte termijn uitspraak moet kunnen worden gedaan, is verzoekster gevraagd een nieuwe, maximaal dertig pagina's beslaande versie van het verzoekschrift over te leggen. De verkorte versie is op 13 juli 2001 ter griffie van het Gerecht neergelegd.
- 52 Die versie is op 16 juli 2001 aan de Commissie betekend.
- 53 Bij op 16, 19 respectievelijk 20 juli 2001 ter griffie van het Gerecht ingeschreven verzoekschriften hebben Vfw AG, Landbell AG en BellandVision GmbH verzocht om toelating tot interventie in deze procedure ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie.
- 54 De verzoeken tot tussenkomst zijn aan de partijen betekend.

- 55 De Commissie heeft op 28 augustus 2001 haar schriftelijke opmerkingen over het verzoek in kort geding ingediend.
- 56 DSD en de Commissie hebben schriftelijk verklaard geen bezwaar te hebben tegen de interventies. DSD heeft evenwel gevraagd, enkele bijlagen bij het verzoekschrift in kort geding vertrouwelijk te behandelen ten opzichte van de partijen die om toelating tot interventie hebben verzocht.
- 57 De niet-vertrouwelijke, verkorte versie van het verzoekschrift in kort geding alsmede de opmerkingen van de Commissie zijn op 5 september 2001 betekend aan de partijen die om toelating tot interventie hebben verzocht. Op dezelfde dag zijn die partijen uitgenodigd om op de hoorzitting aanwezig te zijn.
- 58 De hoorzitting voor de rechter in kort geding heeft op 21 september 2001 plaatsgevonden.
- 59 Tijdens die hoorzitting heeft de rechter in kort geding, van oordeel dat verzoeksters tot interventie aannemelijk hadden gemaakt dat zij belang hadden bij de uitkomst van het geding, overeenkomstig artikel 37, tweede alinea, van 's Hofs Statuut-EG, dat ingevolge artikel 46, eerste alinea, van toepassing is op de procedure voor het Gerecht, in de drie verzoeken tot tussenkomst bewilligd.
- 60 Voorts heeft hij in het stadium van het kort geding het verzoek om vertrouwelijke behandeling van de informatie in de bijlagen bij het verzoekschrift ingewilligd, aangezien die informatie op het eerste gezicht als geheim of vertrouwelijk in de zin van artikel 116, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering kan worden aangemerkt, wat door de Commissie niet is betwist.

- 61 Eveneens tijdens de hoorzitting heeft de Commissie verklaard, dat zij de door haar in haar opmerkingen opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid niet handhaaft, zodat daarop niet behoeft te worden beslist.

In rechte

- 62 Op grond van artikel 242 EG juncto artikel 4 van besluit 88/591/EGKS, EEG, Euratom van de Raad van 24 oktober 1988 tot instelling van een Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (PB L 319, blz. 1), zoals gewijzigd bij besluit 93/350/Euratom, EGKS, EEG van de Raad van 8 juni 1993 (PB L 144, blz. 21), kan het Gerecht, indien het van oordeel is dat de omstandigheden zulks vereisen, opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden handeling gelasten.
- 63 Volgens artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering moet een verzoek in kort geding een duidelijke omschrijving bevatten van de omstandigheden waaruit het spoedeisend karakter van het verzoek blijkt, alsmede de middelen, zowel feitelijk als rechtens, op grond waarvan de voorlopige maatregel waartoe wordt geconcludeerd, aanvankelijk gerechtvaardigd voorkomt (*fumus boni juris*). Deze voorwaarden zijn cumulatief, zodat een verzoek tot opschorting van de tenuitvoerlegging moet worden afgewezen wanneer aan één voorwaarde niet is voldaan [beschikking van de president van het Hof van 14 oktober 1996, SCK en FNK/Commissie, C-268/96 P(R), Jurispr. blz. I-4971, punt 30, en beschikking van de president van het Gerecht van 1 februari 2001, Free Trade Foods/Commissie, T-350/00 R, Jurispr. blz. II-493, punt 32]. De rechter in kort geding weegt in voorkomend geval ook de betrokken belangen tegen elkaar af (beschikking van de president van het Hof van 23 februari 2001, Oostenrijk/Raad, C-445/00 R, Jurispr. blz. I-1461, punt 73).
- 64 Voorts moet de gevraagde maatregel voorlopig zijn, in die zin dat hij niet vooruitloopt op de rechtspunten of feitelijke punten in geding, noch de gevolgen van de later in het hoofdgeding te nemen beslissing bij voorbaat ongedaan maakt [beschikking van de president van het Hof van 19 juli 1995, Commissie/Atlantic Container Line e.a., C-149/95 P(R), Jurispr. blz. I-2165, punt 22).

1. *Argumenten van partijen*

Argumenten van DSD

De fumus boni juris

- 65 Om te beginnen bakent DSD de draagwijdte van artikel 3 van de bestreden beschikking af. Haars inziens ziet dit artikel op het geval dat een gebruiker van het „Der Grüne Punkt”-symbool voor een door hem naar eigen goeddunken te bepalen hoeveelheid van een verpakking aan een concurrerend systeem, en voor de resterende hoeveelheid aan het DSD-systeem wenst deel te nemen, terwijl hij toch op alle verpakkingen zonder onderscheid het „Der Grüne Punkt”-symbool wil aanbrenge.
- 66 Het merkteken „Der Grüne Punkt” heeft volgens DSD een dubbele functie. In de eerste plaats kunnen hierdoor de verpakkingen worden herkend die wegens de deelneming van de betrokken producenten en verkopers aan het DSD-systeem via dit systeem worden verwijderd (herkomstfunctie). In de tweede plaats maakt het merkteken de verbruiker erop attent, dat die verpakkingen in de inzamelcontainers van het DSD-systeem moeten worden geworpen (signaalwerking).
- 67 Artikel 3 van de bestreden beschikking verplicht DSD om het gebruik van het merkteken „Der Grüne Punkt” ook toe te staan voor verpakkingen die mogelijk via een concurrerend systeem zullen worden verwijderd, en om voor de via een dergelijk systeem verwijderde verpakkingen geen licentievergoeding te vragen. Zij wordt dus gedwongen om licenties voor het gebruik van het merk „Der Grüne Punkt” te verlenen zonder dat daar een vergoeding tegenover staat, wat de Commissie overigens in een brief van 1 september 2000 heeft erkend.

- 68 DSD is van mening dat de vergoedingsregeling van § 4, lid 1, van het merk-
tekencontract geen misbruik in de zin van artikel 82 EG oplevert. Zij voert
daartoe vier argumenten aan.
- 69 Zij beroept zich in de eerste plaats op aantasting van het specifieke voorwerp van
het merk, dat zowel naar nationaal recht als naar gemeenschapsrecht wettelijk
beschermd is.
- 70 Naar nationaal recht is het merk „Der Grüne Punkt” een collectief merk in de zin
van § 97, lid 1, van het Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen
Kennzeichen (Duitse wet inzake de bescherming van merken en andere
onderscheidende tekens; BGBl. 1994 I, blz. 3082; hierna: „Markengesetz”).
Volgens deze bepaling kan als collectief merk worden ingeschreven „elk voor
bescherming als merk in aanmerking komend teken in de zin van § 3 [van het
Markengesetz], dat geschikt is om de waren of diensten van de bij de houder van
het collectieve merk aangesloten ondernemingen van die van andere onder-
nemingen te onderscheiden naar commerciële of geografische herkomst, soort,
kwaliteit of andere eigenschappen”. Het betrokken merk is in 1991 overeen-
komstig § 17 van het toenmalige Warenzeichengesetz naar behoren bij het
Deutsche Patent- und Markenamt ingeschreven. Verzoekster leidt hieruit af, dat
de functie van het merk als herkomstteken is erkend.
- 71 Op 18 september 1996 heeft het Bundespatentgericht vastgesteld, dat met het
merk „Der Grüne Punkt” tot uitdrukking wordt gebracht, dat de aan het DSD-
systeem deelnemende ondernemingen milieubewust zijn en dat dit systeem
voldoet aan de wettelijke vereisten op het gebied van afvalverwijdering. Op
23 december 1996 heeft het Landgericht Hamburg beslist, dat in genoemd merk
concrete informatie besloten ligt, „namelijk recycling van de verpakking via het
duaal systeem”, en dat „milieubewuste consumenten dit waarderen en daarom
een voorkeur hebben voor verpakkingen met de „Grüne Punkt””.

- 72 In een — weliswaar later door het Bundesgerichtshof vernietigd — arrest van het Oberlandesgericht Köln van 8 mei 1998 wordt gesproken van de „uitzonderlijke betekenis” die het merk „Der Grüne Punkt” heeft verkregen.
- 73 Naar gemeenschapsrecht, zoals uitgelegd door het Hof, is het specifieke voorwerp van het merkrecht, de consument of de eindverbruiker de identiteit van oorsprong van het gemerkte product te waarborgen (arrest Hof van 10 oktober 1978, Centrafarm, 3/78, Jurispr. blz. 1823, punt 12), de merkgerechtigde te beschermen tegen het gevaar van verwarring (arrest Hof van 30 november 1993, Deutsche Renault, C-317/91, Jurispr. blz. I-6227, punt 30), alsook tegen concurrenten die van de positie en de reputatie van het merk misbruik zouden willen maken door producten te verkopen die ten onrechte van het merk zijn voorzien (arresten Hof van 11 juli 1996, MPA Pharma, C-232/94, Jurispr. blz. I-3671, punt 17, en 23 februari 1999, BMW, C-63/97, Jurispr. blz. I-905, punt 52). Het is volgens DSD duidelijk, dat wanneer zowel verpakkingen die wel als verpakkingen die niet aan het DSD-systeem deelnemen, van het merkteken „Der Grüne Punkt” worden voorzien, haar concurrenten van de positie en de reputatie van dit merk kunnen profiteren.
- 74 In de bestreden beschikking stelt de Commissie zich op het standpunt, dat het „Der Grüne Punkt”-symbool op het bestaan van een inzamelingsmogelijkheid wijst. Zij beroept zich daarbij op een zin uit een beslissing van het Kammergericht Berlin, die zij volgens DSD echter uit zijn verband haalt. Weliswaar heeft deze rechterlijke instantie vastgesteld dat het merkteken „Der Grüne Punkt” voor het publiek niet meer uitdrukt dan dat het met dit teken gemerkte product via het DSD-systeem kan worden verwijderd, maar zij had daarvóór de functie van het merk als herkomstteken bevestigd en vervolgens enkel duidelijk gemaakt, waarom het symbool „Der Grüne Punkt” geen milieukeurmerk is.
- 75 Ten slotte heeft de Commissie volgens DSD deze aantasting van de herkomstfunctie in artikel 4, lid 2, van de bestreden beschikking stilzwijgend erkend (punt 48 supra).

- 76 In de tweede plaats voert DSD aan, dat de gedwongen verlening van merklicenties ontoelaatbaar is, aangezien een merk, in tegenstelling tot alle andere rechten van intellectuele eigendom, vooral door zijn onderscheidend vermogen wordt gekenmerkt. Artikel 21 van de Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (hierna: „TRIPS”), die als bijlage 1 C aan de Overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie is gehecht en namens de Gemeenschap, voor wat betreft de onder haar bevoegdheid vallende aangelegenheden, is goedgekeurd bij besluit 94/800/EG van de Raad van 22 december 1994 (PB L 336, blz. 1), bepaalt in dit verband zonder uitzondering, dat „de gedwongen verlening van licenties van handelsmerken niet is toegestaan”. Ook het Hof heeft zich in zijn advies 1/94 van 15 november 1994 (Jurispr. blz. I-5267) op het standpunt gesteld, dat deze regeling, die ook de Commissie bindt, dwanglicenties voor merken verbiedt.
- 77 In de derde plaats kan volgens DSD de gedwongen verlening van licenties betreffende het merk „Der Grüne Punkt” niet worden gerechtvaardigd met een beroep op zwaarwegende belangen op het vlak van de mededinging. Zij brengt in dit verband in herinnering, dat de weigering van de houder van een auteurs- of modelrecht om een licentie te verlenen, op zich geen misbruik in de zin van artikel 82 EG oplevert (arresten Hof van 5 oktober 1988, Volvo, 238/87, Jurispr. blz. 6211, punt 8, en 26 september 2000, Commissie/Frankrijk, C-23/99, Jurispr. blz. I-7653, punten 37 e.v.; arrest Gerecht van 16 december 1999, Micro Leader/Commissie, T-198/98, Jurispr. blz. II-3989, punt 56), aangezien de gedwongen verlening van een licentie neerkomt op een aantasting van de bevoegdheden die behoren tot de essentie van het uitsluitend recht (arrest Volvo, reeds aangehaald, punt 8). Een zo zware maatregel als een gedwongen licentieverlening zou in beginsel dus enkel kunnen worden overwogen indien er sprake is van „uitzonderlijke omstandigheden” in de zin van ’s Hofs arrest van 6 april 1995, RTE en ITP/Commissie (C-241/91 P en C-242/91 P, Jurispr. blz. I-743, punt 50).
- 78 In dat arrest ging het om de vraag, of een onderneming met een machtspositie kan worden verplicht een licentie te verlenen aan een concurrent. In casu is de vraag, of DSD verplicht is een licentie te verlenen aan een afnemer teneinde gebruikmaking van de diensten van concurrerende systemen te vergemakkelijken. In beide gevallen moet worden bepaald, of, en zo ja, onder welke voorwaarden, een

onderneming met een machtspositie ingevolge artikel 82 EG kan worden verplicht de concurrentie die hem wordt aangedaan, actief, door middel van de verlening van een licentie, te bevorderen.

