comme des décisions au sens de l'article 173 du traité CEE contre lesquelles un recours en annulation est ouvert. Dans le cadre de la procédure administrative telle qu'elle est organisée par les règlements n° 17 et n° 99/63, ils constituent des actes de procédure, préparatoires par rapport à la décision qui en constitue le terme ultime.

3. Une communication des griefs ne crée pas, pour l'entreprise destinataire, l'obligation de modifier ou de reconsidérer ses pratiques commerciales, et elle n'a pas l'effet de la priver d'une protection contre des amendes dont elle jouissait auparavant, comme cela est le cas de la communication par laquelle la Commission informe une entreprise, en vertu de l'article 15, paragraphe 6, du règlement n° 17, du résultat de l'examen provisoire d'un accord notifié par cette entreprise. Si une communication des griefs peut avoir pour effet de révéler à l'entreprise concernée qu'elle court un risque réel de se voir infliger une amende par la Commission, ceci constitue une simple conséquence de fait et non pas un effet juridique que la communication des griefs est destinée à produire.

Dans l'affaire 60/81,

INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES CORPORATION, Armonk, New York 10504, États-Unis d'Amérique, représentée par Jeremy Lever, Queen's Counsel, du barreau d'Angleterre et du pays de Galles, David Edward, Queen's Counsel, advocate du Barreau écossais, John Swift, Queen's Counsel, du barreau d'Angleterre et du pays de Galles, Christopher Bellamy et Nicholas Forwood, barristers du barreau d'Angleterre et du pays de Galles, et Andrew Soundy, d'Ashurst, Morris, Crisp & Co., Solicitor du Supreme Court d'Angleterre et du pays de Galles, ayant élu domicile à Luxembourg auprès d'International Business Machines of Belgium SA, 8, boulevard Royal,

partie requérante,

contre

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, représentée par John Temple Lang, conseiller juridique, et Götz zur Hausen, membre du service juridique, en tant qu'agent, ayant élu domicile à Luxembourg auprès d'Oreste Montalto, membre du service juridique de la Commission, bâtiment Jean Monnet, Kirchberg,

partie défenderesse,

et

MEMOREX SA, chaussée de la Hulpe 178, 1170 Bruxelles, représentée par Ivo Van Bael et Jean-François Bellis, avocats au barreau de Bruxelles, ayant élu domicile à Luxembourg à l'étude de M[es] Elvinger et Hoss, 15, Côte d'Eich,

partie intervenante,

ayant pour objet l'annulation de la décision d'ouvrir une procédure en matière de concurrence ainsi que de la communication des griefs,

LA COUR,

composée de M.M. J. Mertens de Wilmars, président, G. Bosco et A. Touffait, présidents de chambre, Mackenzie Stuart, T. Koopmans, U. Everling et F. Grévisse, juges,

avocat général: Sir Gordon Slynn
greffier: M. A. Van Houtte

rend le présent

ARRÊT

En fait

Les faits de la cause, le déroulement de la procédure, les conclusions et les moyens et arguments des parties peuvent être résumés comme suit:

I — Exposé des faits

1. La Commission, qui avait reçu des plaintes introduites par certains concurrents de la requérante, menait, depuis plusieurs années, une instruction sur des pratiques commerciales de la requérante et de ses filiales en vue de déterminer si ces pratiques constituaient ou non un abus d'une position dominante sur le marché au sens de l'article 86 du traité CEE.

Par lettre du 19 décembre 1980, signée par le directeur général pour la concurrence, la requérante a été informée que la Commission avait engagé contre elle

une procédure au titre de l'article 3 du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité (JO p. 204), et qu'elle envisageait de prendre une décision concernant des infractions à l'article 86 du traité CEE. Une communication des griefs, telle que prévue à l'article 19 du règlement n° 17, a été jointe à cette même lettre. La requérante a été invitée d'y répondre par écrit, et il lui a été annoncé qu'elle aurait ultérieurement l'occasion d'exposer oralement son point de vue lors d'une audition.

Selon la communication des griefs, la Commission est d'avis que la requérante détient une position dominante dans la fourniture, pour les systèmes d'ordinateur du type IBM 360 et 370, de l'unité centrale de traitement et du software de base, contrôlant le fonctionnement et la maintenance de celle-ci, et qu'elle a abusé de cette position, au détriment des constructeurs de produits à fiches compatibles offrant des produits spécifiquement conçus pour être compatibles avec lesdits systèmes d'ordinateurs, par certaines pratiques commerciales, consistant

— à fournir en même temps sans facturation séparée certain produits, respectivement à fournir sans facturation séparée un produit physiquement rattaché à un autre «bundling», à savoir notamment le software de base ainsi que la mémoire principale de stockage de ses unités centrales de traitement,

— à refuser, en annonçant des produits nouveaux, de divulguer des détails sur les modifications en matière de spécification des interrelations et connexions «interfaces», et, si elle les divulgue, à ne pas le faire avant que le premier consommateur ait été livré,

— à refuser à fournir certains softwares de valeur aux utilisateurs de systèmes d'ordinateurs IBM si ces softwares ne sont pas utilisés avec une unité centrale construite par IBM.

