CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL SIR GORDON SLYNN, PRÉSENTÉES LE 30 SEPTEMBRE 1981 [1]

Messieurs,

Par lettre datée du 19 décembre 1980, le directeur général de la concurrence de la Commission informa International Business Machines Corporation of Armonk, New York («IBM»), que la Commission avait engagé, le 10 décembre 1980, une procédure contre IBM, conformément à l'article 3 du règlement du Conseil n° 17, du 6 février 1962, Journal officiel 1959, page 87. Dans la lettre, il était dit qu'après prise en considération des informations recueillies à la suite de ses propres investigations, d'une part, et des plaintes provenant de cinq compagnies, y compris Memorex SA, ou «Memorex», la Commission était parvenue à la conclusion, sur la base des renseignements se trouvant en sa possession, qu'IBM détenait une position dominante pour certains produits commercialisés à l'intérieur du marché commun ou à l'intérieur d'une partie substantielle de celui-ci et que certaines de ses pratiques constituaient des abus de cette position dominante au sens de l'article 86 du traité de la CEE. En conséquence, poursuivait la lettre, la Commission envisageait d'adopter une décision constatant qu'il y avait eu violation de l'article 86 et enjoignant de mettre fin aux infractions. La Commission envisagerait également d'infliger une amende à IBM pour les infractions établies ainsi que des astreintes. La lettre poursuivait comme suit:

«Avant de prendre une décision, la Commission souhaite tenir compte de toute observation que vous pourriez désirer présenter. En conséquence et conformément à l'article 19, paragraphe 1, du règlement du Conseil n° 17/62 ainsi qu'aux dispositions du règlement du Conseil n° 99/63 (JO 1963 — 64, p. 47), la Commission vous invite maintenant à lui faire parvenir, par écrit et oralement, vos observations sur les griefs invoqués.»

La Commission laissait à IBM jusqu'au 30 avril 1981 pour présenter ses observations. La lettre contenait en annexe une communication des griefs au sens de l'article 2 du règlement 99/63. Avec ses annexes, celle-ci compte quelque 1150 pages.

Point n'est besoin au stade actuel d'exposer par le détail la teneur des griefs de la Commission. Il suffira de dire sommairement qu'IBM est un fabricant important d'équipements de traitement électronique des données, y compris des unités centrales de traitement pour ordinateurs et le logiciel qui y est associé, et que la Commission fait grief à IBM d'avoir tenu un comportement dont il est dit qu'il est constitutif d'un abus de position dominante à quatre égards. Les deux premiers abus sont dits consister en la prétendue politique d'IBM qui est de livrer, ensemble avec des systèmes d'ordinateur de certaines gammes, du matériel logiciel dénommé «Systems Control Programming» ou une quantité fixe de mémoire principale de stockage, avec pour conséquence (selon la Commission), d'exclure les concurrents d'une partie considérable du marché du logiciel ou de la mémoire principale de stockage

1 — Traduit de l'anglais.

compatible avec les machines d'IBM. Le troisième abus est dit consister en la politique d'IBM de ne pas divulguer à ses concurrents les modifications apportées aux spécifications interfaces faisant partie de l'architecture existante des systèmes d'ordinateurs IBM avant leur livraison, plaçant ainsi dans une situation désavantageuse les fabricants d'équipements compatibles avec les machines IBM. Le quatrième abus est dit consister en la prétendue politique d'IBM de refuser de fournir un service présenté comme une «Installation Productivity Option» aux utilisateurs d'unités centrales de traitement compatibles avec les systèmes IBM, mais produites par d'autres fabricants.

Au reçu de cette lettre et de la communication des griefs, IBM a demandé des détails sur les actes autorisant la Commission à engager la procédure et à notifier la communication des griefs. Les représentants d'IBM expliquèrent subséquemment qu'une des raisons pour lesquelles ils avaient cherché à obtenir ces renseignements résidait dans le souci de découvrir dans quelle mesure il avait été tenu compte, si tant est que compte eût été tenu, du devoir de la Commission d'agir en conformité avec le droit international par ceux qui avaient adopté ces actes. Dans sa réponse, la Commission a maintenu que tant l'ouverture de la procédure que l'autorisation de notifier une communication des griefs dans des affaires engagées au titre des articles 85 et 86 du traité de la CEE constituaient des décisions internes de la Commission, agissant collégialement, ou du commissaire responsable de la politique de concurrence, agissant par délégation de la Commission. «Bien que l'ouverture d'une procédure et l'approbation de la communication des griefs puissent faire l'objet de deux décisions internes prises à des dates différentes, celles-ci sont couplées autant que possible, dans un souci de simplification. Les décisions internes de la Commission ne sont pas des «décisions» au sens de l'article 189 du traité de la CEE et elles ne sont pas communiquées à l'extérieur de la Commission.»