- 79 In casu is het volgens DSD voor een producent/verkoper die voor een concurrerend systeem wil kiezen, niet absoluut noodzakelijk dat hij de mogelijkheid heeft zijn verpakkingen met het „Der Grüne Punkt”-symbool te merken. Het is alleen „in een aanzienlijk aantal gevallen” — om de formulering van de Commissie te gebruiken — voor de afnemers prettiger of gemakkelijker, wanneer zij verzoeksters merk gratis kunnen gebruiken (zie de punten 103-105 en 115 van de bestreden beschikking).
- 80 Bovendien is het volgens DSD geen enkel probleem om een verpakking zonder het merkteken „Der Grüne Punkt” te verkopen. In bepaalde sectoren is het zelfs gebruikelijk dat een verpakkinglijn gedeeltelijk wel en gedeeltelijk niet met dat symbool wordt gemerkt. DSD noemt in dit verband wijnflessen en verpakkingen van bouwmaterialen, computers en levensmiddelen.
- 81 Volgens DSD kunnen haar contractpartners het merk „Der Grüne Punkt” selectief gebruiken, aangepast aan hun toekomstige behoeften. Het ontbreken van een licentie heeft bovendien geen beletsel gevormd voor het ontstaan van een veertigtal groepen ondernemingen met een eigen verwijderingssysteem.
- 82 Ten slotte is DSD anders dan de Commissie (punt 106 van de bestreden beschikking) van mening, dat samenwerking tussen producenten en verkopers ervoor kan zorgen dat de verschillend gemerkte hoeveelheden verpakkingen op de juiste plek worden ingeleverd. Zo kan eindverkoper A een bepaalde hoeveelheid verpakkingen zonder het „Der Grüne Punkt”-symbool bestellen (hetzij rechtstreeks bij de producent, hetzij bij de groothandel, die de bestelling doorgeeft aan

de producent), omdat hij die verpakkingen in de winkel wil terugnemen, terwijl eindverkoper B een bepaalde hoeveelheid verpakkingen met dat symbool bestelt (hetzij rechtstreeks bij de producent, hetzij bij de groothandel), omdat hij die verpakkingen niet in zijn winkel wil terugnemen. In samenwerking met de ondernemingen uit de eerdere handelsfasen kunnen de verkopers A en B „het concrete traject dat een specifiek gemerkte verpakking in het distributiekanaal zal afleggen” (punt 106 van de bestreden beschikking) dus precies sturen, wat zij in de praktijk ook doen.

- 83 In de vierde plaats is DSD van mening, dat de bepaling in § 4, lid 1, eerste zin, van het merkencontract, die niet voorziet in een uitzondering voor het geval de nationale markt is verdeeld, om meerdere redenen redelijk is en dus geen misbruik van machtspositie oplevert.
- 84 De eerste reden is het belang dat verzoekster erbij heeft, te worden beschermd tegen mededingingsdistorsies als gevolg van het feit dat verpakkingen op misleidende wijze, in strijd met de door de Verpackungsverordnung voorgeschreven transparantie worden gemerkt. Dat ook verpakkingen die niet aan het DSD-systeem deelnemen, van het „Der Grüne Punkt”-symbool worden voorzien, is volgens verzoekster in strijd met de in de Verpackungsverordnung geformuleerde verplichting om verpakkingen duidelijk te merken (in geval van deelneming aan een collectief systeem, zie punt 4.2 van bijlage I bij § 6 van de Verpackungsverordnung, aangehaald in punt 8 supra; in geval van deelneming aan een eigen systeem, zie § 6, lid 1, derde zin, aangehaald in punt 4 supra): De achterliggende gedachte van deze verplichting is, dat zowel de verbruikers als de autoriteiten te allen tijde aan de hand van objectieve en duidelijke criteria moeten kunnen vaststellen, via welk systeem de „concrete verpakking van de vervuiler” zal worden verwijderd en, meer in het bijzonder, voor welke verpakkingen de terugnameplicht bestaat en voor welke niet.
- 85 Artikel 3 van de bestreden beschikking is volgens verzoekster in flagrante strijd met die transparantieplicht. Deze bepaling maakt het namelijk mogelijk, dat de verbruiker feitelijk onjuiste en tegenstrijdige informatie krijgt over de weg waarlangs een verpakking zal worden verwijderd. De opvatting van de

Commissie, dat een contractpartner van verzoekster ondanks het gebruik van het merkteken „Der Grüne Punkt” eenzijdig, door middel van een eenvoudige verklaring voor deelneming aan een concurrerend systeem kan opteren, staat dus op gespannen voet met de algemene opzet van de Verpackungsverordnung.

- 86 Als tweede reden noemt verzoekster de noodzakelijke bescherming van de signaalwerking van het merk. Of de verwerkingsquota worden gehaald, hangt af van de vrijwillige medewerking van de eindverbruikers bij het sorteren van de verkoopverpakkingen. Wanneer dus een met het „Der Grüne Punkt”-symbool gemerkte verpakking toch overeenkomstig § 6, lid 1, van de Verpackungsverordnung door de verkoper wordt teruggenomen, wordt de consument misleid, zowel waar het gaat om zijn recht om de verpakking, in weerwil van het — ten onrechte — erop aangebrachte merkteken, naar de winkel terug te brengen, alsook voorzover de indruk wordt gewekt dat het gaat om een verkoopverpakking die via de tonnen/containers van het DSD-systeem zal worden verwijderd.
- 87 Artikel 3 van de bestreden beschikking heeft volgens DSD tot gevolg, dat de signaalwerking van het merk „Der Grüne Punkt” wordt tenietgedaan. In geval van een verdeling van de nationale markt is het voor de eindverbruiker immers niet duidelijk, of een met het „Der Grüne Punkt”-symbool gemerkte verkoopverpakking in de inzamelcontainers van DSD dan wel in die van een derde moet worden geworpen.
- 88 De derde reden is volgens verzoekster, dat de verplichting om het merkteken „Der Grüne Punkt” te gebruiken, noodzakelijk is om het DSD-systeem goed te laten functioneren. De contractuele verplichting van de bij het DSD-systeem aangesloten ondernemingen om het symbool op al hun verpakkingen te gebruiken (punt 112 van de bestreden beschikking), die volgens de Commissie op zichzelf geen misbruik oplevert, kan volgens verzoekster niet worden aangevoerd als een van de elementen waaruit het bestaan van misbruik zou blijken, aangezien het DSD-systeem zonder die verplichting niet kan functioneren. Een inzamelings-systeem dat gebaseerd is op de medewerking van de verbruikers, kan volgens verzoekster niet functioneren zonder een uniform en opvallend merkteken waaraan de verbruiker onmiddellijk kan zien, aan welk systeem de verpakking deelneemt en in welke inzamelcontainer zij moet worden geworpen. Anders kunnen de verwerkingsquota namelijk onmogelijk worden gehaald.

- 89 Als vierde reden voert DSD aan, dat zij een bruikbaar en controleerbaar criterium moet hebben voor de facturering van haar diensten.
- 90 In de eerste plaats leidt de vergoedingsregeling van § 4, lid 1, van het contract, anders dan de Commissie in punt 111 van de bestreden beschikking beweert, niet tot een „duidelijke wanverhouding” tussen de aangeboden dienst, namelijk de toekenning van het recht om het merk te gebruiken en het ter beschikking stellen van een landelijk afvalverwijderingssysteem in de zin van § 6, lid 3, van de Verpackungsverordnung voor alle met het „Der Grüne Punkt”-symbool gemerkte verpakkingen, en de tegenprestatie, te weten de betaling van een licentievergoeding voor alle aldus gemerkte verpakkingen die in handen van de eindverbruiker zijn.
- 91 Ook het Oberlandesgericht Düsseldorf heeft in een arrest van 11 augustus 1998 erkend, dat de regeling van § 4, lid 1, van het contract redelijk is en geen misbruik oplevert.
- 92 Verzoekster merkt tot slot nog op, dat voor de precieze vaststelling, welk percentage van de verpakkingen van een licentiehouder op haar inzamelpunten worden gedeponerd, zeer kostbare sorteeranalyses noodzakelijk zouden zijn, waartoe zij slechts bij hoge uitzondering zou kunnen overgaan. Dit verklaart waarom zij voor de berekening van de prijs van de daadwerkelijk door haar verleende diensten op het gebied van afvalverwijdering uitgaat van het aantal met het merkteken „Der Grüne Punkt” in de handel gebrachte verpakkingen, aangezien dit het enige bruikbare en controleerbare factureringcriterium is. Deze forfaitaire facturering houdt rekening met het feit dat het meestal de huishoudens zijn die zich van verpakkingsafval moeten ontdoen en dat de Duitse consument door de signaalwerking van het merkteken „Der Grüne Punkt” eraan gewend is geraakt, verpakkingen met dit merkteken naar verzoeksters inzamelpunten te brengen.

De spoedeisendheid

- 93 Volgens verzoekster is in casu aan de voorwaarde van spoedeisendheid voldaan, aangezien de onmiddellijke tenuitvoerlegging van artikel 3 van de bestreden beschikking zou leiden tot een belangrijke en onomkeerbare wijziging van het kader waarin zij haar activiteit uitoefent (in die zin beschikkingen van de president van het Hof van 11 mei 1989, RTE e.a./Commissie, 76/89, 77/89 en 91/89 R, Jurispr. blz. 1141, punten 15 en 18, en 13 juni 1989, Publishers Association/Commissie, C-56/89 R, Jurispr. blz. 1693, punten 34 en 35; beschikkingen van de president van het Gerecht van 16 juni 1992, Langnese-Iglo en Schöller Lebensmittel/Commissie, T-24/92 R et T-28/92 R, Jurispr. blz. II-1839, punt 29; 16 juli 1992, SPO e.a./Commissie, T-29/92 R, Jurispr. blz. II-2161, punt 31; 10 maart 1995, Atlantic Container e.a./Commissie, T-395/94 R, Jurispr. blz. II-595, punt 55; en 7 juli 1998, Van den Bergh Foods/Commission, T-65/98 R, Jurispr. blz. II-2641, punt 66).
- 94 Verzoekster stelt in dit verband in de eerste plaats, dat in geval van onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking afbreuk zou worden gedaan aan de herkomstfunctie en de signaalwerking van het merk, en in de tweede plaats, dat de geleden schade niet kwantificeerbaar zou zijn.

— Aantasting van de herkomstfunctie en de signaalwerking van het merk

- 95 Wanneer de nationale markt is verdeeld, leidt de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking, voorzover als gevolg daarvan op alle verpakkingen zonder onderscheid het „Der Grüne Punkt”-symbool wordt aangebracht, volgens verzoekster onvermijdelijk tot een aantasting van de herkomstfunctie van het merk, aangezien het voor de eindverbruiker dan niet meer duidelijk is, of een verpakking met dat symbool aan het DSD-systeem dan wel aan een concurrerend systeem deelneemt.

- 96 Deze aantasting van de herkomstfunctie zou ertoe kunnen leiden dat het merk „Der Grüne Punkt” wordt doorgehaald, op grond dat het geen onderscheidend vermogen meer heeft en dus niet langer kan worden ingeroepen tegenover derden die het gebruiken zonder over een licentie te beschikken. Wat dit laatste punt betreft, beklemtoont verzoekster dat zij zich slechts door middel van een verbodsactie overeenkomstig § 14 van het Markengesetz heeft kunnen verweren tegen een concurrent, Vfw, die duidelijk de bedoeling had om voor zijn diensten op het gebied van afvalverwijdering gebruik te maken van de gelijkenis in woord en beeld tussen het merk „Der Grüne Pfeil” en het merk „Der Grüne Punkt”. In geval van tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking zal het moeilijker worden om nietigheids-, verbods- en schadevergoedingsacties in te stellen, aangezien de tegenpartij dan als verweer zal kunnen aanvoeren dat het merk „Der Grüne Punkt” zijn onderscheidend vermogen is kwijtgeraakt.
- 97 Het zonder onderscheid aanbrengen van het „Der Grüne Punkt”-symbool zou volgens verzoekster bovendien een onomkeerbare aantasting van de signaalwerking van het merk betekenen, aangezien het voor de eindverbruiker dan niet meer duidelijk is, of een aldus gemerkte verpakking via de inzamelcontainers van DSD dan wel via die van een derde moet worden verwijderd.
- 98 Zoals het Verwaltungsgerichtshof Kassel in een beschikking van 20 augustus 1999 heeft verklaard, zou daardoor de werking van het DSD-systeem in gevaar kunnen worden gebracht, aangezien dit systeem slechts kan functioneren bij de gratie van de medewerking van de eindverbruiker. De aantasting van de signaalwerking zou ertoe kunnen leiden, dat de wettelijk voorgeschreven verwerkingsquota niet meer kunnen worden gehaald. In dat geval zou de vergunning voor het DSD-systeem kunnen worden ingetrokken (§ 6, lid 4, van de Verpackungsverordnung). DSD wijst er in dit verband op, dat het wettelijke verwerkingsquotum voor samengestelde materialen (60 %) in 2000 slechts met 5 % is overschreden. Dit risico van intrekking van de vergunning voor het systeem is een van de wezenlijke verschillen tussen verzoekster en de exploitanten van eigen verwijderingssystemen, want wanneer laatstgenoemden de wettelijke verwerkingsquota niet halen, volstaat het dat zij achteraf een licentie van verzoekster verkrijgen (§ 6, lid 1, negende zin, van de Verpackungsverordnung).
- 99 Omgekeerd moeten van alle door DSD ingezamelde verpakkingen zelfs meer dan de voorgeschreven quota worden verwerkt (punt 5.1, eerste zin, van bijlage I bij

artikel 6 van de Verpackungsverordnung). Aangezien de kosten van inzameling in de onmiddellijke omgeving van de huishoudens in de regel de inkomsten uit de verkoop van hergebruikte producten overtreffen, is het van belang dat die quota niet al te zeer worden overschreden. Dit is voor verzoekster al een probleem bij papier en karton, hoewel de gedwongen verlening van licenties nog niet aan de orde is.

