

ORDONNANCE DU PRÉSIDENT DU TRIBUNAL
15 novembre 2001 *

Dans l'affaire T-151/01 R,

Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland AG, établie à Cologne (Allemagne), représentée par M^{es} W. Deselaers, B. Meyring, E. Wagner et C. Weidemann, avocats, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie requérante,

contre

Commission des Communautés européennes, représentée par M. S. Rating, en qualité d'agent, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie défenderesse,

* Langue de procédure: l'allemand.

soutenue par

Vfw AG, établie à Cologne, représentée par M^e H. F. Wissel, avocat, ayant élu domicile à Luxembourg,

par

Landbell AG, établie à Mayence (Allemagne), représentée par M^e A. Rinne, avocat, ayant élu domicile à Luxembourg,

et par

BellandVision GmbH, établie à Pegnitz (Allemagne), représentée par M^e A. Rinne, avocat, ayant élu domicile à Luxembourg,

parties intervenantes,

ayant pour objet une demande de sursis à l'exécution de l'article 3 de la décision 2001/463/CE de la Commission, du 20 avril 2001, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (Affaire COMP D3/34493 — DSD) (JO L 166, p. 1), ainsi que des articles 4, 5, 6 et 7 de ladite décision dans la mesure où ceux-ci se réfèrent à cet article 3,

LE PRÉSIDENT DU TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE
DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

rend la présente

Ordonnance

Cadre juridique

Réglementation allemande

- 1 Le 12 juin 1991, le gouvernement allemand a pris la *Verordnung über die Vermeidung von Verpackungsabfällen* [décret relatif à la prévention de la production des déchets d'emballages (BGBl. 1991 I, p. 1234), ci-après le «décret»], dont la version révisée est entrée en vigueur le 28 août 1998. En vertu du décret, dont l'objet est de prévenir ou de diminuer les répercussions sur l'environnement des déchets d'emballages, les fabricants et les distributeurs sont soumis à des obligations de reprise et de valorisation des emballages de vente usagés en dehors du système public de gestion des déchets. Les emballages de vente — seuls pertinents aux fins de la présente affaire — sont ceux constituant, aux points de vente, un article destiné au consommateur final, ainsi que ceux utilisés par les commerces, la restauration et d'autres prestataires de services afin de permettre ou de faciliter la remise des produits au consommateur final, ainsi que la vaisselle et les couverts jetables. Ils constituent une catégorie distincte de celle des emballages de transport et des suremballages.

- 2 Au sens des dispositions du décret, le fabricant est défini comme toute personne qui fabrique des emballages, des matériaux d'emballages ou des produits permettant de fabriquer directement des emballages, ainsi que toute personne qui introduit des emballages sur le territoire d'application du décret. Quant au distributeur, il s'agit de toute personne qui met sur le marché des emballages, des matériaux d'emballages ou des produits permettant de fabriquer directement des emballages, ou encore des marchandises emballées, à n'importe quel niveau du circuit de distribution. Les sociétés de vente par correspondance constituent également des distributeurs au sens du décret. Enfin, le consommateur final est toute personne qui ne procède plus à la revente de la marchandise sous la forme sous laquelle elle lui a été livrée.
- 3 Les obligations auxquelles sont soumis les fabricants et les distributeurs peuvent être satisfaites par les entreprises concernées de deux manières.
- 4 D'une part, conformément à l'article 6, paragraphes 1 et 2, du décret, les fabricants et les distributeurs doivent reprendre gratuitement les emballages de vente utilisés par les consommateurs finals, au point de vente ou à proximité immédiate, et les soumettre à une valorisation, conformément aux exigences quantitatives définies dans l'annexe du décret (ci-après le «système individuel»). Aux termes de l'article 6, paragraphe 1, neuvième phrase: «Si les distributeurs ne remplissent pas les obligations au titre de la première phrase par la reprise au lieu de remise, ils doivent le faire par le biais d'un système [collectif].» En outre, les fabricants et les distributeurs peuvent avoir recours à des tiers pour remplir l'ensemble des obligations de reprise et de valorisation auxquelles ils sont soumis (article 11 du décret). Par ailleurs, le décret prévoit que, dans le cas d'un système individuel, «[l]e distributeur doit signaler au consommateur final privé la possibilité de restitution de l'emballage [...] par des panneaux clairement reconnaissables et lisibles» (article 6, paragraphe 1, troisième phrase).
- 5 D'autre part, conformément à l'article 6, paragraphe 3, première phrase, du décret, les fabricants et les distributeurs adhérant à un système qui assure une collecte régulière des emballages de vente usagés auprès du consommateur final ou à proximité de son domicile, et ce sur l'ensemble de la zone de chalandise du distributeur (ci-après le «système collectif»), sont dispensés des obligations de

reprise et de valorisation. Le système collectif est limité aux emballages de vente utilisés par les consommateurs privés, à savoir les ménages et utilisateurs d'emballages similaires, notamment, les restaurants, hôtels, cantines, administrations, casernes, hôpitaux, organismes de formation, organisations caritatives et travailleurs indépendants, ainsi que les exploitations agricoles et les entreprises artisanales, à l'exception des imprimeries et autres entreprises de transformation du papier.

- 6 Les entreprises ne participant pas à un système collectif restent soumises à l'obligation de reprise individuelle.

- 7 Pour qu'un système collectif soit agréé par les autorités compétentes, plusieurs conditions doivent être réunies, notamment, un taux de couverture qui doit s'étendre à au moins un Land, la proximité par rapport aux consommateurs, les collectes régulières, des accords avec les collectivités locales chargées de la collecte des déchets.

- 8 Le décret impose également le marquage des emballages collectés dans le cadre de systèmes collectifs. Selon le point 4, paragraphe 2, de l'annexe I à l'article 6 du décret, les fabricants et les distributeurs doivent faire apparaître leur participation au système de l'article 6, paragraphe 3, du décret par l'«étiquetage ou tout autre moyen approprié».

- 9 Depuis le 1^{er} janvier 2000, tout opérateur de système collectif, en ce qui concerne les emballages de ses adhérents, de même que tous les fabricants et les distributeurs ayant opté pour un système individuel sont soumis au respect de taux de valorisation par matière identiques.

- 10 Le respect des obligations de reprise et de valorisation est garanti, selon le cas, par la délivrance d'attestations d'experts indépendants ou par la fourniture de données vérifiables sur les quantités d'emballages collectées et valorisées.

Système collectif mis en place par DSD

- 11 Depuis 1991, Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland AG (ci-après la «requérante» ou «DSD») est la seule société qui exploite, sur l'ensemble du territoire allemand, un système collectif. À cet effet, DSD a été agréée, au début de 1993, par les autorités compétentes de tous les Länder.
- 12 Le système mis en place par DSD (ci-après le «système de DSD») est qualifié de «duel», dans la mesure où la collecte et la valorisation des emballages sont effectuées par une entreprise privée, indépendamment du système de gestion des déchets des collectivités locales.
- 13 Le financement est assuré par les cotisations que lui versent les entreprises participant au système. Celles-ci en deviennent adhérentes en signant avec DSD un contrat qui leur confère, moyennant paiement d'une cotisation, le droit d'utiliser le logo «Der Grüne Punkt» («Le point vert»). Elles sont obligées d'apposer le logo «Der Grüne Punkt» sur leurs emballages de vente. DSD est titulaire de la marque collective enregistrée «Der Grüne Punkt».
- 14 Ainsi, les emballages de vente portant le logo «Der Grüne Punkt» sont recueillis, selon les matériaux dont ils sont composés, dans des poubelles spéciales (métaux, plastiques et matières composites) ou dans des conteneurs installés à proximité des habitations (spécialement le papier et le verre), alors que les déchets résiduels sont jetés dans les poubelles des organismes publics d'élimination des déchets.

- 15 DSD ne collecte toutefois pas elle-même les emballages de vente usagés, mais sous-traite ce service à des entreprises locales chargées à titre exclusif de collecter et de trier les emballages de vente usagés dans une zone donnée.

- 16 Une fois triés, les matériaux sont transportés vers un centre de recyclage soit par l'entreprise de collecte elle-même, soit par un tiers, ou confiés à des sociétés qui se sont engagées envers DSD à se charger de la valorisation des emballages usagés.

- 17 Le système géré par DSD n'assure pas la collecte de l'ensemble des emballages de vente au sens du décret (voir point 1 ci-dessus), mais seulement ceux, composés de tous matériaux, des ménages et des utilisateurs assimilés à ces derniers.

- 18 D'autres entreprises organisent la reprise et la valorisation de certains emballages de vente. Toutefois, il s'agit de systèmes de collecte et de valorisation qui n'ont pas un taux de couverture suffisant au sens de l'article 6, paragraphe 3, du décret. Ces entreprises opèrent en tant que tiers, en vertu de l'article 6, paragraphes 1 et 2, du décret lu en combinaison avec l'article 11 du même décret (voir point 4 ci-dessus), c'est-à-dire qu'elles assument directement les obligations de reprise et de valorisation du fabricant ou du distributeur.

Dispositions contractuelles

- 19 Les relations entre DSD et les entreprises adhérant à son système sont régies par le contrat d'utilisation du logo «Der Grüne Punkt» (ci-après le «contrat»).

- 20 Le contrat stipule que, pour participer au système, une entreprise doit obtenir l'autorisation, par DSD et contre rémunération, d'utiliser le logo «Der Grüne Punkt» (article 1^{er}, paragraphe 1, du contrat).
- 21 DSD garantit à l'entreprise participante qu'elle assurera la collecte, le tri et la valorisation de ses emballages de vente usagés, la déchargeant ainsi de ses obligations de reprise et de valorisation desdits emballages (article 2 du contrat).
- 22 L'adhérent est tenu d'apposer le logo «Der Grüne Punkt» sur chaque emballage notifié et destiné à la consommation intérieure, sous une forme déterminée et bien visible pour le consommateur final. DSD peut décharger l'adhérent de cette obligation (article 3, paragraphe 1, du contrat).
- 23 En vertu de l'article 4, paragraphe 1, du contrat:

«L'utilisatrice du logo paie à [DSD] une redevance pour tous les emballages portant le logo Der 'Grüne Punkt' qu'elle distribue sur le territoire allemand dans le cadre du présent contrat. Les exceptions à cette règle nécessitent un accord écrit séparé.»

- 24 Le montant de la redevance est calculé à partir de deux éléments, à savoir, d'une part, le poids de l'emballage et le type de matériau utilisé et, d'autre part, le volume ou la surface de l'emballage.

25 La redevance peut être adaptée par décision de DSD. Les augmentations et les réductions de la redevance dépendent des principes suivants: les redevances sont calculées sans majoration au titre des bénéficiaires, elles sont exclusivement destinées à couvrir les coûts de la collecte, du tri et de la valorisation, ainsi que les frais administratifs (article 4, paragraphe 3, du contrat). Dans toute la mesure du possible, les coûts du système doivent être affectés aux différents types de matériaux en fonction de la part représentée par ceux-ci.

26 Selon l'article 5, paragraphe 1, du contrat:

«Tous les emballages portant le logo 'Der Grüne Punkt' et distribués par l'utilisatrice du logo sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne sont facturés. [...]»

27 Enfin, le point 5 du règlement d'usage de la marque collective (Markensatzung), adopté par DSD, prévoit:

«Les marques collectives ont été créées, d'abord, pour permettre aux consommateurs et au commerce de reconnaître les produits dont l'emballage est couvert par le système de DSD et pour lesquels une prise en charge et une valorisation hors de la collecte publique des déchets est possible, et de les distinguer d'autres produits, ensuite, pour inciter les consommateurs à déposer ces emballages dans les installations de collecte du système de DSD, enfin, pour signaler les services de prise en charge et de valorisation des matières premières secondaires fournis dans le cadre du système de DSD.»

Antécédents du litige

- 28 Le 2 septembre 1992, DSD a notifié à la Commission, outre ses statuts, un certain nombre d'accords — contrat de services, contrat d'utilisation du logo et contrat de garantie — en vue d'obtenir une attestation négative ou, à défaut, une décision d'exemption.
- 29 Après la publication au *Journal officiel des Communautés européennes* (JO 1997, C 100, p. 4) de la communication faite conformément à l'article 19, paragraphe 3, du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles [81] et [82] du traité (JO 1962, 13, p. 204), dans laquelle la Commission annonçait son intention de se déclarer favorable aux accords notifiés, elle a reçu des observations de tiers intéressés concernant, notamment, différents aspects de l'application du contrat d'utilisation du logo. En particulier, ils dénonçaient une possible distorsion de concurrence résultant du paiement d'une double redevance en cas de participation au système de DSD et à celui d'un autre prestataire de services.
- 30 Le 15 octobre 1998, DSD a présenté à la Commission des engagements destinés à éviter le paiement d'une double redevance en cas de participation à un système collectif opérant au niveau régional.
- 31 Le 3 novembre 1999, la Commission a considéré que ces engagements, qui ne visaient que les systèmes collectifs, devaient également englober les systèmes individuels utilisés pour l'élimination d'une partie des emballages de vente.
- 32 Le 15 novembre 1999, des plaignants ont déposé de nouvelles observations devant la Commission.

- 33 Par lettre du 13 mars 2000, DSD a présenté à la Commission deux engagements supplémentaires.
- 34 Le 20 avril 2001, la Commission a adopté la décision 2001/463/CE relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (Affaire COMP D3/34493 — DSD) (JO L 166, p. 1, ci-après la «décision litigieuse»).
- 35 Il ressort de la décision litigieuse que les engagements pris en rapport avec le contrat visent plusieurs situations.
- 36 Un engagement vise la situation dans laquelle des systèmes collectifs, limités à un ou plusieurs Länder, seraient créés parallèlement au système de DSD. Dans cette hypothèse, des emballages d'un même type pourraient être repris, dans ces Länder, par l'un des opérateurs des nouveaux systèmes et dans les autres Länder par DSD. Dans ce cas de figure, DSD s'est engagée en ces termes (considérant 59 de la décision litigieuse):

«Si des systèmes autres que l'actuel système 'duel', opérant à l'échelon régional, était mis en place et étaient officiellement agréés par les plus hautes autorités du Land conformément à l'article 6, paragraphe 3, du décret sur les emballages, [DSD] est disposée à appliquer le contrat d'utilisation du logo de façon telle que les adhérents aient la possibilité de participer à l'un de ces systèmes pour une partie de leurs emballages. [DSD] ne percevra alors aucune redevance au titre du contrat d'utilisation du logo pour les emballages collectés par de tels systèmes, ce deuxième type de collecte devant être attesté par des preuves. La deuxième condition posée pour l'exonération de la redevance due sur les emballages portant le logo ['Der Grüne Punkt'] est qu'il ne soit pas porté atteinte à la protection de la marque ['Der Grüne Punkt'].»

37 DSD a également pris l'engagement suivant pour les cas dans lesquels les fabricants et distributeurs choisiraient un système individuel pour une partie de leurs emballages de vente et adhèreraient au système DSD pour la partie restante (considérant 61 de la décision litigieuse):

«Si des fabricants et des distributeurs organisent conformément à l'article 6, paragraphes 1 et/ou 2 (le cas échéant en relation avec l'article 11), du décret la reprise et la valorisation d'une partie des emballages de vente qu'ils distribuent sur le territoire d'application du décret sur les emballages, et adhèrent au système DSD pour la partie restante de ces emballages (article 6, paragraphe 1, neuvième phrase), [DSD] ne percevra pas de redevance au titre du contrat d'utilisation du logo pour la partie des emballages de vente reprise conformément à l'article 6, paragraphes 1 et/ou 2, à condition que des preuves sur ce deuxième type de collecte lui soient apportées. Ces preuves devront être apportées conformément aux exigences mentionnées à l'annexe I, point 2, du règlement sur les emballages.»

