

Jurisprudence

Décisions du Conseil constitutionnel

40 - CONSEIL DE LA CONCURRENCE. — Loi transférant à la cour d'appel de Paris le contentieux des décisions du conseil de la concurrence. — Compétence de la juridiction administrative. — Principe fondamental reconnu par les lois de la République. — Aménagement par la loi de blocs de compétences juridictionnelles dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. — Conformité à la Constitution.

PROCEDURE. — Décisions du conseil de la concurrence. — Recours non suspensif. — Possibilité pour le Conseil d'Etat de surseoir à leur exécution. — Garantie essentielle à la défense du justiciable. — Transfert de compétence à la juridiction judiciaire ayant pour effet de faire perdre le bénéfice de cette garantie. — Non-conformité de la loi à la Constitution.

Conseil constitutionnel. — 23 janvier 1987
Décision n° 86-224 DC

Le Conseil constitutionnel a été saisi, le 24 décembre 1986, par MM. Joxe et autres députés, dans les conditions prévues à l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, de la conformité à celle-ci de la loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du conseil de la concurrence.

Le Conseil constitutionnel,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment les articles figurant au chapitre II du titre II de ladite ordonnance ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

Considérant qu'en application de l'article 38 de la Constitution la loi n° 86-793 du 2 juillet 1986, publiée au Journal officiel du 3 juillet 1986, a autorisé le gouvernement à prendre par voie d'ordonnances diverses mesures d'ordre économique et social ; que cette autorisation était donnée pour une durée de six mois à compter de la publication de la loi ; que le projet de loi portant ratification des ordonnances devait être déposé devant le Parlement au plus tard le 31 décembre 1986 ;

Considérant que, sur le fondement de ladite loi, sont intervenues diverses ordonnances, notamment l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence ; que, le 21 décembre 1986, le gouvernement a déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale un projet de loi portant ratification de huit ordonnances dont celle du 1^{er} décembre 1986 ; qu'à ce jour le Parlement n'a pas statué sur ce projet de loi ;

Considérant que l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 crée un conseil de la

concurrence : qu'au nombre des attributions dudit conseil figure le pouvoir de prendre deux sortes de mesures à l'encontre des entreprises ou des personnes auxquelles seraient reprochées des pratiques anticoncurrentielles ;

Considérant en premier lieu que l'article 12 de l'ordonnance dispose que le conseil de la concurrence peut prendre des mesures conservatoires pouvant comporter une suspension de la pratique concernée ainsi que l'injonction aux intéressés de revenir à l'état antérieur ; que le quatrième alinéa de l'article 12 prévoit que ces mesures « peuvent faire l'objet d'un recours en référé devant le président de la Section du contentieux du Conseil d'Etat » ;

Considérant en second lieu que l'article 13 de l'ordonnance confère au conseil de la concurrence le pouvoir d'ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou d'imposer des conditions particulières ainsi que celui d'infliger des sanctions pécuniaires applicables soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions ; que le montant maximal de ces sanctions pécuniaires est de 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos ou, si le contrevenant n'est pas une entreprise, de 10 millions de francs ; que l'article 14 dispose que, en outre, de telles sanctions pécuniaires peuvent être prises si les mesures et injonctions prévues aux articles 12 et 13 ne sont pas respectées ;

Considérant que l'article 15 de l'ordonnance dispose : « Les décisions du conseil de la concurrence sont communiquées aux intéressés et au ministre chargé de l'économie qui peuvent, dans les deux mois, former un recours de

pleine juridiction devant le Conseil d'Etat. Les décisions sont publiées au Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. Le ministre chargé de l'économie veille à leur exécution. Le recours n'est pas suspensif. »

Considérant que les députés auteurs de la saisine défèrent au Conseil constitutionnel la loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du conseil de la concurrence, définitivement votée le 20 décembre 1986 ;

Considérant que ladite loi dispose : « Art. 1^{er}. — Le quatrième alinéa de l'article 12 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence est ainsi rédigé : " La décision du conseil peut faire l'objet d'un recours, dans les dix jours suivant sa notification, devant la cour d'appel de Paris qui statue dans les quinze jours de sa saisine ". — Art. 2. — Le premier alinéa de l'article 15 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 précitée est ainsi rédigé : " Les décisions du conseil de la concurrence sont notifiées aux intéressés et au ministre chargé de l'économie qui peuvent, dans le délai d'un mois, introduire un recours devant la cour d'appel de Paris. " » ;

