

ORDONNANCE DU PRÉSIDENT DU TRIBUNAL
20 décembre 2001 *

Dans l'affaire T-213/01 R,

Österreichische Postsparkasse AG, établie à Vienne (Autriche), représentée par
M^{es} M. Klusmann, F. Wiemer et A. Reidlinger, avocats,

partie requérante,

contre

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

partie défenderesse,

ayant pour objet une demande visant, à titre principal, au sursis à l'exécution de
la décision COMP/D-1/36.571, du 9 août 2001, et, à titre subsidiaire, à ce qu'il
soit enjoint à la Commission de ne pas transmettre la communication des griefs

* Langue de procédure: l'allemand.

du 10 septembre 1999 et la communication des griefs complémentaire du 21 novembre 2000, dans l'affaire COMP/36.571, à la Freiheitliche Partei Österreichs,

LE PRÉSIDENT DU TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE
DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

rend la présente

Ordonnance

Faits et procédure

- 1 La requérante est un établissement de crédit autrichien qui gère ses filiales par l'intermédiaire d'agences situées dans des bureaux de poste en Autriche et qui, depuis la fin de l'année 2000, fait partie du groupe BAWAG.

- 2 Le 6 mai 1997, la Commission a eu connaissance d'un document intitulé «Lombard 8.5» et a, à la lumière de ce document, engagé d'office une procédure d'infraction à l'article 81 CE contre la requérante et sept autres banques autrichiennes, conformément à l'article 3, paragraphe 1, 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).

- 3 Par lettre du 24 juin 1997, la Freiheitliche Partei Österreichs (ci-après la «FPÖ») a transmis à la Commission le document «Lombard 8.5» et a sollicité l'ouverture d'une procédure d'infraction à l'article 81 CE contre huit banques, au nombre desquelles la requérante ne figure pas.

- 4 Par lettre du 26 février 1998, la Commission a informé la FPÖ, dans le cadre de la procédure COMP/36.571 et conformément à l'article 6 du règlement n° 99/63/CEE de la Commission, du 25 juillet 1963, relatif aux auditions prévues à l'article 19, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 17 (JO 1963, 127, p. 2268), de son intention de rejeter sa demande. La Commission a motivé sa position en indiquant que seules les personnes ou les associations de personnes qui ont un intérêt légitime, au sens de l'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 17, sont habilitées à présenter une demande visant à mettre fin à une infraction.

- 5 La FPÖ a répondu, par lettre du 2 juin 1998, qu'elle-même et ses membres prennent part à la vie économique et qu'ils sont, dès lors, financièrement affectés. Elle a indiqué qu'elle effectue quotidiennement d'innombrables opérations bancaires. Pour ces raisons, elle a de nouveau demandé à participer à la procédure d'infraction et à avoir ainsi connaissance des griefs.

- 6 Le 16 décembre 1998, les banques concernées ont transmis à la Commission, dans le cadre de la procédure COMP/36.571, un exposé commun des faits, accompagné de 40 000 pages de pièces justificatives. Dans une note liminaire, elles demandaient à la Commission de réserver un traitement confidentiel à cet exposé. Il était écrit dans cette note:

«L'exposé ci-joint des faits peut être consulté par l'ensemble des banques concernées dans le cadre de la procédure IV/36.571. La Commission est priée, en vertu de l'article 20 du règlement n° 17/62, de ne pas le divulguer aux tiers.»

- 7 Par lettre du 13 septembre 1999, la Commission a transmis à la requérante la communication des griefs du 10 septembre 1999, dans laquelle elle reprochait à la requérante d'avoir conclu des accords anticoncurrentiels avec d'autres banques autrichiennes portant sur les frais et les conditions applicables à la clientèle — particuliers et entreprises — et d'avoir, dès lors, enfreint l'article 81 CE.
- 8 Le 6 octobre 1999, la requérante s'est vu accorder la possibilité d'examiner le dossier de la procédure. À cette occasion, la Commission a informé oralement la requérante de son intention de transmettre à la FPÖ l'ensemble des griefs formulés dans le cadre de la procédure, conformément à l'article 7 du règlement (CE) n° 2842/98 de la Commission, du 22 décembre 1998, relatif à l'audition dans certaines procédures fondées sur les articles [81] et [82] du traité (JO L 354, p. 18).
- 9 La requérante a adressé le même jour une lettre à la Commission lui indiquant que transmettre à la FPÖ une copie des griefs était, selon elle, inadmissible. Elle a fait valoir que la FPÖ ne pouvait se prévaloir d'aucun intérêt légitime et ne pouvait dès lors être qualifiée de demanderesse au sens de l'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 17.
- 10 La Commission a répondu par lettre du 5 novembre 1999. Elle a indiqué que la FPÖ avait, en tant que cliente d'une banque, un intérêt légitime à se voir communiquer les griefs conformément à l'article 7 du règlement n° 2842/98. Elle a, en même temps, fait parvenir à la requérante une liste des passages qui ne devaient pas être communiqués à la FPÖ.
- 11 La requérante a répondu par lettre du 17 novembre 1999 et a protesté à nouveau contre la transmission d'une copie de la communication des griefs à la FPÖ et, en particulier, contre l'envoi d'une version intégrale de ladite communication, mis à part, comme la Commission l'avait accepté dans sa lettre du 5 novembre 1999, la dissimulation des noms propres de certaines personnes physiques nommées dans cette communication des griefs ou le remplacement de leur nom par un descriptif

de leur fonction. À la suite de cela, la demande de la FPÖ n'a, dans un premier temps, pas été satisfaite.

- 12 Les 18 et 19 janvier 2000, une audition a été organisée au sujet des comportements reprochés dans la communication des griefs du 10 septembre 1999. La FPÖ n'a pas pris part à cette audition.