38 Lors de l'audition devant le juge des référés (point 58 ci-après), il a été expliqué que cet engagement doit être compris en ce sens que la partie des emballages de vente reprise conformément à l'article 6, paragraphes 1 et/ou 2 ne porte pas le logo «Der Grüne Punkt».

39 Dans la partie de la décision litigieuse consacrée à l'appréciation juridique, la Commission a, tout d'abord, conclu à l'existence d'une position dominante de la part de DSD.

40 À cette fin, elle a préalablement délimité le marché pertinent. Au terme d'une analyse des marchés de produits et géographique en cause, elle a conclu que «le marché le plus large qui puisse être défini est celui de l'organisation de la reprise et de la valorisation des emballages de vente usagés collectés auprès des consommateurs privés en Allemagne» (considérant 92 de la décision litigieuse).

- 41 Sur le marché ainsi identifié, elle a examiné la puissance économique de DSD. Elle souligne que cette dernière est la seule entreprise qui propose un système collectif de prise en charge des déchets d'emballage en Allemagne et relève que sa part sur le marché pertinent — tel qu'identifié dans le point qui précède — s'élèverait à au moins 82 % (considérant 95). En outre, des barrières considérables à l'entrée du marché contribueraient également à la puissance économique de DSD (considérant 96 de la décision litigieuse).
- 42 Elle a, ensuite, examiné la question de l'abus de position dominante.
- 43 L'appréciation de la Commission repose, à ce propos, sur la prémisse que «DSD ne lie pas la redevance due en vertu du contrat au recours effectif au service de prise en charge de l'obligation de reprise et de valorisation prévu à l'article 2 du contrat, mais uniquement à la mention du logo ['Der Grüne Punkt'] sur l'emballage de vente» et sur le constat que «DSD oblige le contractant à apposer le logo sur tout emballage déclaré destiné à la consommation intérieure», sauf exception laissée à la libre appréciation de DSD (considérant 100 de la décision litigieuse). Elle en déduit que DSD abuse de sa position dominante chaque fois que «les entreprises assujetties ne font appel que pour certaines quantités au service de DSD prenant en charge l'obligation d'élimination des déchets ou renoncent totalement audit service de DSD en Allemagne» (considérant 101 de la décision litigieuse). En effet, en imposant des prix et des conditions de transaction non équitables lorsque l'utilisation du logo ne coïncide pas avec le recours effectif à DSD pour la prise en charge de l'obligation d'élimination des déchets, DSD enfreindrait l'article 82, paragraphe 2, sous a), CE. Elle précise que «[l]'action conjuguée de l'obligation contractuelle d'utiliser le logo, d'une part, et du lien entre la redevance et l'utilisation du logo, d'autre part, contraint inévitablement les adhérents concernés à utiliser des lignes d'emballages et des circuits de distribution distincts» (considérant 112 de la décision litigieuse).
- 44 Décrivant plus précisément l'abus constitué par la redevance contractuelle à l'aide de cas de figure, la Commission distingue, notamment, le cas de la restriction de

concurrence entre DSD et d'autres systèmes collectifs (cas de figure n° I) de celui de la restriction de concurrence entre DSD et les systèmes individuels (cas de figure n° II).

- 45 La Commission précise que les dispositions régissant la redevance ne sont justifiées ni par une prétendue incompatibilité de l'apposition du logo «Der Grüne Punkt» sur la partie des emballages, pour laquelle aucun service de prise en charge de l'obligation d'élimination des déchets n'est assuré, avec le décret (considérants 136 à 142), ni par la nécessité de préserver le caractère distinctif du logo «Der Grüne Punkt» (considérants 143 à 153). Sur ce dernier point, la Commission considère que «[l]a fonction essentielle du logo ['Der Grüne Punkt'] est [...] remplie s'il signale au consommateur que celui-ci a la possibilité de faire éliminer l'emballage par DSD», pour en conclure que «[l]a fonction que doit remplir le logo ['Der Grüne Punkt'] n'exige donc pas que, en cas de collecte d'une partie seulement des emballages par le système DSD, le logo soit apposé uniquement sur les emballages pris en charge par le système» (considérant 145).
- 46 Après avoir constaté que le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté de manière sensible par l'exploitation abusive de la position dominante, la Commission examine, au titre de l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 17, la manière dont DSD doit être contrainte de mettre fin aux infractions dénoncées.
- 47 À cet égard, le considérant 165 est ainsi libellé:

«Afin d'empêcher la poursuite ou la répétition des infractions constatées, il faut que DSD s'engage envers tous les signataires du contrat d'utilisation du logo à ne pas percevoir de redevance sur la partie des emballages de vente commercialisés en Allemagne avec le logo ['Der Grüne Punkt'] pour laquelle il n'est pas fait appel au service de prise en charge de l'obligation d'élimination des déchets conformément à l'article 2 dudit contrat d'utilisation du logo. Cet engagement

remplace une disposition dérogatoire en vertu de l'article 4, paragraphe 1, deuxième phrase, du contrat d'utilisation du logo.»

48 Le dispositif de la décision litigieuse se lit comme suit:

«Article premier

Le comportement de la société Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland AG ('DSD'), Cologne, consistant à exiger, conformément à l'article 4, paragraphe 1, première phrase, et à l'article 5, paragraphe 1, première phrase, du contrat d'utilisation du logo, le versement d'une redevance pour la totalité des emballages de vente commercialisés en Allemagne avec le logo ['Der Grüne Punkt'], est incompatible avec le marché commun lorsque les entreprises assujetties en vertu du décret sur les emballages:

- a) ne recourent au service de prise en charge de l'obligation d'élimination des déchets prévue à l'article 2 du contrat d'utilisation du logo que pour une partie des emballages ou n'y ont pas recours, mais mettent sur le marché en Allemagne un emballage standardisé, également commercialisé dans un autre pays membre de l'Espace économique européen et pour lequel elles adhèrent à un système de reprise utilisant le logo ['Der Grüne Punkt'], et
- b) prouvent que, en ce qui concerne la quantité d'emballages, totale ou partielle, pour laquelle elles ne recourent pas au service de prise en charge de l'obligation d'élimination des déchets, elles s'acquittent des obligations de reprise qui leur sont imposées par le décret sur les emballages par le biais de systèmes collectifs concurrents ou de systèmes individuels.

Article 2

DSD met fin sans délai aux infractions mentionnées à l'article 1^{er}.

DSD s'abstient de continuer ou de répéter le comportement décrit à l'article 1^{er} ou de prendre des mesures ayant un effet similaire.

DSD se conforme, en outre, aux dispositions des articles 3 à 7.

Article 3

DSD est tenue de s'engager envers tous les signataires du contrat d'utilisation du logo à ne pas percevoir de redevance sur les quantités d'emballages de vente commercialisés en Allemagne avec le logo ['Der Grüne Punkt'], pour lesquelles il n'est pas fait appel au service de prise en charge de l'obligation d'élimination des déchets conformément à l'article 2 dudit contrat d'utilisation du logo et pour lesquelles les obligations imposées par le décret sur les emballages sont remplies d'une autre manière.

L'engagement visé au premier alinéa remplace une disposition dérogatoire prévue à l'article 4, paragraphe 1, deuxième phrase, du contrat d'utilisation du logo.

Article 4

1. DSD n'est pas autorisée à percevoir de redevance pour les emballages repris dans un autre État membre par un système de reprise et de valorisation avec utilisation du logo ['Der Grüne Punkt'] et qui sont commercialisés sur le territoire d'application du décret sur les emballages avec le logo, à condition qu'il soit attesté que les obligations imposées par le décret sur les emballages sont remplies d'une manière autre que par adhésion au système mis en place par DSD conformément à l'article 6, paragraphe 3, du décret.

2. DSD peut subordonner l'exonération de la redevance à la condition que, sur les emballages visés au paragraphe 1, à proximité du logo ['Der Grüne Punkt'], l'attention du consommateur final soit attirée, par une mention en ce sens ou sous toute autre forme appropriée, sur le fait que l'emballage n'est pas repris par le système mis en place par DSD conformément à l'article 6, paragraphe 3, du décret.

3. En cas de désaccord sur la lisibilité de la mention, les parties demandent à la Commission, dans un délai d'une semaine après qu'une partie ou les deux parties ont constaté le désaccord, de nommer un expert.

L'expert a pour mission de constater, dans un délai de quatre semaines, si les différentes présentations de la mention envisagées par les parties répondent aux exigences formulées au paragraphe 2, compte tenu des fonctions de base qui doivent être celles d'un emballage.

La rémunération de l'expert est prise en charge par les parties à parts égales.

Article 5

1. Si une partie ou la totalité des emballages est reprise par un système collectif concurrent, la confirmation du gestionnaire du système attestant que la quantité correspondante est prise en charge par ce système collectif concurrent constitue une preuve suffisante que les obligations imposées par le décret sur les emballages mentionnées aux articles 3 et 4 sont remplies d'une autre manière.

2. Si une partie ou la totalité des emballages est collectée par un système individuel, la présentation, ultérieurement, de l'attestation d'un expert indépendant indiquant que les obligations de reprise et de valorisation ont été remplies suffit. L'attestation peut être établie soit individuellement pour chaque fabricant ou distributeur, soit pour l'ensemble des entreprises participant au système individuel.

3. DSD ne peut en aucun cas exiger que l'attestation soit produite à une date antérieure à celle prévue par le décret sur les emballages.

4. En ce qui concerne les éléments de preuve à présenter à DSD, il suffit, indépendamment de la version correspondante du décret sur les emballages, que l'attestation confirme aux cocontractants que les exigences de reprise et de valorisation sont remplies pour un volume déterminé d'emballages.

5. Si l'attestation devait contenir d'autres données, celles-ci peuvent être rendues indéchiffrables.

6. Tant l'attestation du gestionnaire du système que l'attestation de l'expert indépendant peuvent être remplacées par un certificat d'un commissaire aux comptes, qui confirme après coup que les obligations imposées par le décret sur les emballages sont remplies pour une quantité déterminée d'emballages.

7. Aucune autre disposition du contrat d'utilisation du logo ne peut être appliquée d'une manière qui aurait pour effet de renforcer les exigences concernant les éléments de preuve à fournir à DSD.

Article 6

1. DSD doit se conformer aux dispositions des articles 3, 4 et 5 envers tous les signataires du contrat d'utilisation du logo et les en informer dans un délai de deux mois à compter de la publication de la présente décision.

2. Les dispositions du contrat d'utilisation du logo ne doivent pas être appliquées de façon à retarder l'accomplissement immédiat de l'obligation résultant du paragraphe 1.

Article 7

DSD informe la Commission, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision, de la manière dont elle s'acquitte des obligations énoncées aux articles 3 à 6.»

Procédure

- 49 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 5 juillet 2001, DSD a introduit, en vertu de l'article 230, quatrième alinéa, CE, un recours visant à l'annulation de la décision litigieuse.
- 50 Par acte séparé déposé au greffe du Tribunal le même jour, elle a également introduit, en vertu de l'article 242 CE, une demande de sursis à l'exécution de l'article 3 de cette décision, ainsi que des articles 4, 5, 6 et 7 dans la mesure où ceux-ci se réfèrent à cet article 3, jusqu'à ce que le Tribunal ait statué sur le fond.
- 51 Compte tenu du caractère volumineux de l'argumentation contenue dans la demande précitée et de la nécessité de pouvoir statuer à bref délai dans une procédure de référé, il a été demandé à la requérante de remettre une nouvelle version de cette demande n'excédant pas 30 pages. La version abrégée a été déposée au greffe du Tribunal le 13 juillet 2001.
- 52 La version abrégée de la demande en référé a été notifiée à la Commission le 16 juillet 2001.
- 53 Par requêtes enregistrées au greffe du Tribunal, respectivement, les 16, 19 et 20 juillet 2001, Vfw AG, Landbell AG et BellandVision GmbH ont demandé à intervenir dans la présente procédure au soutien des conclusions de la Commission.
- 54 Les demandes d'intervention ont été signifiées aux parties.

- 55 La Commission a présenté ses observations écrites sur la demande en référé le 28 août 2001.
- 56 DSD et la Commission ont déclaré par écrit ne pas s'opposer aux demandes d'intervention. DSD a toutefois sollicité le traitement confidentiel, vis-à-vis des demandeurs en intervention, de plusieurs annexes de la demande en référé.
- 57 La version abrégée non confidentielle de la demande en référé et les observations de la Commission ont été notifiées le 5 septembre 2001 aux demandeurs en intervention. Le même jour, ceux-ci ont été invités à être présents à l'audience.
- 58 L'audition devant le juge des référés s'est déroulée le 21 septembre 2001.
- 59 Lors de cette audition, le juge des référés, considérant que les demandeurs en intervention ont justifié d'un intérêt à la solution du litige, conformément à l'article 37, deuxième alinéa, du statut CE de la Cour, applicable au Tribunal en vertu de l'article 46, premier alinéa, de celui-ci, a admis les trois demandes d'intervention dans la présente procédure.
- 60 De même, au stade de la procédure en référé, il a accordé le traitement confidentiel aux informations visées dans les annexes de la demande introduite par DSD, dans la mesure où de telles informations sont susceptibles, à première vue, d'être considérées comme secrètes ou confidentielles au sens de l'article 116, paragraphe 2, du règlement de procédure, ce qui n'a pas été contesté par la Commission.

- 61 Cette institution a déclaré, également lors de l'audition, ne pas maintenir la fin de non-recevoir qu'elle avait soulevée dans ses observations, de sorte qu'il n'y a pas lieu de statuer sur celle-ci.

En droit

- 62 En vertu des dispositions combinées de l'article 242 CE et de l'article 4 de la décision 88/591/CECA, CEE, Euratom du Conseil, du 24 octobre 1988, instituant un tribunal de première instance des Communautés européennes (JO L 319, p. 1), tel que modifié par la décision 93/350/Euratom, CECA, CEE du Conseil, du 8 juin 1993 (JO L 144, p. 21), le Tribunal peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, ordonner le sursis à l'exécution de l'acte attaqué.
- 63 L'article 104, paragraphe 2, du règlement de procédure prévoit qu'une demande en référé doit spécifier les circonstances établissant l'urgence ainsi que les moyens de fait et de droit justifiant à première vue (*fumus boni juris*) l'octroi de la mesure provisoire à laquelle elle conclut. Ces conditions sont cumulatives, de sorte qu'une demande de sursis à exécution doit être rejetée dès lors que l'une d'elles fait défaut [ordonnances du président de la Cour du 14 octobre 1996, *SCK et FNK/Commission*, C-268/96 P(R), Rec. p. I-4971, point 30, et du président du Tribunal du 1^{er} février 2001, *Free Trade Foods/Commission*, T-350/00 R, Rec. p. II-493, point 32]. Le juge des référés procède également, le cas échéant, à la mise en balance des intérêts en présence (ordonnance du président de la Cour du 23 février 2001, *Autriche/Conseil*, C-445/00 R, Rec. p. I-1461, point 73).
- 64 La mesure demandée doit en outre être provisoire en ce sens qu'elle ne préjuge pas les points de droit ou de fait en litige ni ne neutralise par avance les conséquences de la décision à rendre ultérieurement au principal [ordonnance du président de la Cour du 19 juillet 1995, *Commission/Atlantic Container Line e.a.*, C-149/95 P(R), Rec. p. I-2165, point 22].