Ces pratiques que la requérante observe sur le marché dans le monde entier ont fait et, en partie, font également l'objet de procédures judiciaires aux États-Unis.

2. Par lettre du 28 janvier 1981, la requérante a demandé à la Commission de lui fournir des détails concernant les actes de la Commission autorisant l'engagement de la procédure et l'envoi de la communication des griefs, ainsi que de lui adresser des copies des documents pertinents qui relatent ces actes.

Par lettre du 3 février 1981, signée par le directeur de la direction IV B, la Commission a refusé de fournir lesdits détails, en précisant qu'il s'agissait de décisions internes qui ne seraient pas communiquées en dehors de la Commission.

Par lettre du 20 février 1981, la requérante a informé la Commission qu'à son avis la procédure administrative était entachée d'un certain nombre de vices. Elle a donc demandé à la Commission de retirer la communication des griefs et de mettre fin à la procédure, ou, subsidiairement, de répondre à un certain nombre de questions tant générales que spécifiques que contenait ladite lettre, et visant à clarifier la position de la Commission ainsi qu'à amener la Commission à une renonciation au droit qu'elle s'était réservé de formuler ultérieurement d'autres griefs.

A la suite de cette lettre, la Commission a, ultérieurement à l'introduction du présent recours, par lettre du 13 avril 1981, refusé d'accéder à ces demandes de la requérante tout en lui fournissant certains renseignements; elle a, d'autre part, à plusieurs reprises prolongé de délai pour la réponse écrite à la communication des griefs, en dernier lieu jusqu'au 31 août 1981.

II — Conclusions et procédure

1. Le 18 mars 1981, la requérante a introduit le présent recours concluant à

(1) annuler

(i) l'acte ou les actes de la Commission par lesquels

(a) une procédure a été engagée contre IBM en application de l'article 3 du règlement n° 17 du Conseil;

(b) une communication des griefs a été adressée et/ou notifiée à la requérante et/ou

(ii) la communication des griefs elle-même, pour autant qu'elle constitue en soi un acte de la Commission;

(2) condamner la Commission aux dépens.

Ce recours est basé sur trois moyens qui peuvent être brièvement résumés comme suit:

— La Commission n'aurait pas observé les exigences minimales requises pour une communication des griefs. Le contenu de la communication des griefs ne serait pas clair et serait fondamentalement défectueux, la Commission s'y réserverait à tort la possibilité de retenir d'autres griefs et le délai fixé pour y répondre serait inadéquat. La communication des griefs serait donc en contradiction avec les principes fondamentaux des droits de la défense.

— L'ouverture de la procédure constituerait un exercice illégal des pouvoirs de la Commission. Les actes faisant l'objet du recours n'auraient pas été adoptés par décision de tous les commissaires agissant collégialement, bien qu'il n'y ait pas de délégation de pouvoir et que, légalement, il ne puisse pas y en avoir, en tout cas, sans publication ou notification régulière.

— Le comportement incriminé de la requérante se situant, pour l'essentiel, en dehors de la Communauté, et faisant l'objet de procédures judiciaires aux États-Unis, la Commission aurait dû, dès le début, prendre en considération les principes applicables du droit international en la matière, à savoir le principe de «courtoisie» (comity) et de non-ingérence dans les affaires internes des États-Unis, qui s'opposeraient à l'exercice d'une compétence communautaire.

Par acte séparé enregistré au greffe de la Cour le 10 avril 1981, la Commission a présenté une exception d'irrecevabilité contre ce recours, conformément à l'article 91, paragraphe 1, du règlement de procédure, et a conclu à

— déclarer le recours irrecevable

et

— condamner la requérante aux dépens.

Par ordonnance de la Cour du 13 mai 1981, l'entreprise Memorex SA, plaignante dans la procédure administrative de la Commission, a été admise à intervenir. La partie intervenante, dans ses observations relatives à la recevabilité du recours, a conclu à

— déclarer le recours irrecevable

et

— condamner la requérante aux dépens, y compris les frais de l'intervention.

2. En même temps que le recours principal, la requérante a présenté, par acte séparé, une demande en application de l'article 91, paragraphe 1, du règlement de procédure, visant à ce que la Cour rende une ordonnance

(1) enjoignant à la Commission de fournir des détails sur ses actes autorisant

(i) l'engagement de la procédure et

(ii) l'envoi de la communication des griefs ainsi que des copies des procès-verbaux ou autres documents pertinents qui relatent ces actes et

(2) condamnant la Commission aux dépens exposés en raison de ladite demande ou se rattachant à elle.

A l'appui de cette demande, la requérante a invoqué l'article 21 du statut de la Cour de justice de la Communauté économique européenne et l'article 45, paragraphe 2, du règlement de procédure, en faisant valoir qu'à moins que la Commission ne fournisse les détails ainsi demandés, la requérante serait incapable de se prononcer effectivement de manière pertinente sur la validité des actes en question, de même que la Cour ne serait pas en mesure d'exercer ses pouvoirs de contrôle au titre de l'article 173 du traité CEE.

