CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. WALTER VAN GERVEN présentées le 16 octobre 1991 *

Sommaire

A — Le contexte de l'affaire I-590

1. La prestation du service de messagerie aux Pays-Bas I-590

2. La décision querellée I-592

B — Recevabilité du recours dans l'affaire C-66/90 ..... I-593

C — Examen des moyens d'annulation « formels » articulés contre la décision I-593

1. Abus du pouvoir conféré par l'article 90, paragraphe 3 ..... I-594

2. Violation des droits de la défense I-599

3. Les griefs relatifs à la motivation de la décision querellée I-604

a) La terminologie utilisée dans la décision et les rectificatifs I-604

b) Défaut d'intelligence des dispositions et services en cause? I-607

c) La décision est-elle dépourvue de fondement en fait? I-608

d) Le dispositif de la décision I-611

D — Examen des moyens au fond I-614

1. Absence d'un comportement d'entreprise I-614

2. Absence d'abus de position dominante I-619

a) Extension d'une position dominante I-619

b) Imposition de prix et de conditions non équitables; limitation de l'offre I-622

c) Conclusion I-623

3. Application de l'article 90, paragraphe 2 ..... I-624

E — Résumé et conclusion I-626

* Langue originale: le néerlandais.

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Le gouvernement néerlandais, la société Koninklijke PTT Nederland NV ainsi que la société PTT-Post BV (nous désignerons ces deux dernières parties ci-après par « PTT » ou « PTT-Post BV ») demandent à la Cour d'annuler la décision de la Commission, du 20 décembre 1989, relative à la prestation aux Pays-Bas du service de courrier rapide [1] (ci-après « décision querellée »). Dans cette décision adressée aux Pays-Bas, les dispositions des articles 2 et 12 de la loi néerlandaise du 26 octobre 1988, modifiant la législation relative à l'exécution du service postal (ci-après « loi postale de 1988 ») [2] conjointement avec celles de l'arrêté d'application du 19 décembre 1988, qui réservent aux PTT le service rapide de collecte, transport et distribution de lettres jusqu'à 500 g à un prix inférieur à 11,90 HFL pour le service vers des destinations au sein de la Communauté et à 17,50 HFL pour les destinations hors Communauté, ainsi que l'obligation de faire enregistrer préalablement les tarifs, imposée par l'arrêté du 12 mai 1989 [3], sont déclarées incompatibles avec l'article 90, paragraphe 1, du traité CEE, lu en combinaison avec l'article 86 du même traité (voir article 1er de la décision).

Par ordonnance du 4 juin 1991, la Cour a transféré l'affaire C-66/90 au Tribunal de première instance en application de l'article 47, premier alinéa, du statut. Par ordonnance du 21 juin 1991, le Tribunal de première instance, faisant application de l'article 47, troisième alinéa, dernière phrase, du statut, s'est déclaré incompétent au motif que les affaires C-48/90 et C-66/90 tendent l'une et l'autre à l'annulation du même acte. La Cour a alors joint les deux affaires que nous traiterons donc conjointement dans les mêmes conclusions.

1 — JO 1990, L 10, page 47.
2 — *Staatsblad*, 1988, 522.
3 — Regeling registratie koeriersdiensten, *Staatscourant*, 1989, 109.

A — Le contexte de l'affaire

1. *La prestation du service de messagerie aux Pays-Bas*

2. Avant l'entrée en vigueur de la loi postale de 1988, la régie des PTT (de l'époque) jouissait, sur la base de la loi postale de 1954, du monopole légal pour le transport des lettres jusqu'à 500 g inclus. Les services des PTT assuraient traditionnellement ce transport (collecte, tri et transport, distribution) de manière standardisée. A la fin des années 60, cependant, il est apparu clairement qu'il existait une demande pour des services de transport présentant une valeur ajoutée plus grande, et plus précisément pour un transport plus rapide et plus individualisé. Un nombre croissant de services privés de messagerie s'est employé à répondre à cette demande; les PTT, quant à eux, ne semblaient pas disposés à fournir de tels services ou en mesure de le faire, ce que les parties s'entendent à reconnaître. La demande à laquelle les services privés de messagerie s'employaient à répondre concernait principalement le transport de documents importants et/ou urgents. Dans la mesure où il s'agissait de lettres d'un poids inférieur à 500 g, ces entreprises agissaient, si l'on s'en tient mot pour mot au texte de la loi postale de 1954, en contravention avec le monopole postal de la régie des PTT. Néanmoins — et les parties sont d'accord sur ce point également — aucune mesure, ou du moins aucune mesure significative, n'a été prise à l'encontre de ces activités de messagerie ni par les pouvoirs