1. *Arguments des parties*

Arguments de DSD

Sur le fumus boni juris

- 65 À titre de considérations liminaires, DSD circonscrit, tout d'abord, la portée de l'article 3 de la décision litigieuse en précisant qu'il vise le cas de l'utilisateur du logo «Der Grüne Punkt» qui voudrait participer au système d'un concurrent pour une partie librement déterminée par lui de la production d'un emballage donné, participer au système de DSD pour le reste et revêtir sans distinction les deux parties de la production de la marque «Der Grüne Punkt».
- 66 Elle indique, ensuite, que la marque «Der Grüne Punkt» a une double fonction. D'une part, elle permettrait d'identifier les emballages des fabricants et des distributeurs qui, du fait de l'adhésion de ces derniers au système de DSD, sont éliminés par ce système; il s'agirait de la fonction d'origine. D'autre part, elle indiquerait au consommateur que cet emballage doit être jeté dans les installations de collecte de DSD; il s'agirait de l'effet de signal.
- 67 Elle considère, en outre, que l'article 3 de la décision litigieuse a pour effet juridique de l'obliger à concéder des licences pour l'utilisation de la marque «Der Grüne Punkt», alors même que les emballages revêtus de cette marque pourront être éliminés par un système concurrent, et à renoncer à percevoir toute redevance de licence pour cette partie des emballages. La requérante devrait donc concéder des licences obligatoires gratuites pour la marque «Der Grüne Punkt», ainsi que la Commission l'aurait d'ailleurs reconnu dans un courrier du 1^{er} septembre 2000.

- 68 Au soutien de la thèse selon laquelle le régime de redevance, prévu par l'article 4, paragraphe 1, du contrat, n'est pas abusif au sens de l'article 82 CE, DSD invoque quatre arguments.
- 69 En premier lieu, la requérante invoque une atteinte à l'objet spécifique de la marque, lequel serait légalement protégé, tant en vertu du droit national que du droit communautaire.
- 70 En vertu du droit national, la marque «Der Grüne Punkt» serait une marque collective, au sens de l'article 97, paragraphe 1, du Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (loi allemande sur la protection des marques et autres signes distinctifs, BGBl. 1994 I, p. 3082, ci-après le «Markengesetz»), qui prévoit que peut être enregistré en tant que marque collective, «tout signe susceptible de protection à titre de marque au sens de l'article 3 [du Markengesetz] qui est propre à distinguer les marchandises ou services des entreprises affiliées au titulaire de la marque collective de ceux d'autres entreprises en termes d'origine commerciale ou géographique, de sorte, de qualité ou d'autres propriétés». Ladite marque aurait été dûment enregistrée en 1991 auprès du Deutsches Patent- und Markenamt (Office allemand des brevets et des marques), au titre de l'article 17 de la Warenzeichengesetz, loi en vigueur à l'époque. La requérante en déduit que la fonction d'origine de la marque a été nécessairement reconnue.
- 71 Le 18 septembre 1996, le Bundespatentgericht (tribunal fédéral des brevets) aurait jugé que la marque «Der Grüne Punkt» révèle l'engagement environnemental des entreprises participant au système de DSD et indiquerait que le système de DSD est conforme aux exigences légales en matière d'élimination. Le 23 décembre 1996, le Landgericht Hamburg (tribunal régional de Hambourg) aurait dit pour droit que la marque «Der Grüne Punkt» contient une information concrète, «à savoir celle du recyclage par le système duel» et que «la partie du public qui est sensible à l'environnement apprécie ce fait et apprécie de même tout particulièrement les emballages ainsi identifiés».

- 72 Bien qu'ultérieurement annulé par le Bundesgerichtshof, un arrêt de l'Oberlandesgericht Köln (cour d'appel de Cologne), du 8 mai 1998, évoquerait la «signification primordiale» acquise par la marque «Der Grüne Punkt».
- 73 En vertu du droit communautaire, tel qu'interprété par la Cour, l'objet spécifique du droit des marques serait de garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit marqué (arrêt de la Cour du 10 octobre 1978, Centrafarm, 3/78, Rec. p. 1823, point 12), de protéger le titulaire de la marque contre des risques de confusion (arrêt de la Cour du 30 novembre 1993, Deutsche Renault, C-317/91, Rec. p. I-6227, point 30) et de le protéger contre les concurrents qui voudraient abuser de la position et de la réputation de la marque en vendant des produits indûment pourvus de cette marque (arrêts de la Cour du 11 juillet 1996, MPA Pharma, C-232/94, Rec. p. I-3671, point 17, et du 23 février 1999, BMW, C-63/97, Rec. p. I-905, point 52). En revêtant les emballages de vente, participant ou non au système de DSD, de la marque «Der Grüne Punkt», il serait manifeste que les concurrents de DSD peuvent bénéficier de la réputation et de la signification de cette marque.
- 74 Dans la décision litigieuse, la Commission estimerait que la marque «Der Grüne Punkt» indique l'existence d'une possibilité d'élimination en se fondant sur une phrase d'un arrêt du Kammergericht Berlin (cour d'appel de Berlin) du 14 juin 1994. Cette phrase serait cependant citée hors de son contexte. En effet, s'il est exact, selon la requérante, que cette juridiction a considéré que la marque «Der Grüne Punkt» n'a, pour le public cible, pas de signification autre que celle que le produit sur lequel elle figure peut être éliminé au moyen du système DSD, elle a cependant préalablement confirmé la fonction d'origine de ladite marque et s'est ensuite bornée à expliquer la raison pour laquelle la marque «Der Grüne Punkt» ne constitue pas un logo de qualité environnementale.
- 75 Enfin, la Commission aurait implicitement admis cette atteinte à la fonction d'origine à l'article 4, paragraphe 2, de la décision litigieuse (point 48 ci-dessus).

- 76 En second lieu, DSD fait valoir que la concession de licence obligatoire pour une marque n'est pas admissible, car, à la différence de tous les autres droits de propriété intellectuelle, la marque serait d'abord caractérisée par son caractère distinctif. À ce propos, l'article 21 de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ci-après l'«accord ADPIC»), qui figure en annexe 1 C à l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, approuvé au nom de la Communauté, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, par la décision 94/800/CE du Conseil, du 22 décembre 1994 (JO L 336, p. 1), prévoit, sans exception, que «la concession de licences obligatoires pour les marques ne sera pas autorisée». De même, dans l'avis de la Cour 1/94, du 15 novembre 1994 (Rec. p. I-5267), celle-ci aurait estimé que ce régime, qui lie également la Commission, interdit les licences forcées pour les marques.
- 77 En troisième lieu, la concession de licence obligatoire de la marque «Der Grüne Punkt» ne serait pas justifiée par des intérêts importants de la concurrence. À cet égard, DSD rappelle que le refus du titulaire d'un droit d'auteur ou de modèle de fabrique d'accorder une licence n'est en principe pas abusif au sens de l'article 82 CE (arrêts de la Cour du 5 octobre 1988, Volvo, 238/87, Rec. p. 6211, point 8, et du 26 septembre 2000, Commission/France, C-23/99, Rec. p. I-7653, points 37 et suivants; arrêt du Tribunal du 16 décembre 1999, Micro Leader/Commission, T-198/98, Rec. p. II-3989, point 56), puisqu'une licence forcée constitue une atteinte aux prérogatives relevant de la substance même du droit exclusif (arrêt Volvo, précité, point 8). Une intervention aussi lourde qu'une licence forcée ne pourrait donc, en principe, être envisagée qu'en cas de «circonstances exceptionnelles» définies dans l'arrêt de la Cour du 6 avril 1995, RTE et ITP/Commission (C-241/91 P et C-242/91 P, Rec. p. I-743, point 50).
- 78 Dans ce dernier arrêt, la question aurait été de savoir si une entreprise occupant une position dominante peut être obligée d'accorder une licence à un concurrent. En l'espèce, la question serait de savoir si DSD est obligée d'accorder une licence à un client pour lui faciliter le recours aux services de systèmes concurrents. Dans les deux cas, il s'agirait de déterminer si et, dans l'affirmative, dans quelles

conditions, une entreprise dominante peut être obligée, au titre de l'article 82 CE, de promouvoir activement, par l'octroi d'une licence, la concurrence qui lui est faite.

- 79 En l'occurrence, le fait de revêtir des emballages de la marque «Der Grüne Punkt» ne serait pas indispensable pour permettre à un fabricant/distributeur d'opter pour des systèmes concurrents. Il serait simplement, «dans un nombre non négligeable de cas» selon la formule de la Commission, plus agréable ou facile pour les clients d'utiliser, gratuitement, la marque de la partie requérante (voir considérants 103 à 105 et 115 de la décision litigieuse).
- 80 En outre, un emballage non revêtu de la marque «Der Grüne Punkt» pourrait être commercialisé sans difficulté. DSD ajoute que même le marquage sélectif d'un emballage uniforme, revêtant ou non la marque «Der Grüne Punkt», est une pratique courante dans certains secteurs. La requérante cite pour exemple les marquages des bouteilles de vin, des emballages des matériaux de construction, des ordinateurs et des denrées alimentaires.
- 81 Les utilisateurs du logo seraient en mesure de procéder à une utilisation sélective de la marque «Der Grüne Punkt» en fonction des prévisions de besoin. Par ailleurs, l'absence de licence n'aurait pas constitué un obstacle à l'apparition d'une quarantaine de groupements d'entreprises participant à un système individuel.
- 82 Enfin, DSD estime, contrairement à la Commission (considérant 106 de la décision litigieuse), que le «contrôle précis» des quantités d'emballages est possible du fait de la coopération des fabricants et des distributeurs. Ainsi, selon elle, le distributeur final A peut commander une quantité donnée d'emballages sans la marque «Der Grüne Punkt» (soit directement auprès du fabricant, soit auprès d'un grossiste qui transmet la commande au fabricant), parce qu'il

souhaite reprendre ces emballages dans le magasin, alors que le distributeur B commande une quantité donnée avec la marque «Der Grüne Punkt» (soit directement auprès du fabricant, soit auprès d'un grossiste), parce qu'il ne souhaite pas reprendre ces emballages dans le magasin. Les distributeurs finaux A et B pourraient donc contrôler de manière précise, en collaboration avec les entreprises des phases antérieures de commercialisation, «le parcours effectué concrètement dans le circuit de commercialisation par un emballage portant leur marquage spécifique» (considérant 106 de la décision litigieuse), ce qu'ils feraient d'ailleurs en pratique.

- 83 En quatrième lieu, DSD considère que les stipulations de l'article 4, paragraphe 1, première phrase, du contrat, qui ne prévoit pas d'exception pour les cas de partage du marché national, présentent un caractère raisonnable pour plusieurs raisons et ne sont donc pas constitutives d'un abus de position dominante.
- 84 La première raison serait l'intérêt de DSD à être protégée contre des distorsions de concurrence du fait d'un signalement trompeur et contraire à l'obligation de transparence prévue par le décret. À cet égard, elle souligne que le fait qu'un emballage soit revêtu de la marque «Der Grüne Punkt», en dépit de l'absence de participation au système de DSD, méconnaît l'obligation de marquage non équivoque des emballages énoncée par le décret (en cas de participation à un système collectif, voir le point 4, paragraphe 2, de l'annexe I à l'article 6 du décret cité au point 8 ci-dessus; en cas de participation à un système individuel, voir l'article 6, paragraphe 1, troisième phrase, cité au point 4 ci-dessus). Cette obligation serait destinée à permettre tant aux consommateurs qu'aux autorités de constater à tout moment, selon des critères objectifs et clairs, par quel système l'«emballage concret du pollueur» doit être éliminé et, plus particulièrement, quel emballage doit être repris au magasin et lequel ne doit pas l'être.
- 85 L'article 3 de la décision litigieuse méconnaîtrait gravement cette obligation de transparence en ayant pour effet de permettre de communiquer au consommateur des informations contradictoires et non conformes à la réalité quant au circuit d'élimination auquel l'emballage est destiné. La supposition avancée par la

Commission, selon laquelle un utilisateur du logo peut, par simple déclaration et malgré l'emploi de la marque «Der Grüne Punkt», opter pour la participation à un système concurrent, ne serait donc pas compatible avec l'économie générale du décret.

- 86 La deuxième raison consiste en la protection indispensable de l'effet de signal de la marque. En effet, le respect des taux de valorisation dépendrait de la collaboration volontaire des consommateurs finaux lors du tri des emballages de vente. Il s'ensuivrait que, lorsqu'un emballage revêtu de la marque «Der Grüne Punkt» est néanmoins repris par le distributeur, conformément à l'article 6, paragraphe 1, du décret, le consommateur serait trompé, d'une part, sur son droit de rendre l'emballage au magasin malgré le marquage, inexact, dont il est revêtu et, d'autre part, par l'impression créée qu'il s'agit d'un emballage de vente qui sera collecté dans les poubelles/conteneurs du système de DSD.
- 87 L'article 3 de la décision litigieuse aurait pour conséquence d'annihiler l'effet de signal de la marque «Der Grüne Punkt», dès lors que, dans le cas du partage du marché national, le consommateur final ne serait plus en mesure de savoir si un emballage de vente revêtu de la marque «Der Grüne Punkt» doit être jeté dans les récipients de collecte de DSD ou dans ceux d'un tiers.
- 88 La troisième raison avancée tient au fait que l'obligation d'utiliser le logo «Der Grüne Punkt» serait indispensable au bon fonctionnement du système de DSD. En effet, l'obligation contractuelle des adhérents du système DSD d'utiliser le logo sur tous leurs emballages (considérant 112 de la décision litigieuse), que la Commission ne qualifie pas d'abusives, ne pourrait être invoquée pour justifier le grief d'un abus, dès lors qu'elle est nécessaire au fonctionnement du système de DSD. Celle-ci explique qu'un système de collecte qui repose sur la collaboration des consommateurs ne saurait fonctionner sans un signe distinctif uniforme et marquant leur permettant d'identifier immédiatement le système dont relève l'emballage et le récipient approprié. À défaut, les taux de valorisation ne seraient pas atteints.

- 89 La quatrième raison consiste dans la nécessité d'utiliser un critère de facturation praticable et vérifiable pour les prestations de DSD.
- 90 Tout d'abord, contrairement à ce qu'affirme la Commission au considérant 111 de la décision litigieuse, le régime de redevance prévu à l'article 4, paragraphe 1, du contrat n'entraînerait pas une «disproportion évidente» entre les prestations, à savoir le droit d'utiliser la marque et la mise à disposition d'un système d'élimination ayant un taux de couverture total au sens de l'article 6, paragraphe 3, du décret pour tous les déchets d'emballages revêtus de la marque «Der Grüne Punkt», et la contrepartie constituée par le paiement d'une redevance de licence pour tous les emballages revêtus de cette marque et se trouvant entre les mains du consommateur final.
- 91 Le caractère raisonnable du régime prévu à l'article 4, paragraphe 1, du contrat et son absence de caractère abusif auraient été admis par l'Oberlandesgericht Düsseldorf (cour d'appel de Düsseldorf) dans un arrêt du 11 août 1998.
- 92 En outre, DSD soutient qu'elle ne peut déterminer avec exactitude dans quelle mesure les emballages d'un utilisateur du logo sont déposés dans ses dispositifs de collecte qu'au prix d'analyses de tri très coûteuses, auxquelles elle ne saurait recourir que très exceptionnellement. Cela expliquerait que DSD se réfère au nombre d'emballages commercialisés avec la marque «Der Grüne Punkt» pour mesurer les prestations d'élimination qu'elles a réellement effectuées, puisqu'il s'agirait de l'unique critère de facturation praticable et vérifiable possible. Cette facturation forfaitaire tiendrait compte du fait que les déchets d'emballages de vente sont en règle générale produits à proximité des ménages et qu'en Allemagne, en raison de l'effet de signal de la marque «Der Grüne Punkt», les consommateurs ont pris l'habitude de déposer les emballages revêtus de cette marque dans les récipients de collecte de DSD.