- 100 Het is daarom essentieel dat DSD controle blijft houden over de hoeveelheden die worden ingezameld, opdat de voorgeschreven verwerkingsquota worden gehaald, maar niet al te zeer worden overschreden. Haar enige controlemiddel is de medewerking van de eindverbruiker, aangezien het door haar in heel Duitsland opgezette inzamelingssysteem niet kan worden gewijzigd.
- 101 Overigens zijn de herkomstfunctie en de signaalwerking van het merk volgens verzoekster al aangetast door de berichten over de bestreden beschikking in de Duitse media.
- 102 Die herkomstfunctie en signaalwerking zouden ook onvermijdelijk worden aangetast in geval van gelijktijdige deelneming aan het DSD-systeem en aan een ander duaal systeem, zoals dat van Landbell in Hessen, of een eigen systeem.
- 103 De vergunning voor het duaal systeem van Landbell kan elk moment door de autoriteiten van de deelstaat Hessen worden afgegeven. Een product nu dat in die deelstaat via het systeem van Landbell en daarbuiten via het DSD-systeem wordt verwijderd, zal in heel Duitsland op uniforme wijze met „Der Grüne Punkt” en de „Landbell-Baum” moeten worden gemerkt. De aanwezigheid van twee merktekens op één product zal onvermijdelijk leiden tot verwarring bij de verbruiker, zowel in Hessen als daarbuiten.

- 104 Wat het tweede geval betreft — verkoopverpakkingen met het „Der Grüne Punkt”-symbool worden via een eigen systeem verwijderd — wijst verzoekster op de gevolgen van de bestreden beschikking. Zo heeft een drogisterijketen leveranciers van met het „Der Grüne Punkt”-symbool gemerkte merkartikelen, zoals Procter & Gamble of Glaxo SmithKline, reeds verzocht hun verpakkingen via een eigen verwijderingssysteem te laten verwijderen.
- 105 De betrokken producenten zullen volgens verzoekster op korte termijn aan deze oproep gehoor gaan geven, vooral omdat zij dan voor het eerst van de twee belangrijkste voordelen van het merk „Der Grüne Punkt” kunnen profiteren zonder aan het DSD-systeem deel te nemen. Ten eerste vormt de bijzondere waardering voor een verpakking met dit symbool (uitspraak van het Landgericht Hamburg) een belangrijk voordeel voor producenten van merkartikelen. Ten tweede kunnen producenten en verkopers ervan uitgaan, dat op grond van de signaalwerking van het „Der Grüne Punkt”-symbool een aanzienlijk deel van de verbruikers de ten onrechte met dit symbool gemerkte verpakking niet naar de winkel zal terugbrengen, ofschoon de verpakking eigenlijk via de winkel moet worden verwijderd. De voor producenten en verkopers van merkartikelen onwenselijke „ophoping van afval in de winkel” wordt zo dus tegengegaan met behulp van een objectief onjuiste, misleidende en met de Verpackungsverordnung strijdige merkpraktijk.
- 106 Andere verkopers, zoals Aldi, Tengelmann of Rewe, zullen wegens de aantrekkelijke tarieven van de eigen afvalverwijderingssystemen dit voorbeeld spoedig volgen.
- 107 Als gevolg van een en ander zullen de verbruikers op korte termijn te maken krijgen met de situatie dat zij — zoals zij tot dusver hebben gedaan — bij de grote detailhandelsketens met het „Der Grüne Punkt”-symbool gemerkte producten aanschaffen, maar voor het eerst in de winkel „door middel van duidelijk herkenbare en leesbare schriftelijke mededelingen” erop worden geattendeerd dat zij de verpakking naar de winkel dienen terug te brengen. De mededelingsplicht van § 6, lid 1, derde zin, van de Verpackungsverordnung geldt

immers ook wanneer een verpakking ondanks het feit dat zij (ten onrechte) met het „Der Grüne Punkt”-symbool is gemerkt, niet aan het DSD-systeem deelneemt en via een eigen afvalverwijderingssysteem moet worden verwijderd. De tegenstrijdige informatie die de gebruiker op deze manier krijgt, zal volgens DSD op korte termijn leiden tot een volledige verwatering van het merk, waarvan de betekenis zal worden teruggebracht tot een „aanwijzing over een inzamelingsmogelijkheid” (punt 146 van de bestreden beschikking), zonder herkomstfunctie en zonder signaalwerking met betrekking tot de voor een specifieke verpakking voorziene wijze van verwijdering.

- 108 Ten slotte zal ingevolge artikel 5, leden 2 en 3, van de bestreden beschikking het bewijs dat voor de hoeveelheden verpakkingen met het „Der Grüne Punkt”-symbool die via een eigen systeem zijn verwijderd, de verwerkingsquota „op welke wijze ook” — om de woorden van de minister van Milieuzaken van Rheinland-Pfalz te gebruiken — zijn gehaald, door verzoekster pas kunnen worden verlangd op 1 mei van het jaar dat volgt op de verklaring volgens welke de betrokken quota zijn bereikt. De willekeur waaraan verzoekster zo wordt blootgesteld, blijkt ook uit de eerste afmeldingen die zij heeft ontvangen.

— Niet-kwantificeerbaarheid van de schade

- 109 De onmiddellijke tenuitvoerlegging van artikel 3 van de bestreden beschikking zou volgens verzoekster ernstige en onherstelbare gevolgen hebben, aangezien de materiële en immateriële schade niet te kwantificeren valt (beschikking Van den Bergh Foods/Commissie, reeds aangehaald, punt 65). Het gaat dan vooral om de schade in verband met de aantasting van de herkomstfunctie en de signaalwerking van het merk „Der Grüne Punkt”.
- 110 Bovendien zou het zeer moeilijk zijn om te bewijzen, dat de intrekking van de vergunning wegens teruglopende inzamelingsresultaten het gevolg is van een misleidende merkpraktijk en van verwatering van het merk.

De belangenafweging

- 111 Volgens DSD heeft de Commissie er geen doorslaggevend belang bij, dat de vastgestelde inbreuken in geval van verdeling van de nationale markt terstond worden beëindigd.
- 112 De regeling van § 4, lid 1, van het merktekencontract bestaat al sinds 1991 en is door de Commissie, die ervan op de hoogte was sinds de aanmelding op 2 september 1992, positief beoordeeld (zie punt 29 supra), wat bij de belangenafweging in aanmerking moet worden genomen (beschikking Van den Bergh Foods/Commissie, reeds aangehaald, punt 69).
- 113 Bovendien werpt de bestreden beschikking moeilijke vragen op met betrekking tot de werkingssfeer van artikel 82 EG, die door het Gerecht moeten worden onderzocht in het kader van het beroep in de hoofdzaak (beschikking RTE e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 14). Zo heeft de Commissie in het persbericht over de bestreden beschikking toegegeven, dat verzoekster „niet zonder meer uit eerdere beschikkingen van de Commissie of uit de rechtspraak van het Hof van Justitie kon opmaken, of haar gedrag verenigbaar was met het communautaire mededingingsrecht”.
- 114 De bestreden beschikking is volgens verzoekster in strijd met het arrest van de met kartelzaken belaste kamer van het Oberlandesgericht Düsseldorf van 11 augustus 1998, waarin met zoveel woorden wordt gezegd dat de vergoedingsregeling van het merktekencontract geen schending van het door de Commissie bedoelde voorschrift oplevert, aangezien zij rekening houdt met de legitieme belangen van de partijen bij het contract. In een dergelijk geval moet verzoeksters belang bij opschorting in beginsel het zwaarst wegen, teneinde een „situatie van rechts-onzekerheid” tot de uitspraak in de hoofdzaak te vermijden (beschikking Van den Bergh Foods/Commissie, reeds aangehaald, punt 74).

- 115 Ten slotte kan van de gebruikers van het „Der Grüne Punkt”-symbool in redelijkheid worden verlangd, dat zij dit symbool niet gebruiken wanneer zij een beroep doen op de door concurrenten van verzoekster aangeboden diensten op het gebied van afvalverwijdering. Het is in het algemeen belang dat het merk niet verwatert, aangezien het voor de verwezenlijking van de doelstellingen van de Verpackungsverordnung — het voorkomen en verwerken van verpakkingsafval en het ontlasten van het openbare afvalverwijderingssysteem — essentieel is.

Argumenten van de Commissie en van interveniënten

De fumus boni juris

- 116 Vooraf merkt de Commissie op, dat het verzoek in kort geding zich hoofdzakelijk concentreert op de vermeende gevolgen van de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking voor de rechtspositie van DSD als houder van het merk „Der Grüne Punkt”.
- 117 De Commissie splitst haar betoog op in vier onderdelen: 1) verzoeksters praktijk is onverenigbaar met artikel 82 EG; 2) de bestreden beschikking brengt de goede werking van het DSD-systeem niet in gevaar; 3) de bestreden beschikking leidt niet tot een beperking van verzoeksters rechten op het merk „Der Grüne Punkt”, en 4) de gestelde signaalwerking van het merk is irrelevant.
- 118 De Commissie brengt in de eerste plaats in herinnering, dat de vergoedingsregeling van het merktekencontract misbruik oplevert. Dit misbruik bestaat hierin, dat verzoekster haar contractpartners enerzijds verplicht om haar merkteken aan te brengen op de verpakkingen waarvoor mogelijk van de door haar aangeboden collectieve dienst gebruik zal worden gemaakt, en anderzijds

om een vergoeding te betalen voor alle verpakkingen die aldus zijn gemerkt, zelfs wanneer blijkt dat voor bepaalde hoeveelheden van die verpakkingen geen beroep wordt gedaan op die dienst. Verzoekster maakt dus misbruik van haar machtspositie door de bij haar systeem aangesloten ondernemingen te laten betalen voor niet verleende diensten.

- 119 Verzoekster maakt zich ook schuldig aan misbruik voorzover zij de toegang van concurrenten tot de markt bemoeilijkt. De verplichting om een vergoeding te betalen voor alle verpakkingen waarop haar merkteken is aangebracht, maakt dat het economisch niet interessant is om voor bepaalde hoeveelheden verpakkingen van de diensten van concurrenten gebruik te maken: de betrokken contractpartner zou dan namelijk ofwel voor die hoeveelheden een dubbele vergoeding moeten betalen, ofwel aparte verpakkings- en distributielijnen moeten invoeren. In het laatste geval zou niet meer kunnen worden geprofiteerd van de voordelen van een uniforme verpakking voor een ondernemer zich op de gemeenschappelijke markt begeeft.
- 120 Artikel 3 van de bestreden beschikking verbiedt DSD een vergoeding te vragen voor de hoeveelheden verpakkingen waarvoor geen gebruik wordt gemaakt van de door haar aangeboden collectieve dienst, zelfs wanneer op die verpakkingen het „Der Grüne Punkt”-symbool is aangebracht. Deze oplossing vloeit voort uit de door verzoekster gehanteerde vergoedingsregeling. Daar verzoekster haar contractpartners verplicht het merkteken „Der Grüne Punkt” te gebruiken en de te betalen vergoeding berekent op basis van de omvang van dit gebruik, dient elke corrigerende maatregel daarmee rekening te houden. De basis voor de bestreden beschikking is reeds gelegd in het merktekencontract, waarvan § 4, lid 1, tweede zin, bepaalt, dat zelfs in geval van het gebruik van het symbool uitzonderingen op de vergoedingsplicht mogelijk zijn.
- 121 Het misbruik blijkt volgens de Commissie uit het feit dat het voeren van verschillende verpakkings- en distributielijnen in de in de bestreden beschikking bedoelde situaties economisch niet interessant is. Verzoeksters betoog om het regendeel aan te tonen, faalt, aangezien de door haar gegeven voorbeelden buiten het bereik van de bestreden beschikking vallen. Bovendien staat een dergelijke oplossing haaks op het doel van de Verpackungsverordnung, aangezien het dan onmogelijk zou worden om te controleren hoe de eindverbruiker de ene of de andere verpakking gebruikt.

- 122 Verzoekster erkent zelf, dat het bij een uniforme verpakking onmogelijk is om bepaalde hoeveelheden wel en andere niet met het „Der Grüne Punkt”-symbool te merken. Zo staat in de aanvullende overeenkomst bij het contract over verkoopverpakkingen van kantoorartikelen te lezen:

„De verpakkingen met het merk ‚Der Grüne Punkt’ komen zowel bij particuliere eindverbruikers in de zin van § 3, lid 10, van de Verpackungsverordnung als bij de gespecialiseerde groothandel (met name centra voor kantoorbenodigdheden, computerbedrijven, specialisten in kantoormachines of winkels voor kantoor-meubilair) en rechtstreekse distributeurs terecht. Het is om technische en logistieke redenen voor de licentiehouder onmogelijk om het merken en de verkoop van zijn verpakkingen zo te organiseren, dat het gebruik van het merk in de door hem gewenste mate correspondeert met de plaats waar de gebruikte verpakkingen worden ingeleverd.”