Le 20 février 1981, les représentants d'IBM écrivirent à la Commission en attirant l'attention de celle-ci sur ce qu'ils qualifiaient de «défauts» de la communication des griefs — «tellement importants qu'ils affectent la validité légale de la communication des griefs et de l'engagement de la procédure». Ils critiquaient, en particulier, un passage de la communication des griefs dans lequel la Commission se réservait le droit de formuler de nouveaux griefs sur des points découlant de faits divulgués dans ce document et ils maintenaient que la communication des griefs était libellée de manière tellement obscure et contradictoire qu'elle nécessitait d'être clarifiée de la façon la plus détaillée avant qu'IBM soit appelée à présenter sa défense. Ils demandaient à la Commission de retirer la communication des griefs et de mettre un terme à ce qu'ils dénommaient «les présentes procédures»; subsidiairement, de fournir de plus amples et meilleures précisions sur la communication des griefs, en réponse à une série de questions générales et particulières s'étendant sur cent pages.

Aucune réponse n'a été donnée à cette lettre avant la date à laquelle IBM a formé devant la Cour le recours dont il s'agit en l'espèce. Le 13 avril 1981 toutefois, la Commission répondit à la lettre du 20 février 1981, refusant de retirer la communication des griefs ou la décision

d'engager une procédure contre IBM et fournissant des réponses aux demandes de précisions que la Commission jugeait nécessaires pour qu'IBM puisse répondre à la communication des griefs. Elle ajoutait: «s'il n'a pas été donné suite à une quelconque de vos demandes d'informations ou de précisions et si vous croyez, après mûre réflexion, qu'une réponse à celles-ci est réellement nécessaire à votre client, nous vous prions de préciser par écrit la demande à laquelle vous désireriez qu'il soit donné suite et les raisons pour lesquelles vous le jugez nécessaire».

Les agents d'IBM accédèrent à cette invitation. Ils demandèrent également une prolongation substantielle du délai qui leur avait été imparti pour présenter leurs observations en réponse à la communication des griefs. La Commission consentit à une prorogation de délai, mais pour un laps de temps inférieur à ce qui avait été demandé.

Le recours dont il s'agit ici a été déposé par IBM le 18 mars 1981, en application de l'article 173 du traité de la CEE. Par ce recours, IBM demande l'annulation de l'acte ou des actes de la Commission par lesquels une procédure a été engagée contre IBM conformément à l'article 3 du règlement 17/62 et par laquelle une communication des griefs a été adressée et/ou notifiée à IBM ainsi que l'annulation de la communication des griefs proprement dite en tant qu'elle constitue un acte de la Commission.

Le recours est fondé sur trois moyens. Le premier est pris du non-respect prétendu par la Commission des critères légaux minimaux auxquels doit obéir la communication des griefs, en particulier la circonstance que la Commission n'a pas exposé l'ensemble des griefs qu'elle se propose d'examiner dans sa décision, ni indiqué avec une clarté suffisante les faits essentiels et les considérations légales qui importent aux fins de la décision qu'elle se propose d'adopter, ni imparti à IBM un délai adéquat pour présenter ses observations en réponse à la communication des griefs. Le second moyen est pris de l'exercice illégal prétendu de pouvoirs par la Commission, en ce que les actes en question auraient été autorisés ou décidés par toute personne autre que la Commission agissant collégialement. Le troisième moyen est tiré de ce que la Commission n'aurait pas tenu dûment compte des principes de courtoisie internationale applicables en la matière, étant donné, en particulier, que les griefs articulés par la Commission contre IBM auraient principalement trait à des actes ou à des omissions dont il est dit qu'ils ont été commis en dehors de la Communauté et spécialement aux États-Unis d'Amérique, où les activités d'IBM auraient été examinées par de nombreuses juridictions, lesquelles, dès lors qu'elles auraient déjà statué, se seraient généralement prononcées dans un sens favorable à celle-ci.

La réponse de la Commission à cette requête a pris la forme d'une exception d'irrecevabilité, moyen pris de ce que les mesures litigieuses n'étaient pas des «décisions» du type visé au deuxième alinéa de l'article 173 du traité de la CEE.

En l'état actuel de la procédure, celle-ci porte exclusivement sur le bien-fondé de cette exception. Elle n'a trait ni au fond de l'argumentation développée par IBM contre les actes contestés, ni à la requête qu'IBM a présentée simultanément avec la requête principale et tendant à obtenir qu'injonction soit faite à la Commission de divulguer des particularités des actes contestés, ni à la requête parallèle basée sur les articles 173, 175, 178 et 215 du

traité de la CEE, déposée le 20 juin 1981 et enregistrée sous le n° 190/81.