Considérant que les députés auteurs de la saisine demandent au Conseil constitutionnel de se prononcer sur la conformité à la Constitution de la loi précitée, notamment en tant qu'elle transfère à une juridiction de l'ordre judiciaire la mission de statuer sur les recours formés contre les décisions du conseil de la concurrence ;

Considérant que les auteurs de la saisine font en outre valoir que, en modifiant certains articles de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, les dispositions de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel impliquent ratification législative des autres articles de l'ordonnance et qu'il appartient dès lors au Conseil constitutionnel de se prononcer sur la conformité à la Constitution des mesures ainsi ratifiées ;

Considérant ainsi qu'il convient pour le Conseil d'examiner, en premier lieu, la conformité à la Constitution de la procédure législative ayant abouti à la loi qui est lui est déférée, en second lieu, la conformité à la Constitution des dispositions transférant à la cour

Jurisprudence

d'appel de Paris le contrôle des décisions du conseil de la concurrence, enfin l'existence et, le cas échéant, la conformité à la Constitution de la ratification implicite par le législateur de tout ou partie des dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Sur la procédure législative

Considérant que la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel modifie les articles 12 et 15 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 prise, dans le cadre de l'article 38 de la Constitution, en vertu de la loi du 2 juillet 1986, alors que cette dernière loi accordait au gouvernement l'autorisation de statuer par voie d'ordonnances jusqu'à une date postérieure à celle à laquelle la loi présentement examinée a été votée ;

Considérant que l'article 41 de la Constitution dispose : « S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le gouvernement peut opposer l'irrecevabilité. En cas de désaccord entre le gouvernement et le président de l'assemblée intéressée, le Conseil constitutionnel, à la demande de l'un ou de l'autre, statue dans un délai de huit jours » ;

Considérant qu'au cours de la discussion devant le Parlement de la proposition de loi qui est à l'origine de la loi présentement examinée le gouvernement n'a opposé aucune irrecevabilité comme il aurait eu la faculté de le faire ; qu'ainsi la procédure législative suivie n'a comporté aucune méconnaissance de la Constitution ;

Sur le transfert à la juridiction judiciaire du contrôle des décisions du conseil de la concurrence

Considérant que les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle ; que, néanmoins, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ;

Considérant cependant que, dans la mise en œuvre de ce principe, lorsque

l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé ;

Considérant que, si le conseil de la concurrence, organisme administratif, est appelé à jouer un rôle important dans l'application de certaines règles relatives au droit de la concurrence, il n'en demeure pas moins que le juge pénal participe également à la répression des pratiques anticoncurrentielles sans préjudice de celle d'autres infractions intéressant le droit de la concurrence ; qu'à des titres divers le juge civil ou commercial est appelé à connaître d'actions en responsabilité ou en nullité fondées sur le droit de la concurrence ; que la loi présentement examinée tend à unifier sous l'autorité de la Cour de cassation l'ensemble de ce contentieux spécifique et ainsi à éviter ou à supprimer des divergences qui pourraient apparaître dans l'application et dans l'interprétation du droit de la concurrence ;

Considérant dès lors que cet aménagement précis et limité des règles de compétence juridictionnelle, justifié par les nécessités d'une bonne administration de la justice, ne méconnaît pas le principe fondamental ci-dessus analysé tel qu'il est reconnu par les lois de la République ;

Mais considérant que la loi déferée au Conseil constitutionnel a pour effet de priver les justiciables d'une des garanties essentielles à leur défense ;

Considérant en effet que le troisième alinéa de l'article 15 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 dispose que le recours formé contre une décision du conseil de la concurrence « n'est pas suspensif » ; que cette disposition n'aurait pas fait obstacle à ce que, conformément à l'article 48 de l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 et au décret n° 63-766 du 30 juillet 1963, le Conseil d'Etat pût, à la demande du requérant, accorder un sursis à l'exécution de la décision attaquée si son exécution risquait d'entraîner des conséquences difficilement réparables et si les moyens énoncés dans la requête paraissaient sérieux et de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée ;

Considérant au contraire que la cour d'appel de Paris, substituée par la loi présentement examinée au Conseil d'Etat, saisie d'un recours contre une décision du conseil de la concurrence, ne pourrait prononcer aucune mesure de sursis à exécution ; qu'en effet la loi a laissé subsister dans son inté-

gralité le troisième alinéa de l'article 15 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et n'a pas donné à la cour d'appel le pouvoir de différer l'exécution d'une décision de caractère non juridictionnel frappée d'un recours auquel est dénié tout effet suspensif, et ceci quelle que soit la gravité des conséquences de l'exécution de la décision et le sérieux des moyens invoqués contre celle-ci ;