- 123 In de tweede plaats bestrijdt de Commissie verzoeksters bewering, dat het passend is om voor de vergoeding aan te knopen bij de hoeveelheid met haar symbool gemerkte verpakkingen en niet bij de hoeveelheid verpakkingen die daadwerkelijk via haar systeem is ingezameld, en dat deze regeling dus geen misbruik oplevert.
- 124 Ten eerste falen beide argumenten waarmee verzoekster wil aantonen, dat de bestreden beschikking onmogelijk ten uitvoer kan worden gelegd.
- 125 Tegen het eerste argument, volgens hetwelk de huidige merkregeling verwarring voorkomt, brengt de Commissie in, dat de bestreden beschikking geenszins in strijd is met de in de Verpackungsverordnung geformuleerde transparantieplicht. De Commissie wijst erop, dat verzoeksters betoog uitsluitend betrekking heeft op de in de beschikking genoemde categorie II (het bestaan van concurrerende eigen verwijderingssystemen), en beklemtoont in dit verband dat het in de Verpackungsverordnung tot uitdrukking gebrachte beginsel dat de vervuiler betaalt,

van toepassing is op hoeveelheden verpakkingen en niet op concrete verpakkingen. Waar het om gaat, is dat wordt aangetoond dat bepaalde hoeveelheden verpakkingen worden hergebruikt. Tot staving van haar onjuiste bewering, dat de door haar veronderstelde merkplicht voortvloeit uit de Verpackungsverordnung, beroept verzoekster zich op misleidende citaten uit verschillende op de toepasselijke regeling betrekking hebbende documenten.

- 126 In verband met het tweede argument, betreffende het criterium aan de hand waarvan verzoekster haar diensten factureert, brengt de Commissie in herinnering, dat de door verzoekster toegepaste vergoedingsregeling uitsluitend ten doel heeft de met de exploitatie van het systeem verband houdende kosten te dekken (§ 5 van het merktekencontract). In de in de bestreden beschikking bedoelde gevallen zijn de prestatie en de vergoeding alleen al hierom niet met elkaar in evenwicht, omdat verzoekster voor een deel van de verpakkingen geen verwijderingsdienst levert, terwijl zij daarvoor toch een vergoeding ontvangt. Verzoekster voert geen enkel overtuigend argument aan dat verklaart waarom zij de vergoeding niet zou kunnen berekenen op basis van de hoeveelheid verpakkingen waarvoor daadwerkelijk een beroep wordt gedaan op haar verwijderingsdienst.
- 127 Zij stelt enkel, dat de Commissie facturering op basis van de werkelijk geleverde verwijderingsdienst verlangt. Dit is onjuist, aangezien volgens de bestreden beschikking moet worden gefactureerd op basis van de hoeveelheid verpakkingen waarvoor gebruik wordt gemaakt van de verwijderingsdienst. Deze hoeveelheid is gemakkelijk vast te stellen, aangezien de aangesloten onderneming aan verzoekster moet meedelen, voor welke hoeveelheid verpakkingen zij een beroep wil doen op haar diensten. Er zijn dus geen praktische redenen voor facturering op basis van de hoeveelheid verpakkingen waarop het „Der Grüne Punkt“-symbool is aangebracht.
- 128 Ook de merkenrechtelijke overwegingen die verzoekster aanvoert om aan te tonen dat de vergoedingsregeling geen misbruik oplevert, gaan volgens de Commissie niet op. Een merk is bedoeld om een waar of dienst te onderscheiden van of te individualiseren ten opzichte van een groot aantal soortgelijke waren of diensten. In het kader van deze onderscheidingsfunctie vervult het diverse sub-

functies. Merken kunnen waren immers niet alleen onderscheiden naar hun herkomst (onderscheidingsfunctie met betrekking tot de commerciële herkomst van de waar), maar ook naar hun kwaliteit, voorzover zij bij de afnemer het beeld kunnen oproepen van een constante kwaliteit waarop deze bij zijn aankopen kan vertrouwen (garantie- of vertrouwensfunctie). Deze laatste functie is vooral bij collectieve merken van groot belang, aangezien hier de herkomst van de van het merk voorziene waren niet met zekerheid kan worden vastgesteld. Daarnaast kan van een merk een zekere aantrekkingskracht op het publiek uitgaan, die min of meer losstaat van de betrokken waar en gebaseerd is op de kenmerken en de bekendheid van het merk (reclamefunctie).

- 129 Om te beoordelen of de rechten van een merkhouder zijn geschonden, moet het specifieke voorwerp van de merkbescherming worden bepaald. Volgens de communautaire rechtspraak, waarop verzoekster zich beroept, moet de herkomstfunctie van het merk worden beschermd. Aan deze functie van het merk wordt volgens de Commissie afbreuk gedaan, wanneer eindverbruikers of -afnemers van een dienst deze dienst wegens het eigenmachtig aangebrachte merk ten onrechte toerekenen aan de houder van het merk. Die herkomstfunctie wordt daarentegen niet aangetast, wanneer elke misleiding van de eindafnemer van een dienst is uitgesloten.
- 130 In casu bestaat de door verzoekster verleende dienst hierin, dat zij producenten en verkopers vrijstelt van hun individuele terugname- en verwerkingsplicht. De bepalingen inzake het gebruik van het merk „Der Grüne Punkt” vormen derhalve niet de essentie van het merktekencontract. De Commissie beklemtoont in dit verband, dat de licentievergoeding uitsluitend wordt berekend op basis van het gewicht of de hoeveelheid verpakkingen waarop het contract van toepassing is. Licentievergoedingen worden gewoonlijk met winstoogetmerk geheven, in ruil voor de toestemming om een immaterieel recht te gebruiken, en niet als tegenprestatie voor een dienst. Wanneer een vergoeding wordt betaald voor een dienst, houdt de vaststelling van de vergoeding immers geen rechtstreeks verband met de toestemming om een merk te gebruiken. Een licentie-overeenkomst „die de licentiehouder vrijstelt van de krachtens de Verpackungsverordnung op hem rustende terugname- en verwerkingsplicht”, is dus geen licentie-overeenkomst in eigenlijke zin.

- 131 De Commissie is het niet eens met verzoeksters stelling, dat artikel 3 van de bestreden beschikking in feite neerkomt op een gedwongen licentieverlening en de herkomst- en garantiefunctie van haar merk „Der Grüne Punkt” tenietdoet.
- 132 In de eerste plaats dwingt artikel 3 van de bestreden beschikking verzoekster niet om licenties te verlenen, wat in strijd zou zijn met artikel 21 van het TRIPS en met de rechtspraak van het Hof. De bestreden beschikking heeft namelijk geen gevolgen voor het aantal licentiehouders van verzoekster, aangezien enkel producenten en verkopers die met verzoekster een merktekencontract hebben gesloten, het merkteken „Der Grüne Punkt” op hun verpakkingen mogen aanbrengen. Hoe dan ook blijkt uit de artikelen 21 en 40, lid 2, van het TRIPS, in onderlinge samenhang bezien, dat een evenwicht mag worden nagestreefd tussen enerzijds de belangen van de eigenaar van het merk en anderzijds het algemeen belang bij een onvervalste mededinging.
- 133 Artikel 3 van de bestreden beschikking brengt volgens de Commissie voor verzoekster evenmin de verplichting mee om licenties gratis te verlenen. In ruil voor de toestemming om een merk te gebruiken, betaalt de licentiehouder namelijk een vergoeding, waarvan het bedrag kan worden bepaald op basis van het aantal in het verkeer gebrachte producten, als percentage van de omzet of aan de hand van soortgelijke criteria die een inschatting van het economisch gebruik van het merk door de licentiehouder mogelijk maken. De vergoeding kan vooraf of achteraf worden berekend, wat betekent dat bij een groot aantal berekeningsmethoden niet alle producten waarop het merk is aangebracht, voor de bepaling van het bedrag van de vergoeding in aanmerking worden genomen.
- 134 Verzoeksters stelling, dat de beschikking haar dwingt om licenties „om niet” te verlenen, zou dus enkel opgaan indien de licenties konden worden opgesplitst al naargelang voor de betrokken verpakkingen al dan niet daadwerkelijk van het collectieve systeem gebruik werd gemaakt. Dit zou enkel mogelijk zijn indien vooraf kon worden bepaald, welke verpakkingen via verzoeksters systeem zullen worden ingezameld en welke niet. Het is echter uitsluitend de verbruiker die over het lot van een concrete verpakking beslist, zodat enkel achteraf kan worden vastgesteld, wat er werkelijk met de in de handel gebrachte verpakkingen is gedaan.

- 135 Ten tijde van de licentieverlening kan dus nog niet worden bepaald, welke verpakkingen daadwerkelijk via verzoeksters systeem zullen worden ingezameld. Pas bij de vaststelling van het bedrag van de vergoeding kan in aanmerking worden genomen, of al dan niet van verzoeksters inzamelingsdienst gebruik is gemaakt. Daarom kan niet worden gezegd dat voor bepaalde verpakkingen een licentie wordt verleend zonder dat daar een vergoeding tegenover staat. Men zou hooguit kunnen stellen, dat een deel van de verpakkingen die zijn voorzien van het merk waarvoor de licentie is verleend, bij de berekening van de vergoeding buiten beschouwing wordt gelaten.
- 136 In de tweede plaats vat verzoekster volgens de Commissie de herkomstfunctie van het merk te ruim op. Zij gaat eraan voorbij dat de uiteindelijke afnemers van de door haar verleende dienst niet de eindverbruikers van het verpakte product zijn, maar de producenten of verkopers van de verpakking, die geenszins worden misleid. De stelling dat de eindverbruikers van producten op de verpakking waarvan het „Der Grüne Punkt”-symbool is aangebracht, worden misleid, is overigens door verzoekster niet afdoende onderbouwd. In elk geval zou een dergelijke misleiding nog niet betekenen, dat de herkomstfunctie van het merk „Der Grüne Punkt” werd aangetast. Voor de impact van een merk is bepalend, hoe het merk wordt opgevat door de doelgroep, in casu de eindverbruikers van consumptiegoederen, waarvan de verpakkingen via verschillende systemen kunnen worden verwijderd. De gemiddelde eindverbruiker zal het merk zien als een aanwijzing dat de verpakking via het DSD-systeem kan worden verwijderd.
- 137 Deze vaststelling is volgens de Commissie gebaseerd op het dagelijks waarneembare gedrag van de consument op het gebied van afvalverwijdering, alsook op hetgeen verzoekster zelf in haar reglement voor het gebruik van het collectieve merk over de betekenis van het „Der Grüne Punkt”-symbool opmerkt (punt 27 supra). Over het enige punt waarom het in de beschikking gaat, namelijk of de deelnemende ondernemingen een vergoeding hebben betaald die in verhouding staat tot hun gebruik van verzoeksters verwijderingssysteem, maakt de consument zich ongetwijfeld net zo weinig druk als over andere details betreffende de wijze waarop dit systeem of andere systemen zijn georganiseerd.

- 138 De Commissie is voorts van mening, dat verzoekster de uitspraken van de verschillende Duitse rechterlijke instanties over het merk uit hun verband heeft gehaald en dus verkeerd heeft weergegeven.
- 139 Met betrekking tot de beweerde gevolgen voor de „garantie”- of vertrouwensfunctie van het merk merkt de Commissie op, dat het feit dat in bepaalde gebieden meerdere mogelijkheden voor de verwijdering van verpakkingsafval bestaan, de consument niet de mogelijkheid ontnemt om verpakkingen waarop het merk is aangebracht, in de inzamelcontainers van het DSD-systeem te werpen. De vertrouwensfunctie van het merk zou enkel worden uitgehold wanneer de aan een ander systeem deelnemende verpakkingen nooit door verzoekster werden verwijderd. Dit is echter om praktische redenen niet het geval. Volgens de Commissie zullen ook in de toekomst alle verpakkingen met het „Der Grüne Punkt”-symbool via verzoeksters systeem worden verwijderd, indien de consument daarvoor kiest. Voor de consument blijft de vertrouwensfunctie van het merk in zoverre dus onaangetaast.
- 140 De Commissie besluit haar betoog met de opmerking, dat de „signaalwerking” van het merk „Der Grüne Punkt” merkenrechtelijk irrelevant is.

De spoedeisendheid

- 141 Volgens de Commissie is niet aan de voorwaarde van spoedeisendheid voldaan.
- 142 In de eerste plaats geeft verzoekster geen antwoord op de vraag, waarin de door haar gestelde schade precies bestaat. Zij heeft het over immateriële schade als gevolg van de uitholling van de functies van het merk, en over materiële schade wegens het dreigende verlies van haar vergunning. Die materiële schade is volledig uit de lucht gegrepen. Wanneer de ingezamelde hoeveelheden verpakkingsafval slinken, betekent dit dat er minder van verzoeksters verwijderings-

dienst gebruik wordt gemaakt. Waar de te behalen verwerkingsquota worden bepaald op basis van de aan verzoeksters eigen systeem deelnemende hoeveelheid verpakkingen, heeft de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking geen consequenties voor de mogelijkheid om die quota te bereiken.