Avec l'autorisation de la Cour, donnée conformément à l'article 93, paragraphe 3, du règlement de procédure, Memorex est intervenue à la procédure à l'appui des conclusions de la Commission. Une demande de mesures provisoires, présentée le 28 mai 1981, a été rejetée par le président de la Cour, le 7 juillet 1981.

L'argumentation qui a été développée de part et d'autre, par écrit et verbalement, a porté sur des principes généraux et sur le libellé du traité et des règlements. IBM a fait valoir qu'il ne saurait être correct que la Cour soit sans pouvoir pour se prononcer directement sur des actes émanant de la Commission ou de services de celle-ci et dont il peut clairement être démontré qu'ils sont illégaux. Il ne devrait pas être permis qu'un acte ou une procédure défectueuse («un animal blessé») aboutisse, par une démarche boiteuse, à une conclusion inconsistante. La Commission répond qu'il serait tout aussi intolérable que ses procédures administratives soient sujettes à contrôle, lorsqu'elles sont mises en œuvre.

D'une façon générale, il faut reconnaître une certaine pertinence, selon nous, à l'argument d'IBM, selon lequel la Cour devrait être en mesure d'exercer un contrôle sur les institutions et les fonctionnaires de la Communauté à quelque stade que ce soit, lorsqu'il est clairement démontré que des actes sont illégaux. Il n'y a guère d'intérêt à ce que des procédures illégales soient poursuivies à grands frais tant pour la Communauté que pour ceux qu'elles affectent. Contrairement à l'opinion de la Commission, il n'y a pas interférence entre un tel pouvoir de contrôle et le pouvoir administratif de la Commission; le premier est à la fois un appui et une sauvegarde pour le second.

Mais là n'est toutefois pas la question qui se pose dans l'espèce qui nous occupe. La Cour est uniquement tenue de décider si les «actes» de la Commission, par lesquels la procédure a été engagée contre la requérante et une communication des griefs a été adressée à celle-ci, ou la communication des griefs elle-même, constituent «une décision» adressée à IBM au sens de l'article 173 du traité. La Cour ne s'occupe pas d'autres articles du traité ou d'autres pouvoirs qui lui sont propres.

Nous n'acceptons pas l'argumentation générale de la Commission basée sur le caractère nouveau des objections soulevées dans la présente affaire ou sur l'argument «in terrorem», selon lequel, si IBM réussit à démontrer que les actes contestés sont des «décisions», les écluses seront lâchées et tout acte administratif de la Commission pourra être contesté devant la Cour. Quel que soit le sens d'une «décision» aux fins de l'article 173, il semble évident que nombreux sont les actes pris ou les démarches accomplies dans le cours de procédures engagées au titre des règlements n^{os} 17 et 99 qui ne sauraient constituer des décisions. Nous rejetons également les assertions de «Memorex», selon lesquelles la requête qui nous occupe en l'espèce constitue en quelque sorte un abus de procédure devant la Cour. A la lumière des dispositions des règlements dont il s'agit et de la jurisprudence invoquée, la question qui se pose, quel que soit le résultat, est une question que les requérantes étaient en droit de poser.

L'article 173 débute dans les termes suivants:

«La Cour de justice contrôle la légalité des actes du Conseil et de la Commission, autres que les recommandations ou

avis. A cet effet, elle est compétente pour se prononcer sur les recours pour incompétence, violation des formes substantielles, violation du présent traité ou de toute règle de droit relative à son application, au détournement de pouvoir, formés par un État membre, le Conseil ou la Commission.

Toute personne physique ou morale peut former, dans les mêmes conditions, un recours contre les décisions dont elle est le destinataire, et contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concernent directement et individuellement.»

La Cour a eu à se prononcer à de nombreuses reprises sur la portée du terme «décision» dans d'autres contextes. Elle a toujours évité de donner au mot son sens quotidien, extensif. Tout en admettant logiquement qu'il faut considérer la substance de ce qui est fait plutôt que le nom servant à décrire le processus, elle a indiqué les facteurs qui peuvent être nécessaires ou suffisants pour constituer le processus de «décision» aux fins du traité. Ainsi, par exemple, dans les affaires jointes 1 et 14/57, Usines à Tubes de la Sarre/Haute Autorité (Recueil 1957 et 1958, 201), elle a dit que:

«Un acte de la Haute Autorité constitue une décision lorsqu'il établit une règle susceptible d'être appliquée, en d'autres termes, lorsque dans ledit acte la Haute Autorité détermine, de manière non équivoque, l'attitude qu'elle décide dès à présent de prendre au cas où certaines conditions se trouveraient réalisées».