- 13 La Commission a notifié une communication des griefs complémentaire à la requérante le 21 novembre 2000, dans laquelle la Commission a reproché à la requérante d'avoir conclu des accords anticoncurrentiels avec d'autres banques autrichiennes portant sur des frais bancaires applicables à l'échange entre devises et euros.

- 14 Une deuxième audition a eu lieu le 27 février 2001, à laquelle la FPÖ n'a pas non plus assisté.

- 15 Par lettre du 27 mars 2001, le conseiller auditeur a fait savoir à la requérante que la FPÖ avait réitéré sa demande que lui soit transmise une copie non confidentielle des communications des griefs et qu'il avait l'intention de répondre de manière favorable à cette demande. En annexe à sa lettre, le conseiller auditeur a joint une liste qui, selon lui, devait garantir la protection du secret des affaires et qui prévoyait la suppression de différents noms et descriptions de fonctions de personnes physiques. Le conseiller auditeur indiquait en outre que seule l'annexe A de la communication des griefs du 10 septembre 1999, qui contient une liste avec des références à tous les documents joints à cette communication des griefs, et non ces derniers documents, devrait être transmise.

- 16 Par lettre du 24 avril 2001, la requérante s'est à nouveau opposée à la transmission des communications des griefs.

- 17 Par lettre du 5 juin 2001, le conseiller auditeur a confirmé sa thèse selon laquelle les deux communications des griefs devaient être transmises à la FPÖ, hormis certaines informations figurant dans des listes 1 et 2 jointes en annexes à cette lettre et jugées par lui confidentielles. Il a ajouté que le fait que la qualité de demanderesse soit reconnue à la FPÖ ne pouvait pas faire l'objet d'un recours distinct.
- 18 La requérante a, par lettre du 25 juin 2001, invité la Commission à prendre une décision susceptible de faire l'objet d'un recours.
- 19 Par lettre du 9 août 2001, la décision dans l'affaire COMP/36.571 (ci-après la «décision litigieuse») a, donc, été communiquée à la requérante. Il y est, notamment, indiqué ce qui suit:

«Après un nouvel examen des faits et des points de droit, nous décidons de trancher les questions sur lesquelles votre mandante et la Commission s'opposent dans le même sens que dans notre lettre du 5 janvier 2001. Notre décision se fonde sur les motifs suivants:

1. Ce n'est pas le conseiller auditeur qui juge de la qualité de demanderesse, au sens de l'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 17, d'une personne ou d'une association de personnes, mais au nom de la Commission, le membre compétent pour les questions de concurrence. La décision en faveur de la FPÖ avait déjà été prise par M. Van Miert dans le courant de l'année 1999 et elle a ensuite été confirmée par M. Monti. [...]
2. La reconnaissance à la FPÖ de la qualité de 'plaignante' dans l'affaire COMP/36.571 constitue un acte juridique de procédure qui ne peut faire l'objet d'un recours distinct. Les objections contre cet acte ne peuvent au

contraire être formulées que dans le cadre d'un recours contre la décision de la Commission mettant fin à la procédure. La reconnaissance d'un droit d'introduire une demande au sens de l'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 17 a pour conséquence, conformément à l'article 7, du règlement (CE) n° 2842/98 [...], qu'une version non confidentielle des griefs doit être transmise à la demanderesse. Le fait que la procédure ait été ouverte d'office ou suite à une demande formée au titre de l'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 17, n'a aucune importance. L'article 7 du règlement (CE) n° 2842/98 a, contrairement à vos dires, un caractère contraignant. [...]

3. [...]

4. Compte tenu de ce qui précède, se pose encore la question de savoir quelles informations doivent être retirées du texte de la communication des griefs du 10 septembre 1999 ainsi que de la communication complémentaire des griefs du 21 novembre 2000 afin de tenir compte de l'intérêt légitime de votre mandante au traitement confidentiel de ses secrets d'affaires et autres informations confidentielles.

a) Vous avez suggéré que soient retirés des écrits mentionnés ci-dessus les noms des banques autrichiennes concernées. Il convient de noter à cet égard que l'identité d'une entreprise participant à une infraction présumée ne constitue pas un secret d'affaires couvert par le droit communautaire ni une information confidentielle susceptible d'être protégée. Le fait de masquer le nom des banques concernées leur serait en outre de peu d'utilité à l'heure actuelle étant donné que leur identité sera en tout état de cause dévoilée dans la décision de la Commission mettant fin à la procédure. [...]

b) Il convient de retirer de la version des griefs destinée à la FPÖ, toutes les informations internes susceptibles de donner des renseignements sur la politique commerciale actuelle ou future de votre mandante. Il y a lieu

cependant d'appliquer à cet égard une mesure plus stricte dès lors qu'il s'agit d'informations remontant à plusieurs années. Pour cette raison, il n'est nécessaire d'effacer aucune donnée numérique des deux communications des griefs. Dans l'intérêt de la protection de la personne, il convient de retirer de la copie qui doit être transmise toutes les données qui permettent d'identifier les personnes physiques en cause. Cela signifie que les noms et les fonctions de ces personnes doivent être rendus méconnaissables.

En vue de l'établissement d'une version non confidentielle des griefs du 10 septembre 1999 ainsi que des griefs complémentaires du 21 novembre 2000 destinée à être transmise à la FPÖ, il convient de retirer des textes originaux concernés les informations figurant dans les listes 1 et 2 jointes en annexes. Nous déduisons de votre lettre dans la présente affaire que vous marquez votre accord quant au contenu de ces listes, hormis la question de l'anonymat de la première communication des griefs.