Sur l'urgence

93 La requérante fait valoir que, en l'espèce, la condition relative à l'urgence est satisfaite au motif que l'exécution immédiate de l'article 3 de la décision litigieuse aura pour conséquence une modification importante et irréversible du cadre dans lequel elle exerce son activité (en ce sens, ordonnances du président de la Cour du 11 mai 1989, RTE e.a./Commission, 76/89, 77/89 et 91/89 R, Rec. p. 1141, points 15 et 18, et du 13 juin 1989, Publishers Association/Commission, C-56/89 R, Rec. p. 1693, points 34 et 35; ordonnances du président du Tribunal du 16 juin 1992, Langnese-Iglo et Schöller Lebensmittel/Commission, T-24/92 R et T-28/92 R, Rec. p. II-1839, point 29, du 16 juillet 1992, SPO e.a./Commission, T-29/92 R, Rec. p. II-2161, point 31, du 10 mars 1995, Atlantic Container e.a./Commission, T-395/94 R, Rec. p. II-595, point 55, et du 7 juillet 1998, Van den Bergh Foods/Commission, T-65/98 R, Rec. p. II-2641, point 66).

94 Au soutien de cette conclusion, la requérante développe une argumentation structurée autour de deux allégations, selon lesquelles, premièrement, l'exécution immédiate de la décision litigieuse porterait atteinte à la fonction d'origine et à l'effet de signal de la marque et, deuxièmement, le préjudice subi ne serait pas quantifiable.

— Atteinte à la fonction d'origine et à l'effet de signal de la marque

95 La requérante expose que, en cas de partage du marché national, l'apposition indifférenciée de la marque «Der Grüne Punkt» sur tous les emballages, comme effet de l'exécution de la décision litigieuse, portera inévitablement atteinte à la fonction d'origine, puisque le consommateur final ne sera plus en mesure de savoir si un emballage portant la marque «Der Grüne Punkt» participe au système de DSD ou à celui d'un tiers.

- 96 Cette atteinte à la fonction d'origine pourrait entraîner la radiation de la marque «Der Grüne Punkt», du fait de la disparition de son caractère distinctif et, par voie de conséquence, de son inopposabilité aux tiers utilisant ladite marque sans qu'une licence leur ait été concédée à cette fin. Sur ce dernier point, DSD souligne qu'elle n'a pu se défendre contre un concurrent, Vfw, qui entendait clairement faire référence à ses services d'élimination des déchets en utilisant la similitude de nom et d'image entre la marque «Der Grüne Pfeil» et la marque «Der Grüne Punkt», qu'au moyen d'une action en cessation au titre de l'article 14 du Markengesetz. Or, l'exécution de la décision litigieuse rendrait plus difficiles les actions en radiation, en cessation ou en dommages et intérêts dans la mesure où la partie assignée pourrait objecter, en défense, que la marque «Der Grüne Punkt» a perdu son caractère distinctif.
- 97 Son apposition indifférenciée porterait également atteinte de manière irréversible à l'effet de signal, puisque le consommateur final ne serait, durablement, plus en mesure de distinguer si un emballage portant la marque «Der Grüne Punkt» doit être éliminé par le biais des bacs de collecte de DSD ou d'un tiers.
- 98 La confusion ainsi engendrée dans l'esprit des consommateurs finals risquerait de mettre en péril le fonctionnement du système de DSD, ainsi que l'a indiqué le Verwaltungsgerichtshof Kassel (cour administrative d'appel de Kassel) dans une ordonnance du 20 août 1999, puisqu'il dépend étroitement de leur collaboration. L'atteinte à la fonction de signal aurait des répercussions à la baisse sur les taux de valorisation prévus par la loi, de sorte que ceux-ci pourraient ne plus être atteints. Or, dans cette hypothèse, l'autorisation du système de DSD pourrait être révoquée (article 6, paragraphe 4, du décret). Dans ce contexte, DSD souligne que le taux légal de valorisation des matériaux composites, soit 60 %, n'a été dépassé que de 5 % en 2000. Ce risque de révocation de l'autorisation du système serait l'une des différences essentielles entre DSD et les systèmes individuels d'élimination. En effet, lorsque les systèmes individuels d'élimination n'atteignent pas les taux légaux de valorisation, il leur suffit d'acquérir une licence ultérieure auprès de DSD (article 6, paragraphe 1, neuvième phrase, du décret).
- 99 À l'inverse, tous les emballages collectés par DSD devraient être valorisés même au-delà des taux imposés (point 1, paragraphe 5, première phrase, de l'annexe I à

l'article 6 du décret). Dans la mesure où les coûts de la collecte à proximité des ménages dépassent en règle générale les recettes tirées de la vente des produits recyclés, il est important, selon la requérante, que ces taux ne soient pas largement dépassés. La requérante serait déjà confrontée à ce problème en ce qui concerne le papier et le carton, alors même qu'elle ne doit pas encore concéder de licence obligatoire.

- 100 Il serait, par conséquent, essentiel que DSD continue de contrôler les quantités collectées pour que les taux de valorisation imposés soient atteints, sans toutefois être excessivement dépassés. DSD souligne que le seul moyen de contrôle consiste en la collaboration du consommateur final, dès lors que le système de collecte qu'elle a mis en place sur tout le territoire allemand ne peut pas être modifié.
- 101 Elle ajoute que la fonction d'origine et l'effet de signal de la marque sont déjà affectés par la couverture médiatique de la décision litigieuse en Allemagne.
- 102 En outre, la participation simultanée au système DSD et à un autre système duel, tel que celui de Landbell dans le Land de Hesse, ou à un système individuel aurait pour effet de porter inévitablement atteinte à la fonction d'origine et à l'effet de signal de la marque.
- 103 Soulignant, dans le premier cas de figure, que l'autorisation du système duel de Landbell par les autorités du Land de Hesse est imminente, elle fait valoir qu'un produit pris en charge par le système Landbell dans ce Land et qui, en dehors de ce dernier, est pris en charge par le système de DSD, devra porter au niveau fédéral et de manière uniforme la marque «Der Grüne Punkt» et le «Landbell-Baum» (arbre dit «Landbell»). L'apposition de ces deux marques sur le même produit créerait inévitablement une confusion dans l'esprit du consommateur du Land de Hesse et dans celui du consommateur résidant en dehors de ce Land.

- 104 Concernant le second cas de figure, celui de la reprise individuelle d'emballages de vente revêtus de la marque «Der Grüne Punkt», la requérante évoque les conséquences de la décision litigieuse. Ainsi, une chaîne de drogueries aurait déjà appelé ses fournisseurs de produits de marque, comme Procter & Gamble ou Glaxo SmithKline, portant le logo «Der Grüne Punkt», à faire éliminer leur emballages par le biais d'un système individuel d'élimination.
- 105 DSD est de l'avis que ces fabricants agiront de la sorte à brève échéance, d'autant qu'ils peuvent pour la première fois profiter des deux avantages essentiels de la marque «Der Grüne Punkt», sans participation au système de DSD. Premièrement, l'appréciation particulière dont est crédité un emballage (jugement du Landgericht de Hambourg) sur lequel est apposé le logo constituerait pour des fabricants d'articles de marque un avantage important. Deuxièmement, les fabricants et les distributeurs pourraient partir du principe que, en raison de l'effet de signal de la marque «Der Grüne Punkt», une proportion importante des consommateurs ne rapportera pas l'emballage au magasin, du fait du marquage trompeur, alors que l'emballage devrait être éliminé par le biais d'un groupement d'entreprises participant à un système individuel d'élimination à proximité des magasins. L'«accumulation de déchets dans le magasin», indésirable pour les fabricants et distributeurs d'articles de marque, serait ainsi écartée à l'aide d'un marquage objectivement faux, trompeur et violant le décret.
- 106 D'autres distributeurs, tels que Aldi, Tengelmann ou Rewe, seraient sur le point de suivre cet exemple en raison des tarifs attractifs pratiqués par les systèmes individuels d'élimination.
- 107 Le résultat serait que, à court terme, les consommateurs vont se retrouver confrontés avec le fait qu'ils vont — comme ils l'on fait jusque là — acheter dans les grandes chaînes de commerce de détail des produits portant la marque «Der Grüne Punkt», mais être informés, pour la première fois, dans le magasin, par des «panneaux clairement reconnaissables et lisibles», que l'emballage doit être rapporté au magasin. En effet, l'obligation d'indication en vertu de l'article 6, paragraphe 1, troisième phrase, du décret vaudrait également lorsqu'un embal-

lage, en dépit d'un étiquetage (incorrect) avec la marque «Der Grüne Punkt», ne participe pas au système DSD et doit être éliminé par le biais d'un groupement d'entreprises participant à un système individuel d'élimination. DSD estime que cette information contradictoire délivrée au consommateur conduira à court terme à une dilution complète de la marque et ramènerait sa signification à la simple «indication d'une possibilité d'élimination» (considérant 146 de la décision litigieuse) sans fonction d'origine ni effet de signal quant à la filière d'élimination envisagée pour un emballage spécifique.

- 108 Enfin, en exécution de l'article 5, paragraphes 2 et 3, de la décision litigieuse, DSD souligne qu'elle ne pourra réclamer une preuve que les taux de valorisation ont été atteints «d'une manière ou d'une autre», selon la terminologie de la ministre de l'Environnement du Land de Rhénanie-Palatinat, pour les quantités d'emballages portant la marque «Der Grüne Punkt» éliminés par un système individuel que le 1^{er} mai de l'année qui suit l'annonce que lesdits taux ont été atteints. L'arbitraire auquel DSD serait ainsi exposée serait aussi prouvé par les premières lettres annonçant la sortie du système.

— Caractère non quantifiable du préjudice

- 109 Une application immédiate de l'article 3 de la décision litigieuse aurait des conséquences sérieuses et irréparables, car le préjudice matériel et immatériel subi ne pourrait pas être chiffré (ordonnance Van den Bergh Foods/Commission, précitée, point 65), en particulier celui relatif à la destruction de la fonction d'origine et de l'effet de signal de la marque «Der Grüne Punkt».

- 110 En outre, il serait très difficile de démontrer que la perte de l'agrément, due à un recul des résultats de la collecte, résulterait du marquage trompeur et de la dilution de la marque.

Sur la mise en balance des intérêts

- 111 DSD considère qu'il n'existe pas d'intérêt prépondérant de la Commission à faire cesser immédiatement les infractions constatées dans le cas du partage du marché national.
- 112 En effet, la règle énoncée à l'article 4, paragraphe 1, du contrat serait prévue depuis 1991 et la Commission, qui en aurait eu connaissance depuis la notification du 2 septembre 1992, aurait émis un avis favorable (voir point 29 ci-dessus), ce dont il devrait être tenu compte dans la mise en balance des intérêts (ordonnance Van den Bergh Foods/Commission, précitée, point 69).
- 113 En outre, la décision litigieuse soulèverait des questions difficiles quant au champ d'application de l'article 82 CE dont l'examen relèverait du Tribunal statuant sur le fond du litige (ordonnance RTE e.a./Commission, précitée, point 14). Ainsi, dans le communiqué de presse relatif à la décision litigieuse, la Commission aurait concédé qu'«il n'était pas facile pour DSD d'apprécier, à la lumière des décisions antérieures de la Commission ou de la Cour européenne de justice, la compatibilité de son comportement avec les règles de concurrence du traité».
- 114 La décision litigieuse serait contraire à l'arrêt de la chambre compétente en matière d'ententes de l'Oberlandesgericht de Düsseldorf, du 11 août 1998, dans lequel une violation de la règle visée par la Commission aurait été explicitement rejetée au motif que le régime de rétribution tient compte des intérêts légitimes des parties au contrat. Dans de tels cas, l'intérêt au sursis de la requérante prédomine par principe afin d'éviter jusqu'à l'issue de la procédure au principal un état d'«insécurité juridique» (ordonnance Van den Bergh Foods/Commission, précitée, point 74).

- 115 Enfin, les utilisateurs du logo «Der Grüne Punkt» auraient, de manière acceptable, la possibilité de recourir aux services d'élimination des concurrents de DSD sans utiliser sa marque. Quant à l'intérêt général, il plaiderait en faveur de l'absence de destruction de la marque, essentielle à la satisfaction des objectifs poursuivis par le décret, à savoir la prévention de la production des déchets et la valorisation des déchets ainsi que la réduction de la charge du système public d'élimination des déchets.

Arguments de la Commission et des parties qui la soutiennent

Sur le *fumus boni juris*

- 116 À titre liminaire, la Commission relève que la demande en référé est essentiellement consacrée aux effets présumés de l'exécution immédiate de la décision litigieuse sur la position juridique de DSD en tant que titulaire de la marque «Der Grüne Punkt».
- 117 La Commission structure son argumentation en quatre points. Elle soutient, premièrement, que la pratique de la requérante n'est pas compatible avec l'article 82 CE, deuxièmement, que la décision litigieuse n'entrave pas le bon fonctionnement du système de DSD, troisièmement, que la décision litigieuse ne limite pas les droits de DSD sur la marque «Der Grüne Punkt» et, quatrièmement, que le prétendu effet de signal de la marque importe peu.
- 118 En premier lieu, la Commission rappelle que ce sont les conditions du contrat régissant la redevance qui constituent l'abus. Plus précisément, l'abus consisterait dans le fait que la requérante oblige les adhérents de son système à apposer son logo sur les emballages susceptibles de bénéficier de son service de prise en charge de l'obligation d'élimination tout en percevant une redevance pour tous les

emballages portant son logo, même s'il s'avère que ses services ne sont pas requis pour certaines quantités de ces emballages. Ainsi, la requérante exploiterait abusivement sa position dominante en facturant aux entreprises assujetties un service qu'elle ne leur fournit pas.

- 119 La requérante entraverait également de manière abusive l'entrée de concurrents sur le marché, puisqu'en introduisant une obligation de paiement pour tous les emballages comportant son logo elle rendrait économiquement inintéressant le recours aux services de sociétés concurrentes pour certaines quantités d'emballages: en effet, soit l'entreprise assujettie paie deux fois pour ces quantités d'emballages, soit elle doit prévoir des emballages et des circuits de distribution différents. Dans ce cas, elle ne pourrait bénéficier du potentiel qu'un emballage unique à l'échelle européenne représente sur le marché intérieur.
- 120 Par son article 3, la décision litigieuse interdirait à DSD de percevoir une redevance sur les quantités d'emballages pour lesquelles il n'est pas fait appel au service de prise en charge de l'obligation d'élimination offert par la requérante, même si ces emballages comportent le logo «Der Grüne Punkt». Cette solution découlerait des conditions de perception de la redevance définies par la requérante. Étant donné qu'elle oblige ses adhérents à utiliser le logo «Der Grüne Punkt» et qu'elle se fonde sur l'ampleur de cette utilisation pour calculer la redevance, toute mesure correctrice devrait en tenir compte. La décision litigieuse se fonderait même sur le contrat qui prévoit, en son article 4, paragraphe 1, deuxième phrase, que des exceptions à l'obligation de payer une redevance sont possibles, même en cas d'utilisation du logo.
- 121 L'existence de l'abus serait attestée par le fait que la multiplication des circuits de distribution et des emballages ne serait pas rentable dans les cas de figure visés par la décision litigieuse. La contestation de la requérante sur ce point ne serait pas fondée, dans la mesure où les exemples fournis par cette dernière ne seraient pas couverts par la décision litigieuse. En outre, une telle multiplication serait absurde eu égard à l'objectif du décret, puisqu'il deviendrait impossible de contrôler l'usage que le consommateur final fait de l'un ou l'autre emballage.

