

Droit public de la concurrence et séparation des autorités

Note sous Tribunal des conflits, 19 janvier 1998, *Union française de l'Express et autres c/ La Poste et autres* 

Bertrand Seiller, Professeur à l'Université François-Rabelais (Tours) ; Directeur du Laboratoire d'étude des réformes administratives et de la décentralisation (LERAD)

Le droit de la concurrence est constitué « par l'ensemble des règles régissant le comportement des opérateurs dans la compétition économique. Il relève autant, et peut-être plus, du droit privé que du droit public. (...) Cela n'empêche pas que la concurrence relève aussi du droit public et son contentieux, pour partie encore du droit public » (P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998, n° 442). L'hétérogénéité de ce droit, encore en élaboration, est source de nombre de difficultés, notamment quant à la répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions.

L'affaire opposant plusieurs entreprises de courrier express à La Poste, à propos des distorsions de concurrence que provoqueraient certaines aides de cette dernière à plusieurs de ses filiales dont Chronopost, témoigne de ces incertitudes. Les sociétés requérantes ont fait valoir devant le tribunal de commerce de Paris que l'assistance logistique et commerciale de La Poste constituait une aide d'Etat, mise en oeuvre en violation de l'article 93 du Traité de Rome car sans notification préalable à la Commission européenne. Elles demandaient en conséquence aux filiales de La Poste de réparer le préjudice subi et de reverser les aides illégales et à La Poste d'abandonner la pratique déloyale incriminée.

Par un premier jugement, le tribunal saisit la Cour de justice des Communautés européennes de la question de savoir s'il pouvait statuer sur les demandes en cause alors que la Commission avait été saisie parallèlement d'une plainte par les mêmes plaignantes. La réponse positive obtenue  (1), l'instance reprit mais intervint alors un déclinatoire de compétence du préfet, rejeté par un second jugement du tribunal de commerce de Paris.

Le déclinatoire se fondait sur le fait que le juge judiciaire ne saurait prononcer l'illégalité des aides pour absence de notification à la Commission sans caractériser l'existence d'une faute de l'Etat, les dispositions de l'article 93 s'adressant aux Etats membres et non aux particuliers. Or seuls les juges administratifs sont compétents pour statuer sur ce type de questions.

Après avoir rappelé précisément les termes du litige et l'avoir qualifié au regard des règles de répartition des compétences juridictionnelles, le Tribunal des conflits constate que « ce litige, qui ne met pas en cause l'exercice des prérogatives de puissance publique du service postal, ressortit à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, sous réserve d'éventuelles questions préjudicielles sur l'appréciation de la légalité d'actes administratifs relatifs à l'organisation et aux conditions d'exploitation de ce service »  (2) et annule logiquement l'arrêté de conflit.

L'arrêt du Tribunal des conflits opère d'utiles mises au point quant à la répartition des compétences en matière de droit de la concurrence tout en alimentant le débat sur la mise en oeuvre des compétences respectives des deux ordres.

#### I. D'utiles mises au point

Le Tribunal des conflits, en mettant un terme à deux ambiguïtés, opère un partage des compétences entre le juge judiciaire, juge du fond, et le juge administratif, juge d'éventuelles questions préjudicielles.

#### A. La compétence au principal

L'intérêt majeur de la décision du 19 janvier 1998 ne réside pas dans l'attribution au juge judiciaire d'un litige opposant La Poste à des entreprises concurrentes à l'occasion d'activités commerciales de la première. Cette solution allait de soi dès lors qu'était acquise, en l'espèce, la non-utilisation de prérogatives de puissance publique.

D'une part, selon l'article 25 de la loi du 2 juillet 1990, « les relations de La Poste et de France Télécom avec leurs usagers, leurs fournisseurs et les tiers sont régies par le droit commun. Les litiges auxquels elles donnent lieu sont portés devant les juridictions judiciaires, à l'exception de ceux qui relèvent, par leur nature, de la juridiction administrative ».

D'autre part, cette disposition législative se borne à expliciter la jurisprudence classique à propos des relations entre un service public industriel et commercial et ses partenaires, usagers ou tiers<sup>(3)</sup>. Le Tribunal des conflits a très rapidement confirmé que dans le cas où aucune prérogative de puissance publique n'est en cause, les relations de La Poste avec les tiers sont de la seule compétence des juridictions judiciaires<sup>(4)</sup>.