La Commission, en réplique à cette demande, a conclu à

— rejeter la demande de communication de documents

et

— condamner la requérante aux dépens.

A l'appui de ses conclusions, la Commission a fait valoir que la requérante ne pourrait pas réclamer la communication de documents ayant trait aux questions de fond du recours principal, en dehors de la procédure principale, avant même qu'il ne soit établi que le recours principal est recevable, et que les dispositions invoquées par la requérante viseraient d'autres situations et ne permettraient donc pas un tel procédé.

3. Le 29 mai 1980, la requérante a introduit une demande en référé, au sens de l'article 83 du règlement de procédure, visant à suspendre la procédure administrative de la Commission, respectivement à suspendre l'application des actes attaqués ou à ordonner d'autres mesures provisoires nécessaires.

Par ordonnance du 7 juillet 1981, le président de la Cour, statuant par voie de référé, a rejeté cette demande et a réservé les dépens, y inclus ceux de l'intervention.

4. La procédure écrite sur l'exception d'irrecevabilité s'est déroulée normalement.

La Cour, l'avocat général entendu, a décidé d'ouvrir la procédure orale sur la

recevabilité du recours sans procéder à des mesures d'instruction préalables.

III — Les arguments des parties au sujet de la recevabilité du recours

1. La *requérante*, dans sa requête, fait valoir que les actes de la Commission faisant l'objet du recours constitueraient des décisions au sens de l'article 173 du traité CEE, car il s'agirait d'actes de la Commission produisant des effets juridiques. La requérante se réfère, à cet effet, aux arrêts de la Cour du 31 mars 1971 dans l'affaire 22/70 (*AETR*, Recueil p. 263) et du 15 mars 1967 dans les affaires 8 à 11/66 (*Cimenteries/Commission*, Recueil p. 93).

La communication des griefs aurait l'effet de cristalliser et de fixer la position de la Commission vis-à-vis des entreprises et de lier celle-ci à une position dont elle ne peut pas se départir légalement. Par ailleurs, la notification d'une communication des griefs constituerait une condition *sine qua non* du pouvoir de la Commission d'infliger une amende ou une astreinte ou de prononcer une injonction de mettre fin à une infraction. Elle entraînerait un changement de la situation juridique de l'entreprise concernée en ce sens que celle-ci serait maintenant tenue de répondre à une accusation et de se défendre, et de respecter un délai fixé par la Commission. En vertu de la communication des griefs, l'entreprise pourrait être assujettie directement à une amende, à une astreinte et à une injonction de mettre fin à une infraction si elle ne prenait aucune mesure pour se défendre.

En outre, l'engagement d'une procédure et la notification de la communication des griefs auraient comme conséquence juridique, en vertu de l'article 9, paragraphe 3, du règlement n° 17, que les autorités des États membres cessent d'être compétentes pour appliquer les articles 85 et 86 du traité CEE et leur notification interromprait la prescription en vertu du règlement n° 2988/74 du Conseil, du 26 novembre 1974, relatif à la prescription en matière de poursuite et d'exécution dans les domaines du droit de transport et de la concurrence de la Communauté économique européenne (JO L 319, p. 1).

Un contrôle juridictionnel des actes litigieux avant le stade de la décision finale garantirait le respect des principes de bonne administration et du droit d'être entendu; il réduirait les risques d'annulation de la décision finale pour vice de procédure.

2. La *Commission* fait valoir à l'appui de son exception d'irrecevabilité que l'ouverture d'une procédure administrative et la communication des griefs seraient des actes de procédure, préparatoires et provisoires, et par conséquent non susceptibles de recours au titre de l'article 173 du traité CEE.

Le droit communautaire de la concurrence, de même que les procédures nationales connues de la Commission, établirait une distinction entre les décisions qui peuvent être attaquées au titre de l'article 173 et les mesures de procédure qui, elles-mêmes, ne peuvent pas être attaquées. Si de telles mesures de procédure étaient adoptées ou mises en œuvre improprement, l'entreprise concernée ne pourrait contester que la validité de la décision prise par la

Commission aux termes de la procédure en question. La thèse de la requérante entraverait le déroulement normal de la procédure de la Commission, car aucune procédure administrative ne pourrait aboutir si elle faisait constamment l'objet de demandes de révision judiciaire à chacun de ses stades. La distinction, établie par le droit communautaire entre des décisions pouvant être attaquées au titre de l'article 173, d'une part, et les mesures de procédure, d'autre part, serait d'ailleurs favorable aux entreprises car, si cette distinction n'existait pas, les entreprises seraient tenues d'attaquer toute mesure de procédure défavorable ou de s'y conformer, et se verraient exposées à des charges considérables pour se défendre au cours d'une procédure administrative. Les actes attaqués en l'espèce constitueraient, dans le cadre de cette distinction, de simples étapes de la procédure administrative, relevant du pouvoir administratif de la Commission, que la Cour ne devrait pas examiner et dans lesquelles elle ne devrait pas intervenir avant l'adoption de l'acte définitif.