- 122 En cas de présentation uniforme des emballages, la requérante reconnaîtrait elle-même qu'un marquage sélectif n'est pas possible. Ainsi, l'accord complémentaire au contrat concernant les emballages de vente des articles de bureau contiendrait la remarque qui suit:

«Les emballages comportant la marque 'Der Grüne Punkt' se retrouvent aussi bien chez le consommateur final privé au sens de l'article 3, paragraphe 10, du décret [...] que dans le commerce de gros spécialisé (notamment les centres commerciaux spécialisés dans les fournitures de bureaux, les sociétés d'ingénierie informatique, les spécialistes en machines de bureau ou les magasins de meubles de bureau) et les distributeurs directs. L'adhérent est dans l'impossibilité, pour des raisons techniques et logistiques, d'organiser le marquage et la commercialisation de ses emballages de manière à faire correspondre l'utilisation de la marque et le lieu de dépôt des emballages usagés dans la mesure souhaitée par l'adhérent.»

- 123 En deuxième lieu, la Commission conteste l'affirmation de la requérante selon laquelle il est approprié de lier la redevance au nombre d'emballages marqués et non à celui des emballages effectivement collectés, de sorte que cette règle ne serait pas constitutive d'un abus.
- 124 Tout d'abord, aucun des deux arguments invoqués visant à démontrer la prétendue impossibilité d'exécuter la décision litigieuse ne serait concluant.

- 125 Concernant le premier argument, selon lequel la règle actuelle en matière de marquage évite les confusions, la Commission rétorque que la décision litigieuse n'enfreint nullement l'obligation de transparence énoncée par le décret. À cet égard, la Commission, qui relève que l'exposé de la requérante se réfère exclusivement au cas de figure n° II de ladite décision (à savoir l'existence de systèmes individuels concurrents), souligne que le principe du pollueur-payeur transposé par le décret s'applique à des quantités d'emballages et non à des

emballages précis. L'essentiel serait de rapporter la preuve que certaines quantités d'emballage font l'objet d'un recyclage. Pour motiver son affirmation erronée, selon laquelle l'obligation de marquage des emballages, dont elle présume l'existence, découle du décret, la requérante se fonderait sur des citations de divers documents relatifs à la réglementation applicable propres à induire en erreur.

126 Concernant le second argument, relatif au critère de facturation pour les services, la Commission rappelle que le but déclaré du régime de redevance de la requérante est uniquement de couvrir les coûts liés au fonctionnement du système (article 5 du contrat). Or, dans les cas de figure visés par la décision litigieuse, la relation entre la prestation et la redevance serait déjà déséquilibrée pour la simple raison qu'il y a une partie des emballages pour lesquels la requérante ne fournit pas le service de prise en charge de l'obligation d'élimination, mais perçoit néanmoins une redevance. La requérante n'avancerait aucun argument convaincant expliquant pourquoi elle ne peut calculer la redevance en fonction de la quantité d'emballages pour laquelle il est effectivement fait appel à son service de prise en charge de l'obligation d'élimination desdits emballages.

127 La requérante prétendrait seulement que la Commission exige une facturation fondée sur le service d'élimination réellement fourni. Cette affirmation serait inexacte, car la décision litigieuse prévoirait une facturation fondée sur la quantité d'emballages pour laquelle l'adhérent recourt au service de prise en charge de l'obligation d'élimination. Une telle quantité pourrait aisément être déterminée. En effet, l'entreprise assujettie devrait informer la requérante de la quantité d'emballages pour laquelle elle souhaite faire appel à ses services de prise en charge de l'obligation d'élimination. Les raisons pratiques ne justifieraient donc pas d'adopter une facturation fondée sur la quantité d'emballages comportant le logo «Der Grüne Punkt».

128 Ensuite, la Commission estime que les considérations relatives au droit des marques, également avancées par la requérante aux fins de démontrer que le régime de redevance n'est pas constitutif d'un abus, ne sont pas fondées. La Commission rappelle que la marque sert à distinguer ou à individualiser l'origine de la marchandise ou du service parmi une multitude d'offres de même nature et

que, dans le cadre de cette fonction de distinction, la marque remplit diverses sous-fonctions. En effet, les marques pourraient servir à distinguer les marchandises non seulement en fonction de leur origine (fonction de distinction quant à la provenance commerciale), mais encore de leur qualité en ce qu'elles peuvent donner à l'utilisateur une impression de qualité constante à laquelle il peut se fier lors de ses achats (fonction de garantie ou de confiance dans la marque). Cette dernière fonction serait cruciale pour les marques collectives, puisqu'il serait impossible de déterminer avec certitude la provenance de la marchandise portant cette marque. En outre, la marque pourrait, de manière relativement indépendante de la marchandise concernée, exercer sur l'acheteur un pouvoir d'attraction qui lui est propre, en raison de ses caractéristiques et de sa notoriété (fonction de publicité de la marque).

129 Aux fins d'apprécier une éventuelle atteinte aux droits du titulaire d'une marque, il conviendrait d'identifier l'objet précis de la protection en cause. La jurisprudence communautaire, invoquée par la requérante, garantirait la protection de la fonction d'origine de la marque. À cet égard, la Commission considère qu'il serait porté atteinte à cette fonction de la marque dans l'hypothèse où le consommateur ou le preneur final attribuerait erronément le service qu'il a obtenu au titulaire de la marque indûment apposée. En revanche, la fonction d'origine ne serait pas affectée si toute tromperie du preneur final d'un service est exclue.

130 En l'occurrence, le service rendu par DSD consisterait à libérer les producteurs et distributeurs du respect individuel des obligations de reprise et de valorisation de déchets d'emballage. Les clauses relatives à l'utilisation de la marque «Der Grüne Punkt» ne relèveraient donc pas de l'objet essentiel du contrat. La Commission souligne à ce titre que le montant de la redevance est déterminé exclusivement en fonction du poids ou de la quantité des emballages couverts par le contrat. Les redevances seraient habituellement perçues dans un but lucratif en échange de la concession d'usage d'un droit immatériel et non en échange d'un service. En effet, lorsqu'une prestation de services est rémunérée, la détermination de la redevance ne serait pas directement liée à la concession d'usage d'une marque. Un contrat de licence «qui libère l'entreprise adhérente des obligations de reprise et de valorisation qui lui incombent en vertu du décret sur les emballages» serait donc détourné de son objet normal.

- 131 La Commission réfute les assertions de la requérante, selon lesquelles l'article 3 de la décision litigieuse a pour effet de lui imposer une licence obligatoire et de réduire à néant la fonction d'origine et de garantie de sa marque «Der Grüne Punkt».
- 132 D'une part, elle considère que l'article 3 de la décision litigieuse n'oblige pas la requérante à concéder une licence obligatoire contraire à l'article 21 de l'accord ADPIC et à la jurisprudence de la Cour. En effet, la décision litigieuse n'aurait aucune incidence sur le nombre des concessionnaires de licence de la requérante; seuls pourront apposer le logo «Der Grüne Punkt» sur leurs emballages les producteurs et distributeurs ayant conclu un contrat avec la requérante. En tout état de cause, une lecture combinée des articles 21 et 40, paragraphe 2, de l'accord ADPIC autoriserait la recherche d'un équilibre entre les intérêts du propriétaire de la marque et l'intérêt général qui implique une concurrence exempte de distorsions.
- 133 En outre, la Commission conteste que l'article 3 de la décision litigieuse ait pour effet d'obliger la requérante à concéder une licence non rémunérée. En effet, en contrepartie de l'autorisation d'utiliser une marque, le concessionnaire paie une redevance, dont le montant peut être déterminé selon le nombre de produits mis en circulation, en pourcentage du chiffre d'affaires ou selon des critères analogues, qui permettent d'évaluer l'utilisation économique que le concessionnaire fait de la marque. Ce calcul pourrait être effectué a priori ou a posteriori. Il s'ensuivrait que, dans de nombreuses méthodes de calcul, tous les produits porteurs de la marque n'entrent pas en ligne de compte pour déterminer le montant de la redevance.
- 134 Dès lors, l'affirmation de la requérante selon laquelle la décision déboucherait sur une licence obligatoire non rémunérée ne serait pertinente que si la licence pouvait être scindée selon que les emballages concernés sont ou non effectivement couverts par le système collectif de prise en charge. Elle ne pourrait l'être que s'il était possible de déterminer a priori quels emballages sont collectés par le système de la requérante et lesquels ne le sont pas. Or, le consommateur serait le seul à décider du sort de chaque emballage, et la constatation de l'utilisation réelle des emballages commercialisés ne serait possible qu'a posteriori.

135 Aussi ne serait-il pas encore possible de déterminer, en ce qui concerne la concession de la licence, quels emballages sont effectivement collectés par la requérante. L'utilisation ou la non-utilisation du service de collecte de la requérante ne pourrait être pris en considération qu'au stade de la détermination du montant de la redevance. Il ne saurait par conséquent être question d'une licence non rémunérée pour certains emballages; il pourrait tout au plus être considéré qu'une partie des emballages pourvus de la marque sous licence sont exclus du calcul de la redevance.

136 D'autre part, s'agissant de la fonction d'origine de la marque, la Commission estime que la conception retenue par la requérante est trop large. La requérante omettrait de préciser que les utilisateurs finals du service qu'elle rend ne sont en aucun cas les consommateurs finals du produit emballé, mais les producteurs ou les distributeurs de l'emballage qui ne sont aucunement trompés. Quant à la tromperie des consommateurs finals de produits sur l'emballage desquels figure le logo «Der Grüne Punkt», la requérante ne la motiverait pas de manière concluante. En toute hypothèse, cette prétendue tromperie ne constituerait pas une atteinte à la fonction d'origine de la marque «Der Grüne Punkt». L'impact d'une marque se mesurerait en fonction de la perception qu'en a le groupe cible, en l'espèce les consommateurs finals de biens de consommation dont ils éliminent les emballages par le biais de divers systèmes. Pour le consommateur final moyen, la perception de la marque se résumerait à l'indication qu'il est possible d'assurer l'élimination de l'emballage par le système DSD.

137 Ce constat reposerait sur le comportement observé des consommateurs en matière d'élimination des déchets, vérifiable quotidiennement, ainsi que sur l'appréciation qu'en donnerait la requérante elle-même dans son règlement d'usage de la marque collective, concernant l'impact du logo «Der Grüne Punkt» (point 27 ci-dessus). Quant à la seule question sur laquelle porte la décision litigieuse, en l'occurrence celle de savoir si les entreprises adhérentes ont acquitté une redevance proportionnée à l'importance de la collecte des déchets constitués par leurs emballages, le consommateur s'en soucierait certainement autant que d'autres détails de l'organisation du système en cause ou d'autres systèmes.

- 138 En outre, les appréciations sur la marque portées par les différentes juridictions allemandes, lues dans leur contexte, diffèrent de la présentation qui en a été faite par la requérante.
- 139 Quant aux prétendus effets sur la fonction de «garantie» ou de confiance de la marque, la Commission estime que le fait que, dans certaines régions, une possibilité d'élimination des déchets d'emballages s'ajoute à une autre n'enlève pas au consommateur la possibilité de déposer l'emballage revêtu de la marque dans les récipients destinés à la collecte mis en place par la requérante. La fonction de garantie de la marque ne serait annulée que si les emballages couverts par un autre système n'étaient en aucun cas éliminés par la requérante. Or, pour des raisons pratiques, cela ne serait pas le cas. Selon la Commission, la requérante continuera d'éliminer tous les emballages porteurs du logo «Der Grüne Punkt» si le consommateur choisit cette solution. Pour ce dernier, la fonction de garantie de la marque ne serait donc pas modifiée.
- 140 Enfin, la «fonction de signal» de la marque «Der Grüne Punkt» serait étrangère au droit des marques.

Sur l'urgence

- 141 La Commission estime que la condition relative à l'urgence n'est pas satisfaite.
- 142 Tout d'abord, la Commission observe que la requérante ne répond pas à la question de savoir en quoi consiste exactement le dommage qu'elle allègue. Celui-ci consisterait en un dommage moral, résultant de la prétendue détérioration des fonctions de la marque, et en un dommage matériel dû au risque de perte de l'agrément. Ce dernier serait dénué de tout fondement. En effet, une diminution des quantités de déchets d'emballages collectés traduirait un moindre recours au

service de DSD de prise en charge des obligations de reprise et de valorisation desdits déchets. Le taux de valorisation à atteindre étant déterminé en fonction de la quantité d'emballages couverts par son propre système, l'exécution de la décision litigieuse n'hypothèquerait pas les possibilités d'atteindre ce taux.

- 143 Les déclarations publiques de la requérante contrediraient l'affirmation selon laquelle l'exécution de la décision litigieuse déboucherait sur une destruction irréversible de sa marque et compromettrait, en outre, le bon fonctionnement global de son système. En effet, dans un document intitulé «Hintergrundinformationen zur Auseinandersetzung zwischen der EU-Kommission und der Duales System Deutschland AG» («Éléments d'information sur le différend opposant la Commission européenne et Duales System Deutschland AG»), diffusé sur Internet et adressé à ses adhérents, la requérante indique, relativement aux conséquences de la décision, ce qui suit:

«La Commission européenne a confirmé qu'un droit de rémunération illimité était attaché à tous les emballages porteurs du 'Der Grüne Punkt' qui participent au système DSD, et que celui-ci ne devait par ailleurs pas être remis en question. Cela concerne en particulier tous les emballages vendus à des consommateurs finals, qui représentent, selon les estimations, plus de 85 % des emballages adhérant au système DSD. Par conséquent, l'activité économique de base de DSD est préservée.»

- 144 Une telle conviction de la requérante attesterait que la marque ne peut revêtir une importance capitale pour l'exploitation du système. En toute hypothèse, il serait inexact d'affirmer que le logo «Der Grüne Punkt» constitue le seul moyen dont dispose la requérante pour influencer sur le comportement du consommateur final en matière d'élimination des emballages. Cette affirmation ne serait pas prouvée, pas plus que les autres assertions de la requérante selon lesquelles la décision litigieuse aurait une incidence sur les quantités d'emballages collectés, voire que l'écho de l'affaire dans les médias, et non ladite décision elle-même, aurait eu «pour effet d'ébranler la confiance du consommateur et d'affaiblir ainsi la marque».