- 143 Verzoekster heeft in het openbaar uitspraken gedaan die op gespannen voet staan met haar bewering, dat de tenuitvoerlegging van de beschikking tot een onomkeerbare aantasting van haar merk zou leiden en bovendien de goede werking van haar systeem in het algemeen in gevaar zou brengen. In het document „Hintergrundinformationen zur Auseinandersetzung zwischen der EU-Kommission und der Duales System Deutschland AG” („Achtergrondinformatie over het conflict tussen de Europese Commissie en Duales System Deutschland AG”), dat zij zowel via internet heeft verspreid als aan haar contractpartners heeft toegezonden, merkt verzoekster over de consequenties van de beschikking namelijk het volgende op:

„De Europese Commissie heeft bevestigd dat voor alle verpakkingen met ‚Der Grüne Punkt’ die aan het DSD-systeem deelnemen, een onbeperkt recht op vergoeding bestaat en dat dit systeem voor het overige niet ter discussie dient te worden gesteld. Het betreft hier in het bijzonder alle aan particuliere eindverbruikers afgegeven verpakkingen, die naar schatting meer dan 85 % van de aan het DSD-systeem deelnemende verpakkingen uitmaken. In zoverre wordt de economische kernactiviteit van DSD niet geraakt.”

- 144 Uit deze overtuiging van verzoekster blijkt, dat het merk geen cruciale betekenis kan hebben voor de werking van het systeem. Hoe dan ook is het onjuist om te stellen, dat het „Der Grüne Punkt”-symbool voor verzoekster het enige middel is om invloed uit te oefenen op het gedrag van de eindverbruiker waar het de verwijdering van verpakingsafval betreft. Deze bewering wordt net zo min onderbouwd als verzoeksters bewering dat de bestreden beschikking gevolgen heeft voor haar inzamelingsresultaten, en haar bewering dat de berichtgeving in de media, en niet de beschikking zelf, „het vertrouwen van de consument aan het wankelen heeft gebracht en daarmee tot een verwatering van het merk heeft geleid”.

- 145 Het door verzoekster genoemde voorbeeld, te weten het systeem dat Landbell voornemens is in te voeren in de deelstaat Hessen, is volgens de Commissie niet representatief voor de gestelde verwarring bij de consument doordat op één product twee merktekens zijn aangebracht, al was het maar omdat Landbell van plan is daar dezelfde inzamelcontainers te gebruiken als verzoekster. Ook waar het andere deelstaten dan Hessen betreft, ziet de Commissie niet in, hoe het aanbrenge van een extra symbool, dat elders praktisch geen betekenis heeft, tot „verwarring” zou kunnen leiden. Volgens haar kan uit een dergelijke situatie niet worden afgeleid, dat de consument een kartonnen verpakking bij het restafval zal zetten in plaats van in de container voor papier en karton te werpen. Indien verzoeksters — niet gestaafde — bewering juist was, zou elk ander teken dat naast „Der Grüne Punkt” wordt gebruikt, tot verwatering van dit symbool kunnen leiden. Men behoeft echter maar een gangbare verpakking te bekijken om te kunnen concluderen, dat het gedrag van de consument op het gebied van afvalverwijdering niet zal worden beïnvloed door het feit dat op die verpakking meerdere tekens zijn aangebracht. Er zijn andere manieren dan het merkteken om dat gedrag te beïnvloeden, zoals informatiefolders als die welke door de gemeenten worden verspreid.
- 146 De Commissie merkt voorts op, dat de in een concreet geval gehaalde verwerkingsquota niet noodzakelijkerwijs de inzamelingsquota, doch slechts een economische realiteit weerspiegelen. Zo kunnen van de samengestelde materialen de secundaire grondstoffen slechts met verlies worden verkocht. Noch verzoekster, noch de afvalverwerkingsbedrijven hebben dus belang bij een aanzienlijke overschrijding van het verwerkingsquotum. Voor papier en karton daarentegen liggen de marktprijzen goed. De overeenkomsten met de afvalverwerkingsbedrijven zijn zo opgesteld, dat verzoekster geen financieel nadeel ondervindt van een overschrijding van het quotum, aangezien de aan die bedrijven te betalen vergoedingen beperkt zijn. Wegens de gunstige marktprijzen zullen de afvalverwijderingsbedrijven evenmin financieel nadeel lijden.
- 147 In het kader van haar betoog betreffende de spoedeisendheid stelt verzoekster wederom, dat de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking afbreuk zou doen aan haar merk „Der Grüne Punkt”. Zij baseert zich daarbij op het feit dat eenieder „naar believen” en onafhankelijk van de deelneming aan haar systeem het merkteken „Der Grüne Punkt” zou kunnen gebruiken. Dit is volgens de Commissie echter niet het geval. Het merk kan beslist niet „naar believen”

worden gebruikt, doch enkel in de duidelijk omschreven gevallen waarin bij een uniforme verpakking een deel door verzoekster wordt verwijderd en voor het resterende gedeelte een bewijsplicht geldt. Zoals is opgemerkt, zal volgens verzoeksters eigen schatting de beschikking gevolgen hebben voor 15 % van de verpakkingen waarvoor zij contracten heeft afgesloten.

- 148 Voorzover verzoeksters betoog inzake de voorwaarde van spoedeisendheid betrekking heeft op het ontbreken van misbruik van machtspositie, verwijst de Commissie naar hetgeen zij in verband met de *fumus boni juris* heeft gezegd.
- 149 De Commissie erkent, dat aan het merk afbreuk zou kunnen worden gedaan indien het merkteken werd gebruikt door personen die niet bij verzoeksters systeem zijn aangesloten of van verzoekster een licentie hebben gekregen. De bestreden beschikking heeft haars inziens echter niet een dergelijk gebruik van het merkteken tot gevolg, noch belet zij verzoekster — anders dan zij stelt — om maatregelen te nemen teneinde ongeoorloofd gebruik van het merk tegen te gaan.
- 150 Anders dan verzoekster stelt, bestaat volgens de Commissie niet het risico dat het merk wordt doorgehaald, aangezien de bestreden beschikking noch afbreuk doet aan de herkomstfunctie als specifiek voorwerp van het merkrecht, noch aan de vertrouwensfunctie van het merk. De door het merk overgebrachte boodschap wordt niet gewijzigd.
- 151 Intervenienten zijn van mening, dat verzoekster geen ernstige en onherstelbare schade zal lijden indien de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking niet wordt opgeschort.
- 152 Zij sluiten zich aan bij de analyse van de Commissie en verwijzen daarbij naar het document dat verzoekster via internet heeft verspreid.

- 153 Landbell merkt nog op, dat zij op korte termijn uitsluitend in Hessen actief zal zijn en dat haar toetreding tot de markt slechts beperkte gevolgen voor de mededinging zal hebben. Op 31 december 1999 vertegenwoordigde de bevolking van de deelstaat Hessen ongeveer 7,31 % van de totale bevolking van de Bondsrepubliek Duitsland; de via haar systeem verwijderde verkoopverpakkingen zullen niet meer dan 10 % van de totale hoeveelheid verpakkingsafval uitmaken.
- 154 BellandVision voert aan, dat slechts een beperkte hoeveelheid verpakkingen via een eigen systeem kan worden teruggenomen. Volgens § 6, lid 1, van de Verpackungsverordnung moeten de verpakkingen namelijk worden teruggenomen op de plaats van levering aan de eindverbruiker. Dit betekent dat inzameling in de onmiddellijke omgeving van de huishoudens — via de „gele tonnen” — niet mogelijk is. Verwijdering via een eigen systeem is dus enkel mogelijk voor die verpakkingen die op de feitelijke plaats van levering aan de eindverbruiker kunnen worden teruggenomen, wat bij 10 à 15 % van alle verpakkingen het geval is.
- 155 Volgens Landbell en BellandVision kan de bestreden beschikking ook niet tot een lagere winst voor DSD leiden.
- 156 Ofschoon de concurrentie wel tot gevolg kan hebben dat verzoeksters omzet iets terugloopt, is een daling van haar winst uitgesloten. Het merktekencontract garandeert verzoekster namelijk een vergoeding die haar kosten dekt. Zij heeft zich zelfs ertoe verbonden, met haar activiteiten geen winst na te streven. Ten slotte leidt een vermindering van de aan het DSD-systeem deelnemende hoeveelheden verpakkingen automatisch tot een verlaging van het bedrag van de aan de afvalverwijderingsbedrijven te betalen vergoedingen.
- 157 Verzoeksters activiteit is niet gericht op het behalen van winst. Volgens § 4, lid 3, van het contract worden de vergoedingen zonder winstmarge berekend. Luidens

het contract dienen zij uitsluitend voor de dekking van de kosten van de inzameling, sortering en verwerking en de noodzakelijke administratieve werkzaamheden (systeemkosten). Volgens § 4, lid 3, van het contract kunnen de vergoedingen bovendien met een zodanig bedrag worden verhoogd of verlaagd, dat „de systeemkosten gedifferentieerd naar de soort materiaal worden aangerekend op grond van het beginsel dat de vervuiler betaalt”.

- 158 Waar verzoekster aan de inkomstenkant de dekking van haar kosten gewaarborgd ziet, leidt aan de uitgavenkant elke vermindering van de aan het DSD-systeem deelnemende hoeveelheid verpakkingen tot een verlaging van het bedrag van de aan de afvalverwijderingsbedrijven te betalen vergoedingen. Volgens § 7.3 van de met de verschillende afvalverwijderingsbedrijven gesloten overeenkomsten dienen de hoeveelheden verpakkingen die buiten het duaal systeem om worden ingezameld en verwerkt, automatisch in mindering te worden gebracht op de hoeveelheid waarvoor een vergoeding moet worden betaald. De acquisitiesuccessen van verzoeksters concurrenten zullen dus automatisch tot een overeenkomstige verlaging van verzoeksters kosten leiden.
- 159 Ten slotte beklemtonen Landbell en BellandVision dat verzoekster, mocht het beroep in de hoofdzaak slagen, haar monopoliepositie op de markt zal terugkrijgen.

De belangenafweging

- 160 De Commissie bestrijdt de argumenten die verzoekster aanvoert om aan te tonen, dat haar belang bij opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking het zwaarst moet wegen.

- 161 Tegen het argument dat de vergoedingsregeling dateert van 1991, brengt zij in, dat zij haar bedenkingen ten aanzien van die regeling reeds vanaf 1997 kenbaar heeft gemaakt.
- 162 In de tweede plaats kan verzoekster zich niet beroepen op het succes van haar concurrenten, aangezien dezen economisch gezien bij haar in het niet vallen. De eigen inzamelingsystemen zullen in geval van opschorting van de tenuitvoerlegging juist nog verder aan concurrentiekracht inboeten, aangezien potentiële afnemers wegens het risico van een dubbele vergoedingsplicht trouw zullen blijven aan verzoekster. Het eerste concurrerende collectieve systeem zal alleen kans van slagen hebben indien de bestreden beschikking ten uitvoer wordt gelegd.
- 163 In de derde plaats is de bestreden beschikking volgens de Commissie niet in strijd met het arrest van het Oberlandesgericht Düsseldorf. Hoe dan ook maakt verzoekster niet duidelijk, waarom een dergelijk conflict de opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschikking zou rechtvaardigen (arrest Hof van 14 december 2000, Masterfoods en HB, C-344/98, Jurispr. blz. I-1369, punten 48 en 53). Bovendien heeft dat arrest geen kracht van gewijsde en betreft het een situatie waarop de bestreden de beschikking niet van toepassing is, namelijk de behandeling van een deel van de verpakkingen in de industrie.
- 164 Vfw en BellandVision voeren aan, dat de opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking hun concurrentiepositie ernstig zal schaden. Voor de afnemers blijft dan namelijk het gevaar bestaan, dat zij een dubbele vergoeding moeten betalen, namelijk zowel een vergoeding aan interveniënten voor de door hen verleende diensten, als een vergoeding aan DSD wegens het enkele gebruik van het merkteken „Der Grüne Punkt” op de verpakking.
- 165 Landbell stelt zich op het standpunt, dat de opschorting van de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking haar toetreding tot de betrokken markt onmogelijk zal maken.

2. Beoordeling door de rechter in kort geding

De fumus boni juris

- ¹⁶⁶ Het gebod in artikel 3, eerste alinea, van de bestreden beschikking, waarvan verzoekster de tenuitvoerlegging opgeschort wenst te zien, luidt als volgt:

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

- ¹⁶⁷ Artikel 3 van de bestreden beschikking is vastgesteld op basis van artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 (punt 161 van de bestreden beschikking). Volgens deze bepaling kan de Commissie, indien zij een inbreuk op onder meer artikel 82 EG vaststelt, de betrokken ondernemingen bij beschikking verplichten aan de inbreuk een einde te maken.

- ¹⁶⁸ Het is vaste rechtspraak, dat de toepassing van artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 het verbod kan omvatten, zekere activiteiten, praktijken of toestanden te continueren, waarvan de onrechtmatigheid is vastgesteld (arresten Hof van 6 maart 1974, Istituto Chemioterapico Italiano en Commercial Solvents/Commissie, 6/73 en 7/73, Jurispr. blz. 223, punt 45, en RTE en ITP/Commissie, reeds

aangehaald, punt 90), doch ook het verbod van gelijkaardige gedragingen in de toekomst (arrest Gerecht van 6 oktober 1994, Tetra Pak/Commissie, T-83/91, Jurispr. blz. II-755, punt 220).