Le règlement n° 17 du Conseil et le règlement n° 99/63 de la Commission, du 25 juillet 1963, relatif aux auditions prévues à l'article 19, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 17 du Conseil (JO p. 2268), ne traiteraient à aucun égard l'engagement d'une procédure et la communication des griefs comme des décisions pouvant faire l'objet d'un recours.

Les actes attaqués se distingueraient notamment de la communication du résultat de l'examen provisoire d'une entente, au titre de l'article 15, paragraphe 6, du règlement n° 17. Aucune des raisons qui avaient amené la Cour dans l'arrêt précité du 15 mars 1967 dans l'affaire *Cimenteries* à considérer une telle communication comme une décision ne serait présente ici. En particulier, ni l'engagement d'une procédure ni la communication des griefs ne priveraient l'entreprise en cause de protection ou la placeraient dans une situation où elle ne pourrait choisir qu'entre une modification fondamentale de son comportement ou le risque d'une amende. Ces actes ne constitueraient pas le terme ultime d'une procédure spéciale et n'exigeraient pas de garanties juridiques pour la protection de l'entreprise.

Pour ce qui est de l'effet produit par l'engagement d'une procédure en vertu de l'article 9, paragraphe 3, du règlement n° 17, il s'agirait d'un effet sur les compétences des autorités nationales, mais non sur l'entreprise elle-même, et l'entreprise en bénéficierait parce que cet effet la protège contre le risque de procédures parallèles.

Ayant reçu la réponse à la communication des griefs, la Commission devrait toujours réexaminer l'affaire et elle serait libre d'envoyer une deuxième communication des griefs ou de préciser ou compléter la première. L'effet de «cristallisation» de la communication des griefs ne justifierait donc pas que celle-ci puisse être attaquée directement. Les droits de l'entreprise de formuler des critiques à l'encontre de la communication des griefs seraient mieux et plus efficacement protégés par le droit d'attaquer la décision finale, car ce n'est qu'à ce stade qu'on pourrait apprécier des défauts éventuels de la communication des griefs sans se livrer à des spéculations quant au déroulement futur de la procédure.

L'effet d'interrompre la prescription ne pourrait pas être pris en considération. La thèse de la requérante impliquerait que tout acte visant l'instruction d'une infraction serait susceptible de faire l'objet d'un recours.

La théorie de la requérante sur la recevabilité, qui ne trouverait aucun appui dans le droit de concurrence des États membres, aurait inévitablement des conséquences graves et indésirables, car la Cour pourrait ainsi être saisie, dans le cadre de chaque procédure engagée au titre du règlement n° 17, d'un grand nombre de recours contre des actes de procédure, et elle serait, déjà à ce stade, obligée d'examiner des arguments sur le fond d'une telle affaire.

3. La *requérante,* dans ses observations sur l'exception d'irrecevabilité, développe son argumentation qu'en raison de leurs caractéristiques, l'engagement d'une procédure et une communication des griefs constituent des décisions pouvant faire l'objet d'un recours, au sens de l'article 173 du traité CEE.

Selon la jurisprudence de la Cour, un acte serait susceptible d'annulation lorsqu'il a, pour le requérant, des conséquences de droit ou de fait qui, dans l'intérêt de l'administration de la justice, exigent qu'il soit soumis à un contrôle. Tel serait le cas des actes en question. Par leur nature juridique, l'engagement d'une procédure et la communication des griefs présenteraient toutes les caractéristiques d'une décision. L'engagement d'une procédure résulterait d'une décision formelle de la Commission, constituant un acte d'autorité de celle-ci, et la communication marquerait la conclusion, par un acte d'autorité fixant la position de la Commission, de la phase administrative interne de l'enquête préliminaire. Ce résultat serait confirmé par les conséquences juridiques et pratiques des actes en question. La requérante soumet ces conséquences à une analyse détaillée afin d'étayer sa thèse, déjà exposée dans sa requête, qu'en raison des effets juridiques qui en découlent les actes en question sont des décisions au sens de l'article 173.

La communication des griefs remplirait notamment toutes les conditions établies par l'arrêt précité de la Cour dans l'affaire *Cimenteries.* Elle mettrait terme à une première étape de la procédure, elle aurait pour effet de faire disparaître la bonne foi de la requérante qui, jusqu'à l'envoi de la communication des griefs, n'aurait eu aucune raison de penser que le comportement incriminé puisse constituer une infraction à l'article 86 du traité CEE, et elle placerait la requérante devant le dilemme de devoir soit modifier ses pratiques commerciales, soit courir le risque accru d'une amende.

La requérante souligne, par ailleurs, qu'elle ne chercherait pas à obtenir une déclaration de principe sur la recevabilité de recours dans le cadre des procédures administratives au titre du règlement n° 17, mais que le présent recours serait recevable en raison des circonstances particulières et peut-être uniques de l'affaire.