Considérant que, compte tenu de la nature non juridictionnelle du conseil de la concurrence, de l'étendue des injonctions et de la gravité des sanctions pécuniaires qu'il peut prononcer, le droit pour le justiciable formant un recours contre une décision de cet organisme de demander et d'obtenir, le cas échéant, un sursis à l'exécution de la décision attaquée constitue une garantie essentielle des droits de la défense ;

Considérant dès lors que les dispositions de l'article 2 de la loi présentement examinée ne sont pas conformes à la Constitution ; que, les dispositions de l'article 1^{er} n'en étant pas séparables, la loi doit, dans son ensemble, être regardée comme non conforme à la Constitution ;

Sur les dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986

Considérant qu'en principe il n'est pas exclu que la ratification de tout ou partie des dispositions d'une des ordonnances visées à l'article 38 de la Constitution puisse résulter d'une loi qui, sans avoir cette ratification pour objet direct, l'implique nécessairement ; que, saisi d'une loi de cette nature, il appartiendrait au Conseil constitutionnel de dire si la loi comporte effectivement ratification de tout ou partie des dispositions de l'ordonnance en cause et, dans l'affirmative, si les dispositions auxquelles la ratification confère valeur législative sont conformes à la Constitution ;

Mais, considérant en l'espèce que la déclaration de non-conformité à la Constitution qui doit, pour les raisons sus-énoncées, être prononcée à l'encontre de la loi présentement examinée prive celle-ci d'effet ; que, dès lors, en tout état de cause, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 est et demeure dans sa totalité, jusqu'à l'intervention d'une loi la ratifiant, un texte de valeur réglementaire dont la régularité juridique ne peut être appréciée par le Conseil constitutionnel ;

Décide :

Art. 1^{er} : La loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du conseil de la concurrence est contraire à la Constitution.

Art. 2 : La présente décision sera publiée au *Journal officiel* de la République française.

Note

Conformément aux engagements figurant dans la plate-forme R.P.R.-U.D.F. du 16 janvier 1986, la définition d'un « droit nouveau de la concurrence » a été placée, après mars 1986, au premier rang des priorités de l'action gouvernementale¹ : posée comme le corollaire mais aussi la condition du démantèlement de l'encadrement des prix, et plus généralement de la dérégulation économique, cette refonte du droit de la concurrence avait pour ambition de définir des règles mieux adaptées au contexte de libéralisation et de restauration des disciplines du marché ; elle impliquait une réforme en profondeur de la loi du 19 juillet 1977, qui venait pourtant d'être récemment modifiée par celle du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence.

L'élaboration de cette réforme a été facilitée par l'adoption de la loi n° 86-793 du 2 juillet 1986, dont l'article 1^{er} autorisait le gouvernement à modifier ou à abroger, par voie d'ordonnance et dans un délai de six mois, certaines dispositions de la législation économique relative aux prix et à la concurrence, sous réserve de l'octroi de garanties aux agents économiques et du caractère contradictoire des procédures. Dans sa décision du 26 juin 1986, le Conseil constitutionnel n'a pas élevé d'objections contre ce dispositif, se bornant seulement à rappeler que le nouveau droit de la concurrence devrait respecter, en dehors de ces garanties, des règles de valeur constitutionnelle telles que le contrôle juridictionnel et les droits de la défense.

Préparée par les travaux d'une commission installée dès le 14 mai sous la présidence de J. Donnedieu de Vabres, et précédée d'une large concertation, l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence comporte d'importantes innovations : abrogeant les ordonnances du 30 juin 1945 elle pose le principe de la liberté des prix, qui ne pourront être désormais réglementés que par voie d'exceptions très limitatives. En matière de concurrence, tandis que la définition des pratiques anticoncurrentielles est modernisée et clarifiée et les garanties offertes aux agents économiques nettement renforcées, un conseil, qui se substitue à l'ancienne commission de la concurrence dont la fonction était seulement consultative, recueille les pouvoirs de contrôle et de sanction antérieurement détenus par le ministre de l'Economie et des Finances.

La détermination de la juridiction compétente pour statuer sur les recours contre les décisions prises par le conseil de la concurrence, qui pourrait paraître à première vue comme un problème mineur, comportait en réalité

des enjeux non négligeables, sur le plan pratique et sur le plan théorique : touchant directement aux intérêts des professionnels du droit², elle mettait plus profondément en cause la nature et les finalités du droit de la concurrence, le statut de la nouvelle instance régulatrice, les règles de coexistence des ordres juridictionnels, les garanties accordées aux justiciables. Le projet d'ordonnance originaire optait, conformément aux propositions de la commission Donnedieu de Vabres, pour la compétence judiciaire ; cependant, devant les objections émises le 20 novembre par le Conseil d'Etat, le gouvernement décidait en fin de compte que les litiges seraient soumis à la juridiction administrative (recours en référé devant le président de la Section du contentieux du Conseil d'Etat pour les mesures conservatoires, recours de pleine juridiction contre les décisions).