169 Voorzover de toepassing van artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 moet zijn afgestemd op de vastgestelde inbreuk, is de Commissie bovendien bevoegd te preciseren, aan welke verplichtingen de betrokken ondernemingen moeten voldoen om een einde aan deze inbreuk te maken. Dergelijke op de ondernemingen rustende verplichtingen mogen evenwel niet verder gaan dan hetgeen passend en noodzakelijk is om het gestelde doel te bereiken, namelijk het herstel van een rechtsconforme toestand (arrest RTE en ITP/Commissie, reeds aangehaald, punt 93; in dezelfde zin arresten Gerecht van 8 juni 1995, Langnese-Iglo/Commissie, T-7/93, Jurispr. blz. II-1533, punt 209, en Schöller/Commissie, T-9/93, Jurispr. blz. II-1611, punt 163).

170 In casu moet artikel 1 van de bestreden beschikking worden uitgelegd in het licht van de motivering van de beschikking (arrest Hof van 16 december 1975, Suiker Unie e.a./Commissie, 40/73—48/73, 50/73, 54/73—56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, punt 122), in het bijzonder van punt 163, dat luidt:

„De inbreuk bestaat erin dat DSD op grond van paragraaf 4, punt 1, eerste zin, en paragraaf 5, punt 1, eerste zin, van het merktekencontract de betaling van de licentievergoeding voor de totale hoeveelheid van de in Duitsland met het ‚Der Grüne Punkt‘-symbool in de handel gebrachte verkoopverpakkingen ook dan verlangt, wanneer overeenkomstig paragraaf 2 van het merktekencontract slechts voor delen van deze hoeveelheid of in het geheel niet van de bevrijdingsdienst wordt gebruikgemaakt. Paragraaf 4, punt 1, tweede zin, van het merktekencontract voorziet weliswaar in de mogelijkheid van uitzonderingsregelingen, maar DSD heeft geweigerd voor de gevallen van de categorieën I en II toezeggingen te doen die aan het misbruik een einde zouden hebben gemaakt en als uitzonderingsregeling in de overeenkomsten zouden zijn opgenomen.”

- 171 Aan de vaststelling van deze inbreuk liggen de bepalingen van het merkteken-contract ten grondslag, volgens welke enerzijds de bij het DSD-systeem aangesloten producenten en/of verkopers verplicht zijn het merkteken „Der Grüne Punkt” op de verkoopverpakkingen voor binnenlands gebruik aan te brengen (§ 3, lid 1, van het contract), terwijl anderzijds de verplichting om aan DSD een vergoeding te betalen, ontstaat door het enkele feit dat de verpakkingen van dat merkteken worden voorzien (§ 4, lid 1, van het contract), zelfs wanneer de afnemers voor een bepaald gedeelte van hun verpakkingen geen gebruikmaken van verzoeksters verwijderingsdienst.
- 172 Aangezien DSD de enige onderneming is die een zich over het hele Duitse grondgebied uitstrekkend collectief systeem exploiteert, zouden de producenten en/of verkopers verplicht zijn van dit systeem gebruik te maken. Zij zouden bijgevolg ook verplicht zijn het merkteken „Der Grüne Punkt” op al hun verpakkingen aan te brengen. Bovendien zou het om economische, technische en met de verkooplogistiek verband houdende redenen voor producenten en/of verkopers die voor een deel van hun verpakkingen gebruik wensen te maken van de diensten van een ander collectief systeem, zo dit bestond, of van een eigen systeem, onmogelijk zijn om het „Der Grüne Punkt”-symbool uitsluitend aan te brengen op die verpakkingen welke zij via het DSD-systeem willen laten verzamelen.
- 173 Aangezien de verplichting tot betaling van een vergoeding aan DSD reeds door het enkele aanbrenge van het merkteken op de verkoopverpakking en niet door de daadwerkelijk geleverde verwijderingsdienst ontstaat, zouden producenten en/of verkopers bij gelijktijdige deelneming aan het DSD-systeem en aan een eigen systeem of een concurrerend collectief systeem, zo dit bestond, twee vergoedingen moeten betalen.
- 174 Ofschoon verzoekster geen opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 1 van de bestreden beschikking vordert, blijkt uit haar verzoekschrift, dat zij het bestaan van het haar verweten misbruik van machtspositie uitdrukkelijk ontkent.

- 175 Derhalve moet worden nagegaan, of de verplichtingen die artikel 3 van de bestreden beschikking verzoekster in het licht van de vaststelling van misbruik van machtspositie oplegt, rechtmatig zijn. Daartoe dient allereerst de omvang van die verplichtingen te worden bepaald.
- 176 Uit de tekst van artikel 3 van de bestreden beschikking volgt, dat producenten of verkopers die met verzoekster een merktekencontract hebben gesloten, het merkteken „Der Grüne Punkt” op al hun verkoopverpakkingen aanbrengen, dat deze producenten of verkopers de mogelijkheid hebben hun verpakkingsafval via een eigen systeem of via een met het DSD-systeem concurrerend collectief systeem te laten verwijderen, en dat de door DSD ontvangen vergoeding in overeenstemming moet zijn met de daadwerkelijk door haar geleverde diensten. De belangrijkste consequentie van artikel 3 van de bestreden beschikking is derhalve, dat het de bij het DSD-systeem aangesloten ondernemingen wordt toegestaan om het „Der Grüne Punkt”-symbool ook aan te brengen op verkoopverpakkingen die niet via het DSD-systeem zullen worden verwijderd.
- 177 Deze mogelijkheid om het „Der Grüne Punkt”-symbool aan te brengen op verkoopverpakkingen die niet via het DSD-systeem zullen worden verwijderd en waarvoor verzoekster geen vergoeding zal ontvangen, vormt het kernpunt van de kritiek van DSD, die in wezen betoogt dat de vergoedingsregeling gerechtvaardigd is uit hoofde van merkenrechtelijke overwegingen en dat het haar verweten misbruik dus niet bestaat. Nu er geen sprake is van misbruik van machtspositie, komt volgens verzoekster aan artikel 3 van de bestreden beschikking de grondslag te ontvallen. Meer in het bijzonder merkt verzoekster op, dat indien op alle verpakkingen zonder onderscheid het merkteken „Der Grüne Punkt” mocht worden aangebracht, afbreuk zou worden gedaan aan de herkomstfunctie en de signaalwerking van dit merk en de in de Verpackungsverordnung geformuleerde transparantieplicht zou worden miskend. Als gevolg van de bestreden beschikking zou het met andere woorden voor de eindverbruiker onmogelijk worden om te weten, of een verpakking met het „Der Grüne Punkt”-symbool onder het verwijderingssysteem van DSD dan wel onder dat van een derde valt, en dus of die verpakking via de containers van DSD dan wel via die van een derde moet worden verwijderd.
- 178 De Commissie is de mening toegedaan, dat de bestreden beschikking in geen enkel opzicht afbreuk doet aan de herkomstfunctie van het merk, aangezien dit

merk enkel bedoeld is om de eindverbruiker erop attent te maken dat verpakkingen met het „Der Grüne Punkt”-symbool via het DSD-systeem kunnen worden verwijderd. Bij gebreke van een rechtvaardiging voor de vergoedingsregeling is er volgens de Commissie sprake van misbruik, waaraan een einde moet worden gemaakt.

- 179 Welbeschouwd draait het in deze zaak primair om de vraag, of de door de merkgerechtigde opgelegde vergoedingsregeling haar rechtvaardiging vindt in de noodzaak het specifieke voorwerp van het merkrecht veilig te stellen, dan wel, anders geformuleerd, of het merkrecht in de omstandigheden van het onderhavige geval door verzoekster wordt gebruikt als instrument om haar machtspositie te misbruiken. Nagegaan moet dus worden, of de Commissie heeft aangetoond dat verzoeksters gedrag niet in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel.
- 180 Slechts wanneer blijkt dat de door de Commissie gehekelde bepalingen van het merktekencontract verder gaan dan voor het behoud van de wezenlijke functie van het merkrecht noodzakelijk is, zou dus kunnen worden geconcludeerd, dat verzoekster zich inderdaad jegens de bij haar systeem aangesloten ondernemingen schuldig maakt aan misbruik van machtspositie.
- 181 Artikel 295 EG bepaalt: „Dit Verdrag laat de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet.”
- 182 Aangezien het merkrecht een uitsluitend recht is, kan de houder van het recht een derde al dan niet toestemming geven om zijn recht te gebruiken en, in het eerste geval, het gebruik tegen betaling van een vergoeding toestaan. De houder van een recht van intellectuele eigendom heeft dus de mogelijkheid de mededinging te beperken, teneinde de essentie van zijn uitsluitend recht te beschermen. Zo heeft het Hof in het arrest Volvo, reeds aangehaald, verklaard (punt 8), dat de weigering van een automobielconstructeur om licenties te verlenen aan derden die

bij de productie en verkoop van beschermde carrosserie-onderdelen met hem willen concurreren, op zich geen misbruik van machtspositie kan opleveren. Een uitlegging in tegengestelde zin zou namelijk het specifieke voorwerp van het betrokken recht van intellectuele eigendom hebben aangetast.

183 Merkrechten zijn bovendien een essentieel onderdeel van het stelsel van onvervalste mededinging, dat het Verdrag wil vestigen en handhaven (arrest Hof van 17 oktober 1990, HAG GF, bekend als „HAG II”, C-10/89, Jurispr. blz. I-3711, punt 13). In een dergelijk stelsel moeten de ondernemingen de clientèle door de kwaliteit van hun producten of diensten aan zich kunnen binden, hetgeen slechts mogelijk is wanneer er onderscheidingstekens bestaan, met behulp waarvan die producten en diensten kunnen worden geïdentificeerd (arrest Hof van 11 november 1997, Loendersloot, C-349/95, Jurispr. blz. I-6227, punt 22).

184 Zo gezien is de wezenlijke functie van het merk daarin gelegen, dat aan de consument of de eindverbruiker met betrekking tot de gemerkte waren of diensten de identiteit van de oorsprong wordt gewaarborgd, in dier voege dat hij deze zonder gevaar voor verwarring van waren of diensten van andere herkomst kan onderscheiden (zie onder meer arresten Hof van 23 mei 1978, Hoffmann-La Roche, 102/77, Jurispr. blz. 1139, punt 7; 10 oktober 1978, Centrafarm, 3/78, Jurispr. blz. 1823, punten 11 en 12, en 29 september 1998, Canon, C-39/97, Jurispr. blz. I-5507, punt 28).

185 De vraag, of de contractuele voorwaarden die DSD haar contractpartners oplegt wanneer het gebruik van het „Der Grüne Punkt”-symbool niet samenvalt met het daadwerkelijke gebruik van de door haar aangeboden verwijderingsdienst, absoluut noodzakelijk zijn om de wezenlijke functie van het merk „Der Grüne Punkt” te beschermen, zoals verzoekster stelt, dan wel onbillijk in de zin van artikel 82, tweede alinea, sub a, EG zijn en derhalve misbruik opleveren, zoals de Commissie beweert (punten 111—113 van de bestreden beschikking), is evenwel niet eenvoudig te beantwoorden. Daartoe dient met name te worden nagegaan, of de verkoopverpakkingen waarop dat merkteken is aangebracht, door de eindverbruiker daadwerkelijk in verband worden gebracht met de door DSD opgezette dienst voor de verwijdering van verpakkingsafval. De beantwoording

van deze vragen vergt een grondige analyse, die evenwel niet kan plaatsvinden in het kader van het onderzoek door de kortgedingrechter, of het beroep in de hoofdzaak op het eerste gezicht gegrond lijkt.

- 186 Gelet op het voorgaande kan niet worden gesteld, dat verzoeksters middelen feitelijk en rechtens op het eerste gezicht iedere grondslag missen.

De spoedeisendheid en de belangenafweging

- 187 Volgens vaste rechtspraak geldt bij de beoordeling van de spoedeisendheid van een verzoek in kort geding als maatstaf, of een voorlopige beslissing noodzakelijk is ter voorkoming van ernstige en onherstelbare schade voor de partij die om de voorlopige maatregel verzoekt. Die partij moet het bewijs leveren, dat zij niet op de uitspraak in de hoofdzaak kan wachten zonder ernstige en onherstelbare schade te lijden (beschikking van de president van het Gerecht van 15 juli 1998, Prayon-Rupel/Commissie, T-73/98 R, Jurispr. blz. II-2769, punt 36, en beschikking van de president van het Hof van 12 oktober 2000, Griekenland/Commissie, C-278/00 R, Jurispr. blz. I-8787, punt 14).
- 188 Er behoeft niet met absolute zekerheid te worden aangetoond dat schade dreigt, doch het is, in het bijzonder wanneer het intreden van de schade afhangt van een geheel van factoren, voldoende dat de schade met een voldoende mate van waarschijnlijkheid valt te voorzien (beschikking Commissie/Atlantic Container Line e.a., reeds aangehaald, punt 38, en beschikking van de president van het Gerecht van 8 december 2000, BP Nederland e.a./Commissie, T-237/99 R, Jurispr. blz. II-3849, punt 49). De partij die om de voorlopige maatregel verzoekt, blijft echter gehouden de feiten te bewijzen waarop zij haar verwachting van die ernstige en onherstelbare schade baseert [beschikking van de president van het Hof van 14 december 1999, HFB e.a./Commissie, C-335/99 P(R), Jurispr. blz. I-8705, punt 67].