En résumé, nous concluons dès lors qu'il y a lieu de transmettre à la FPÖ, en vue d'une prise de position dans l'affaire en cours COMP/36.571 — Banques autrichiennes, la version actuelle adaptée de la communication des griefs du 10 septembre 1999 ainsi que de la communication complémentaire des griefs du 21 novembre 2000.

Cette décision est prise au titre de l'article 9, paragraphe 2, de la décision 2001/462/CE, CECA de la Commission, du 23 mai 2001, relative au mandat des conseillers-auditeurs dans certaines procédures de concurrence (JO L 162, p. 21).

Nous vous prions de nous faire savoir, dans un délai d'une semaine après la notification de la présente décision, si votre mandante a l'intention d'introduire un recours à l'encontre de la présente décision devant le Tribunal de première instance des Communautés européennes ainsi que de demander une mesure

provisoire contre l'exécution de ladite décision. La Commission ne transmettra pas à la FPÖ les communications des griefs susmentionnées avant l'expiration de ce délai d'une semaine.»

- 20 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 19 septembre 2001, la requérante a formé un recours en annulation de la décision litigieuse.

- 21 Par acte séparé déposé au greffe du Tribunal le même jour, la requérante a saisi le juge des référés de la présente demande visant, à titre principal, au sursis à l'exécution de la décision litigieuse et, à titre subsidiaire, à ce qu'il soit enjoint à la Commission de ne pas transmettre la communication des griefs du 10 septembre 1999 et la communication des griefs complémentaire du 21 novembre 2000, dans l'affaire COMP/36.571, à la FPÖ.

- 22 Le 5 octobre 2001, la Commission a présenté ses observations sur la présente demande en référé.

- 23 Les parties ont été entendues en leurs explications le 8 novembre 2001. Au terme de l'audition, le juge des référés a invité la Commission à indiquer si elle était disposée à accepter une solution à l'amiable en renonçant à transmettre les communications des griefs à la FPÖ jusqu'à l'arrêt au principal, à la condition que la requérante consente, en contrepartie, à accélérer la procédure en renonçant à déposer une réplique et en demandant un traitement prioritaire de l'affaire devant le Tribunal. Le juge des référés a fixé un délai à la Commission pour prendre position, jusqu'au 15 novembre 2001.

- 24 Par lettre du 15 novembre 2001, la Commission a fait savoir qu'elle ne pouvait pas accepter l'arrangement à l'amiable proposé. Par contre, la Commission a annoncé, quant aux informations confidentielles alléguées, qu'elle modifiera les

références concernant un employé de haut niveau de la requérante et figurant aux considérants 193 et 215 de la communication des griefs du 10 septembre 1999 de la même façon qu'elles l'ont été dans les passages mentionnés dans la liste 1 de l'annexe de la lettre du conseiller auditeur du 5 juin 2001.

- 25 Par télécopie du 27 novembre 2001, la requérante a présenté ses observations sur la lettre de la Commission du 15 octobre 2001.

En droit

- 26 En vertu des dispositions combinées des articles 242 CE et 243 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 ou prescrire les mesures provisoires nécessaires.
- 27 En vertu des dispositions de l'article 104, paragraphe 1, premier alinéa, du règlement de procédure du Tribunal, une demande de sursis à l'exécution d'un acte n'est recevable que si le demandeur a attaqué cet acte dans un recours devant le Tribunal. Cette règle n'est pas une simple formalité mais présuppose que le recours au fond, sur lequel se greffe la demande en référé, puisse être examiné par le Tribunal.
- 28 L'article 104, paragraphe 2, du règlement de procédure prévoit que les demandes relatives à des mesures provisoires doivent spécifier les circonstances établissant l'urgence ainsi que les moyens de fait et de droit justifiant à première vue (*fumus boni juris*) l'octroi des mesures auxquelles elles concluent. 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 [ordonnance du président de la Cour du 14 octobre 1996, SCK et FNK/Commission, C-268/96 P(R), Rec. p. I-4971, point 30]. 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 29 juin 1999, Italie/Commission, C-107/99 R, Rec. p. I-4011, point 59).

Sur la recevabilité

Arguments des parties

- 29 La Commission fait valoir qu'il appartient au juge des référés d'établir que, à première vue, la requête au principal présente des éléments permettant de conclure, avec une certaine probabilité, à sa recevabilité. Or, en l'espèce, le recours au principal serait manifestement irrecevable.
- 30 À cet égard, la Commission relève que la demande au principal vise à l'annulation de la décision litigieuse. Or, la seule décision que contiendrait la décision litigieuse serait la réponse négative apportée à la question de savoir s'il convient de retrancher des versions non confidentielles des communications des griefs à transmettre à la FPÖ d'autres indications que celles énumérées aux annexes 1 et 2 de ladite décision litigieuse, étant constaté que de telles autres indications ne seraient pas de nature à devoir bénéficier de la garantie de traitement confidentiel assurée par le droit communautaire.
- 31 Pour contester cette décision, la requérante se contenterait, dans sa requête au principal et dans sa demande en référé, d'un exposé consistant en une énumération de principes de droit, sans indiquer les faits et encore moins les

rattacher à une règle. Cet exposé ne satisferait pas aux conditions des articles 44, paragraphe 1, sous c), et 104, paragraphe 2, du règlement du procédure du Tribunal.