145 Quant à l'exemple choisi par la requérante, à savoir le système prévu par Landbell dans le Land de Hesse, il ne poserait pas le problème d'une prétendue confusion dans l'esprit des consommateurs née de l'apposition de deux marques sur un même produit, ne serait-ce que parce que Landbell compte y utiliser les mêmes bacs de collecte que la requérante. Cependant, même hors du Land de Hesse, la Commission indique ne pas comprendre pourquoi l'apposition d'un logo supplémentaire, qui n'aurait pratiquement aucune signification ailleurs, devrait engendrer une «confusion». La Commission estime qu'il ne peut être déduit d'une telle situation que le consommateur jettera un emballage en carton dans les déchets résiduels plutôt que dans le conteneur pour le papier et le carton. Si l'affirmation non étayée de la requérante était exacte, tout autre logo utilisé en plus du «Der Grüne Punkt» risquerait d'affaiblir celui-ci. Il suffirait cependant de voir un emballage courant pour réfuter la prétendue influence de la multiplicité des marques sur le comportement du consommateur en matière d'élimination des déchets. Pour influencer ce comportement, il existerait d'autres possibilités que le logo, telles que des documents d'information comparables à ceux distribués par les municipalités.

146 La Commission ajoute que les taux de valorisation atteints dans chaque cas ne reflètent pas nécessairement les taux de collecte, mais simplement une réalité économique. En effet, les matières premières de second ordre, dérivées des matériaux composites, ne peuvent être vendues qu'à perte. Par conséquent, ni la requérante ni les entreprises de collecte n'auraient intérêt à dépasser considérablement le taux de valorisation. En revanche, les prix du marché seraient positifs pour le papier ou le carton. Grâce à la teneur des contrats de services conclus avec les entreprises de collecte, la requérante ne serait pas financièrement affectée par le dépassement du taux, car les rémunérations versées auxdites entreprises sont limitées. Les prix du marché étant positifs, les entreprises de collecte ne devraient pas non plus être financièrement pénalisées.

147 Dans le cadre de ses considérations relatives à l'urgence, la requérante a réitéré son affirmation selon laquelle l'exécution de la décision litigieuse porterait atteinte à sa marque «Der Grüne Punkt». Elle se fonderait sur le fait que chacun pourrait, «librement» et indépendamment de la participation à son système, utiliser le logo «Der Grüne Punkt». Or, tel ne serait pas le cas. Il est évident, selon la Commission, que la marque ne saurait être utilisée «librement» et qu'elle ne

peut l'être que dans les cas de figure clairement définis dans lesquels, en cas de présentation uniforme des emballages, la requérante en collecte une partie et des obligations d'attestation sont attachées à la partie résiduelle. Comme il a été relevé, la requérante estime elle-même que la décision portera sur 15 % des emballages pour lesquels elle a conclu des contrats.

- 148 Pour autant que l'argumentation de la requérante exposée dans le cadre de la condition relative à l'urgence concerne la prétendue absence d'abus de position dominante, la Commission renvoie à ses développements relatifs à l'absence de *fumus boni juris*.
- 149 La Commission admet qu'une utilisation du logo par des personnes n'ayant pas adhéré au système de la requérante ou auxquelles elle n'a pas concédé de licence pourrait porter atteinte à la marque. Toutefois, la décision litigieuse n'impliquerait pas une telle utilisation du logo, ni n'empêcherait la requérante, contrairement à ce qu'elle prétend, de prendre des mesures à l'encontre de toute utilisation abusive.
- 150 Quant au risque de radiation de la marque invoqué par la requérante, il serait inexistant dans la mesure où la décision litigieuse ne porte atteinte ni à la fonction d'origine en tant que droit de protection spécifique, ni à la fonction de garantie de la marque. Le message que la marque véhicule n'en serait pas modifié.
- 151 Les parties intervenantes estiment que DSD ne subira pas de préjudice grave et irréparable s'il n'est pas sursis à l'exécution de la décision litigieuse.
- 152 Elles partagent l'analyse de la Commission en se prévalant du document que la requérante a diffusé sur Internet.

- 153 Plus spécifiquement, Landbell indique qu'elle n'exercera dans l'immédiat ses activités que dans le Land de Hesse et que son apparition sur le marché aura un impact concurrentiel limité. Elle souligne que la population dudit land représentait environ 7,31 % de la population de la République fédérale d'Allemagne au 31 décembre 1999 et que la proportion des emballages de vente usagés concernés par son système n'excéderait pas 10% du total des déchets d'emballages.
- 154 BellandVision, pour sa part, fait valoir que la possibilité de reprise individuelle est limitée à un certain volume. En vertu de l'article 6, paragraphe 1, du décret, la reprise des emballages devrait en effet s'effectuer au lieu de la remise au consommateur final. Cela signifierait qu'une collecte à proximité des ménages — par le biais des «poubelles jaunes» — n'est pas possible. La prise en charge dans le cadre d'un système individuel d'élimination serait ainsi limitée aux cas dans lesquels la reprise des emballages sur le lieu effectif de la remise au consommateur est possible, ce qui concernerait 10 à 15 % du volume total d'emballages.
- 155 Landbell et BellandVision soutiennent également que la décision litigieuse n'est, de plus, pas de nature à entraîner des pertes de bénéfices pour DSD.
- 156 En effet, si une baisse limitée du chiffre d'affaires de DSD peut être un effet de la concurrence, une perte de bénéfices serait en revanche exclue. DSD posséderait en effet la garantie contractuelle de percevoir une rémunération couvrant les coûts. Elle se serait même engagée à ne réaliser aucun bénéfice du fait de son activité. Enfin, une diminution des quantités d'emballages relevant du système de DSD conduirait automatiquement à une réduction de la rémunération des entreprises chargées de l'élimination des déchets.
- 157 L'activité de DSD ne serait pas tournée vers la réalisation de profits. En vertu de l'article 4, paragraphe 3, du contrat, les redevances seraient calculées sans

majoration au titre des bénéfiques. Elles serviraient, d'après le libellé du contrat, exclusivement à couvrir les coûts de la collecte, du tri et de la valorisation ainsi que les frais administratifs (coûts du système). D'après l'article 4, paragraphe 3, du contrat, les redevances pourraient par ailleurs être augmentées ou réduites « de telle sorte que les coûts du système soient imputés aux différentes catégories de matériaux, dans la mesure du possible, conformément aux responsabilités ».

158 Alors que du côté des recettes, DSD jouirait d'une couverture garantie des coûts, du côté des dépenses, chaque réduction des quantités d'emballages relevant du système DSD se traduirait par une réduction de l'obligation de paiement des entreprises chargées de l'élimination des déchets. En vertu de l'article 7.3 des contrats de service conclus avec les différentes entreprises chargées de l'élimination des déchets, les quantités d'emballages qui doivent être collectées et valorisées en dehors du système duel doivent automatiquement être déduites de la quantité donnant lieu à rémunération. Les succès de prospection des concurrents de DSD réduiraient ainsi automatiquement et d'un montant correspondant la charge des frais pour DSD.

159 Enfin, Landbell et BellandVision soulignent que, au cas où le recours au principal serait accueilli, DSD recouvrerait sa situation monopolistique sur le marché.

Sur la mise en balance des intérêts

160 La Commission conteste les raisons avancées par la requérante pour établir qu'il existe un intérêt supérieur à ce qu'il soit sursis à l'exécution de la décision litigieuse.

- 161 Premièrement, en réponse à l'argument selon lequel le régime de redevance existe depuis 1991, la Commission indique avoir fait part de ses préoccupations à cet égard depuis 1997.
- 162 Deuxièmement, la requérante ne serait pas fondée à évoquer le succès de ses concurrents, puisqu'ils n'ont qu'une importance économique mineure par rapport à elle. Au contraire, les systèmes individuels de collecte seraient menacés dans leur compétitivité déjà précaire, car, en cas de sursis, les clients potentiels demeureraient fidèles à la requérante à cause du risque de double redevance. Quant au premier système collectif concurrent, son avenir dépendrait de l'exécution de la décision litigieuse.
- 163 Troisièmement, la décision litigieuse ne serait pas contraire à l'arrêt rendu par l'Oberlandesgericht Düsseldorf. Si tel était le cas, il n'est pas précisé en quoi cela justifierait un sursis (arrêt de la Cour du 14 décembre 2000, Masterfoods et HB, C-344/98, Rec. p. I-11369, points 48 et 53). En outre, ce jugement ne serait pas exécutoire et concernerait des faits étrangers à la décision litigieuse, à savoir le traitement d'une partie des emballages dans l'industrie.
- 164 VfW et BellandVision font valoir que le sursis à l'exécution de la décision litigieuse compromettrait gravement leur position concurrentielle, puisqu'il aurait pour conséquence de maintenir le risque d'une double facturation, résultant de la rétribution des services rendus aux clients par chacune des parties intervenantes et du maintien de l'obligation de rémunérer DSD du seul fait de revêtir les emballages de la marque «Der Grüne Punkt».
- 165 Quant à Landbell, le sursis à l'exécution immédiate de la décision litigieuse empêcherait son entrée sur le marché en cause.

2. *Appréciation du juge des référés*

Sur le fumus boni juris

- 166 L'injonction contenue à l'article 3, premier alinéa, de la décision litigieuse, disposition dont le sursis à l'exécution est demandé à titre principal, est ainsi formulée:

«DSD est tenue de s'engager envers tous les signataires du contrat d'utilisation du logo à ne pas percevoir de redevance sur les quantités d'emballages de vente commercialisés en Allemagne avec le logo ['Der Grüne Punkt'], pour lesquelles il n'est pas fait appel au service de prise en charge de l'obligation d'élimination des déchets conformément à l'article 2 dudit contrat d'utilisation du logo et pour lesquelles les obligations imposées par le décret sur les emballages sont remplies d'une autre manière.»

- 167 L'article 3 de la décision litigieuse a été adopté en application de l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 17 (considérant 161 de la décision litigieuse). En vertu de cette disposition, la Commission, lorsqu'elle constate une infraction, notamment, aux dispositions de l'article 82 CE, peut obliger par voie de décision les entreprises intéressées à mettre fin à l'infraction constatée.

- 168 Il est de jurisprudence constante que l'application de l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 17 peut comporter l'interdiction de continuer certaines activités, pratiques ou situations, dont l'illégalité a été constatée (arrêts de la Cour du 6 mars 1974, Istituto Chemioterapico Italiano et Commercial Solvents/Commission, 6/73 et 7/73, Rec. p. 223, point 45, et RTE et ITP/Commission, précité,

point 90), mais aussi celle d'adopter un comportement futur similaire (arrêt du Tribunal du 6 octobre 1994, Tetra Pak/Commission, T-83/91, Rec. p. II-755, point 220).

169 De plus, dans la mesure où l'application de l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 17 doit se faire en fonction de l'infraction constatée, la Commission a le pouvoir de préciser l'étendue des obligations qui incombent aux entreprises concernées afin qu'il soit mis fin à ladite infraction. De telles obligations pesant sur les entreprises ne doivent toutefois pas dépasser les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché, à savoir le rétablissement de la légalité au regard des règles qui ont été méconnues (arrêt RTE et ITP/Commission, précité, point 93, et, dans le même sens, voir arrêts du Tribunal du 8 juin 1995, Langnese-Iglo/Commission, T-7/93, Rec. p. II-1533, point 209, et Schöller/Commission, T-9/93, Rec. p. II-1611, point 163).

170 En l'espèce, l'article 1^{er} de la décision litigieuse doit être interprété à la lumière de ses motifs (arrêt de la Cour du 16 décembre 1975, Suiker Unie e.a./Commission, 40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 à 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, Rec. p. 1663, point 122), notamment le considérant 163 de la décision litigieuse selon lequel:

«L'infraction tient au fait que DSD exige, conformément à l'article 4, paragraphe 1, première phrase, et à l'article 5, paragraphe 1, première phrase, du contrat d'utilisation du logo, le versement d'une redevance pour la totalité des emballages de vente commercialisés en Allemagne avec le logo ['Der Grüne Punkt'], même s'il n'est fait appel au service de prise en charge de l'obligation d'élimination des déchets prévue à l'article 2 du contrat d'utilisation du logo que pour une partie des emballages, voire s'il n'est pas du tout sollicité. Certes, l'article 4, paragraphe 1, deuxième phrase, du contrat d'utilisation du logo prévoit la possibilité de dispositions dérogatoires, mais DSD a refusé, en ce qui concerne les cas de figure n^{os} I et II, de prendre les engagements qui auraient supprimé les éléments constitutifs de l'abus et les auraient transformés en dispositions dérogatoires contractuelles.»

- 171 Sous-jacente au constat de cette infraction est la lecture combinée des dispositions du contrat stipulant, d'une part, que les fabricants et/ou les distributeurs qui adhèrent au système de DSD sont obligés de revêtir du logo «Der Grüne Punkt» les emballages de vente destinés à la consommation intérieure (article 3, paragraphe 1, du contrat) et, d'autre part, que l'obligation de rémunérer DSD naît du seul fait de revêtir les emballages du logo «Der Grüne Punkt» (article 4, paragraphe 1, du contrat), même lorsque, pour une partie déterminée de leurs emballages, les clients ne font pas appel au service de DSD de prise en charge de l'obligation d'élimination des déchets.
- 172 Or, DSD étant le seul opérateur exploitant un système collectif couvrant tout le territoire allemand, les fabricants et/ou distributeurs seraient contraints d'avoir recours à ce système. Ils seraient, par conséquent, également contraints d'apposer le logo «Der Grüne Punkt» sur tous leurs emballages. Par ailleurs, des raisons économiques, techniques et liées à la logistique de la distribution, empêcheraient les fabricants et/ou les distributeurs, désireux de recourir aux services d'un autre système collectif, s'il existait, ou à ceux d'un système individuel pour une partie de leurs emballages, de ne revêtir du logo «Der Grüne Punkt» que la partie destinée à être collectée par l'intermédiaire du système de DSD.
- 173 Puisque l'obligation de rémunérer DSD naît du simple marquage de l'emballage de vente, et non du service effectivement rendu de prise en charge de l'obligation d'élimination des déchets, les fabricants et/ou les distributeurs seraient contraints de verser deux redevances en cas de participation simultanée au système de DSD et à un système individuel ou à un système collectif concurrent, s'il existait.
- 174 La requérante, ainsi qu'elle l'a expressément indiqué dans sa demande, conteste l'existence même de l'abus de position dominante qui lui est reproché, quand bien même sa demande ne vise pas à obtenir le sursis à l'exécution de l'article 1^{er} de la décision litigieuse.