publics néerlandais ni par la régie des PTT elle-même, bien que des poursuites aient été engagées — sporadiquement — à l'encontre de services postaux urbains privés. Les parties donnent de ces interventions des explications contradictoires: le gouvernement néerlandais affirme qu'elles s'inscrivaient dans le cadre d'une politique visant à ne tolérer, sous le régime de la loi ancienne, que les services de messagerie « au vrai sens du terme », c'est-à-dire le service qui consiste à transporter une pièce d'une manière parfaitement individualisée, directement de l'expéditeur au destinataire, sans que celle-ci passe par un centre de tri et donc sans qu'elle soit acheminée conjointement avec d'autres pièces [4]. La Commission explique au contraire l'intervention contre les services postaux urbains privés par le fait que ces entreprises assuraient un service qui n'offrait pas ou guère d'avantages supplémentaires par rapport au service postal de base. Quoi qu'il en soit, il est constant que la demande de services de transport rapide et individualisé pour les lettres a augmenté de manière considérable et que les entreprises privées de messagerie pouvaient satisfaire à cette demande, sans que les pouvoirs publics aient jamais soumis leurs activités à des conditions restrictives. C'est la raison pour laquelle elles ont connu une croissance remarquable.

3. La loi postale de 1988 a cependant opéré une redistribution des cartes. Elle confirme expressément le monopole du transport des envois postaux d'un poids n'excédant pas 500 g au départ et à destination du territoire néerlandais (Antilles néerlandaises et Aruba comprises): ce service ne peut être assuré que par le titulaire de la concession exclusive octroyée par l'État, à savoir PTT-Post BV [5]. Tout empiètement sur cette concession est sanctionné pénalement par l'article 17 de la nouvelle loi postale. Celle-ci institue cependant une exception à ce monopole de principe [6]: les lettres d'un poids n'excédant pas 500 g peuvent être collectées, transportées et acheminées par d'autres entreprises que le titulaire de la concession, lorsque celles-ci satisfont à trois conditions cumulatives: i) elles doivent assurer, pour les lettres transportées à l'intérieur des Pays-Bas ou au départ des Pays-Bas à destination de l'étranger ou encore au départ de l'étranger à destination des Pays-Bas, un service d'un niveau sensiblement supérieur à celui que le titulaire de la concession offre à tout un chacun sur le territoire national dans le cadre du transport accéléré normal (c'est-à-dire le service de délivrance rapide), tant en ce qui concerne la vitesse de délivrance, la garantie de celle-ci et la possibilité de localiser l'envoi au cours du transport (nous désignerons cette condition désormais comme étant la « condition qualitative »); ii) elles doivent assurer ce service à un tarif ne pouvant être inférieur à un minimum fixé par les pouvoirs publics, à savoir 11,90 HFL pour le transport à l'intérieur des Pays-Bas et à destination des autres États membres de la Communauté et 17,50 HFL pour le transport international à destination de pays situés en dehors de la Communauté (nous parlerons ci-après de « règle du prix minimal »), et iii) elles doivent s'être fait enregistrer préalablement et faire une déclaration annuelle des tarifs et des conditions de livraison qu'elles appliquent (nous parlerons ci-après de la « condition d'enregistrement ») [7]. Dans la décision querellée, la Commission a posé en prémisse (nous reviendrons sur le caractère fondé de

4 — Pour une description des services de messagerie « au sens propre », voir notamment la réplique des PTT dans l'affaire C-66/90, point 50.

5 — Voir les dispositions combinées des articles 2 et 12, paragraphe 1, de la loi postale de 1988.

6 — Voir article 12, paragraphe 2, de la loi postale de 1988.