- 32 Le recours serait également irrecevable dans la mesure où la requérante s'efforcerait d'empêcher toute transmission des communications des griefs à la FPÖ avant la décision sur le fond, indépendamment de la suppression des noms des organismes de crédit concernés. La transmission de versions non confidentielles des communications des griefs aux «demanderesse» résulterait pourtant obligatoirement de l'article 7 du règlement n° 2842/98. Elle ne présupposerait pas de décision et ne serait, donc, pas attaquantable.
- 33 Par ailleurs, la Commission aurait déjà prévenu la requérante, par lettre du 5 novembre 1999, qu'elle comptait procéder conformément à cette disposition. Or, la présente demande ne viserait pas l'annulation d'une décision adoptée à l'époque.
- 34 Finalement, à supposer que la Commission ait pris une décision concernant l'«admission» de la FPÖ en tant que «demanderesse», il s'agirait seulement d'une mesure d'organisation de la procédure. Cette décision n'aurait aucun effet juridique de nature à affecter les intérêts de la requérante en modifiant de façon caractérisée sa situation juridique, de sorte qu'elle ne pourrait faire l'objet d'un recours distinct. Dans sa lettre du 27 mars 2001, le conseiller auditeur se serait borné à confirmer à la requérante que l'intérêt de la FPÖ à présenter une demande aurait été reconnu et aurait réitéré son explication à ce propos. En ce qui concerne la reconnaissance de l'intérêt de la FPÖ, cette lettre ne constituerait pas une nouvelle décision, mais une simple confirmation inattaquantable.
- 35 La requérante fait valoir que la demande de sursis à l'exécution de la décision litigieuse est recevable. Premièrement, elle conteste qu'une décision a été prise par la Commission dans sa lettre du 5 novembre 1999, quant à la qualité de demanderesse de la FPÖ. À cet égard, la requérante soutient que cette lettre est

signée par un directeur et non pas par le membre de la Commission. En outre, dans la lettre du 27 mars 2001 du conseiller auditeur, il serait indiqué que de nouvelles évolutions dans l'affaire ont amené la Commission à revenir sur un problème qui a été discuté au cours de la deuxième moitié de l'année 1999, problème auquel une solution définitive n'a pas été trouvée. Le problème serait de savoir si la FPÖ doit être considérée comme demandeur au sens de l'article 3 du règlement n° 17. Or, il n'aurait pas été résolu définitivement en 1999.

- 36 La décision litigieuse pourrait tout particulièrement faire l'objet d'un recours distinct du recours contre la décision finale de la Commission parce qu'elle produirait des effets juridiques contraignants et porterait préjudice aux intérêts de la requérante. L'intérêt qu'aurait la requérante à demander le sursis à l'exécution de la décision litigieuse et, subsidiairement, une injonction de ne pas transmettre les communications des griefs serait établi.
- 37 La transmission à des tiers de documents soumis à la Commission dans le cadre de la procédure d'enquête pourrait faire l'objet d'un recours distinct du recours contre la décision finale de la Commission parce que l'entreprise affectée par ladite transmission pourrait voir son droit au traitement confidentiel de ses secrets d'affaires affecté de manière définitive et irréversible. La transmission de la communication des griefs à des tiers ne constituerait pas une simple mesure préparatoire à une décision mettant fin à la procédure. Cela ressortirait particulièrement de l'arrêt de la Cour du 24 juin 1986, AKZO Chemie/Commission (53/85, Rec. p. 1965, point 20), ainsi que de l'ordonnance du président du Tribunal du 1^{er} décembre 1994, Postbank/Commission (T-353/94 R, Rec. p. II-1141, point 25).
- 38 La décision litigieuse entraînerait des effets juridiques qui pourraient affecter de manière définitive et irréversible les droits de la requérante à la confidentialité des informations exposées dans les communications des griefs. La possibilité d'introduire un recours distinct contre la décision litigieuse serait dès lors nécessaire pour préserver les droits de la requérante. Une protection juridique sous la forme d'un recours contre la décision mettant fin à la procédure serait tardive.

Appréciation du juge des référés

- 39 En ce qui concerne l'argument de la Commission tiré du non-respect par la requérante dans sa demande en référé des conditions exprimées dans les articles 44, paragraphe 1, sous c), et 104, paragraphe 2, du règlement du Tribunal, la Commission se limite à alléguer que, à la seule décision que contiendrait la décision litigieuse, à savoir la réponse négative apportée à la question de savoir s'il convient de retrancher des versions non confidentielles des communications des griefs d'autres informations que celles énumérées aux annexes 1 et 2 de ladite décision litigieuse, la requérante n'aurait opposé, dans sa demande en référé, qu'une énumération de principes de droit, sans indiquer les faits et encore moins les rattacher à une règle quelconque.
- 40 Il ressort cependant d'une lecture simple et cohérente de la demande en référé, notamment du point 18 lu ensemble avec le point 29, que la requérante a contesté le refus de la Commission de considérer les indications relatives au nom et à l'adresse des entreprises participant à la procédure comme des secrets d'affaires méritant un traitement confidentiel et le fait que la Commission s'est bornée à supprimer différents noms propres et descriptions de fonctions des particuliers visés.
- 41 Il en résulte que la demande en référé satisfait aux exigences établies par les articles 44, paragraphe 1, sous c), et 104, paragraphe 2, du règlement de procédure pour qu'une demande en référé soit formellement recevable.
- 42 En ce qui concerne la fin de non-recevoir fondée sur la prétendue irrecevabilité du recours au principal, il ressort d'une jurisprudence constante que ce problème ne doit pas, en principe, être examiné dans le cadre d'une procédure en référé sous peine de préjuger le fond de l'affaire. Il peut, néanmoins, s'avérer nécessaire, lorsque, comme en l'espèce, l'irrecevabilité manifeste du recours au principal sur

lequel se greffe la demande en référé est soulevée, d'établir l'existence de certains éléments permettant de conclure, à première vue, à la recevabilité d'un tel recours [ordonnances du président de la Cour du 27 janvier 1988, *Distrivet/Conseil*, 376/87 R, Rec. p. 209, point 21, et du 12 octobre 2000, *Federación de Cofradías de Pescadores de Guipúzcoa e.a./Conseil*, C-300/00 P(R), Rec. p. I-8797, point 34; ordonnance du président du Tribunal du 30 juin 1999, *Pfizer Animal Health/Conseil*, T-13/99 R, Rec. p. II-1961, point 121].