Les partisans de la compétence judiciaire ne se sont pas pour autant avoués battus : une proposition de loi était déposée peu après à l'Assemblée nationale³ — avec l'approbation du gouvernement qui s'abstenait de soulever l'exception d'irrecevabilité qu'il aurait parfaitement pu opposer, sur la base de l'article 41 de la Constitution, à un texte entrant dans le champ de la délégation consentie par le Parlement le 2 juillet et déposé pendant la durée de l'habilitation —, afin de modifier sur ce point l'ordonnance et transférer le contentieux à la cour d'appel de Paris ; complétée à l'initiative de la commission des lois⁴, cette proposition a été adoptée sans coup férir à l'Assemblée nationale le 18 décembre, puis au Sénat le 20.

Le 24 décembre, le texte était déféré par les députés socialistes au Conseil constitutionnel, moins en raison de son contenu que pour ses conséquences indirectes : la modification par la loi des articles 12 et 15 de l'ordonnance avait en effet pour conséquence, compte tenu d'une jurisprudence désormais bien établie⁵, d'entraîner la ratification implicite de l'ensemble de l'ordonnance, en la plaçant du même coup à l'abri de tout contrôle juridictionnel ; le seul moyen qu'un contrôle soit exercé sur l'ordonnance était dès lors de soumettre la loi adoptée au Conseil constitutionnel. Celui-ci confirme dans sa décision du 23 janvier 1987 cette interprétation, même s'il exclut toute idée d'automatisme : il est possible que la ratification d'une ordonnance résulte d'une loi qui, sans l'avoir eu pour « objet direct », l'implique nécessairement, mais il revient alors au Conseil de définir sa portée et d'apprécier la conformité des dispositions éventuellement ratifiées à la Constitution. En l'espèce néanmoins, cette évaluation délicate n'était pas nécessaire dès l'instant où le Conseil constitutionnel a trouvé dans la loi des motifs d'inconstitutionnalité de

nature à justifier son annulation. Ce faisant, la décision, qui apporte une nouvelle pierre à la construction juridique de la théorie des autorités administratives indépendantes, amène à envisager le problème de la dualité des ordres juridictionnels et du sursis à exécution sous un éclairage nouveau.

La nature du conseil de la concurrence

Les dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 amènent sans nul doute à ranger le nouveau conseil de la concurrence dans la catégorie des autorités administratives indépendantes. Le Conseil présente en effet certains particularismes qui sont la marque de ces autorités.

D'abord, des garanties d'indépendance organique et fonctionnelle : nommés pour six ans, les seize membres (sept magistrats, quatre personnalités qualifiées, cinq professionnels) sont dégagés de toute allégeance gouvernementale. La présence d'un commissaire du gouvernement (art. 3) et l'inscription des crédits au budget du ministère de l'Economie et des Finances (art. 4) ne remettent pas en cause son autonomie de gestion administrative et financière (v. décret du 29 décembre 1986).

Ensuite, des moyens d'action lui permettent de remplir pleinement son rôle de régulation de la concurrence : s'il est doté d'une compétence consultative de portée très générale (art. 5 et 6), il dispose surtout de pouvoirs propres de décision en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Doté d'un pouvoir d'injonction, il a la possibilité de prendre, en cas d'atteinte grave et immédiate à la concurrence, des mesures conservatoires (art. 12) ainsi que d'infliger des sanctions pécuniaires (art. 13 et 14) pouvant aller jusqu'à 5 % du montant du chiffre d'affaires ou, à défaut, une somme de dix millions de francs. Certes, ces pouvoirs relèvent avant tout d'une fonction de supervision et de contrôle, et il n'a pas par exemple de compétences de réglementation ou de recommandation comme la C.N.I.L. ou la C.N.C.L. Mais la réunion de ces divers pouvoirs n'est pas indispensable et la nature de sa mission ren-

1. v. les déclarations à l'Assemblée nationale de Jacques Chirac le 9 avril et de Edouard Balladur le 22 avril.