En raison des particularités de l'affaire, la recevabilité du présent recours ne saurait être examinée sans considérer le fond de l'affaire. Vu la nature des moyens invoqués et leurs implications pour l'ensemble de l'ordre juridique international et communautaire, les questions soulevées relèveraient pleinement de la compétence immédiate de la Cour et devraient être résolues maintenant. Le point central du recours principal serait que la procédure administrative de la Commission a été entachée d'un vice *ab*

initio et que toute continuation de cette procédure serait illégale. Le recours viserait à établir que les actes attaqués ont été adoptés, en violation du droit international, par des personnes non habilitées pour agir au nom de la Commission ainsi qu'à protéger l'intérêt de la requérante à ne pas devoir se défendre au cours d'une procédure entièrement illégale. Dans cette situation, une annulation ultérieure de la décision finale de la Commission ne suffirait pas pour accorder une protection efficace à la requérante, et un recours permettant un contrôle judiciaire à un stade précoce devrait être ouvert.

A l'appui de sa thèse, la requérante se réfère à un avis juridique du professeur Meessen, selon lequel la règle de non-ingérence du droit international coutumier, qui aurait un effet direct en droit communautaire et pourrait être invoquée par les entreprises, s'opposerait à ce qu'un État prenne des mesures en application de ses règles en matière de concurrence lorsque ces mesures affecteraient les intérêts d'un État étranger dans une mesure substantielle et lorsque ces intérêts seraient prépondérants par rapport à ceux de l'État envisageant de prendre les mesures. En engageant et en continuant sa procédure administrative, la Commission aurait, selon cet avis juridique, enfreint la règle de non-ingérence. Le droit communautaire et les règles du droit international exigeraient dès lors que les actes en question soient soumis à un contrôle judiciaire à un stade précoce en vue de déterminer s'ils violent la règle de non-ingérence qui constituerait une règle de compétence au sens de l'article 173 du traité CEE. La décision d'envoyer la communication des griefs devrait d'ailleurs être analysée comme un refus implicite d'appliquer la règle de non-ingérence et constituerait, pour ce motif, une décision susceptible d'un recours au titre de l'article 173.

La requérante se réfère, en outre, à l'appui de sa thèse, à une série d'avis et de notes juridiques sur les droits des États membres, dont il résulterait qu'il y a un principe commun à tous les systèmes juridiques, selon lequel un contrôle judiciaire *in limine*, à un stade précoce, est ouvert sous des formes différentes dans des circonstances comme celle de l'espèce lorsque les intérêts de l'administration de la justice l'exigent, et en particulier lorsque des questions de compétence ou de juridiction se posent. Un examen de la jurisprudence de la Cour en matière de fonctionnaires montrerait également que sous certaines conditions et pour certains motifs des actes préparatoires peuvent faire l'objet d'un recours et que le principe d'un contrôle judiciaire précoce est reconnu en droit communautaire.

4. La *partie intervenante*, dans ses observations relatives à la recevabilité, soutient que le recours serait manifestement irrecevable parce qu'il ne remplit pas les conditions établies par la jurisprudence pour l'application de l'article 173 du traité CEE, les actes attaqués ne produisant pas d'effet juridique susceptible de porter atteinte aux intérêts individuels de la requérante et ne constituant pas le terme ultime d'une procédure spéciale de la Commission.

La communication des griefs n'aurait pas davantage le caractère d'une décision au sens de l'article 173 du traité CEE, que

l'avis motivé de la Commission dans le cadre d'une procédure selon l'article 169 CEE.

Les références de la requérante à la jurisprudence de la Cour en matière de recours de fonctionnaires tomberaient à faux parce que les règles y relatives de l'article 179 du traité et du statut des fonctionnaires seraient différentes. De même, les opinions juridiques sur les droits des États membres, qui auraient d'ailleurs été établies d'une manière partiale, ne seraient pas pertinentes. Par contre, la requérante aurait omis d'attirer l'attention de la Cour sur la décision du 15 décembre 1980 de la Supreme Court des États-Unis d'Amérique dans l'affaire Federal Trade Commission/Standard Oil Company of California, 101 S.Ct. 488, selon laquelle des actes équivalant à ceux litigieux en l'espèce ne pourraient pas faire l'objet d'un recours judiciaire dans le cadre de la procédure en matière de concurrence aux États-Unis.

En conclusion, la partie intervenante est d'avis que le recours devrait être rejeté comme manifestement irrecevable par voie d'ordonnance en application de l'article 92, paragraphe 1, du règlement de procédure. Il s'agirait d'une tactique dilatoire sans précédent et d'une tentative d'utiliser des règles de procédure pour courcircuiter et ralentir la procédure de la Commission, mettant en cause la crédibilité et l'efficacité du droit communautaire en matière de concurrence et créant des dommages sérieux pour la partie intervenante du fait du retard de la procédure.

IV — Procédure orale

La Commission des Communautés européennes, représentée par John Temple Lang, conseiller juridique, la requérante, représentée par Jeremy Lever, Queen's Counsel du barreau d'Angleterre et du pays de Galles, et la partie intervenante, représentée par Ivo van Bael, avocat au barreau de Bruxelles, ont été entendues en leurs observations orales sur l'exception d'irrecevabilité à l'audience du 16 septembre 1981.