L'apport de l'arrêt *Union française de l'Express*, quant à la compétence au principal, réside dans le fondement donné à cette compétence. Le Tribunal des conflits qualifie, en effet, pour la première fois La Poste d'établissement public industriel et commercial<sup>(5)</sup>. Cette qualification avait déjà été retenue par la Cour de cassation à propos de France Télécom<sup>(6)</sup>, également désigné dans la loi du 2 juillet 1990 par la curieuse expression d'« exploitant public ». Bien que la jurisprudence ne se soit jusqu'alors, semble-t-il, pas prononcée sur le cas de La Poste, la solution ne faisait aucun doute pour la plupart des commentateurs<sup>(7)</sup>. La Poste est donc un classique établissement public. Sa nature industrielle et commerciale avait déjà été admise dans l'affaire *Matisse*<sup>(8)</sup> et découle, outre de la nature des missions confiées à cet établissement, des dispositions des articles 15<sup>(9)</sup> et 25<sup>(10)</sup> de la loi.

#### B. La compétence sur d'éventuels incidents

Bien que la question n'ait pas été explicitement soulevée et qu'elle ne se posât pas nécessairement dans l'affaire *Union française de l'Express*<sup>(11)</sup>, le Tribunal des conflits prend soin de noter que la compétence du juge judiciaire n'est pas sans limites. Elle n'est admise que « sous réserve d'éventuelles questions préjudicielles sur l'appréciation de la légalité d'actes administratifs... ». La volonté du juge des conflits de réserver cette hypothèse s'explique aisément.

Ce faisant, l'arrêt infirme la jurisprudence par laquelle la chambre commerciale de la Cour de cassation<sup>(12)</sup> avait reconnu la compétence des juges judiciaires pour écarter, au nom du principe de primauté du droit communautaire, des actes réglementaires internes contraires au libre exercice de la concurrence imposé par les articles 86 et 90 du Traité de Rome. La Cour de cassation s'était fondée sur le fait que la mise à l'écart des actes administratifs, pour faire respecter la primauté du droit communautaire, ne résultait pas d'une appréciation de leur légalité.

Nous avons alors critiqué<sup>(13)</sup> cette analyse et dénoncé l'atteinte injustifiée au principe de séparation des autorités qui en découle. D'une part, elle contredit la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation<sup>(14)</sup>, d'autre part, elle procède d'une interprétation erronée de l'arrêt *Simmenthal*<sup>(15)</sup> et fait bon marché du principe d'autonomie institutionnelle maintes fois affirmé par la Cour de Luxembourg<sup>(16)</sup>.

La prise de position du Tribunal des conflits dans l'affaire ici commentée opère une salutaire mise au point puisque, confronté à un problème de même ordre<sup>(17)</sup>, il confirme<sup>(18)</sup> la compétence exclusive des juridictions administratives pour toute appréciation de légalité d'un acte administratif<sup>(19)</sup>, fût-ce au regard du droit communautaire de la concurrence. Il était utile, semble-t-il, de rappeler « que contrairement à certaines idées reçues qui ont parfois cours dans le milieu des spécialistes du droit de la concurrence, le partage des compétences qui résulte du principe de séparation ne signifie évidemment pas que le juge administratif serait inapte à déclarer illégaux et à sanctionner des actes de puissance publique qui seraient,

par eux-mêmes, contraires à ce droit » (20).

On ne peut que se réjouir de cette « action en bornage » opérée à la suite des revendications audacieuses de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Il reste néanmoins quelques éléments d'incertitude relatifs non à la répartition des compétences mais à leur mise en oeuvre.

## II. Des incertitudes persistantes

Pour aussi clair qu'il soit quant à la répartition théorique des compétences, l'arrêt *Union française de l'Express* ne résout pas certaines difficultés relatives à la portée exacte de la compétence de chaque ordre en matière de respect par des autorités publiques du droit de la concurrence, notamment d'origine communautaire.

### A. La portée de la compétence du juge judiciaire

Bien que soustrayant au juge judiciaire la compétence pour apprécier la légalité des actes administratifs éventuellement en cause, le Tribunal des conflits laisse à ce juge la possibilité de connaître de l'ensemble du litige. Il suffit pour cela au juge du fond de considérer l'atteinte éventuelle au libre jeu de la concurrence comme résultant uniquement d'activités commerciales de l'entreprise publique considérée et non de la mise en oeuvre par elle de prérogatives de puissance publique. En imputant la totalité de la distorsion de la concurrence à ces activités et en niant l'incidence d'actes administratifs sur cette distorsion, le juge judiciaire pourra connaître seul du litige. Or, dans le cadre de cette étiologie, il n'est guère difficile de privilégier telle cause au détriment de telle autre.