2. Dès le 20 mai, le barreau de Paris réclamait la compétence judiciaire.

3. Proposition d'Ornano, Gaudin, Alphonso, Lamassoure, J.O. doc. A.N. n° 547, annexe séance du 12 décembre.

4. Rapport Lamassoure, J.O. doc. A.N. n° 573, annexe séance 18 décembre.

5. Le Conseil constitutionnel a admis dans sa décision du 29 février 1972 la possibilité d'une ratification implicite et le Conseil d'Etat a estimé que la modification d'un article d'une ordonnance emportait ratification des autres (C.E. 10 juillet 1972, *Cie Air-Inter*, Leb. p. 537).

voie au fondement même de l'institution des autorités administratives indépendantes, dont le rôle est toujours d'assurer le respect de certains équilibres, en arbitrant entre les divers intérêts en présence⁶.

L'ordonnance opère bien à ce titre une novation juridique, en transformant l'ancienne commission de la concurrence, qui avait elle-même succédé en 1977 à la commission technique des ententes, en une véritable « autorité », investie de pouvoirs effectifs de décision. La commission de la concurrence avait en effet parfois été qualifiée par la doctrine⁷ d'autorité indépendante et la loi du 30 décembre 1985 avait repris à son compte cette interprétation en introduisant explicitement cette qualification dans l'article 2 de la loi de 1977. Or cette commission n'avait qu'un rôle purement consultatif ; sans doute ses avis étaient-ils généralement suivis mais c'était en droit le ministre seul qui était investi du pouvoir de décision⁸.

Le transfert officiel du pouvoir de décision du ministre au conseil n'est pas purement formel : le gouvernement a insisté sur l'importance d'une mutation qui illustrerait la fin d'un certain « dirigisme administratif » en ce domaine et l'opposition y a vu de son côté le signe d'un « dessaisissement par l'Etat de son pouvoir d'intervention en matière économique⁹ », l'ordonnance aboutissant à une sorte d'« autogestion de la concurrence » par les professionnels, au détriment des consommateurs. Si ces appréciations sont excessives, dans la mesure où le conseil de la concurrence reste un organe étatique et une autorité administrative, il n'en reste pas moins que le transfert juridique du pouvoir de décision modifie profondément le type de régulation. Une commission consultative, même bénéficiant de certaines garanties de composition et d'une influence « morale », ne saurait être assimilée à une autorité indépendante, sauf à banaliser cette formule et à lui faire perdre toute spécificité juridique.

Le débat sur la proposition de loi a cependant montré que la qualification d'autorité indépendante restait relativement incertaine aux yeux des parlementaires. Même si beaucoup d'aspects l'en rapprochent, le conseil de la concurrence ne serait pas réellement « comparable » aux autorités administratives indépendantes, à la fois parce que sa fonction serait d'arbitrer entre des intérêts privés — sans que la puissance publique soit impliquée — et parce que ses pouvoirs d'injonction et de sanction seraient sans commune mesure avec ceux que détiennent les autorités de ce type.

En fait, l'institution du conseil de la concurrence s'inscrirait dans une trajectoire tendant à remettre en cause le processus de publication du droit

de la concurrence¹⁰ et à limiter le champ de l'« ordre public économique » par un mouvement de « juridictionnalisation » progressive ; aussi, le conseil, sans être une « juridiction complète », exercerait-il déjà une « fonction contentieuse¹¹ » et serait-il en fait une « quasi-juridiction¹² ». L'aboutissement devrait être le transfert total des affaires de concurrence à une juridiction indépendante, conformément aux engagements figurant dans la plate-forme R.P.R.-U.D.F. qui parlait de remplacer la commission de la concurrence par un « nouvel organisme relevant des tribunaux de l'ordre judiciaire ». Un pas supplémentaire est franchi par le rapporteur du Sénat¹³ qui n'hésitera pas pour sa part à parler d'« organisme de caractère juridictionnel » — les « analogues » avec les autorités indépendantes n'étant qu'« accessoires » —, la cour d'appel de Paris intervenant selon lui comme « second degré de juridiction¹⁴ ».

Toute cette analyse est évidemment erronée : même si l'instruction et la procédure devant lui sont contradictoires (art. 18), le conseil de la concurrence ne rend pas de jugements dotés de l'autorité de la chose jugée. Sa fonction de régulation sectorielle est comparable à celle qu'exercent les autres autorités indépendantes, ce qui interdit de considérer que le droit de la concurrence ne mettrait en présence, comme l'indiquait l'exposé des motifs de la proposition de loi, que des « entreprises privées aux intérêts contradictoires ». Quant aux pouvoirs d'injonction et de sanction, ils ne sont nullement spécifiques. Le Conseil constitutionnel indique pour sa part, sans équivoque et suivant en cela le Conseil d'Etat, que le conseil de la concurrence est bien un « organisme administratif », dont la nature est « non juridictionnelle ». Cette qualification conduisait dès lors à s'interroger sur la constitutionnalité d'un transfert à la juridiction judiciaire du contrôle de ses décisions.