- 43 En l'espèce, le juge des référés estime, vu les arguments avancés par la Commission, qu'il y a lieu de vérifier si le recours en annulation présente un tel caractère manifestement irrecevable.
- 44 Tout d'abord, en ce qui concerne l'argument de la Commission tiré de l'irrecevabilité manifeste du recours principal découlant du non-respect dans la requête en annulation des exigences de l'article 44, paragraphe 1, sous c), du règlement de procédure, il ressort de la lecture des points 18 et 29 de cette requête que la requérante y a exprimé les mêmes contestations que celles contenues dans la demande en référé et décrites au point 40 ci-dessus. Il s'ensuit que, pour des raisons identiques à celles ayant présidé à la constatation de la recevabilité de la demande en référé, le recours en annulation n'apparaît pas comme étant manifestement irrecevable au regard de l'article 44, paragraphe 1, sous c), du règlement de procédure.
- 45 Ensuite, en ce qui concerne l'argument de la Commission tiré de l'irrecevabilité manifeste du recours principal dans la mesure où ce recours tend à empêcher toute transmission des communications des griefs, même non confidentielles, à la FPÖ, il faut souligner à titre liminaire que cet argument de la Commission repose essentiellement sur les prétentions que la décision de reconnaître l'intérêt légitime, au sens de l'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 17, à une personne physique ou morale, n'emporte pas d'effets juridiques autonomes et que la transmission de la communication des griefs à une telle personne ne constitue pas une décision attaquable, mais découle directement et automatiquement de l'article 7 du règlement n° 2842/98.

- 46 Il convient de vérifier si, ainsi que la Cour l'a exigé dans son arrêt du 11 novembre 1981 (IBM/Commission, 60/81, Rec. p. 2639, point 9), la décision litigieuse constitue une mesure qui produit des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant, en modifiant de façon caractérisée la situation juridique de celui-ci, ou si elle constitue une simple mesure préparatoire contre l'illégalité éventuelle de laquelle un recours portant sur la décision mettant fin à la procédure assurerait une protection suffisante.
- 47 À cet égard, la décision de transmettre les communications des griefs à la FPÖ constitue formellement un acte. Cet acte présuppose une décision antérieure par laquelle la Commission a jugé que la FPÖ avait la qualité de demanderesse au sens de l'article 3, paragraphe 2, sous b), du règlement n° 17 et que cette dernière avait donc, conformément à l'article 7 du règlement n° 2842/98, le droit de recevoir une copie de la version non confidentielle des communications des griefs.
- 48 Or, en ce qui concerne la décision fixant la position procédurale de la FPÖ, la Commission n'est en mesure, dans ses observations écrites, que d'indiquer que cette décision a été arrêtée en 1999. Or, dans sa lettre du 27 mars 2001, le conseiller auditeur indique que de nouvelles évolutions dans l'affaire l'ont amené à revenir sur un problème discuté au cours de la deuxième moitié de 1999, problème auquel une solution n'avait pas été trouvée. Il s'agissait de la demande de la FPÖ d'être considérée comme demanderesse au sens de l'article 3 du règlement n° 17 et donc de pouvoir participer à la procédure et obtenir des versions non confidentielles des communications des griefs. Il en résulte à première vue que ce ne serait donc que lors de la décision litigieuse qu'aurait été matérialisée la décision fixant la situation procédurale de FPÖ.
- 49 En ce qui concerne les lettres adressées par la Commission et le conseiller auditeur à la requérante avant la décision litigieuse, aucune d'entre elles n'annonçait que la Commission allait procéder automatiquement à la transmission des versions non confidentielles des communications des griefs à la FPÖ. Au contraire, toutes ces lettres octroyaient à la requérante la possibilité de présenter ses observations sur des éventuelles versions desdites communications à transmettre. Il en résulte que ces lettres semblent constituer des actes préparatoires, tandis que la décision

litigieuse contient, à première vue, la position définitive de la Commission quant à la transmission des versions non confidentielles, selon la Commission, des communications des griefs à la FPÖ (voir, en ce sens, ordonnance du Tribunal du 2 mai 1997, Peugeot/Commission, T-90/96, Rec. p. II-663, points 34 et 36).

- 50 Ces circonstances confortent la conclusion *prima facie* que ce n'est que lors de l'adoption de la décision litigieuse que la situation juridique de la requérante a pu être modifiée de façon caractérisée et que ses intérêts ont pu être affectés.
- 51 Il est assurément exact que l'éventuelle transmission des documents est destinée à faciliter l'instruction de l'affaire. À cet égard et au-delà du fait qu'il ne peut pas être exclu que la décision litigieuse revête un caractère définitif, il convient, toutefois, de considérer que celle-ci est indépendante de la décision devant intervenir sur l'existence de l'infraction à l'article 81 CE. La possibilité dont dispose la requérante d'intenter un recours contre une décision finale constatant une infraction aux règles de concurrence n'est pas de nature à lui donner une protection adéquate de ses droits en cette matière (voir, en ce sens, arrêt AKZO Chemie/Commission, précité, point 20). D'une part, la procédure administrative peut ne pas aboutir à une décision de constatation d'infraction. D'autre part, le recours ouvert contre cette décision, si elle intervient, ne fournit de toute façon pas à la requérante le moyen de prévenir les effets qu'entraînerait une communication irrégulière des communications des griefs en cause.
- 52 Il n'est, dans ces circonstances, pas exclu que la décision litigieuse, pour autant qu'elle porte également sur la transmission à la FPÖ des versions non confidentielles des communications des griefs, constitue un acte attaquable et, partant, que la requérante soit recevable à en demander l'annulation en vertu de l'article 230, quatrième alinéa, CE. Par conséquent, la recevabilité de la présente demande en référé ne saurait être exclue.
- 53 Dans ces circonstances, le juge des référés considère qu'il y a lieu d'examiner si la condition relative à l'urgence et la mise en balance des intérêts est remplie.