- 189 In casu heeft de onmiddellijke tenuitvoerlegging van artikel 3 van de bestreden beschikking tot gevolg, dat de bij het DSD-systeem aangesloten ondernemingen niet langer verplicht zijn aan DSD een vergoeding te betalen voor de hoeveelheden met het „Der Grüne Punkt”-symbool in Duitsland in de handel gebrachte verpakkingen waarvoor zij geen gebruikmaken van de dienst die hen vrijstelt van de in de Verpackungsverordnung neergelegde terugname- en verwerkingsplicht, en waarvoor op een andere wijze aan die verplichtingen wordt voldaan.
- 190 Wanneer de opschorting wordt geweigerd, zal volgens verzoekster ernstige en onherstelbare schade worden toegebracht aan haar merk, met als gevolg dat het door haar opgezette collectieve systeem zal worden ondermijnd. Die schade valt bovendien niet te kwantificeren en is daardoor onherstelbaar.
- 191 Het is in casu evenwel niet aangetoond, dat het DSD-systeem zal worden ondermijnd. Geen van de elementen die verzoekster tot staving van deze bewering heeft aangevoerd, is namelijk rechtens genoegzaam bewezen.
- 192 In de eerste plaats kan verzoeksters conclusie, dat met een voldoende mate van zekerheid valt te verwachten dat het merk „Der Grüne Punkt” wegens het verlies van zijn onderscheidend vermogen zal worden doorgehaald, niet worden gedeeld. Of dit daadwerkelijk zal gebeuren, hangt namelijk af van een aantal factoren, in het bijzonder van de intensiteit van de concurrentie die DSD zal ondervinden op de markt voor de organisatie van de terugname en verwerking van de bij particuliere verbruikers in Duitsland ingezamelde gebruikte verkoopverpakkingen. Voorsnog betreft het hier dus een hypothetische schade. Bovendien kan de rechter in kort geding zijn beoordeling niet in de plaats stellen van die van de nationale autoriteiten die bevoegd zijn om — uitsluitend op grond van het toepasselijke nationale recht — vast te stellen, of aan de voorwaarden voor doorhaling van het collectieve merk is of zal worden voldaan.

- 193 In de tweede plaats bestaat volgens verzoekster het gevaar dat het merkrecht definitief verloren gaat. Zij zou zich niet langer op basis van het merkenrecht kunnen verweren tegen ondernemingen die het merk „Der Grüne Punkt” gebruiken zonder over een licentie te beschikken.
- 194 Dienaangaande moet worden beklemtoond, dat de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking dat effect niet kan hebben, aangezien de Commissie geenszins betwist dat het recht om verkoopverpakkingen van het merkteken „Der Grüne Punkt” te voorzien, enkel toekomt aan degenen die met DSD een merktekencontract hebben gesloten. De bestreden beschikking heeft dus niet tot gevolg, dat dit merkteken voortaan ook mag worden gebruikt door producenten of verkopers die niet bij het DSD-systeem zijn aangesloten.
- 195 Bovendien toont verzoekster niet aan, waarom de bestreden beschikking haar het recht zou ontnemen om gerechtelijke stappen te ondernemen teneinde het gebruik van haar merkteken door een derde die geen merktekencontract met haar heeft gesloten, te doen verbieden.
- 196 In de derde plaats zou volgens verzoekster het zonder onderscheid aanbrengen van het merkteken op de verkoopverpakkingen de signaalwerking van het merk definitief aantasten, aangezien het voor de eindverbruiker dan niet meer duidelijk is, of een aldus gemerkte verpakking via de inzamelcontainers van DSD dan wel via die van een derde moet worden verwijderd. Die aantasting van de signaalwerking zou ertoe kunnen leiden, dat de door de Verpackungsverordnung voorgeschreven verwerkingsquota niet meer kunnen worden gehaald. In dat geval zou de vergunning voor het DSD-systeem kunnen worden ingetrokken (§ 6, lid 4, van de Verpackungsverordnung).
- 197 Het is volgens verzoekster essentieel dat zij controle blijft houden over de hoeveelheden ingezameld verpakkingsafval — die afhangen van de medewerking van de eindverbruiker — opdat de voorgeschreven verwerkingsquota worden gehaald, doch niet al te zeer worden overschreden.

- 198 Overigens zijn de herkomstfunctie en de signaalwerking van het merk volgens verzoekster reeds aangetast door de berichten over de bestreden beschikking in de Duitse media.
- 199 Die herkomstfunctie en signaalwerking zouden ook onvermijdelijk worden aangetast in geval van gelijktijdige deelneming aan het DSD-systeem en aan een ander duaal systeem, zoals dat van Landbell in Hessen, of een eigen systeem.
- 200 Om te beginnen zij eraan herinnerd, dat de voor een voorlopige maatregel vereiste spoedeisendheid moet voortvloeien uit de bestreden handeling (zie onder meer beschikking Free Trade Foods/Commissie, reeds aangehaald, punt 59). De wijze waarop in de Duitse pers over de bestreden beschikking is bericht en het eventuele nadeel dat verzoekster daarvan heeft ondervonden, zijn derhalve voor de onderhavige beoordeling irrelevant.
- 201 Voorts heeft verzoekster de gestelde schade onvoldoende aannemelijk gemaakt om te kunnen concluderen, dat aan de voorwaarde van spoedeisendheid is voldaan. Zij heeft niet aangetoond dat het als gevolg van de bestreden beschikking nog vóór de uitspraak ten gronde voor de verbruiker niet meer duidelijk zal zijn, in welke inzamelcontainer de verpakkingen moeten worden geworpen. In dit verband moeten de twee in de beschikking bedoelde soorten situaties achtereenvolgens worden onderzocht.
- 202 Voorzover het product met het „Der Grüne Punkt“-symbool via een eigen systeem wordt verwijderd, moet de verkoper volgens de Verpackungsverordnung de verbruiker „door middel van duidelijk herkenbare en leesbare schriftelijke mededelingen” erop wijzen dat de verpakking op of in de onmiddellijke omgeving van de feitelijke plaats van levering wordt teruggenomen (§ 6, lid 1, derde zin, van de Verpackungsverordnung). Volgens verzoekster kan een dergelijke mededeling over de terugname van de verpakking waarop het „Der Grüne Punkt”-

symbool is aangebracht, de verbruiker in verwarring brengen. Hiermee is het gestelde feit echter nog niet bewezen. Het is immers niet gezegd, dat de duidelijke schriftelijke mededeling door de verbruiker niet zal worden begrepen of opgevolgd. Met evenveel recht zou omgekeerd kunnen worden gesteld, dat het feit dat in de winkel wordt gewezen op de mogelijkheid om de verpakking op of in de onmiddellijke omgeving van de feitelijke plaats van levering in te leveren, beslissend is, aangezien het altijd in het belang van de verkoper is, dat de informatie die hij de verbruiker volgens de wet dient te verstrekken, de doorslag geeft.

203 Voorzover de verpakking met het „Der Grüne Punkt”-symbool via een ander collectief systeem wordt verwijderd, is verzoeksters betoog niet overtuigend. Het gevaar dat de verbruiker in verwarring wordt gebracht, bestaat vooralsnog niet, aangezien er thans geen concurrerend collectief systeem operationeel is. Zoals tijdens de hoorzitting in herinnering is gebracht, is het collectieve systeem van Landbell AG, dat uitsluitend in de deelstaat Hessen van toepassing zal zijn, nog niet overeenkomstig § 6, lid 3, van de Verpackungsverordnung door de bevoegde autoriteiten goedgekeurd. Voorts mist verzoeksters bewering, dat de aanwezigheid van twee merktekens op één product de verbruiker in Hessen in verwarring zal brengen, „aangezien het voor hem niet duidelijk [zal zijn] dat de betrokken verpakking, waarop in elk geval ook het ‚Der Grüne Punkt’-symbool is aangebracht, niet aan DSD-systeem deelneemt en dus niet in de inzamelcontainers van DSD moet worden geworpen (verlies van de negatieve appelfunctie van het merk)” (punt 88 van het verzoekschrift), feitelijke grondslag. In dit verband heeft de Commissie, ondersteund door interveniënten, namelijk duidelijk aangegeven, dat het heel wel denkbaar is dat in één gemeente twee collectieve systemen naast elkaar bestaan. Zonder op dit punt door verzoekster te zijn weersproken, hebben de Commissie en interveniënten betoogd, dat in een dergelijk geval voor de twee collectieve systemen één inzamelingsnetwerk zou kunnen bestaan — hetzelfde inzamelingsbedrijf zou dan in naam en voor rekening van zijn opdrachtgevers handelen — en dat de verpakkingen met het „Der Grüne Punkt”-symbool en die met het merkteken van het andere collectieve systeem dan in dezelfde bakken of containers zouden worden geworpen. Het gevaar dat de verbruiker in de deelstaat Hessen in verwarring raakt op het moment dat hij zich van zijn afval wil ontdoen, wordt hiermee uitgesloten. Overigens hebben de Commissie — in haar opmerkingen — en interveniënte VfW — tijdens de hoorzitting — verklaard, dat dit gevaar ook al niet bestaat omdat het bij de verwijdering van afval vooral aankomt op het betrokken materiaal, wat huns inziens wordt bevestigd door het zeer grote aantal containers waarop niet het „Der Grüne Punkt”-symbool is aangebracht, doch enkel staat aangegeven voor welke soort materiaal zij bedoeld zijn.

- 204 Met betrekking tot de verwarring die zou ontstaan bij verbruikers in andere deelstaten dan Hessen, merkt verzoekster op, dat zij „niet zullen weten of een verpakking waarop (naast het merk ‚Der Grüne Punkt‘) nog een ander — hun onbekend — merk (Landbell-Baum) is aangebracht, aan het DSD-systeem deelneemt en dus in de inzamelcontainers van DSD (en niet bij het restafval) moet worden gedeponereerd” (punt 88 van het verzoekschrift). In dit verband kan worden volstaan met op te merken, dat er voor de verbruikers buiten Hessen geen twijfel over zal kunnen bestaan dat het product met het merkteken „Der Grüne Punkt” in een container van het DSD-systeem moet worden geworpen, aangezien het concurrerende collectieve systeem, wanneer de benodigde goedkeuring eenmaal is verleend, in elk geval voorlopig uitsluitend in Hessen operationeel zal zijn.
- 205 Aangezien de gestelde verwarring niet genoegzaam is aangetoond, behoeft niet te worden onderzocht, welke gevolgen deze verwarring zou hebben voor de verwerkingsquota die verzoekster bij de verschillende materialen dient te halen. Twee opmerkingen dienen evenwel te worden gemaakt. In de eerste plaats kan de medewerking van de verbruiker, waarop de werking van het DSD-systeem gebaseerd is, niet enkel worden verkregen door het „Der Grüne Punkt”-symbool op de verkoopverpakkingen aan te brengen, maar ook door andere middelen, zoals de verspreiding van gerichte informatie die het gedrag van de verbruiker moet beïnvloeden. In de tweede plaats kan voor de verpakkingen die afkomstig zijn van de aan het DSD-systeem deelnemende producenten of verkopers, worden nagegaan, of de verwerkingsquota door DSD worden gehaald (punt 1.1 van bijlage I bij artikel 6 van de Verpackungsverordnung), zodat het feit dat die producenten of verkopers met een kleinere hoeveelheid van hun verpakkingen aan dat systeem deelnemen, tot gevolg heeft, dat het door DSD te halen verwerkingsquotum uitsluitend naar die hoeveelheid wordt beoordeeld.
- 206 In de vierde plaats stelt verzoekster, dat indien de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking niet wordt opgeschort, zij wordt blootgesteld aan willekeur van de kant van de bij haar systeem aangesloten ondernemingen, die dan immers vrij zullen zijn om te bepalen, welke hoeveelheid verpakkingen zij via haar systeem laten verwijderen.
- 207 De verplichtingen die de Verpackungsverordnung oplegt aan producenten of verkopers die overeenkomstig § 6, leden 1 en/of 2, de terugname en verwerking

van een deel van hun verkoopverpakkingen willen organiseren, staan evenwel in de weg aan de conclusie dat DSD in de door haar beschreven situatie van rechtsonzekerheid komt te verkeren. Een producent of verkoper die besluit slechts voor een bepaald percentage van die producten gebruik te maken van de collectieve verwijderingsdienst, dient immers ingevolge § 6, leden 1 en/of 2, voor de terugname en verwerking van het resterende percentage te zorgen. In dat geval rust een bijzondere verplichting op de schakels van de distributieketen en, in laatste instantie, op de verkoper, die op passende wijze kenbaar dient te maken, dat het product op de feitelijke plaats van levering wordt teruggenomen. Het is aan de producent om de verkopers contractueel te verplichten tot terugname van de verkoopverpakkingen. Bovendien dient de producent of verkoper die voor de terugname en verwerking van de verpakkingen zorgt, de verwerkingsquota te halen, bij gebreke waarvan hij wettelijk verplicht is gebruik te maken van een collectief systeem (§ 6, lid 1, negende zin, en § 6, lid 2, laatste zin, van de Verpackungsverordnung).