Une autre difficulté a été signalée par le professeur Chérot dans son commentaire de l'arrêt. Que devra faire le juge judiciaire confronté à une aide émanant d'une entreprise publique au travers d'actes de droit privé et non notifiée par l'Etat à la Commission européenne ? Le non-respect de l'article 93, paragraphe 3 devant être imputé au seul Etat puisque ledit article est dépourvu d'effet direct vertical, le juge judiciaire pourra-t-il statuer lui-même sur ce point et sanctionner l'abstention étatique ? Il semble que non puisque cette abstention dans l'exercice de prérogatives de puissance publique est constitutive d'une illégalité. Il faudrait donc en une telle circonstance, et alors même que l'Etat n'est pas responsable directement de l'aide contestée au principal, que le juge judiciaire sursoie à statuer et renvoie au juge administratif l'appréciation de la passivité étatique.

### B. La portée de la compétence du juge administratif

L'arrêt commenté, en réservant la compétence des juridictions administratives pour statuer sur la légalité d'actes de puissance publique à l'origine d'atteintes à la libre concurrence, contribue à construire un droit public de la concurrence (21). Son élaboration, initialement freinée par l'attribution des litiges au Conseil de la concurrence et, le cas échéant, à la cour d'appel de Paris, devrait s'accélérer depuis que, tirant les conséquences de l'arrêt *Ville de Pamiers* (22), le Conseil d'Etat a accepté de soumettre les actes administratifs aux droits européen (23) et interne (24) de la concurrence.

Il reste que certains éminents spécialistes s'interrogent sur la portée concrète du contrôle de légalité ainsi annoncé (25) : quels actes de puissance publique seront en eux-mêmes constitutifs d'atteintes ou provoqueront des atteintes à la libre concurrence (26) ? Il ne s'agit pas de remettre en cause la compétence du juge administratif sur ces questions, réaffirmée dans l'arrêt du Tribunal des conflits, mais, plus prosaïquement, de rechercher les hypothèses dans lesquelles le juge administratif devra censurer une pratique anticoncurrentielle résultant de l'exercice de prérogatives de puissance publique. Bien que très difficiles à envisager *a priori*, tout porte à croire qu'elles ne seront pas nombreuses.

Il ne faut cependant pas en conclure à la vanité du contrôle exercé ou à l'avantage qu'il y aurait à le confier aux juridictions judiciaires.

## Annexe

Arrêt du Tribunal des conflits, 19 janvier 1998, *Union française de l'Express et autres c/ La Poste et autres*

*Le Tribunal* - Vu, enregistrée à son secrétariat le 18 juin 1997, la lettre par laquelle le garde des Sceaux, ministre de la Justice, a transmis au tribunal le dossier de la procédure opposant, devant le tribunal de commerce de Paris, d'une part, le Syndicat français de l'Express international (SFEI), devenu l'Union française de l'Express (UFEX), les sociétés DHL International, Service Crie, May Courrier International, Federal Express International, Express Transports Communications, d'autre part, La Poste, et les sociétés Sofipost, Société Française de Messagerie Internationale (SFMI) devenue GD Express Worldwide France (GDEW), Chronopost, Transport Aérien Transrégional (TAT), TAT Express, sur le fondement des articles 85, 86, 92, 93 du Traité sur la Communauté européenne ;

Vu l'assignation introductive d'instance, en date du 16 juin 1993 ;

Vu le jugement du tribunal de commerce de Paris en date du 5 janvier 1994 saisissant à titre préjudiciel la Cour de justice des Communautés européennes ;

Vu l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes en date du 11 juillet 1996 statuant sur les questions à elle soumises par le tribunal de commerce ;

Vu le déclinatoire, présenté le 4 novembre 1996 par le Préfet de la région d'Ile-de-France, Préfet de Paris, tendant à voir déclarer la juridiction de l'ordre judiciaire incompétente pour statuer sur les demandes en suppression et remboursement d'aides d'Etat et en dommages-intérêts, par les motifs que le litige implique l'appréciation de la légalité d'actes administratifs et d'actes de versement relatifs à des deniers publics ;

Vu le jugement, en date du 18 mars 1997, par lequel le tribunal de commerce de Paris s'est déclaré compétent et a renvoyé les parties sur le fond à une audience ultérieure ;

Vu l'arrêté, en date du 14 avril 1997, par lequel le préfet a élevé le conflit ;

Vu le jugement, en date du 13 mai 1997, communiquant le dossier de la procédure ;

Vu, enregistrées le 4 juillet 1997 au secrétariat du Tribunal des conflits, les observations du ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, tendant à la confirmation de l'arrêté de conflit ; [...]