La compétence judiciaire

Le transfert aux tribunaux judiciaires du contentieux des décisions du conseil de la concurrence était justifié par plusieurs types d'arguments.

Certains d'entre eux n'emportaient pas la conviction.

D'abord, l'idée selon laquelle le juge judiciaire serait « le juge naturel » de conflits n'opposant que des « intérêts privés » et se terminant par des sanctions pécuniaires infligées à une « personne privée » — à l'exclusion de toute intervention de la puissance publique — reposait sur une analyse biaisée : le conseil intervient en effet dans les affaires de concurrence au nom de l'Etat, afin de sauvegarder des intérêts individuels (ceux des

consommateurs ou de l'entreprise lésée), mais aussi sectoriels et collectifs (l'« économie générale ») (art. 12) ; et les décisions qu'il prend sont bien l'expression d'une activité de régulation étatique mettant en œuvre la puissance publique.

De même, l'affirmation que la compétence judiciaire serait imposée par l'« esprit » d'une ordonnance cherchant à limiter le champ de l'« ordre public économique » relevait d'une vision très simpliste du statut des deux ordres juridictionnels : pas plus que la compétence du Conseil d'Etat ne permettait d'éviter le désengagement de l'Etat, comme certains parlementaires de gauche le pensaient¹⁵, la compétence des tribunaux judiciaires n'était une garantie de déréglementation.

Enfin, l'exigence d'un rapprochement avec les règles en vigueur dans les pays de la C.E.E. n'était pas à elle seule suffisante.

En revanche, des raisons d'ordre technique pouvaient être avancées pour justifier l'institution d'un bloc de compétence au profit des tribunaux judiciaires. Les affaires de concurrence sont complexes et exigent une bonne connaissance des mécanismes économiques. Le juge judiciaire est sans doute mieux armé pour statuer sur des litiges touchant de très près à la vie des entreprises et au fonctionnement du marché. Par ailleurs, les tribunaux judiciaires, qui sont seuls compétents en matière de pratiques « restrictives » (titre 4 de l'ordonnance), restent bien entendu compétents au pénal pour les pratiques « anti-concurrentielles » : les mêmes litiges pourraient dès lors faire l'objet de procédures parallèles, devant le juge administratif et devant le juge pénal,

6. Jacques Chevallier, *Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes*, J.C.P. 1986.I.3254.

7. F. Gazier et Y. Cannac, *Les autorités administratives indépendantes*, Et. et doc. C.E. n° 35, 1983-1984, p. 13 et ss.

8. J. Donnedieu de Vabres, *La commission de la concurrence : bilan et perspectives*, Et. et doc. C.E. n° 36, 1984-1985, p. 79 et ss. ; Didier Linotte, *Le droit public de la concurrence*, A.J.D.A. 1984, p. 60 et ss.

9. En ce sens, J. Jarosz, 18 décembre 1986, J.O. déb. A.N., p. 7817 ; J.-P. Destrade, *ibid.*, p. 7819 ; J.-P. Mélenchon, 20 décembre 1987, J.O. doc. Sénat, p. 6479 ; D. Bidard-Reydet, *ibid.*, p. 6480 ; A. Duro-méa, *ibid.*, p. 6540 ; L. Minetti, *ibid.*, p. 6541.

10. Michel Bazex, *La réforme de la concurrence*, A.J.D.A. 1985, p. 593 et ss.

11. Rapport Lamassoure, p. 7.

12. A. Lamassoure, 18 décembre 1986, J.O. déb. A.N. p. 7814 ; M. d'Ornano, *ibid.*, p. 7816.

13. Rapport J. Thyraud, Sénat n° 137, annexe 19 décembre, p. 13.

14. J. Thyraud, 20 décembre 1986, J.O. déb. Sénat, pp. 6475 et 6539.

au risque de contrariétés éventuelles de jurisprudence. L'unification du contentieux offre l'avantage d'assurer la cohérence des solutions.