208 Voorzover verzoeksters betoog aldus kan worden opgevat dat het gevaar van misbruik van de kant van de bij haar systeem aangesloten ondernemingen bestaat, aangezien vermoedelijk een groter percentage van hun verpakkingen dan is overeengekomen via haar systeem zal worden verwijderd, dient ten slotte te worden opgemerkt, dat ofschoon producenten en verkopers die overeenkomstig § 6, leden 1 en 2, van de Verpackungsverordnung voor de inzameling van hun verpakkingen zorgen, wettelijk verplicht zijn de verwerkingsquota te halen, het niettemin waarschijnlijk is dat DSD inderdaad een overtollige hoeveelheid verkoopverpakkingen zal moeten inzamelen en verwijderen. Daaruit kan evenwel nog niet worden afgeleid, dat DSD voor de desbetreffende diensten geen vergoeding zal ontvangen.

209 Wanneer de producenten en verkopers die overeenkomstig § 6, leden 1 en 2, van de Verpackungsverordnung voor de inzameling van hun verpakkingen zorgen, de verwerkingsquota niet halen, betekent dit immers bij de huidige stand van de mededinging op de markt, dat de hoeveelheid verpakkingen die niet door hen is ingezameld, via het DSD-systeem is ingezameld. Volgens punt 3.5 van bijlage I bij artikel 6 van de Verpackungsverordnung nu kan „[d]e exploitant van het [collectieve] systeem aan niet aan het systeem deelnemende producenten en verkopers de kosten in rekening brengen van het sorteren, verwerken of verwijderen van de door hen in de handel gebrachte en via het systeem verwijderde verpakkingen”. Bovendien kan DSD volgens de bestreden beschik-

king van een bij haar systeem aangesloten onderneming het bewijs verlangen, dat zij slechts voor het genoemde percentage daadwerkelijk van haar diensten gebruik maakt (punt 167 en artikel 5 van het dispositief). Indien de betrokken onderneming niet het bewijs levert dat voor de van het „Der Grüne Punkt”-symbool voorziene, in Duitsland in de handel gebrachte verkoopverpakkingen waarvoor geen gebruik wordt gemaakt van de door verzoekster aangeboden dienst, op een andere wijze aan de verplichtingen van de Verpackungsverordnung wordt voldaan, dient zij vanzelfsprekend de aan DSD verschuldigde financiële tegenprestatie te betalen. Een extra middel om te controleren of de bij DSD aangesloten onderneming niet voor een groter percentage dan is overeengekomen van de door DSD aangeboden diensten gebruik maakt, is ten slotte uitdrukkelijk voorzien in het merktencontract, waarvan § 8 — „Controlemogelijkheden van Duales System” —, leden 1 en 2, bepaalt:

„(1) In geval van gegronde twijfel omtrent de juistheid of volledigheid van de door de licentiehouders overgelegde gegevens of afrekeningen, kan Duales System, na voorafgaande afspraak over de datum, de aangiften en afrekeningen van de licentiehouders uit de twee voorgaande jaren op juistheid en volledigheid laten controleren door een aan de geheimhoudingsplicht onderworpen accountant, beëdigd boekhouder of belastingadviseur. De gemachtigde mag een controle overeenkomstig de hiernavolgende bepalingen ook verrichten wanneer de licentiehouders geen aangiften of afrekeningen heeft ingediend.

(2) De gemachtigde van Duales System is gerechtigd de bedrijfsruimten van de betrokken licentiehouders te betreden en alle noodzakelijke documenten in te zien. De licentiehouders dient zijn medewerkers op te dragen de gemachtigde juiste en volledige antwoorden te verstrekken. Hij dient geschikte personen aan te wijzen, die de gemachtigde inlichtingen kunnen verschaffen.”

210 Tijdens de hoorzitting heeft verzoekster voorts betoogd, dat wanneer de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking niet wordt opgeschort, haar

situatie door een samenspel van twee factoren zal verslechteren, voorzover enerzijds haar licentie-inkomsten zullen verminderen, terwijl anderzijds haar vaste kosten, bestaande in de vergoedingen die zij de inzamelingsbedrijven voor de door hen geleverde diensten moet betalen, ook indien het ingezamelde afval niet onder haar verwijderingssysteem valt, hoog blijven.

- 211 Met betrekking tot het eerste onderdeel van deze bewering dient evenwel te worden opgemerkt, dat de mate waarin verzoeksters licentie-inkomsten zullen teruglopen, afhangt van de intensiteit van de concurrentie die haar systeem op de betrokken markt zal ondervinden van eigen verwijderingssystemen en eventuele andere collectieve systemen, die thans niet met een voldoende mate van zekerheid valt te voorzien. Wat het tweede onderdeel van de bewering betreft, moet worden vastgesteld dat verzoekster een en ander op geen enkele wijze aannemelijk heeft gemaakt en dat interveniënten, zonder op dit punt door verzoekster te zijn weersproken, tijdens de hoorzitting hebben verklaard, dat volgens de bepalingen van de tussen DSD en de betrokken bedrijven gesloten dienstverleningsovereenkomsten de aan die bedrijven verschuldigde vergoeding kan worden aangepast wanneer blijkt dat de hoeveelheden ingezameld afval zijn gewijzigd.
- 212 Bijgevolg moet worden vastgesteld, dat de voorwaarden voor het intreden van de schade die verzoekster meent te zullen lijden doordat de werking van haar systeem in gevaar wordt gebracht, niet voldoende zijn onderbouwd. Deze conclusie vindt ook steun in hetgeen verzoekster in het openbaar over de gevolgen van de bestreden beschikking heeft gezegd (punt 143 supra), ook al moeten die uitlatingen worden uitgelegd in het licht van het ermee beoogde doel.
- 213 Ten slotte dient te worden beklemtoond dat verzoekster, indien het beroep in de hoofdzaak slaagt, weer in dezelfde marktsituatie zal komen te verkeren als vóór de vaststelling van de bestreden beschikking het geval was. De situatie die de beschikking op de markt doet ontstaan, kan dus niet als onomkeerbaar worden beschouwd.
- 214 Bovendien is de eventuele vermindering van verzoeksters licentie-inkomsten als gevolg van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking — een consequentie die, zoals is vastgesteld, onvoldoende aannemelijk is gemaakt — een schade

van financiële aard. Dergelijke schade kan, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, niet als onherstelbaar of zelfs als moeilijk herstelbaar worden beschouwd, aangezien er later financiële vergoeding voor kan worden verkregen [beschikkingen van de president van het Hof van 18 oktober 1991, Abertal e.a./Commissie, C-213/91 R, Jurispr. blz. I-5109, punt 24, en 11 april 2001, Commissie/Cambridge Healthcare Supplies, C-471/00 P(R), Jurispr. blz. I-2865, punt 113; beschikking van de president van het Gerecht van 15 juni 2001, Bactria Industriehygiene-Service/Commissie, T-339/00 R, Jurispr. blz. II-1721, punt 94]. Volgens deze beginselen zou een voorlopige maatregel gerechtvaardigd zijn, wanneer zou blijken dat verzoekster zonder die maatregel in een situatie zou geraken die haar in haar bestaan zou kunnen bedreigen terwijl de procedure ten gronde nog aanhangig is (zie onder meer beschikking van de president van het Gerecht van 28 mei 2001, Poste Italiane/Commissie, T-53/01 R, Jurispr. blz. II-1479, punt 120). In casu is verzoekster er evenwel niet in geslaagd te bewijzen, dat haar financiële positie zodanig zou worden aangetast, dat zij niet in staat zou zijn haar activiteiten voort te zetten tot de uitspraak van het eindarrest in de hoofdzaak. In dit verband is ook van belang, dat DSD volgens haar statuten „uitsluitend de van overheidswege nagestreefde doelstellingen op het gebied van het tegengaan en verminderen van afval beoogt te verwezenlijken” en geen winst mag uitkeren, wat door § 4, lid 3, eerste streepje, van het merktencontract wordt bevestigd (punt 25 supra). Ten slotte zou de financiële schade in de vorm van teruglopende licentie-inkomsten kunnen worden gekwantificeerd door het verschil te berekenen tussen enerzijds het bedrag van de vergoedingen die aan DSD verschuldigd zouden zijn voor alle in de periode tussen de vaststelling van de bestreden beschikking en de eventuele nietigverklaring van die beschikking door het Gerecht met het „Der Grüne Punkt”-symbool in Duitsland in de handel gebrachte verkoopverpakkingen, en anderzijds het bedrag van de vergoedingen die verzoekster overeenkomstig de bestreden beschikking in die periode daadwerkelijk heeft ontvangen.

215 Uit het voorgaande volgt dat verzoekster er niet in is geslaagd te bewijzen, dat zij bij gebreke van de gevraagde maatregel ernstige en onherstelbare schade zal lijden.

216 Ook al zou de gestelde schade ernstig en onherstelbaar zijn, dan nog leidt de afweging tussen enerzijds verzoeksters belang bij de gevraagde voorlopige maatregel en anderzijds het openbaar belang bij de tenuitvoerlegging van een door de Commissie uit hoofde van artikel 82 EG gegeven beschikking en de belangen van interveniënten, die door een eventuele opschorting van de bestreden

beschikking rechtstreeks zouden worden getroffen, hoe dan ook tot afwijzing van het onderhavige verzoek.

- 217 Het is juist dat de beoordeling van de verenigbaarheid van verzoeksters gedrag met artikel 82 EG niet eenvoudig was, zoals de Commissie in het persbericht van 20 april 2001 inzake de bestreden beschikking heeft erkend en zoals ook de rechter in kort geding zelf reeds heeft vastgesteld. Dit wordt ontegenzeggelijk bevestigd door het feit dat de Commissie zich aanvankelijk positief uitliet over het merktekencontract, voorzover zij in haar mededeling overeenkomstig artikel 19, lid 3, van verordening nr. 17 kenbaar maakte dat zij voornemens was de door DSD bij haar aangemelde overeenkomsten gunstig te beoordelen (punt 29 supra).
- 218 Verzoekster kan zich evenwel niet met succes beroepen op de beschikking Van den Bergh Foods/Commissie, reeds aangehaald, waarin de kortgedingrechter het algemene rechtszekerheidsbeginsel in aanmerking nam teneinde een tegenstrijdigheid bij de toepassing van de mededingingsregels van het Verdrag door de Commissie en de nationale rechter zo veel mogelijk te beperken. Immers, ook al zouden het arrest van het Oberlandesgericht Düsseldorf van 11 augustus 1998, waarop verzoekster zich beroept, en de bestreden beschikking betrekking hebben op dezelfde feiten, wat de Commissie bestrijdt, het Hof heeft uitgemaakt dat de Commissie bij de vervulling van de haar door het Verdrag toegekende taak niet kan zijn gebonden aan een beslissing die een nationale rechter op grond van de artikelen 81, lid 1, en 82 EG heeft gegeven (arrest Masterfoods en HB, reeds aangehaald, punt 48).
- 219 Wat de gestelde schending van het merkrecht door de bestreden beschikking betreft, deze bestaat in casu niet in de verplichting om aan ondernemingen die op de relevante markt met DSD concurreren, licenties voor het gebruik van het merk „Der Grüne Punkt” te verlenen, maar in het feit dat dit merkteken wordt aangebracht op de verkoopverpakkingen van de ondernemingen die met verzoekster een contract hebben gesloten, ook al bestaat de mogelijkheid dat die ondernemingen geen gebruik zullen maken van verzoeksters diensten op het gebied van afvalverwijdering.

- 220 In deze zeer bijzondere omstandigheden kan het openbaar belang bij de eerbiediging van het eigendomsrecht in het algemeen en van de rechten van intellectuele eigendom in het bijzonder, zoals dit tot uitdrukking is gebracht in de artikelen 30 EG en 295 EG, niet zwaarder wegen dan het belang van de Commissie om de inbreuk op artikel 82 EG die zij meent te hebben vastgesteld, onmiddellijk te doen beëindigen en daarmee gunstige voorwaarden te scheppen voor de toegang van concurrenten van DSD tot de betrokken markt.
- 221 Ten aanzien van dit laatste punt dient te worden opgemerkt, dat de mededinging tussen eigen verwijderingssystemen — waarbij Vfw en Bellandvision, die als derde in de zin van § 11 van de Verpackungsverordnung met de verwijdering van afval belast is — en het DSD-systeem beperkt is. In geval van eigen verwijderingssystemen kunnen de door de Verpackungsverordnung voorgeschreven verwerkingsquota immers enkel worden gehaald door terugname van de verpakkingen op of in de onmiddellijke omgeving van de feitelijke plaats van levering, zoals het Verwaltungsgerichtshof Kassel op 20 augustus 1999 heeft bevestigd.
- 222 Bovendien is er tot dusver geen sprake van concurrentie tussen collectieve systemen. Of er een tweede „dual” systeem op de markt zal verschijnen (dat van Landbell), waarvoor volgens verzoekster de vergunning elk moment kan worden afgegeven, hangt in hoge mate af van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking.
- 223 Zoals ten minste één door verzoekster gesloten merktekencontract laat zien (punt 122 supra), lijkt het ten slotte niet altijd mogelijk om één verpakkinglijn verschillend te merken naar gelang van de bestemming, dat wil zeggen om op sommige verpakkingen van een product wel en op andere niet het „Der Grüne Punkt”-symbool aan te brengen.
- 224 Daar niet is voldaan aan de voorwaarde van spoedeisendheid en de belangenafweging pleit tegen opschorting van de bestreden beschikking, moet het onderhavige verzoek worden afgewezen.

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT

beschikt:

- 1) Het verzoek in kort geding wordt afgewezen.
- 2) De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden.

Luxemburg, 15 november 2001.

De griffier

H. Jung

De president

B. Vesterdorf