Dans les affaires jointes 23, 24 et 52/63: Usines Henricot contre Haute Autorité (Recueil 1963, p. 445), il est dit que:

«La décision doit apparaître comme un acte du collège de la Haute Autorité, destiné à produire des effets juridiques, constituant le terme ultime de la procédure interne à la Haute Autorité et par lequel elle statue définitivement, dans une forme permettant d'en identifier la nature».

Dans l'affaire 54/65: Forges de Châtillon contre Haute Autorité (Recueil 1966, 266, p. 280):

«Une décision doit apparaître comme un acte émanant de l'organe compétent, destiné à produire des effets juridiques, constituant le terme ultime de la procédure interne audit organe et par lequel celui-ci statue définitivement, dans une forme permettant d'en identifier la nature».

Dans l'affaire 22/70, Commission contre Conseil (Recueil 1971, 263, p. 277), il a été dit que, pour être une décision, un acte doit produire des effets juridiques.

Dans ces affaires et dans quantité d'autres, lorsque la question se posait, les mots employés devaient être lus dans le contexte de la mesure dont il s'agissait. Les mots précis utilisés dans un contexte déterminé ne doivent pas nécessairement être appliqués rigidement dans un autre. Comme l'avocat général, M. Roemer, l'a souligné dans les affaires jointes 8 à 11/66, *Cimenteries/Commission* (Recueil 1967, p. 131):

Il ne faut pas se contenter «de n'importe quelle catégorie d'effets juridiques», mais il faut exiger «de façon plus restrictive, ... que les effets juridiques soient susceptibles de porter atteinte aux intérêts individuels».

De plus, il ne faudrait pas examiner trop minutieusement si une démarche marque le terme d'une procédure administrative.

«Ce n'est pas le caractère provisoire ou définitif des examens qui importe dans tous (les) cas, mais seulement la question de savoir si les effets juridiques concrets obtenus à l'aide de l'acte en question sont provisoires» *(Ibidem,* p. 133).

Traitant les facteurs indiqués comme un fil conducteur plutôt que comme des règles juridiques rigides, c'est donc la substance de ce qui a été fait qui doit être considéré.

Le premier acte contesté ici est celui par lequel une procédure a été engagée en application de l'article 3 du règlement n° 17. La «communication des griefs» attaquée constitue une communication au sens de l'article 2 du règlement n° 99.

Le préambule du règlement n° 17 reconnaît qu'il peut être de l'intérêt des entreprises de savoir si des accords sont susceptibles de donner lieu à l'intervention de la Commission en vertu de l'article 85, paragraphe 1, ou de l'article 86 du traité; que la Commission doit disposer dans toute l'étendue du marché commun du pouvoir d'exiger les renseignements et de procéder aux vérifications qui sont nécessaires pour déceler les accords, décisions et pratiques concertées et, simultanément, qu'il convient de consacrer le droit des entreprises intéressées d'être entendues par la Commission.

Aucun acte spécifique n'est établi comme constituant «l'engagement d'une procédure». L'article 9 dit seulement:

«Aussi longtemps que la Commission n'a engagé aucune procédure en application des articles 2, 3 ou 6, les autorités des États membres restent compétentes pour appliquer les dispositions de l'article 85, paragraphe 1, et de l'article 86 ...».

En l'espèce, la lettre de la Commission du 19 décembre 1980 fait référence à la circonstance que, le 10 décembre 1980, la Commission «a engagé une procédure en application de l'article 3». L'article 3 prévoit que:

«Si la Commission constate, sur demande ou d'office, une infraction ... elle peut obliger par voie de décision les entreprises ... intéressées à mettre fin à l'infraction constatée».

Toutefois, aux termes de l'article 19:

«Avant de prendre les décisions prévues aux articles ... 3 ..., la Commission donne aux entreprises ... intéressées l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs retenus par la Commission».

L'article 2 du règlement n° 99/63 oblige la Commission à communiquer par écrit aux entreprises les griefs retenus contre elles. La communication doit fixer un délai dans lequel les entreprises ont la faculté de lui faire connaître leur point de vue et une amende ne peut être infligée que si la communication des griefs a été faite dans la forme prévue au paragraphe 1 de l'article 2. Aux termes de l'article 4:

«Dans ses décisions, la Commission ne retient contre les entreprises ... destinataires que les griefs au sujet desquels ces

dernières ont eu l'occasion de faire connaître leur point de vue».

Tout en n'admettant pas que la Cour soit limitée par les critères avancés par la Commission (à savoir, tout d'abord qu'un acte doit être définitif et final; deuxièmement, qu'il doit constituer le terme ultime ou un stade distinct et clairement défini d'une procédure; et, troisièmement, que l'acte doit produire des effets juridiques pour l'entreprise), IBM soutient que ces conditions sont remplies en l'espèce.