Sur l'urgence et la mise en balance des intérêts

Arguments des parties

- 54 La requérante fait valoir que l'exécution immédiate de la décision litigieuse lui causera des dommages matériels et immatériels graves qui ne pourront pas être réparés, même après l'annulation de la décision litigieuse.
- 55 Les versions non confidentielles des communications des griefs, que la Commission souhaiterait transmettre à la FPÖ, contiendraient des informations dont la requérante serait en droit d'exiger la confidentialité. Le fait que le conseiller auditeur envisagerait d'effacer différents noms et descriptions de fonctions de personnes physiques ne suffirait pas à garantir cette confidentialité. Lors de l'audition, la requérante a précisé que d'autres informations devraient être considérées comme confidentielles. À cet égard, elle a notamment fait référence aux noms des destinataires des communications des griefs. La requérante estime en effet que le fait que la FPÖ ne l'a pas nommément visée dans sa plainte du 24 juin 1997 permet de penser que la FPÖ ignore qu'elle est mise en cause par la Commission dans ces communications des griefs. La requérante fait également référence aux points 216, 218 et 219 de la communication des griefs du 10 septembre 1999, qui contiendraient des références directes aux fonctions des personnes qui auraient assisté à certaines réunions. En l'espèce, ces références permettraient d'identifier directement les personnes visées. Le point 219 contiendrait en outre des informations relatives à certaines conditions pratiquées par les banques, que la requérante considère comme constituant des secrets d'affaires.
- 56 Par ailleurs, le fait que la Commission ait décidé de ne pas transmettre une partie des documents annexés aux communications des griefs n'empêcherait pas qu'un préjudice grave et irréparable soit causé à la requérante, dans la mesure où la Commission cite ces documents de manière littérale et extensive dans ces communications.

- 57 L'intérêt qu'aurait la requérante au traitement confidentiel des informations figurant dans les communications des griefs résulterait fondamentalement du fait que les griefs n'auraient pas été formulés à l'issue d'une procédure contradictoire. Les communications des griefs n'exprimeraient pas dans quelle mesure la requérante se serait défendue contre les reproches formulés à son égard. Le caractère unilatéral du contenu des communications des griefs et la possibilité que ceux-ci puissent être non fondés ne pourraient pas apparaître directement à un tiers et pourraient entraîner ce dernier à tirer des conclusions injustifiées et défavorables à la requérante, voir à condamner celle-ci par avance.
- 58 Ce risque serait particulièrement pertinent dans le contexte d'une action collective qui serait pendante devant les juridictions des États-Unis d'Amérique. En effet, dans le cadre d'une telle action, les griefs pourraient être disséqués par les parties demanderessees sans égard pour leur caractère provisoire et unilatéral, et sans que la requérante dispose de recours juridictionnel à cet égard. La Commission, pas plus que la requérante, ne disposerait de moyens juridiques permettant d'éviter que les communications des griefs, une fois transmises à la FPÖ, ne soient données ou vendues auxdites parties demanderessees.
- 59 Dans ces circonstances, la requérante fait valoir que l'exécution immédiate de la décision litigieuse lui causera des dommages matériels et immatériels graves et irréparables. Il serait plus que probable que la FPÖ rendra publics les communications des griefs ou leur contenu et discréditera la requérante aux yeux de ses clients et employés et auprès du public en général. Cette condamnation par avance entraînerait une perte de clientèle au profit d'autres banques.
- 60 La mise en œuvre de la décision litigieuse avant l'arrêt au principal priverait d'effet l'annulation éventuelle de cette décision par cet arrêt, car il serait alors impossible de revenir sur la transmission des communications des griefs. La FPÖ — tout comme le public — aurait connaissance des griefs.

- 61 L'urgence ne pourrait pas non plus être niée au motif que la requérante, comme l'a affirmé la Commission, pourrait choisir la voie d'une action judiciaire devant les juridictions nationales. La Commission ne pourrait transférer le contrôle de la légalité aux juridictions nationales. Comme, en l'espèce, dès lors il s'agirait de l'interprétation de l'article 3 du règlement n° 17 et de l'article 7 du règlement n° 2842/98, les juridictions nationales seraient de toute façon obligées de saisir la Cour de justice en vue d'une décision à titre préjudiciel.
- 62 Les conséquences, décrites ci-dessus, d'une exécution immédiate de la décision litigieuse conférerait à la requérante un intérêt prépondérant à ce qu'il soit provisoirement sursis à cette exécution et à ce qu'une mesure provisoire interdisant la transmission des communications des griefs à la FPÖ soit ordonnée.
- 63 En l'espèce, l'intérêt de la Commission à une conclusion rapide de la procédure d'instruction ne mériterait pas de protection dès lors que la Commission aurait, jusqu'à présent, négligé de régler définitivement le différend existant entre les parties sur la légalité de la transmission, lequel existerait depuis 1997 ou, du moins, depuis octobre 1999. Il ne saurait en aucun cas être imputé à la requérante le fait que la Commission ne veuille transmettre les communications des griefs que maintenant, alors que l'instruction touche à sa fin. Dans ces conditions, il faudrait reconnaître la priorité à l'intérêt de la requérante à ce que des dommages irréversibles soient évités et le statu quo préservé.
- 64 La Commission fait valoir que l'argumentation de la requérante concernant la prétendue urgence de sa demande en référé repose sur un raisonnement circulaire. La requérante ne pourrait s'opposer à la transmission des communications des griefs à la FPÖ que si cette communication entraînait les «préjudices moraux irréversibles» que la requérante fait valoir. Selon les propres dires de cette dernière, cela ne pourrait se produire que si les versions des communications des griefs transmises contenaient des indications confidentielles. Or, les seules indications confidentielles, figurant dans les versions dont la transmission est évoquée dans la décision litigieuse, seraient, selon les déclarations de la