Vu la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III ; la loi du 24 mai 1872 ; l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juin 1828 modifiée ; l'ordonnance des 12-21 mars 1831 modifiée ; le décret du 26 octobre 1849 modifié ; le code des postes et télécommunications, la loi du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste, le traité sur la Communauté européenne et l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence [...]

Considérant que selon l'article 7 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications, chaque exploitant public est habilité à exercer, en France et à l'étranger, toutes activités qui se rattachent directement ou indirectement à son objet, et peut, à cet effet, créer des filiales ayant un objet connexe ou complémentaire ; qu'aux termes de l'article 25 de la même loi, les relations de La Poste et de France Télécom avec leurs usagers, leurs fournisseurs et les tiers sont régies par le droit commun et que les litiges auxquels elles donnent lieu sont portés devant les juridictions judiciaires, à l'exception de ceux qui relèvent par leur nature de la juridiction administrative ;

Considérant que la demande qui a été formée par le Syndicat français de l'Express international (SFEI), devenu l'Union française de l'Express (UFEX), et par les sociétés DHL International, Service Crie, May Courrier International, Federal Express International, Express Transports Communications c/ La Poste, et les sociétés Sofipost, SFMI devenue GD Express

Worldwide France (GDEW), Chronopost, TAT, TAT Express, tend à voir dire et juger que l'assistance logistique et commerciale consentie par La Poste à SFMI et Chronopost « sans contrepartie sérieuse » constitue une aide d'Etat, au sens de l'article 92 du Traité sur la Communauté européenne, qu'elle est illicite à défaut de la notification préalable à la Commission des Communautés européennes prévue par l'article 93 du Traité sur la Communauté européenne, et que les sociétés défenderesses ont commis des actes de concurrence déloyale, un abus de position dominante au sens de l'article 86 dudit Traité, ainsi qu'une violation de principe d'égalité dans la concurrence ; que les demandeurs ont sollicité la cessation de toute assistance logistique et commerciale, la restitution à La Poste de l'aide « illicite » perçue par SFMI et Chronopost, et la condamnation *in solidum* des défendeurs à des dommages-intérêts ;

Considérant que le litige, opposant des sociétés commerciales à l'établissement public industriel et commercial de La Poste et à ses filiales de droit privé, tend à la cessation et à la réparation des dommages occasionnés par des pratiques commerciales imputées à La Poste et susceptibles, selon les sociétés demanderesses, de fausser le jeu de la concurrence, tant en droit interne qu'en droit communautaire ; que ce litige, qui ne met pas en cause l'exercice des prérogatives de puissance publique du service postal, ressortit à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, sous réserve d'éventuelles questions préjudicielles sur l'appréciation de la légalité d'actes administratifs relatifs à l'organisation et aux conditions d'exploitation de ce service ; ... [annulation].

(MM. Guerder, *rapporteur* ; Arrighi de Casanova, *commissaire du gouvernement* ; M<sup>e</sup> Baraduc-Bénabent, SCP Defrénois et Lévis, *avocats*.)

**Mots clés :**

DROIT PUBLIC ECONOMIQUE \* Droit de la concurrence \* Application \* Séparation des autorités

COMPETENCE \* Répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction \* Concurrence \* Chronopost

(1) CJCE, 11 juill. 1996, *Rec. I-3575, AJDA 1996.750*, chron. H. Chavrier, E. Honorat, G. de Bergues .

(2) V. à propos de cet arrêt J. Arrighi de Casanova, *concl.*, *D. 1998.J.329*  ; J.-Y. Chérot, *Le juge judiciaire et l'article 93, § 3 du Traité de Rome, AJDA 1998.467* .

(3) V. pour les relations du service avec les tiers, T. confl., 11 juill. 1933, *Dame Mélinette, Rec. p. 1237*. L'article précité n'opère ainsi pas un transfert de compétence au profit des juridictions judiciaires. Il convient néanmoins de noter qu'il réserve le cas des relations qui relèvent « par nature » des juridictions administratives. On le sait, la décision 224 DC du Conseil constitutionnel du 23 janv. 1987 (p. 8), soustrait, quant à elle, à la compétence constitutionnellement garantie des juridictions administratives, le cas « des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire ».