Il est dit que l'engagement d'une procédure et/ou la notification d'une communication marquent le point final du stade de l'enquête: ces actes représentent la position finale et définitive de la Commission, laquelle expose dans sa lettre des «conclusions» et intentions basées sur l'enquête. La communication des griefs peut seulement être notifiée après clôture des investigations et elle est «l'acte fixant la position de la Commission» (affaires 48/69, *ICI/Commission*, Recueil 1972, 619, p. 652, et 54/69, *Francolor/Commission*, Recueil 1972, 851, p. 872). Elle est, en outre, la ligne de partage entre la procédure «interne» et la procédure «externe».

Il nous paraît artificiel, en un certain sens, de distinguer le stade «de l'enquête» de celui qu'il est convenu d'appeler le stade «formel». L'ensemble constitue une procédure, débutant par une enquête, laquelle débouche sur une opinion provisoire qui s'est formée sur la base des renseignements reçus, laquelle se cristallise sous la forme de la communication des griefs, celle-ci conduisant elle-même à une décision finale sur le point de savoir s'il y a eu ou non infraction. Si tel est le cas, la procédure est engagée en réalité beaucoup plus tôt que la décision de notifier une communication des griefs et elle se poursuit pas à pas jusqu'à la décision finale. En ce cas, il n'y a pas à proprement parler de terme, au moment où la communication formelle est notifiée.

Toutefois, dans l'affaire 48/72, *Brasserie de Haecht/Wilkin-Janssen*, n° 2 (Recueil 1973, 77, p. 88), la référence à l'engagement d'une procédure, qui est faite à l'article 9, a été décrite comme visant à l'évidence «un acte d'autorité de la Commission, manifestant sa volonté de procéder à une décision» en vertu entre autres de l'article 13 du règlement n° 17. Si tel est le cas, il nous paraît plus pertinent de qualifier la «conclusion» que la procédure prévue par le règlement devrait être engagée et qu'une communication des griefs devrait être notifiée d'ouverture d'un stade de procédure, que de terme ultime d'un stade de la procédure.

En outre, tout en admettant que certaines limitations sont imposées à la Commission en raison même de ce qui est dit dans la communication des griefs, nous ne croyons pas que ladite communication doit être considérée comme «finale» ou définitive, au sens visé dans les affaires auxquelles nous avons fait référence.

Il est vrai que des conclusions au sujet de l'infraction sont exposées tant dans la lettre du 19 décembre 1980 que dans la communication des griefs, mais l'objet en est de mettre les intéressés «préalable-

ment en mesure de présenter leurs observations sur les griefs que la Commission estime devoir retenir contre eux» (affaires jointes 56 et 58/64 *Consten et Grundig/Commission*, Recueil 1966, 429, p. 491). La lettre nous paraît exprimer la réalité de la situation.

«La Commission *envisage* d'adopter une décision aux termes de laquelle l'article 86 a été enfreint et invitant à mettre fin aux infractions. La Commission *envisagera* de vous infliger une amende.»

«*Avant de prendre une décision*, la Commission souhaite tenir compte de toutes observations que vous souhaiterez faire.»

Il est parfaitement exact que toute décision doit tenir compte de toute observation de cette nature, si bien que les «conclusions» exposées sont tout au plus provisoires.

Il reste la question de savoir s'il y a «des effets juridiques susceptibles de porter atteinte aux intérêts individuels». Nombreux sont évidemment les effets en fait et, en un certain sens, en droit, qui découlent à la fois de l'engagement de la procédure et de la notification de la communication des griefs. IBM en a fait valoir treize dans sa réponse à l'exception d'irrecevabilité. Dans la mesure où ceux-ci se réfèrent à des démarches qu'IBM doit ou peut décider d'entreprendre dans le cours de la procédure, comme la nécessité de répondre aux griefs au risque d'une décision contraire quelque élevé que puisse être le coût de la préparation d'une réponse, ils ne doivent pas être considérés, selon nous, comme des effets juridiques portant atteinte aux intérêts individuels, au sens des affaires que nous avons citées. De même, le fait que la communication des griefs impose une limite à la décision future de la Commission n'équivaut pas à un effet de ce genre. Il est vrai que la communication des griefs est un préliminaire essentiel de l'acte consistant à infliger une amende. Elle n'inflige pas en soi l'amende. Le seul effet indiqué dans le règlement n° 17 lui-même est la suspension du pouvoir de l'État membre d'appliquer les articles 85, paragraphe 1, et 86 du traité. Cette conséquence qui, comprenons-nous, est tirée dans le but d'éviter que deux procédures soient engagées simultanément par la Commission et par les autorités nationales, ne saurait être considérée comme affectant une entreprise, à tout le moins dans des circonstances normales, étant donné qu'elle supprime, fût-ce temporairement, pour l'entreprise le risque d'une forme de procédure légale. Il n'est fait état en l'espèce d'aucune circonstance spéciale faisant apparaître des effets négatifs particuliers découlant de la suspension du pouvoir d'un État membre d'agir, telle que celle à laquelle IBM s'est référée en tant que possibilité théorique. Nous ne sous-estimons pas les conséquences pratiques sur les affaires d'une entreprise qui peuvent découler de la notification d'une communication des griefs et auxquelles IBM se réfère, particulièrement lorsque des procédures sont encore en cours dans d'autres pays, mais elles n'équivalent pas, selon nous, à des effets juridiques du genre de ceux auxquels, comprenons-nous, la Cour s'est référée dans des affaires antérieures.