Il reste que ce transfert se heurtait aux principes de répartition des compétences entre juridiction administrative et juridiction judiciaire. Dès l'instant où le conseil de la concurrence était considéré comme un organe administratif, remplissant une activité d'intérêt général et utilisant des prérogatives de puissance publique, le contentieux de ses décisions devait normalement aller devant le juge administratif. La loi votée le 20 décembre instituait donc une dérogation aux règles normales de répartition des compétences. Cette dérogation légale ne soulevait apparemment aucun problème au vu de la jurisprudence administrative traditionnelle selon laquelle il revient au législateur de répartir les compétences entre les deux ordres juridictionnels¹⁶. De nombreuses lois spéciales sont ainsi venues déroger à la « clause générale de compétence » en donnant compétence aux tribunaux judiciaires pour statuer sur des litiges administratifs (état des personnes, atteinte à la liberté individuelle ou à la propriété privée, contributions indirectes, responsabilité postale, sécurité sociale, émeutes, véhicules, etc.) et la doctrine unanime¹⁷ estime qu'il s'agit d'une matière réservée à la loi parce que touchant aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques.

La décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 modifie complètement les perspectives, en considérant que le principe de la compétence de la juridiction administrative pour connaître des litiges liés à l'exercice de la puissance publique, qui résulte du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire posé par la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III, figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et s'impose donc en principe au législateur. Ce faisant, le Conseil constitutionnel complète le processus de constitutionnalisation de l'existence de la juridiction administrative engagé par la décision du 22 juillet 1980 sur le C.T.P.¹⁸ : non seulement en effet l'indépendance de la juridiction administrative mais encore son aptitude à connaître des litiges administratifs font désormais l'objet d'une garantie d'ordre constitutionnel ; et, en liant cette aptitude du juge administratif à l'exercice de prérogatives de puissance publique, le Conseil constitutionnel paraît pencher à son tour¹⁹ du côté de ceux qui font de la puissance publique le critère essentiel de compétence du juge administratif²⁰. Ce principe n'exclut sans doute pas une certaine latitude d'appréciation du législateur dans sa mise en œuvre, mais le

Conseil encadre strictement son exercice. Le législateur peut y déroger à trois conditions : que le texte vise à unifier les règles de compétence (objet) ; que cette mesure soit justifiée par les nécessités d'une bonne administration de la justice (but) ; qu'elle consiste en un simple aménagement précis et limité des règles de compétence (contenu). Ces trois conditions étant remplies en l'espèce, le transfert ne méconnaissait pas le principe posé. Ainsi, non seulement la dualité des ordres juridictionnels fait désormais l'objet d'une consécration constitutionnelle, mais encore la ligne de partage des compétences entre eux est strictement tracée et exclut toute possibilité de délimitation arbitraire de la part du législateur.

Le Conseil constitutionnel n'a cependant pas répondu à la question soulevée dans le recours de savoir si l'attribution à la cour d'appel de Paris du contentieux des décisions du conseil de la concurrence était conforme aux règles normales de dévolution des compétences au sein de cet ordre. A première vue, cette disposition est étonnante, puisque la cour d'appel interviendra ici comme juge de premier degré et non de second comme a cru pouvoir l'affirmer J. Thyraud pour s'opposer au Sénat à un amendement du groupe socialiste tendant à remplacer la cour d'appel par le tribunal de grande instance de Paris.

Cette solution n'est pas totalement nouvelle : l'article 68 de la loi n° 68-1 du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention et l'article 22 de la loi n° 83-610 du 8 juillet 1983 sur l'organisation des marchés à terme ont ainsi donné compétence à la cour d'appel de Paris des décisions prises respectivement par le directeur de l'Institut national de la propriété industrielle et par la commission des marchés à terme de marchandises.

Justifié sans doute par le souci d'éviter les discordances possibles de jurisprudence, elle n'en contredit pas moins les règles normales de compétence du juge d'appel et met en cause le principe du double degré de juridiction. Il faut rappeler que dans sa décision des 19-20 janvier 1981, à propos de la loi sécurité et liberté, le Conseil constitutionnel a évité de se prononcer sur l'éventuelle valeur constitutionnelle de ce dernier principe, dont l'application est évidemment très variable. L'affaire du conseil de la concurrence se prêtait assez bien à ce que certaines limites soient fixées au bouleversement des règles normales d'organisation judiciaire.

Si le transfert de compétence a été retenu valable dans son principe — ce qui introduit une première brèche dans le régime des autorités administratives indépendantes —, les conséquences pratiques auxquelles, en

l'espèce, il aboutissait ont conduit le Conseil constitutionnel à déclarer la loi non conforme à la Constitution.