L'avocat général a présenté ses conclusions à l'audience du 30 septembre 1981.

En droit

1 Par requête déposée au greffe de la Cour le 18 mars 1981, la société International Business Machines Corporation (IBM), dont le siège est à Armonk, New York, aux États-Unis d'Amérique, a introduit, en vertu de l'article 173, alinéa 2, du traité CEE, un recours visant à l'annulation de l'acte ou des actes de la Commission communiqués à IBM par une lettre du 19 décembre 1980, et par lesquels une procédure a été engagée contre IBM en application de l'article 3 du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité (JO p. 205), et une communication des griefs a été notifiée à IBM, ou à l'annulation de la communication des griefs elle-même.

2 Cette lettre, signée par le directeur général pour la concurrence de la Commission, a été adressée à IBM après une instruction menée durant plusieurs années par les services de la Commission à propos de certaines pratiques commerciales d'IBM et de ses filiales en vue de déterminer si ces pratiques constituaient ou non un abus de position dominante sur le marché en cause au sens de l'article 86 du traité CEE. Par cette lettre, IBM a été informée que la Commission avait engagé contre elle une procédure au titre de l'article 3 du règlement n° 17 du Conseil et qu'elle envisageait de prendre une décision concernant des infractions à l'article 86. IBM a reçu par la même lettre une communication des griefs au sens de l'article 2 du règlement n° 99/63 de la Commission, du 25 juillet 1963, relatif aux auditions prévues à l'article 19, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 17 du Conseil (JO p. 2269). Le directeur général pour la concurrence lui a demandé d'y répondre par écrit dans un délai déterminé en lui précisant qu'elle aurait ultérieurement l'occasion d'exprimer oralement son point de vue lors d'une audition.

3 Estimant que les actes qui lui avaient été communiqués par la lettre du 19 décembre 1980 étaient entachés de plusieurs vices, IBM a demandé à la Commission de retirer la communication des griefs et de mettre fin à la procédure. La Commission n'ayant pas accédé à cette demande, IBM a introduit le présent recours, par lequel elle demande l'annulation des actes en question.

4 A l'appui de son recours, IBM fait valoir que les actes attaqués ne respectent pas les exigences minimales fixées pour de tels actes et qu'ils n'ont pas permis à IBM de se défendre, en raison du contenu défectueux de la communication des griefs, de l'insuffisance des délais impartis et de la réserve faite par la Commission de formuler ultérieurement d'autres griefs. IBM estime, en outre, que les actes attaqués constituent un exercice illégal des pouvoirs de la Commission parce qu'ils n'ont pas fait l'objet d'une décision de tous les membres de la Commission agissant collégialement alors qu'il n'y a pas de délégation correspondante de pourvoir et que, légalement, il ne peut pas y en avoir, en tout cas sans publication ou notification régulière. IBM soutient enfin que les actes attaqués enfreignent la règle de «courtoisie» (comity) et de non-ingérence du droit international, règle que la Commission aurait dû prendre en considération avant d'adopter les actes en question, le comportement incriminé d'IBM se situant essentiellement en dehors de la Commu-

nauté, et notamment aux États-Unis d'Amérique où il fait également l'objet de procédures judiciaires.

5 La Commission, soutenue par la partie intervenante Memorex SA, a soulevé contre ce recours une exception d'irrecevabilité au sens de l'article 91, paragraphe 1, du règlement de procédure. La Cour a décidé de statuer sur cette exception d'irrecevabilité sans engager le débat au fond.

6 A l'appui de cette exception, la Commission et la partie intervenante Memorex SA font valoir que les actes attaqués sont des actes de procédure, exprimant un point de vue de la Commission, susceptible d'être modifié par celle-ci, et préparatoires par rapport à la décision finale à prendre par la Commission à l'issue de la procédure, et ne constituent donc pas des décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours au titre de l'article 173 du traité CEE.

7 IBM fait valoir que l'engagement d'une procédure et une communication des griefs constituent des décisions au sens de l'article 173 du traité CEE en raison de leur nature juridique et des conséquences qu'ils produisent, et que ces actes peuvent dès lors faire l'objet d'un recours.

8 Selon l'article 173 du traité, un recours en annulation est ouvert contre les actes du Conseil et de la Commission autres que les recommandations ou avis. Ce recours tend à assurer, conformément aux prescriptions de l'article 164, le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité et il serait contraire à cet objectif d'interpréter restrictivement les conditions de recevabilité du recours en limitant sa portée aux seules catégories d'actes visés par l'article 189.

9 Pour déterminer si les mesures attaquées constituent des actes au sens de l'article 173 c'est, dès lors, à leur substance qu'il y a lieu de s'attacher. Suivant une jurisprudence constante de la Cour, constituent des actes ou décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation au sens de l'article 173 les mesures produisant des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant, en modifiant de façon caractérisée la situation juridique de celui-ci. Par contre, la forme dans laquelle des actes ou décisions sont pris est, en principe, indifférente en ce qui concerne la possibilité de les attaquer par un recours en annulation.