(4) T. confl., 22 nov. 1993, *Matisse, Rec. p. 410* , *CJEG 1994.599*, *concl. R. Abraham*.

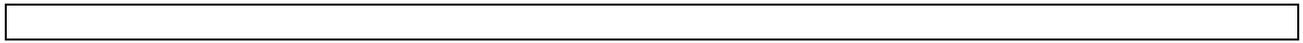
(5) « ... le litige, opposant des sociétés commerciales à l'établissement public industriel et commercial de La Poste... ».

(6) Cass. soc., 22 févr. 1995, *M. d'Eprenesnil, AJDA 1995.475*, note S. Salon .

(7) V. notamment, L. Rapp, *La réforme du régime juridique des télécommunications de France, cette Revue 1991.243*  ; R. Chapus, *Droit administratif général*, t. I, 11<sup>e</sup> éd., LGDJ 1997, n° 503.

(8) Qui parle de « la gestion du service industriel et commercial ».

- (9) « La comptabilité de chaque exploitant public obéit aux règles applicables aux entreprises du commerce. »
- (10) Préc.
- (11) J. Arrighi de Casanova, concl. préc. : « L'action dont le tribunal de commerce est saisi contre La Poste doit-elle nécessairement le conduire à porter une appréciation sur la légalité d'actes administratifs, en l'occurrence l'instruction ministérielle du 19 août 1986 ? Cela ne nous paraît pas certain. » L'instruction en cause organise le partage des structures et moyens logistiques et commerciaux de La Poste avec ses filiales pour la mise en oeuvre du service Chronopost.
- (12) Cass. com., 6 mai 1996, *France Télécom c/ Communication Média Services*, Bull. civ. IV, n° 125 ; *AJDA* 1996.1033, note M. Bazex  ; cette *Revue* 1996.1161, note B. Seiller .
- (13) V. note préc.
- (14) V. notamment Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 janv. 1993, pourvoi n° 91-12345.
- (15) CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'Etat c/ Simmenthal*, Rec. p. 629.
- (16) V. notamment CJCE, 6 juill. 1995, *Soupergaz*, Rec. p. I-1883.
- (17) La conformité au droit communautaire de la concurrence de l'activité d'une entreprise publique pouvant notamment s'apprécier dans les deux affaires au travers d'actes administratifs internes.
- (18) Un précédent arrêt, antérieur à celui de la Cour de cassation, avait déjà permis au Tribunal des conflits de se prononcer : « La demande de la CAMIF tend non plus à contester la légalité des actes administratifs relatifs à la nature, l'organisation et les conditions d'exploitation de l'UGAP, mais seulement à obtenir réparation du préjudice causé à la demanderesse par certaines pratiques commerciales imputées à cet établissement industriel et commercial, et de nature à fausser, selon elle, le jeu de la concurrence au regard tant du droit interne que du droit communautaire ; une telle demande ressortit à la juridiction judiciaire. » (T. confl., 4 nov. 1991, *CAMIF*, p. 476.)
- (19) Sauf bien évidemment lorsqu'elle se pose devant un juge judiciaire répressif, habilité par l'article 111-5 C. pén. à trancher lui-même les exceptions d'illégalité d'actes administratifs.
- (20) J. Arrighi de Casanova, concl. préc.
- (21) V. M. Bazex, *Le droit public de la concurrence*, cette *Revue* 1998.781 .
- (22) T. confl., 6 juin 1989, *Ville de Pamiers*, Rec. p. 293 ; cette *Revue* 1989.457, concl. Stirn.
- (23) CE, Sect., 8 nov. 1996, *Fédération française des sociétés d'assurance*, *AJDA* 1997.142, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot .
- (24) CE, Sect., 3 nov. 1997, *Société Million et Marais*, cette *Revue* 1997.1228, concl. J.-H. Stahl  ; *AJDA* 1997.945, chron. T.-X. Girardot et F. Raynaud ; *AJDA* 1998.247, note O. Guézou .
- (25) V. les réflexions de M. Bazex, art. préc. et de C. Bréchon-Moulènes, *Choix des procédures, choix dans les procédures*, *AJDA* 1998.753 .
- (26) Pour une première censure, v. CE, Sect., 8 nov. 1996, *Fédération française des sociétés d'assurance*, préc.



RFDA © Editions Dalloz 2011