- 175 Il convient donc d'examiner la légalité des obligations que l'article 3 de la décision litigieuse impose à la requérante à la lumière de la constatation d'abus de position dominante. À cette fin, il y a lieu d'identifier au préalable l'étendue des obligations en cause.
- 176 Il découle du libellé de l'article 3 de la décision litigieuse que, premièrement, les fabricants ou distributeurs, parties au contrat, apposent le logo «Der Grüne Punkt» sur tous leurs emballages de vente, deuxièmement, ces fabricants ou distributeurs peuvent recourir à un système individuel ou à un système collectif concurrent du système mis en place par DSD pour éliminer leurs emballages de vente et, troisièmement, la redevance perçue par DSD doit correspondre aux prestations qu'elle assure effectivement. Il s'ensuit que l'article 3 de la décision litigieuse a, notamment, pour effet de permettre aux adhérents du système de DSD d'apposer le logo «Der Grüne Punkt» sur leurs emballages de vente, alors même que ceux-ci ne seront pas éliminés par le biais du système de DSD.
- 177 Cette possibilité d'apposition du logo «Der Grüne Punkt» sur des emballages de vente qui ne seront pas pris en charge par le système de DSD et pour lesquels aucune redevance ne sera versée à la requérante cristallise la contestation de cette dernière, dont l'argumentation consiste à soutenir, en substance, que le régime de la redevance est justifié par des considérations relatives au droit des marques, de sorte que l'abus reproché ne serait pas constitué. Faute d'abus de position dominante, l'article 3 de la décision litigieuse serait sans fondement. Plus spécifiquement, la requérante considère que permettre l'apposition indifférenciée de la marque «Der Grüne Punkt» porterait atteinte à la fonction d'origine et à l'effet de signal de cette marque et à l'exigence d'identification claire imposée par le décret. La décision litigieuse aurait donc pour effet d'empêcher le consommateur final de savoir si un emballage revêtu de la marque «Der Grüne Punkt» relève du système d'élimination de DSD, ou de celui d'un tiers, et donc si cet emballage doit être éliminé par le biais des conteneurs de DSD, ou de ceux d'un tiers.
- 178 La Commission considère, pour sa part, que la décision litigieuse ne porte aucunement atteinte à la fonction d'origine de la marque dans la mesure où celle-

ci a seulement pour objet d'indiquer au consommateur final qu'il dispose d'une possibilité d'élimination de l'emballage de vente revêtu du logo «Der Grüne Punkt» par le biais du système de DSD. Faute de justification du régime de redevance, l'abus serait constitué et il devrait y être mis fin.

179 Eu égard à l'argumentation des parties prise dans son ensemble, le juge des référés considère que cette affaire pose principalement la question de savoir si le régime de redevance imposé par le titulaire du droit de marque est justifié par la nécessité de préserver l'objet spécifique de ce droit ou, formulée différemment, celle de savoir si, dans les circonstances de l'espèce, le droit de marque est utilisé par DSD comme instrument de l'exploitation abusive de sa position dominante. Il s'agit donc d'apprécier si la Commission a établi que le comportement de la requérante n'est pas conforme au principe de proportionnalité.

180 Ce n'est donc que s'il est avéré que les dispositions du contrat contestées par la Commission vont au-delà de ce qui est nécessaire à la préservation de la fonction essentielle du droit de marque que l'abus de position dominante reproché à DSD, envers ses adhérents, pourrait être considéré comme caractérisé.

181 À cet égard, il convient de rappeler, tout d'abord, que l'article 295 CE prévoit que «[l]e présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres».

182 En outre, le droit de marque étant exclusif, son titulaire a le droit d'accorder, ou de refuser d'accorder, l'autorisation d'exploiter son droit à un tiers et, dans le premier cas, d'autoriser l'exploitation moyennant le paiement d'une redevance. Le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle a donc la faculté de restreindre la concurrence afin de protéger la substance même de son droit exclusif. Ainsi, dans l'arrêt Volvo, précité, la Cour a jugé (point 8 des motifs) que le refus d'un constructeur de voitures d'accorder des licences à des tiers voulant lui faire

concurrence en ce qui concerne la fabrication et la vente de carrosseries protégées ne saurait constituer en lui-même un abus de position dominante. Une interprétation contraire aurait, en effet, constitué une atteinte à l'objet spécifique du droit de propriété intellectuelle en cause.

- 183 Il faut encore rappeler que le droit de marque constitue un élément essentiel du système de concurrence non faussé que le traité entend établir et maintenir (arrêt de la Cour du 17 octobre 1990, Hag GF, dit «Hag II», C-10/89, Rec. p. I-3711, point 13). Dans un tel système, les entreprises doivent être en mesure de s'attacher la clientèle par la qualité de leurs produits ou de leurs services, ce qui n'est possible que grâce à l'existence de signes distinctifs permettant de les identifier (arrêt de la Cour du 11 novembre 1997, Loendersloot, C-349/95, Rec. p. I-6227, point 22).
- 184 Dans cette perspective, la fonction essentielle de la marque est de garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit ou du service marqué, en lui permettant de distinguer sans confusion possible ce produit ou ce service de ceux qui ont une autre provenance (voir, notamment, arrêts de la Cour du 23 mai 1978, Hoffmann-La Roche, 102/77, Rec. p. 1139, point 7, du 10 octobre 1978, Centrafarm, 3/78, Rec. p. 1823, points 11 et 12, et du 29 septembre 1998, Canon, C-39/97, Rec. p. I-5507, point 28).
- 185 Cependant, la question de savoir si les conditions contractuelles que DSD impose à ses adhérents, lorsque l'utilisation du logo «Der Grüne Punkt» ne coïncide pas avec le recours effectif à son service pour la prise en charge de l'obligation d'élimination des déchets, sont indispensables à la protection de la fonction essentielle de la marque «Der Grüne Punkt», ainsi que le prétend la requérante, ou abusives, en ce qu'elles sont inévitables au sens de l'article 82, deuxième alinéa, sous a), CE, comme l'affirme la Commission (considérants 111 à 113 de la décision litigieuse), présente un caractère complexe. Elle impose, en particulier, de déterminer si les emballages de vente revêtus de cette marque sont effectivement, dans l'esprit du consommateur final, reliés au service d'élimination des déchets d'emballages mis en place par DSD. L'analyse approfondie que suppose la

résolution de ces questions ne saurait toutefois être menée par le juge des référés dans le cadre d'un examen du bien-fondé, à première vue, du recours au principal.

- 186 Au vu de ce qui précède, il ne saurait être considéré que les moyens de fait et de droit soulevés par la requérante sont, à première vue, dépourvus de tout fondement.

Sur l'urgence et la mise en balance des intérêts

- 187 Il ressort d'une jurisprudence constante que le caractère urgent d'une demande en référé doit s'apprécier par rapport à la nécessité qu'il y a de statuer provisoirement, afin d'éviter qu'un préjudice grave et irréparable ne soit occasionné à la partie qui sollicite la mesure provisoire. C'est à cette dernière qu'il appartient d'apporter la preuve qu'elle ne saurait attendre l'issue de la procédure au principal, sans avoir à subir un préjudice de cette nature (ordonnance du président du Tribunal du 15 juillet 1998, Prayon-Rupel/Commission, T-73/98 R, Rec. p. II-2769, point 36, et ordonnance du président de la Cour du 12 octobre 2000, Grèce/Commission, C-278/00 R, Rec. p. I-8787, point 14).
- 188 L'imminence du préjudice ne doit pas être établie avec une certitude absolue, mais il suffit, particulièrement lorsque la réalisation du préjudice dépend de la survenance d'un ensemble de facteurs, qu'elle soit prévisible avec un degré de probabilité suffisant (ordonnance Commission/Atlantic Container Line e.a., précitée, point 38, et ordonnance du président du Tribunal du 8 décembre 2000, BP Nederland e.a./Commission, T-237/99 R, Rec. p. II-3849, point 49). Toutefois, le requérant demeure tenu de prouver les faits qui sont censés fonder la perspective d'un préjudice grave et irréparable [ordonnance du président de la Cour du 14 décembre 1999, HFB e.a./Commission, C-335/99 P(R), Rec. p. I-8705, point 67].

- 189 En l'espèce, l'exécution immédiate de l'article 3 de la décision litigieuse a pour effet que les adhérents du système de DSD ne sont plus tenus de lui payer de redevance au titre des quantités d'emballages de vente commercialisés en Allemagne avec le logo «Der Grüne Punkt» pour lesquelles il n'est pas fait appel au service de prise en charge des obligations de reprise et de valorisation des déchets imposées par le décret et pour lesquelles ces obligations sont remplies d'une autre manière.
- 190 Selon la requérante, l'absence de sursis portera gravement et irrémédiablement atteinte à sa marque et, par voie de conséquence, mettra en péril le système collectif qu'elle a mis en place. Elle soutient également que le préjudice subi n'est pas quantifiable et présente, de ce fait, un caractère irréparable.
- 191 Toutefois, en l'occurrence, la preuve de la mise en cause du système de DSD n'a pas été rapportée. En effet, aucun des éléments invoqués au soutien de cette affirmation n'est établi à suffisance de droit.
- 192 En premier lieu, il ne saurait être conclu avec la requérante que le risque d'une radiation de la marque «Der Grüne Punkt», lié à la perte de caractère distinctif de ladite marque, présente un caractère suffisamment certain. En effet, la réalisation d'un tel risque dépend d'un certain nombre d'éléments et, notamment, de l'intensité de la concurrence que rencontrera DSD sur le marché de l'organisation de la reprise et de la valorisation des emballages de vente usagés collectés auprès des consommateurs privés en Allemagne. À ce stade, ce préjudice revêt donc un caractère hypothétique. En outre, le juge des référés ne saurait substituer son appréciation à celle des autorités nationales compétentes pour déterminer, sur le fondement du seul droit national applicable, si les conditions de la radiation de la marque collective sont ou seront réunies.

- 193 En second lieu, selon DSD, il existe un risque que le droit à la marque soit, de manière irréversible, perdu. DSD n'aurait plus la possibilité de se défendre sur le terrain du droit des marques contre les entreprises qui utilisent la marque «Der Grüne Punkt» sans que des licences leur aient été concédées.
- 194 À cet égard, il y a lieu de souligner que l'exécution de la décision litigieuse ne saurait produire l'effet dénoncé, dans la mesure où la Commission ne conteste nullement que seuls ont le droit d'apposer la marque «Der Grüne Punkt» sur leurs emballages de vente ceux qui ont conclu le contrat avec DSD. Il s'ensuit que la décision litigieuse ne permet pas aux fabricants ou aux distributeurs qui ne sont pas adhérents du système de DSD d'utiliser le logo «Der Grüne Punkt».
- 195 De plus, la requérante ne démontre pas en quoi la décision litigieuse la priverait de son droit d'engager une action judiciaire visant à ce qu'il soit mis un terme à l'utilisation de son logo par un tiers n'ayant pas conclu de contrat avec elle.
- 196 En troisième lieu, l'apposition indifférenciée de la marque sur les emballages de vente porterait atteinte de manière irréversible à l'effet de signal, puisque le consommateur final ne serait, durablement, plus en mesure de distinguer si un emballage portant la marque «Der Grüne Punkt» doit être éliminé par le biais des bacs de collecte de DSD ou de ceux d'un tiers. L'atteinte à l'effet de signal aurait des répercussions négatives sur les taux de valorisation prévus par le décret, de sorte que ceux-ci pourraient ne plus être atteints. Or, dans cette hypothèse, l'autorisation du système de DSD pourrait être révoquée (article 6, paragraphe 4, du décret).
- 197 Le contrôle des quantités de déchets d'emballages collectés, qui dépendent de la collaboration du consommateur final, serait essentiel pour que les taux de valorisation imposés soient atteints, sans toutefois être excessivement dépassés.

- 198 La requérante ajoute que la fonction d'origine et l'effet de signal de la marque sont déjà affectés par la couverture médiatique de la décision litigieuse en Allemagne.
- 199 En outre, la participation simultanée au système DSD et à un autre système duel, tel que celui de Landbell dans le Land de Hesse, ou à un système individuel, aurait pour effet de porter inévitablement atteinte à la fonction d'origine et à l'effet de signal de la marque.
- 200 Tout d'abord, il convient de rappeler que l'urgence à ordonner une mesure provisoire doit résulter des effets produits par l'acte attaqué (voir, notamment, ordonnance Free Trade Foods/Commission, précitée, point 59). Dès lors, l'écho que la décision litigieuse a reçu dans la presse allemande et les éventuelles conséquences dommageables qui en auraient résulté pour la requérante sont dénués de pertinence aux fins de la présente appréciation.
- 201 Ensuite, le préjudice allégué n'est pas suffisamment étayé par la requérante pour caractériser l'urgence. Il n'est pas prouvé que le consommateur sera affecté par la décision litigieuse de manière telle que, avant que soit rendu l'arrêt dans l'affaire au principal, il ne soit plus en mesure de savoir dans quel bac de collecte les emballages doivent être déposés. À cet égard, les deux cas de figure visés dans la décision litigieuse doivent être successivement examinés.
- 202 Pour autant que le produit frappé du logo «Der Grüne Punkt» soit pris en charge par un système individuel, le distributeur doit, selon le décret, informer le consommateur de la reprise de l'emballage au point de vente ou à proximité immédiate «par des panneaux clairement reconnaissables et lisibles» (article 6, paragraphe 1, troisième phrase, du décret). Sur ce point, DSD fait valoir qu'une telle information de reprise de l'emballage de vente frappé du logo «Der Grüne Punkt» est susceptible de créer un trouble dans l'esprit du consommateur. Or, une

telle affirmation ne saurait suffire à établir le caractère avéré du fait allégué. En effet, rien ne permet d'affirmer que l'information clairement indiquée sur des panneaux ne sera pas comprise ni suivie par le consommateur. Il pourrait de manière tout autant exacte être soutenu que, à l'inverse, l'indication dans le magasin d'une possibilité de reprise de l'emballage revêtu du logo «Der Grüne Punkt» au point de vente ou à proximité immédiate s'avère déterminante, étant précisé qu'il est toujours dans l'intérêt du distributeur que l'information, qu'il est légalement tenu de délivrer au consommateur, soit décisive.

- 203 Pour autant que l'emballage revêtu du logo «Der Grüne Punkt» soit pris en charge par un autre système collectif, les allégations de la requérante ne conviennent aucunement. À cet égard, il convient de souligner que le risque de confusion dans l'esprit du consommateur est, à ce stade, inexistant dans la mesure où aucun système collectif concurrent ne fonctionne actuellement. Ainsi qu'il a été rappelé lors de l'audition, le système collectif de Landbell, dont la couverture territoriale est circonscrite au seul Land de Hesse, n'a pas encore été agréé par les autorités compétentes conformément à l'article 6, paragraphe 3, du décret. Ensuite, l'affirmation de la requérante selon laquelle l'apposition de deux marques sur le même produit créera une confusion dans l'esprit des consommateurs du Land de Hesse «puisque'ils ne [pourront] pas s'apercevoir que cet emballage portant en tout cas également la marque 'Der Grüne Punkt' ne participe pas au système DSD et ne doit donc pas être apporté aux bacs de collecte de DSD (perte de la fonction d'appel négative de la marque)» (point 88 de la demande) manque en fait. Sur ce point, la Commission, soutenue par les parties intervenantes, a clairement indiqué que la coexistence de deux systèmes collectifs dans une même commune est parfaitement concevable. Dans un tel cas de figure, elles ont soutenu, sans être contredites par la requérante, d'une part, qu'il pourrait exister un seul réseau de collecte pour les deux systèmes collectifs — la même entreprise de collecte agirait alors au nom et pour le compte de ses mandants — et, d'autre part, que les emballages, revêtus de la marque «Der Grüne Punkt» et du signe de l'autre système collectif, seraient alors déposés dans les mêmes poubelles ou conteneurs. Cette dernière circonstance est de nature à écarter, pour le consommateur du Land de Hesse, le risque d'une quelconque hésitation lors de l'acte d'élimination du déchet. La Commission, dans ses observations, et la partie intervenante Vfw, lors de l'audition, ont fait valoir que le risque d'hésitation existe d'autant moins que l'acte d'élimination dépendrait essentiellement du matériau en cause, ce que confirmerait le très grand nombre de conteneurs ne portant pas le logo «Der Grüne Punkt», mais seulement l'indication de la nature du matériau devant y être déposé.