10 Lorsqu'il s'agit d'actes ou de décisions dont l'élaboration s'effectue en plusieurs phases, notamment au terme d'une procédure interne, il résulte de cette même jurisprudence qu'en principe ne constituent un acte attaquable que les mesures qui fixent définitivement la position de la Commission ou du Conseil au terme de cette procédure, à l'exclusion des mesures intermédiaires dont l'objectif est de préparer la décision finale.

11 Il n'en serait autrement que si des actes ou décisions pris au cours de la procédure préparatoire, non seulement réunissaient les caractéristiques juridiques ci-dessus décrites, mais constituaient elles-mêmes le terme ultime d'une procédure spéciale distincte de celle qui doit permettre à la Commission ou au Conseil de statuer sur le fond.

12 Par ailleurs, il y a lieu d'observer que si des mesures de nature purement préparatoire ne peuvent en tant que telles faire l'objet d'un recours en annulation, les illégalités éventuelles qui les entâcheraient pourraient être invoquées à l'appui du recours dirigé contre l'acte définitif dont elles constituent un stade d'élaboration.

13 Les effets et la nature juridique de l'engagement d'une procédure administrative en application des dispositions du règlement n° 17 et d'une communication des griefs telle que prévue à l'article 2 du règlement n° 99/63 doivent être appréciés à la lumière de la fonction de ces actes dans le cadre de la procédure administrative de la Commission en matière de concurrence dont les modalités ont été établies par les règlements susmentionnés.

14 Cette procédure a été aménagée en vue de permettre aux entreprises concernées de faire connaître leur point de vue et d'éclairer la Commission le plus complètement possible avant qu'elle ne prenne une décision affectant les intérêts des entreprises. Elle vise à créer, en faveur de celles-ci, des garanties procédurales, et, tel qu'il ressort du 11e considérant du règlement n° 17, à consacrer le droit des entreprises d'être entendues par la Commission.

15 C'est pour cette raison que, conformément à l'article 19, paragraphe 1, du règlement n° 17 et en vue de garantir le respect des droits de la défense, il est nécessaire d'assurer à l'entreprise concernée le droit de présenter des observations à l'issue des instructions au sujet de l'ensemble des griefs que la Commission se propose de retenir contre elle dans sa décision, et, partant, de

l'informer de ces griefs dans le document prévu à l'article 2 du règlement n° 99/63. C'est encore pour cette raison que, afin de lever un doute éventuel sur la situation procédurale de l'entreprise concernée, l'engagement d'une procédure en application des dispositions précitées est clairement marqué par un acte manifestant l'intention de prendre une décision.

16 Afin de justifier la recevabilité de son recours, IBM a invoqué une série d'effets produits par l'engagement d'une procédure et par une communication des griefs.

17 Certains de ces effets ne dépassent pas les effets propres à un acte de procédure et n'affectent pas, en dehors de sa situation procédurale, la situation juridique de l'entreprise concernée. Tel est notamment le cas de l'interruption de la prescription, provoquée tant par l'engagement d'une procédure que par une communication des griefs en vertu du règlement n° 2988/74 du Conseil, du 26 novembre 1974, relatif à la prescription en matière de poursuite et d'exécution dans les domaines du droit de transport et de la concurrence de la Communauté économique européenne (JO L 319, p. 1). Il en est de même de la circonstance que ces actes sont des étapes nécessaires que la Commission doit franchir, en vertu des dispositions du règlement n° 17, avant de pouvoir infliger à l'entreprise concernée une amende ou une astreinte, et du fait que ces actes créent, pour l'entreprise concernée, la charge de devoir se défendre dans le cadre d'une procédure administrative.

18 D'autres effets invoqués par IBM ne portent pas atteinte aux intérêts de l'entreprise concernée. Il en est ainsi de l'effet, dont est revêtu l'engagement d'une procédure en vertu de l'article 9, paragraphe 3, du règlement n° 17, de mettre un terme à la compétence des autorités des États membres, effet qui, par ailleurs, n'a pas pu se réaliser en l'espèce en l'absence de toute procédure nationale, et qui consiste en substance à mettre l'entreprise concernée à l'abri de poursuites parallèles de la part des autorités des États membres. Il en est également ainsi de l'effet reconnu à la communication des griefs de cristalliser la position de la Commission, cet effet consistant en substance à empêcher la Commission, conformément à l'article 4 du règlement n° 99/63, de retenir dans sa décision, en l'absence d'une nouvelle communication des griefs, d'autres griefs que ceux au sujet desquels l'entreprise a eu l'occasion

de faire connaître son point de vue, sans pour autant interdire à la Commission d'abandonner des griefs et de modifier ainsi sa position en faveur de l'entreprise.