L'interruption de la prescription découlant de l'engagement d'une procédure, en vertu de l'article 2, paragraphe 1, c), du règlement du Conseil n° 2988/74 du 26 novembre 1974 (JO 1974, L 319, p. 1), est un effet juridique et, sans nul doute, un effet important. Bien que nous eussions éprouvé initialement quelques

doutes, il nous semble toutefois que cette disposition, manifestement introduite en vue d'éviter qu'une enquête ne soit dénuée de toute valeur en raison du temps qui s'est écoulé, devrait être considérée comme un élément faisant partie intégrante de la procédure qui ne devrait pas être traité comme relevant de la catégorie des effets définis par la Cour jusqu'à présent.

IBM se fonde largement sur ce qu'elle considère être une analogie entre l'article 6 du règlement n° 99 et l'article 2 de ce règlement et, en particulier, sur ce qui a été dit par l'avocat général M. Capotorti dans l'affaire *GEMA/Commission* (Recueil 1979, 3173, p. 3200). L'article 6 prévoit que si la Commission considère que les raisons de donner une suite favorable à une demande d'application de l'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 17 sont insuffisantes,

«elle en indique les motifs aux demandeurs et leur impartit un délai pour présenter par écrit leurs observations éventuelles».

Il est soutenu que l'avocat général, M. Capotorti, a affirmé qu'une communication au titre de l'article 6 peut être contestée dans les délais adéquats par un recours formé devant le Cour en application de l'article 173 du traité.

Il nous semble important de ne pas perdre de vue que cette affaire a été introduite sur la base de l'article 175 du traité et que la question qu'il importait de résoudre était de savoir s'il y avait eu omission d'adresser un acte autre qu'une recommandation ou un avis.

Il est vrai qu'en analysant sur un plan général la relation entre l'article 173 et l'article 175, l'avocat général, M. Capotorti, a admis que, lorsqu'une décision a été adoptée par la Commission, toute personne directement affectée par celle-ci peut être en mesure de la contester au moyen d'un recours basé sur l'article 173, même si elle n'est pas destinataire de la décision. Considérant la lettre de la Commission, indiquant les motifs au sens de l'article 6, comme «une décision implicite de mettre fin à la procédure engagée», il a considéré que la requérante aurait pu demander l'annulation de la décision sur la base des principes définis dans l'affaire 26/76, *Metro/Commission* (Recueil 1977, 1875). D'un autre côté, il est clair également qu'il n'a pas estimé que la communication des renseignements, imposée par l'article 6 du règlement n° 99, était une «décision», même si elle impliquait que la Commission avait achevé d'apprécier les éléments d'information qui lui avaient été fournis par la demanderesse et ceux qu'elle avait obtenus au cours de son enquête et même si la notification d'une communication pouvait être une des mesures adoptées par la Commission qui «affectent néanmoins la situation juridique des personnes auxquelles elles sont adressées» (voir p. 3196). Cette façon de voir nous semble confortée par l'opinion exprimée par l'avocat général, M. Roemer, dans ses conclusions dans l'affaire *Cimenteries/Commission* (voir supra).

L'opinion de l'avocat général, M. Capotorti, au sujet de ce qui peut être attaqué en application de l'article 173 doit, de ce fait, être lu dans le contexte de l'arrêt *Metro*. Dans cette affaire, il semble qu'il ait été admis qu'il y avait «décision» de ne pas agir. La question en jeu était de savoir si les requérantes, dont la demande en constatation au sens de l'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 17 que le système de distribution de Saba enfreignait les articles 85 et 86 du traité, n'avait pas été reçue, pouvaient dire que la décision de ne pas agir concernait directement et individuellement Metro.