requérante faites lors de l'audition ayant précédé l'adoption de la décision litigieuse et dans le cadre de sa demande en référé, les noms des organismes de crédit concernés. La requérante n'aurait motivé cette allégation qu'en invoquant l'usage abusif éventuel de ces noms par la FPÖ à des fins politiques.

- 65 Toutefois, les noms des organismes de crédit autrichiens concernés ne seraient pas de nature confidentielle. Leur éventuel usage par la FPÖ serait donc dénué de pertinence dans le cadre de la présente procédure.

Appréciation du juge des référés

— Sur l'urgence

- 66 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 de la Cour du 12 octobre 2000, Grèce/Commission, C-278/00 R, Rec. p. I-8787, point 14; ordonnances du président du Tribunal du 15 juillet 1998, Prayon-Rupel/Commission, T-73/98 R, Rec. p. II-2769, point 36, et du 20 juillet 2000, Esedra/Commission, T-169/00 R, Rec. p. II-2951, point 43).
- 67 S'il est exact que, pour établir l'existence d'un dommage grave et irréparable, il n'est pas nécessaire d'exiger que la survenance du préjudice soit établie avec une

certitude absolue et qu'il suffit que celui-ci soit prévisible avec un degré de probabilité suffisant, il n'en reste pas moins que la requérante demeure tenue de prouver les faits qui sont censés fonder la perspective d'un tel dommage grave et irréparable [ordonnances du président de la Cour du 14 décembre 1999, HFB e.a./Commission, C-335/99 P(R), Rec. p. I-8705, point 67, et Grèce/Commission, précitée, point 15].

- 68 Il convient, pour l'appréciation des préjudices allégués, de distinguer ceux qui seraient provoqués par la divulgation des informations que la requérante considère comme confidentielles de ceux qui seraient provoqués par la simple transmission des communications des griefs à la FPÖ, indépendamment des informations prétendument confidentielles.

— Sur la divulgation à la FPÖ des informations prétendument confidentielles

- 69 Il convient, tout d'abord, de rappeler que les informations dont il s'agit sont contenues dans les versions non confidentielles, selon la Commission, des communications des griefs, versions que la Commission se propose d'établir et de transmettre à la FPÖ. La requérante fait valoir que ces informations, et notamment son nom, devraient être supprimées desdites versions. Toutefois, il y a lieu de constater que la requérante n'a pas démontré que la transmission à la FPÖ de versions des communications des griefs contenant la référence à son nom pourrait lui causer un préjudice grave et irréparable. Ce risque est, d'ailleurs, d'autant moins encouru que la requérante est déjà nommément citée comme l'une des parties défenderesses dans l'action collective actuellement pendante devant les juridictions des États-Unis d'Amérique. Par ailleurs, lors de l'audition, la requérante n'a pas contesté que son nom était déjà mentionné par la presse, en lien avec l'affaire COMP/36.571. Enfin, s'il est vrai, comme le fait valoir la requérante, que son nom n'apparaissait pas dans la plainte déposée par la FPÖ auprès de la Commission le 24 juin 1997, ce fait ne saurait suffire à faire de ce nom une information confidentielle.

- 70 Lors de l'audition, la requérante a précisé que d'autres informations, contenues dans la version non confidentielle de la communication des griefs du 10 septembre 1999, doivent être considérées comme confidentielles. À cet égard, la requérante a fait référence aux points 193, 215, 216, 218 et 219 de cette communication des griefs. Comme cela ressort du point 24 ci-dessus, la Commission a, dans sa lettre du 15 novembre 2001, accepté de modifier lesdits points 193 et 215 dans le sens demandé par la requérante. Dès lors, il convient de concentrer le présent examen sur les points 216, 218 et 219 de ladite communication des griefs.
- 71 En ce qui concerne ces points, qui contiennent des références directes aux fonctions de personnes physiques, il convient de rappeler qu'il ressort d'une jurisprudence constante que seuls les dommages susceptibles d'être causés à la requérante peuvent être pris en considération dans le cadre de l'examen de la condition relative à l'urgence (ordonnance Pfizer Animal Health/Conseil, précitée, point 136). Il s'ensuit que des éventuels préjudices à la réputation personnelle de certains employés de la requérante ne peuvent être pris en considération dans le cadre de l'examen de ladite condition, sauf si la requérante réussit à démontrer qu'une telle atteinte est susceptible de gravement porter préjudice à sa propre réputation. Or, tel n'est pas le cas en l'espèce. En effet, la requérante se contente de procéder par affirmations au sujet des prétendus préjudices à la réputation de ses employés, sans donner de précisions à leur égard et, par conséquent, sans démontrer le lien causal entre ces éventuels préjudices et le préjudice allégué à sa propre réputation.
- 72 Par ailleurs, au point 219 de la communication des griefs du 10 septembre 1999, la Commission se réfère à certaines conditions pratiquées par les banques qui, selon elle, avaient été discutées lors d'une réunion du 30 avril 1996. La requérante a implicitement reconnu, lors de l'audition, que ces données, qui datent de cinq ans, ne sont plus d'actualité. De plus, elle n'a pas démontré en quoi leur divulgation pourrait lui causer un préjudice grave et irréparable.