19 Une communication des griefs ne crée pas, pour l'entreprise concernée, l'obligation de modifier ou de reconsidérer ses pratiques commerciales, et elle n'a pas l'effet de la priver d'une protection contre des amendes dont elle jouissait auparavant, comme cela est le cas de la communication par laquelle la Commission informe une entreprise, en vertu de l'article 15, paragraphe 6, du règlement n° 17, du résultat de l'examen provisoire d'une accord notifié par cette entreprise. Si une communication des griefs peut avoir pour effet de révéler à l'entreprise concernée qu'elle court un risque réel de se voir infliger une amende par la Commission, ceci constitue une simple conséquence de fait et non pas un effet juridique que la communication des griefs est destinée à produire.

20 Un recours en annulation dirigé contre l'engagement d'une procédure et contre une communication des griefs pourrait obliger la Cour à porter une appréciation sur des questions sur lesquelles la Commission n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer, et aurait ainsi pour conséquence une anticipation des débats au fond et une confusion des différentes phases des procédures administratives et judiciaires. Il serait donc incompatible avec les systèmes de répartition des compétences entre la Commission et la Cour et des voies de recours, prévus par le traité, ainsi qu'avec les exigences d'une bonne administration de la justice et d'un déroulement régulier de la procédure administrative de la Commission.

21 Il résulte de ce qui précède que ni l'engagement d'une procédure, ni une communication des griefs ne sauraient être considérés, de par leur nature et leurs effets juridiques, comme des décisions au sens de l'article 173 du traité CEE, contre lesquelles un recours en annulation est ouvert. Dans le cadre de la procédure administrative telle qu'elle est organisée par les règlements n° 17 et n° 99/63, ils constituent des actes de procédure, préparatoires par rapport à la décision qui en constitue le terme ultime.

22 Afin de justifier la recevabilité de son recours, IBM se réfère encore aux circonstances particulières de l'espèce et à la nature et aux implications des

moyens invoqués par elle au fond, en faisant valoir qu'un recours juridictionnel à un stade précoce devrait être ouvert en l'espèce tant en application de principes du droit international en la matière qu'en vertu de principes généraux découlant des droits des États membres. Le présent recours aurait en effet pour objet d'établir que la procédure administrative a été entièrement illégale dès son début en vertu de règles du droit communautaire et du droit international, relatives notamment à la compétence d'engager de telles procédures. Toute continuation de cette procédure administrative serait illégale, et la possibilité d'obtenir ultérieurement une annulation de la décision finale ne serait pas suffisante pour assurer à IBM une protection juridique efficace.

23 Il n'y a pas lieu, aux fins de la présente affaire, de statuer sur la question de savoir si, dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'il s'agit de mesures dépourvues même de toute apparence de légalité, un recours juridictionnel à un stade précoce, tel qu'IBM l'entend, peut être considéré comme compatible avec le système des voies de recours prévu par le traité, car les circonstances alléguées en l'espèce par la requérante ne sauraient, de toute façon, justifier la recevabilité d'un tel recours.

24 En l'espèce, par ailleurs, il n'est pas nécessaire, afin d'assurer à IBM une protection juridique efficace, que les actes attaqués puissent faire dès maintenant l'objet d'un recours. Si, aux termes de la procédure administrative, et après examen des observations qu'IBM pourra présenter dans le cadre de celle-ci, la Commission devait adopter une décision affectant les intérêts d'IBM, cette décision pourra faire, en vertu de l'article 173 du traité CEE, l'objet d'un recours juridictionnel dans le cadre duquel il sera loisible à IBM d'invoquer tous moyens utiles. Il appartiendra alors à la Cour d'apprécier si des illégalités ont été commises au cours de la procédure administrative et si celles-ci sont de nature à affecter la légalité de la décision prise par la Commission au terme de la procédure administrative.

25 Le recours doit dès lors être rejeté comme irrecevable.

Sur les dépens

26 Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens.

IBM ayant succombé en son action, il y a lieu de la condamner aux dépens, y compris ceux de la partie intervenante Memorex SA. Il y a lieu de comprendre dans cette condamnation aux dépens, outre les dépens occasionnés par la procédure au principal, ceux occasionnés par la demande d'IBM d'ordonner des mesures provisoires et réservées dans l'ordonnance du 7 juillet 1981 du président de la Cour, ainsi que ceux occasionnés par la demande d'IBM d'ordonner la communication de certains précisions et documents relatifs à l'engagement de la procédure par la Commission, demande devenue sans objet eu égard au rejet du recours principal.

Par ces motifs,

LA COUR

déclare et arrête:

1. **Le recours est rejeté comme irrecevable.**

2. **La requérante est condamnée aux dépens, y compris ceux de la partie intervenante Memorex SA, ainsi que ceux occasionnés par les demandes d'IBM visant à ordonner des mesures provisoires et la communication de certains détails et documents relatifs à l'engagement de la procédure par la Commission.**

Mertens de Wilmars Bosco Touffait

Mackenzie Stuart Koopmans Everling Grévisse

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg le 11 novembre 1981.

Le greffier

A. Van Houtte

Le président

J. Mertens de Wilmars