La Cour a considéré «qu'il est de l'intérêt à la fois d'une bonne justice et d'une

exacte application des articles 85 et 86 que les personnes physiques ou morales qui sont, en vertu de l'article 3, paragraphe 2, b), du règlement n° 17, habilitées à demander à la Commission de constater une infraction auxdits articles 85 et 86, puissent, s'il n'est pas fait droit, en tout ou en partie, à leur demande, disposer d'une voie de recours destinée à protéger leurs intérêts légitimes». La requérante «doit être considérée comme étant directement et individuellement concernée» par la décision contestée.

La Cour, au 17e attendu de son arrêt dans l'affaire *GEMA*, traite la notification au titre de l'article 6 comme une «communication», plutôt que comme une décision. Elle a examiné l'affaire en supposant, sans l'admettre, que la communication constituait, par nature, une décision et elle a estimé qu'il n'existait aucun droit permettant de contraindre la Commission à parvenir à «une décision finale» sur le point de savoir s'il y avait eu ou non infraction aux articles 85 et 86.

Il nous semble qu'en tant qu'il s'agit de la communication d'informations en application de l'article 6 et de l'article 2, l'opinion exprimée par l'avocat général, M. Capotorti, est contraire à la thèse d'IBM, étant donné qu'il a clairement considéré que la communication d'informations ne constitue pas une décision. Dans la mesure où la communication de renseignements au titre de l'article 6 suit, «implique» ou est la preuve d'une décision, il ne nous semble pas que les deux situations soient «in pari materia». A moins que d'autres commentaires soient faits conformément à l'article 6 ou que la Commission décide de rouvrir l'enquête soit après de tels commentaires soit pour d'autres raisons, la demande devient caduque. Il n'y aura pas de démarche subséquente, ni de décision que les demandeurs pourront attaquer. En ce sens, la décision est finale. D'autres démarches doivent suivre aux termes de l'article 2: une autre décision doit être prise d'une façon ou l'autre. Nous estimons, par conséquent, que l'opinion exprimée par l'avocat général M. Capotorti et l'arrêt dans l'affaire *Metro* ne répondent pas à la question qui se pose dans la présente affaire. Il en est de même de l'opinion exprimée par l'avocat général M. Mayras dans les affaires jointes 109 et 114/75, *NCC/Commission* (Recueil 1977, 381), sur laquelle s'appuye IBM aux mêmes fins.

Les mêmes observations peuvent être faites «mutatis mutandis» à propos des dispositions de l'article 11 du règlement n° 17. Encore qu'il puisse paraître étrange, à première vue, qu'une demande formelle de renseignements équivale à une décision susceptible de recours si tel n'est pas le cas d'une décision d'engager la procédure et de notifier une communication des griefs, la distinction apparaît résider dans le fait que si les renseignements ne sont pas donnés, cette attitude peut entraîner l'application d'une peine d'amende au titre des articles 15, paragraphe 1, (b), ou 16.

IBM se fonde également sur ce qui est dit être une analogie frappante entre une communication des griefs au titre de l'article 2 et une communication au titre de l'article 15, paragraphe 6, du règlement n° 17 qui, ainsi qu'il a été dit dans l'affaire *Cimenteries/Commission* (cf. supra), donne connaissance d'une «décision» au sens de l'article 189 et qui peut être attaquée sur la base de l'article 173. L'article 15, paragraphe 6, lève l'exemption de l'application d'une peine d'amende au titre de cet article lorsque des accords ont été notifiés, «dès lors que la Commission a fait savoir aux entreprises

intéressées qu'après examen provisoire elle estime que les conditions d'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité sont remplies et qu'une application de l'article 85, paragraphe 3, n'est pas justifiée». Il est soutenu qu'une communication au titre de l'article 15, paragraphe 6, et une communication au titre de l'article 2 exposent toutes les deux le destinataire au risque d'une amende, mais rien de plus; que chacune de ces dispositions affecte les intérêts individuels du destinataire et lie celui-ci dans la même mesure. Chaque communication fait suite à une constatation opérée par la Commission et doit énoncer les raisons justifiant la conclusion à laquelle il a été abouti. Chacune constitue une ligne de partage distincte dans la procédure, imposant au destinataire l'obligation de décider s'il modifiera sa conduite ou s'exposera au risque de se voir infliger une amende.

La base de la décision de la Cour était que la mesure adoptée, «en exposant les entreprises à des amendes», privait celles-ci des avantages d'une situation juridique que l'article 15, paragraphe 5, liait à la notification de l'accord et les exposait à un grave risque pécuniaire. «Ladite mesure a donc affecté les intérêts des entreprises en apportant à leur situation juridique une modification caractérisée». C'est là, «de manière non équivoque, une mesure comportant des effets juridiques». «Malgré son caractère provisoire, l'acte par lequel la Commission statue en l'espèce constitue le terme ultime d'une procédure spéciale, distincte de celle qui, après l'application de l'article 19, doit permettre ensuite de statuer au fond».