- 73 Il convient, dès lors, de constater que la requérante n'a pas établi que la divulgation des informations qu'elle considère comme confidentielles pourrait fonder la perspective d'un dommage grave et irréparable.

— Sur la simple transmission des communications des griefs à la FPÖ, indépendamment des informations prétendument confidentielles

- 74 Les préjudices graves et irréparables allégués par la requérante seraient constitués, premièrement, par des dommages matériels, à savoir une perte de clientèle et, deuxièmement, par des dommages immatériels, à savoir une atteinte à sa réputation. Ces préjudices découleraient de la condamnation par avance que la requérante craint d'encourir auprès des tiers, ainsi que de la production probable, selon la requérante, des communications des griefs dans l'action collective en cours aux États-Unis d'Amérique.

- 75 S'agissant des préjudices matériels allégués, et plus précisément de la prétendue perte de clientèle, celle-ci revêt un caractère financier compte tenu du fait qu'elle consiste en un manque à gagner. Or, il est bien établi qu'un préjudice d'ordre financier 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 (ordonnance du président de la Cour du 18 octobre 1991, *Abertal e.a./Commission*, C-213/91 R, Rec. p. I-5109, point 24, et ordonnance du président du Tribunal du 7 novembre 1995, *Eridania e.a./Conseil*, T-168/95 R, Rec. p. II-2817, point 42).

- 76 En application de ces principes, le sursis demandé ne se justifierait, dans les circonstances de l'espèce, que s'il apparaissait que, en son absence, la requérante se trouverait dans une situation susceptible de mettre en péril son existence même ou de modifier de manière irrémédiable ses parts de marché. Or, la requérante n'a

fourni aucune preuve permettant de considérer que, en l'absence d'une telle mesure de sursis à exécution, elle se trouverait dans une telle situation.

- 77 En tout état de cause, il convient de constater que la perte de clientèle redoutée par la requérante constitue un préjudice de nature purement hypothétique, en ce qu'il suppose la survenance d'événements futurs et incertains, à savoir une exploitation publique des communications des griefs par la FPÖ dans un but de dénigrement (voir, en ce sens, ordonnances du président du Tribunal du 15 juillet 1994, EISA/Commission, T-239/94 R, Rec. p. II-703, point 20, du 2 décembre 1994, Union Carbide/Commission, T-322/94 R, Rec. p. II-1159, point 31, et du 15 janvier 2001, Le Canne/Commission, T-241/00 R, Rec. p. II-37, point 37).
- 78 S'agissant du préjudice grave et irréparable qui découlerait selon la requérante de la production des communications des griefs dans l'action collective en cours aux États-Unis d'Amérique, il convient de constater qu'il s'agit également d'un préjudice de nature purement hypothétique, en ce qu'il suppose, premièrement, la transmission desdites communications des griefs par la FPÖ aux parties requérantes dans cette action collective et, deuxièmement, l'admission de ces documents comme éléments de preuve par les juridictions américaines.
- 79 Quant aux préjudices immatériels allégués, il convient de constater que la requérante n'a pas fourni d'éléments qui pourraient fonder, avec un degré de probabilité suffisant, la perspective d'un dommage grave et irréparable à sa réputation. La seule perspective, au demeurant hypothétique, que la FPÖ utilise les communications des griefs à des fins politiques ou rende publiques des informations non confidentielles relatives à la requérante ne permet pas au juge des référés d'arriver à une autre conclusion. Il convient à cet égard de relever que, comme le conseiller auditeur l'a en substance rappelé à la requérante dans la lettre du 27 mars 2001, la transmission de la communication des griefs au plaignant s'opère dans le seul cadre et aux seules fins de la procédure engagée par la Commission. Le plaignant est donc censé utiliser les informations contenues dans cette communication uniquement dans ce contexte. À cet égard, il convient de constater que toute utilisation impropre ou trompeuse des informations contenues dans les communications des griefs pourrait, le cas échéant, être contestée devant le juge national.

- 80 Il découle de ce qui précède que la requérante n'est pas parvenue à établir que la condition relative à l'urgence est remplie. Le rejet de la présente demande en référé se justifie pour ce seul motif.

— Sur la mise en balance des intérêts

- 81 En tout état de cause, la mise en balance, d'une part, de l'intérêt de la requérante à obtenir le sursis à l'exécution sollicité et, d'autre part, de l'intérêt public qui s'attache à l'exécution des décisions prises dans le cadre des règlements n° 17 et n° 2842/98, ainsi que des intérêts des tiers qui seraient directement affectés par un sursis à l'exécution de la décision litigieuse, conduit au rejet de la présente demande.
- 82 En effet, dans l'espèce, l'intérêt communautaire à ce que les tiers auxquels la Commission a reconnu un intérêt légitime à déposer une demande au titre de l'article 3 du règlement n° 17 puissent être en mesure de présenter des observations utiles sur les griefs retenus par la Commission, doit primer sur celui de la requérante à différer la transmission des communications des griefs.
- 83 La condition relative à l'urgence n'étant pas satisfaite et la balance des intérêts ne penchant pas en faveur du sursis à l'exécution de la décision litigieuse, il y a lieu de rejeter la présente demande, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres arguments invoqués par la requérante et relatifs au *fumus boni juris* de sa demande.

Par ces motifs,

LE PRÉSIDENT DU TRIBUNAL

ordonne:

- 1) La demande en référé est rejetée.

- 2) Les dépens sont réservés.

Fait à Luxembourg, le 20 décembre 2001.

Le greffier

H. Jung

Le président

B. Vesterdorf