- 204 S'agissant de la prétendue confusion dans l'esprit des consommateurs résidant hors du Land de Hesse, la requérante soutient qu'ils «ne sauront pas si un emballage portant (à côté de la marque 'Der Grüne Punkt') une autre marque — qui leur est inconnue — (Landbell-Baum) participe au système DSD et doit donc être apporté aux bacs de collecte de DSD (et non versé dans les déchets résiduels)» (point 88 de la demande). Or, il suffit de relever que les consommateurs résidant hors du Land de Hesse ne pourront pas douter que le produit revêtu du logo «Der Grüne Punkt» doit être déposé dans une poubelle relevant du système DSD, dès lors que le système collectif concurrent, une fois agréé, ne proposera pas le service de prise en charge des obligations de reprise et de valorisation des déchets d'emballages en dehors du Land en question, à tout le moins pas pour l'instant.
- 205 La confusion alléguée n'étant pas suffisamment étayée, il n'y a pas lieu d'apprécier l'incidence de cette confusion sur les taux de valorisation par matière, dont le respect incombe à DSD. Deux observations doivent toutefois être formulées. D'une part, la collaboration du consommateur, sur laquelle repose le fonctionnement du système collectif, peut être acquise non seulement par l'apposition du logo «Der Grüne Punkt» sur les emballages de vente, mais aussi par d'autres moyens tels que la diffusion d'informations ciblées destinées à l'interpeller. D'autre part, le respect par DSD des taux de valorisation est vérifiable pour les emballages émanant des fabricants ou distributeurs qui participent à son système (point 1, paragraphe 1, de l'annexe I à l'article 6 du décret), de sorte qu'une participation de ces derniers audit système pour une quantité moindre de leurs emballages a pour conséquence que le taux de valorisation devant être respecté par DSD sera apprécié eu égard à cette seule quantité.
- 206 En quatrième lieu, la requérante soutient que, s'il n'est pas sursis à l'exécution de la décision litigieuse, elle sera confrontée à des décisions arbitrairement prises par ses adhérents, dès lors que ceux-ci pourraient décider librement la quantité d'emballages devant être éliminée par son système.
- 207 Toutefois, les obligations que le décret fait peser sur les fabricants ou distributeurs désireux d'organiser, conformément à l'article 6, paragraphes 1 et/ou 2, du décret, la reprise et la valorisation d'une partie de leurs emballages de vente

empêchent de conclure que DSD est placée dans l'état d'insécurité juridique qu'elle décrit. En effet, un fabricant ou un distributeur qui déciderait de limiter le recours au service de prise en charge de l'obligation d'élimination des emballages de vente à un certain pourcentage de ces produits est tenu, conformément à l'article 6, paragraphes 1 et/ou 2, du décret, d'assurer la reprise et la valorisation pour le pourcentage restant de produits. Dans cette hypothèse, une obligation particulière pèse sur les intervenants de la chaîne de distribution et, in fine, sur le vendeur à qui il incombe de signaler par un marquage approprié que le produit fait l'objet d'une reprise sur le lieu de remise. Il appartient, en effet, au producteur d'obliger, par voie contractuelle, ses distributeurs à reprendre les emballages de vente. En outre, le fabricant ou le distributeur qui assure la reprise et la valorisation des emballages est soumis au respect des taux de valorisation, le non-respect étant sanctionné par l'obligation légale de recourir à un système collectif (article 6, paragraphe 1, neuvième phrase, et article 6, paragraphe 2, dernière phrase, du décret).

208 Enfin, pour autant que l'argumentation de la requérante puisse être comprise comme signifiant qu'il existe un risque d'abus de la part de ses adhérents dans la mesure où leurs emballages continueraient d'être pris en charge dans le cadre de son système au-delà du pourcentage convenu, il convient de relever que, en dépit de l'obligation légale de respecter les taux de valorisation auxquels sont soumis les fabricants et les distributeurs assurant la collecte de leurs emballages conformément à l'article 6, paragraphes 1 et 2, du décret, il est vraisemblable que DSD devra effectivement collecter et éliminer une quantité excédentaire d'emballages de vente. Pour autant, il ne saurait en être inféré que le service de collecte et d'élimination fourni par DSD pour cette partie excédentaire ne sera pas rétribué.

209 En effet, le non-respect des taux de valorisation par les fabricants et les distributeurs assurant la collecte de leurs emballages conformément à l'article 6, paragraphes 1 et 2, du décret a pour conséquence, en l'état actuel de la concurrence sur le marché, que la quantité d'emballages qu'ils n'ont pas collectés l'a été par le biais du système de DSD. Or, il ressort du point 3, paragraphe 5, de l'annexe I à l'article 6 du décret que «[l]'exploitant du système [collectif] peut facturer aux fabricants et aux distributeurs qui ne participent pas au système les coûts du tri, de la valorisation ou de l'élimination des emballages que ceux-ci ont

mis sur le marché et qui sont éliminés par le système». De plus, la décision litigieuse prévoit que l'adhérent au système de DSD peut être amené à fournir, sur la demande de celle-ci, la preuve qu'il ne recourt effectivement aux services de DSD que pour le pourcentage annoncé (considérant 167 et article 5 du dispositif). À défaut de rapporter la preuve que les obligations imposées par le décret sont remplies d'une manière autre pour les emballages de vente commercialisés en Allemagne avec le logo «Der Grüne Punkt», pour lesquels il n'est pas fait appel au service de la requérante, l'entreprise concernée devrait logiquement verser la contrepartie financière due à DSD. Enfin, un moyen supplémentaire de contrôler que l'adhérent de DSD n'utilise pas les services de cette dernière au-delà du pourcentage convenu est expressément prévu dans le contrat dont l'article 8, intitulé «Possibilités de contrôle du Duales System», stipule en ses paragraphes 1 et 2:

«(1) Le Duales System peut en cas de doutes justifiés quant à l'exactitude ou l'intégralité des renseignements ou des paiements fournis par l'utilisatrice du logo, après accord préalable sur la date, faire contrôler par un commissaire aux comptes, un expert-comptable assermenté ou un conseiller fiscal mandaté et soumis à l'obligation de réserve et de confidentialité, les déclarations et paiements effectués par l'utilisatrice du logo durant la période de décompte des deux dernières années. Le mandataire est également autorisé à effectuer un contrôle d'après les dispositions qui suivent lorsque l'utilisatrice du logo n'a pas effectué de déclaration ou de paiement.

(2) Le mandataire du Duales System est autorisé à pénétrer dans les locaux de l'utilisatrice du logo et à consulter tous les documents nécessaires. L'utilisatrice du logo doit imposer à ses collaborateurs de fournir au mandataire des réponses correctes et complètes. L'utilisatrice du logo doit mettre à la disposition du mandataire des personnes de contact appropriées.»

²¹⁰ Lors de l'audition, DSD a également fait valoir que, en l'absence de sursis, sa situation se dégradera en raison de la conjonction de deux facteurs, à savoir la

diminution des redevances, d'une part, et le maintien de coûts fixes élevés constitués par la rétribution des sociétés de collecte pour les services qu'elles assurent, quand bien même les déchets collectés ne relèveraient pas de son système d'élimination, d'autre part.

- 211 Cependant, il est nécessaire de relever, en ce qui concerne le premier terme de cette assertion, que l'ampleur de la diminution des redevances dépend de l'intensité de la concurrence que les systèmes individuels et d'éventuels autres systèmes collectifs livreront à DSD sur le marché concerné, ce qui n'est actuellement pas prévisible avec un degré de certitude suffisant. En ce qui concerne le second terme de l'assertion, force est de constater que la requérante n'a fourni aucun indice crédible et que les parties intervenantes ont, lors de l'audition, prétendu, sans être contredites par la requérante, que les dispositions des contrats de service conclus entre DSD et les prestataires concernés prévoient que la rétribution qui leur est versée peut être modifiée en cas d'évolution avérée des quantités de déchets collectés.
- 212 Au vu de ce qui précède, il y a lieu de considérer que les conditions de réalisation du préjudice relatif à la mise en cause du fonctionnement du système de DSD ne sont pas suffisamment étayées. Bien qu'elles doivent être interprétées à la lumière de la finalité poursuivie, les déclarations publiques de la requérante relatives aux effets de la décision litigieuse (point 143 ci-dessus) corroborent cette conclusion.
- 213 En dernier lieu, il doit être souligné que, si le recours au fond devait être accueilli, DSD se retrouverait dans la situation qu'elle occupait sur le marché avant l'adoption de la décision litigieuse. Il ne saurait donc être considéré que la situation créée sur le marché par ladite décision est irréversible.
- 214 En outre, la diminution des redevances qui pourrait être la conséquence de l'exécution de la décision litigieuse — et dont il a été constaté qu'elle n'était pas suffisamment étayée — est un préjudice de caractère financier. Or, un tel préjudice ne peut, sauf circonstances exceptionnelles, être regardé comme

irréparable ou même difficilement réparable, dès lors qu'il peut faire l'objet d'une compensation financière ultérieure [ordonnances du président de la Cour du 18 octobre 1991, *Abertal e.a./Commission*, C-213/91 R, Rec. p. I-5109, point 24, et du 11 avril 2001, *Commission/Cambridge Healthcare Supplies*, C-471/00 P(R), Rec. p. I-2865, point 113; ordonnance du président du Tribunal du 15 juin 2001, *Bactria Industriehygiene-Service/Commission*, T-339/00 R, Rec. p. II-1721, point 94]. En application de ces principes, une mesure provisoire se justifierait s'il apparaissait que, en l'absence de cette mesure, la partie requérante se trouverait dans une situation susceptible de mettre en péril son existence avant l'intervention de l'arrêt mettant fin à la procédure au principal (voir, notamment, ordonnance du président du Tribunal du 28 mai 2001, *Poste Italiane/Commission*, T-53/01 R, Rec. p. II-1479, point 120). Or, en l'occurrence, la requérante n'est pas parvenue à démontrer que l'atteinte à sa situation financière serait telle qu'il ne lui serait pas permis de poursuivre son activité jusqu'au prononcé de l'arrêt mettant fin à la procédure au principal. Dans ce contexte, il y a également lieu de souligner que, d'après ses statuts, DSD «a pour seul objet la réalisation des objectifs étatiques visant à éviter et à diminuer les déchets» et ne doit pas distribuer des bénéfiques, ce que corrobore l'article 4, paragraphe 3, premier tiret, du contrat (point 25 ci-dessus). Enfin, il doit être ajouté que le préjudice financier, constitué par la diminution des redevances, pourrait être quantifié en procédant au calcul de la différence entre le montant des redevances dues à DSD pour la totalité des emballages de vente portant le logo «Der Grüne Punkt» commercialisés en Allemagne pendant la période allant de la date d'adoption de la décision litigieuse jusqu'à un éventuel arrêt d'annulation de cette décision et le montant des redevances effectivement perçu par DSD, conformément à la décision litigieuse, pendant la même période.

215 Il découle de ce qui précède que la requérante n'est pas parvenue à prouver que, à défaut d'octroi de la mesure sollicitée, elle subirait un préjudice grave et irréparable.

216 En tout état de cause, même si les préjudices allégués pouvaient constituer un préjudice grave et irréparable, la mise en balance, d'une part, de l'intérêt de la requérante à obtenir la mesure provisoire sollicitée et, d'autre part, de l'intérêt public qui s'attache à l'exécution d'une décision de la Commission prise au titre de l'article 82 CE et des intérêts des parties intervenantes, qui seraient

directement affectées par une éventuelle suspension de la décision litigieuse, conduit au rejet de la présente demande.

217 Certes, l'appréciation de la compatibilité du comportement de DSD avec les dispositions de l'article 82 CE n'était pas aisée, ainsi que la Commission l'a concédé dans le communiqué de presse du 20 avril 2001 concernant la décision litigieuse et comme le juge des référés l'a lui-même précédemment constaté. Cette difficulté d'appréciation est indéniablement confirmée par l'attitude favorable que la Commission avait initialement exprimée à l'égard du contrat, celle-ci ayant annoncé dans une communication faite conformément à l'article 19, paragraphe 3, du règlement n° 17 son intention de se déclarer favorable aux accords qui lui avaient été notifiés par DSD (point 29 ci-dessus).

218 En revanche, la requérante ne saurait invoquer utilement l'ordonnance Van den Bergh Foods/Commission, précitée, dans laquelle le juge des référés a pris en compte le principe général de sécurité juridique afin de limiter autant que possible une contradiction existant dans l'application des règles de concurrence du traité par le juge national et par la Commission. En effet, à supposer même que l'arrêt de l'Oberlandesgericht Düsseldorf, du 11 août 1998, invoqué par la requérante, et la décision litigieuse concernent des faits identiques, ce que conteste la Commission, la Cour a dit pour droit que la Commission, afin de remplir le rôle qui lui est assigné par le traité, ne saurait être liée par une décision rendue par une juridiction nationale en application des articles 81, paragraphe 1, CE et 82 CE (arrêt Masterfoods et HB, précité, point 48).

219 Quant à l'atteinte prétendument portée par la décision litigieuse au droit de marque, elle n'est, dans le cas d'espèce, pas constituée par l'obligation de concéder des licences de la marque «Der Grüne Punkt» à des opérateurs concurrents de DSD sur le marché pertinent, mais par l'apposition de cette marque sur les emballages de vente des entreprises qui ont conclu un contrat avec elle et qui, malgré cela, pourraient ne pas recourir à ses services de prise en charge de l'obligation d'élimination des déchets.

- 220 Dans ces circonstances très particulières, l'intérêt public qui s'attache au respect du droit de propriété, en général, et à celui des droits de propriété intellectuelle, en particulier, tel qu'il est exprimé aux articles 30 CE et 295 CE, ne saurait prévaloir sur l'intérêt qu'a la Commission à mettre fin immédiatement à l'infraction à l'article 82 CE qu'elle estime avoir constatée et à instaurer, de ce fait, des conditions favorables à l'entrée de concurrents de DSD sur le marché concerné.
- 221 Relativement à ce dernier point, il est nécessaire de relever que la concurrence entre les systèmes individuels — pour lesquels Vfw et Bellandvision, qui est chargée du service d'élimination en tant qu'auxiliaire d'exécution au sens de l'article 11 du décret, ont un intérêt direct — et le système de DSD est restreinte. En effet, dans le cas des systèmes individuels, les taux de valorisation imposés par le décret ne peuvent être atteints que par la reprise des emballages au point de vente ou à proximité immédiate, ce qui a été confirmé le 20 août 1999 par le Verwaltungsgerichtshof Kassel.
- 222 Ensuite, il échet de constater que la concurrence entre systèmes collectifs est actuellement inexistante. Quant à l'apparition d'un second système «duel» (celui de Landbell), dont l'autorisation serait imminente, elle dépend largement de l'exécution de la décision litigieuse.
- 223 Enfin, le marquage sélectif des emballages selon leur destination, consistant à apposer la marque «Der Grüne Punkt» sur certains emballages d'un produit et à ne pas l'apposer sur d'autres du même produit, semble ne pas être toujours possible, comme en atteste au moins un accord conclu entre DSD et l'un de ses adhérents (point 122 ci-dessus).
- 224 La condition relative à l'urgence n'étant pas satisfaite et la balance des intérêts penchant en faveur de l'absence de suspension de la décision litigieuse, la présente demande doit être rejetée.

Par ces motifs,

LE PRÉSIDENT DU TRIBUNAL

ordonne:

- 1) **La demande en référé est rejetée.**

- 2) **Les dépens sont réservés.**

Fait à Luxembourg, le 15 novembre 2001.

Le greffier

H. Jung

Le président

B. Vesterdorf