Le problème du sursis à exécution

En indiquant que les recours de pleine juridiction portés devant le Conseil d'Etat étaient dépourvus d'effet suspensif, l'article 15 de l'ordonnance se bornait à rappeler un principe bien connu de la procédure administrative contentieuse. Les requérants conservaient toujours la possibilité d'assortir leur recours d'une demande de sursis à exécution, faculté d'autant plus importante en l'espèce que les sanctions pécuniaires prononcées peuvent être lourdes. Certes l'exigence du caractère difficilement réparable du préjudice subi risquait de réduire en pratique fortement le nombre des décisions de sursis, mais il n'en s'agissait pas moins d'une garantie importante pour les justiciables. La mention de l'absence d'effet suspensif du recours prenait une autre portée à partir du moment où la compétence était transférée à la cour d'appel de Paris. Ce constat avait conduit le rapporteur du Sénat, conscient que les longueurs de la procédure pouvaient « créer l'irréparable », à proposer d'inscrire explicitement dans le texte la possibilité pour la cour d'appel de prononcer la « défense à exécution provisoire » de la décision, pour compenser l'absence de sursis²¹. Mais cette proposition n'a pas eu de suite. Cette lacune a conduit le Conseil constitutionnel à estimer qu'il y avait atteinte à une garantie essentielle des droits de la défense et, par suite, à annuler l'ensemble de la loi.

Même si le Conseil prend soin, pour justifier cette décision, de souligner « l'étendue des injonctions » et la « gravité des sanctions » que le conseil de la concurrence est susceptible de prononcer et semble dès lors en faire

15. J.-P. Destrade, 18 décembre 1987, J.O. déb. A.N. p. 7818.

16. C.E. 30 mars 1962, *Association nationale de la meunerie*, A.J.D.A. 1962, p. 285, note J.-M. Galabert et M. Gentot.

17. J.-M. Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, 3^e éd. 1984, n° 317 ; R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien 1982, n° 848 ; A. de Laubadère, Y. Gaudemet, J.-C. Vénezia, *Droit administratif*, t. 1, 9^e éd. 1984, n° 924.

18. *Comité technique central paritaire des enseignants de statut universitaire*, A.J.D.A. 1980, p. 604, note Carcassonne.

19. v. C.E. 13 octobre 1978, *A.D.A.S.E.A.* ; Trib. confl. 6 novembre 1978, *Bernardi* ; Trib. confl. 28 avril 1980, *Mme Girinon* ; Trib. confl. 25 janvier 1982, *Mme Catherine Cailloux*.

20. Georges Vedel, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, Et. et doc. C.E. 1954, p. 21 et ss.

21. B. Gollnisch souhaitait pour sa part que le recours devant la cour d'appel ait un caractère suspensif (18 décembre 1987, J.O. doc. A.N. p. 7817), ce qui aurait eu pour effet de paralyser complètement l'action du conseil de la concurrence.

Jurisprudence

une solution d'espèce, il n'en reste pas moins qu'un pas en avant est franchi vers la constitutionnalisation du principe du sursis à exécution. Jusqu'ici, les garanties juridiques entourant le sursis sont restées fragiles. Dans sa décision du 8 octobre 1971, *Sté librairie François Maspero*²², le Conseil d'Etat a considéré, à l'encontre des conclusions du commissaire du gouvernement Vught, que les règles relatives au sursis sont en principe des règles de « procédure administrative », pouvant être modifiées par voie réglementaire, tout en réservant les cas où, « eu égard à leur contenu », ces modifications touchent aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. L'arrêt *Huglo*²³ est venu confirmer la précarité d'un sursis posé comme une exception au principe du caractère exécutoire des décisions administratives et comme une simple faculté pour le juge administratif. La décision du Conseil constitutionnel modifie là encore la perspective en recentrant la question du sursis sur le terrain de la garantie des « droits de la défense » et en mettant son existence à l'abri de l'atteinte du législateur lui-même, au moins lorsque le préjudice éventuellement subi par le justiciable risque d'être d'une particulière gravité.

La décision du 23 janvier 1987 contribue donc à étendre le « bloc de constitutionnalité » dans le domaine jusqu'ici fort mal balisé du contentieux administratif, en confortant les garanties tirées par les justiciables de l'existence de la juridiction administrative. En ce qui concerne l'avenir du contentieux de la concurrence, le président de la commission des finances de l'Assemblée nationale, Michel d'Ornano, a annoncé immédiatement son intention de déposer à la session de printemps une nouvelle proposition de loi reprenant le texte annulé en le complétant par l'institution d'une procédure de sursis à exécution devant la cour d'appel²⁴. Cette solution hybride est évidemment peu satisfaisante et montre que l'unification de certains contentieux pose parfois plus de difficultés qu'elle n'en résoud. Quant au risque que des recours soient dans l'intervalle déférés au juge administratif, il paraît assez théorique compte tenu des délais de mise en place du conseil de la concurrence, qui a été installé officiellement le 20 février.

Jacques Chevallier

Professeur à l'université d'Amiens