L'avocat général, M. Roemer, a conclu dans le même sens. Il a estimé qu'une communication effectuée au titre de l'article 15, paragraphe 6, fait «naître la possibilité, qui n'existait pas auparavant, d'infliger des amendes aux ententes déclarées» en introduisant ainsi «un nouvel élément dans les rapports juridiques existant entre la Commission et les entreprises». Il pensait que ceci ne pouvait pas se comparer à d'autres mesures de procédure en matière d'ententes «étant donné que celles-ci (comme l'ouverture de la procédure prévue à l'article 9 et la communication des griefs prévue à l'article 4 du règlement n° 99) ont seulement pour effet juridique de réglementer les compétences à l'égard des autorités des États membres ou de délimiter de manière non impérative l'objet d'une procédure en matière d'ententes, mais n'ont aucune influence sur le comportement quant au fond des entreprises intéressées ou des tiers».

Nous admettons qu'il existe des analogies entre la communication au titre de l'article 2 et celle effectuée en application de l'article 15, paragraphe 6, ainsi que la requérante l'a montré. Il y a toutefois une différence, selon nous, qui est capitale. Une communication au titre de l'article 15, paragraphe 6, ayant effet immédiat écarte l'exemption, et, partant, expose l'entreprise au risque de faire l'objet d'une procédure au terme de laquelle une amende peut être infligée. Une communication au titre de l'article 2, même si elle produit l'effet que nous avons décrit, n'écarte pas l'exemption. Ce peut être une condition préalable de la décision d'imposer une amende qu'une telle communication soit notifiée. La décision doit encore être prise et elle ne peut l'être qu'après qu'il y a eu constatation de l'existence d'une infraction suivant la procédure prescrite et que l'entreprise a été invitée à mettre un terme à cette infraction. Par conséquent, ici aussi nous ne considérons pas que l'article sur lequel se sont fondées les requérantes,

soit l'article 15, paragraphe 6, du règlement n° 17, est analogue à l'article 2.

Tout en admettant qu'il est correct d'examiner les ordres juridiques respectifs des États membres, ainsi qu'il a été dit, cette démarche n'est pas d'un grand secours pour nous dans le cas présent. Il existe des différences manifestes entre l'étendue des pouvoirs de contrôle dans les pays de «common law», d'une part, et dans les pays de droit civil, d'autre part, et les déclarations qui ont été produites montrent que ces derniers n'ont pas une approche uniforme en ce qui concerne l'instruction des affaires de concurrence. Ici, le traité a prévu un contrôle; l'étendue de celui-ci est une question d'interprétation, dans le cas présent uniquement en vertu de l'article 173.

Les affaires de fonctionnaires alléguées par IBM ne nous paraissent pas non plus d'un grand secours en décidant une application au titre de l'article 173.

S'il n'y avait pas eu de jurisprudence sur la question, nous eussions éprouvé, en ce qui nous concerne, plus de doutes quant au point de savoir si ces actes ne doivent pas être considérés comme équivalant à une «décision», si bien que la Cour pourrait, en application de l'article 173, examiner une affaire dès lors qu'il serait évident que la procédure était entachée de vices dès le départ, comme si, par exemple, quelqu'un qui ne pouvait être autorisé à notifier une communication des griefs, l'avait néanmoins fait.

Dans les circonstances de l'espèce, toutefois, nous estimons que la jurisprudence de la Cour est correctement résumée par le docteur Korah dans (1981) 6 E.L. Review 14, à la page 32:

«Le recours en annulation peut uniquement être formé contre une mesure finale, portant atteinte aux droits du citoyen, et non pas contre des actes de procédure conduisant à la mesure finale».

Dans ces circonstances, il ne paraît pas nécessaire ou correct dans cette optique d'examiner si, en tout état de cause, les critiques qu'IBM a faites au sujet de la communication des griefs justifieraient une intervention de la Cour à ce stade ou si le principe défini par le professeur Meesen s'applique à ce stade peu avancé de la procédure plutôt qu'au moment où, après avoir pris en considération tous les faits et arguments, la Commission prend sa décision finale; ou si la Commission peut déléguer ses pouvoirs à ses membres et agir par le truchement de ses fonctionnaires (par opposition aux organes externes que les affaires citées intéressaient) dans ses activités au titre des articles 85 et 86, ou si la maxime «omnia praesumuntur rite esse acta» s'applique dans la présente situation.

En conséquence, sur la base de la jurisprudence de la Cour, nous estimons que les actes contestés n'équivalent pas à des «décisions» au sens de l'article 173 du traité et que la présente demande est irrecevable.