7 — L'obligation de procéder annuellement à la déclaration des tarifs appliqués a été instituée par la « Regeling registratie Koeriersdiensten » (règlement sur l'enregistrement des services de messagerie) du 12 mai 1989, *Staatscourant*, 1989, 109.

celle-ci) que ces trois conditions cumulatives ne sont pas applicables à PPT-Post BV, dans l'hypothèse où cette entreprise commencerait elle aussi à se livrer à des activités de messagerie — ce qu'elle fait d'ailleurs effectivement depuis le 1er juin 1990.

Le gouvernement néerlandais a déclaré, au cours de la phase précontentieuse ainsi qu'au cours de la procédure devant la Cour, que ces trois conditions sont nécessaires pour garantir la qualité et la continuité du service de transport que la loi impose à PTT-Post BV d'assurer, obligation qui est plus étendue que la concession exclusive. PTT-Post BV est en effet tenue d'assurer le transport, dans l'ensemble du territoire, des lettres et des petits paquets dont le poids n'excède pas 10 kg et qui répondent à certaines dimensions (qu'il s'agisse d'un transport normal ou d'un transport effectué dans le cadre du service de délivrance rapide). Le gouvernement néerlandais soutient que, à défaut de ces trois conditions, la concession exclusive de PTT-Post BV ne pourrait être protégée de manière efficace et, particulièrement, que les entreprises privées de messagerie pourraient vider cette concession de son contenu en développant également leurs activités vers les destinations rentables (par exemple dans les grandes villes), abandonnant ainsi les destinations déficitaires aux PTT (que ceux-ci, en raison de leur obligation de transport, ne peuvent en effet pas abandonner).

2. *La décision querellée*

4. Comme nous l'avons déjà dit, les conditions auxquelles la prestation de services de messagerie aux Pays-Bas est soumise et que nous avons esquissées dans le paragraphe précédent ont été déclarées, par la décision querellée, incompatibles avec l'article 90, lu en combinaison avec l'article 86 du traité CEE [8]. La décision est attaquée à bien des égards et l'examen des moyens invoqués par les parties requérantes nous offrira la possibilité d'analyser plus en détail les parties pertinentes de ceux-ci. Nous nous limiterons ici, en guise d'introduction à notre analyse, à un aperçu général de la décision.

La décision querellée pose en prémisse qu'il existe deux marchés distincts mais voisins: le marché des services postaux de base et le marché des services de messagerie [9]. La décision déclare ensuite que la concession exclusive dont elle est titulaire pour les lettres dont le poids n'excède pas 500 g confère à PTT-Post BV une position dominante sur le marché des services postaux de base [10]. En imposant aux entreprises privées de messagerie, pour le transport des lettres jusqu'à 500 g, trois conditions dont elle exonère PTT-Post BV, la loi postale de 1988 entraîne, selon la Commission, un abus de cette position dominante à trois égards. Tout d'abord, parce que la règle du prix minimal a pour effet qu'une partie du marché des services de messagerie est réservée à PTT-Post BV, au risque d'éliminer totalement la concurrence sur ce segment du marché [11]; deuxièmement, parce que la règle du prix minimal a pour effet d'imposer aux services de messagerie des

8 — Il est vrai, ainsi qu'il apparaît du dispositif de la décision querellée, que la déclaration d'incompatibilité porte uniquement sur la règle du prix minimal et sur l'obligation d'enregistrement et non pas sur la condition qualitative, même si, comme on peut le lire dans l'exposé des motifs de la décision (voir le quatorzième considérant), cette dernière condition constitue également une violation de l'article 90 en combinaison avec l'article 86. Il s'agit apparemment ici d'un oubli qui, s'il a des conséquences pour les obligations qui résultent pour le gouvernement néerlandais de la décision querellée, est sans incidence sur l'appréciation des griefs relatifs à la motivation et à la légalité de la décision.

9 — Voir le troisième considérant de la décision querellée.

10 — Voir le dixième considérant de la décision querellée.

11 — Voir le onzième considérant de la décision querellée.

prix et conditions inéquitables [12]; troisièmement, parce que la règle du prix minimal et la condition qualitative ont pour effet de restreindre l'offre sur le marché des services de messagerie [13]. La Commission en tire la conclusion qu'il y a une violation de l'article 90, paragraphe 1, en combinaison avec l'article 86 du traité, et juge en outre que cette violation ne peut être justifiée sur la base de l'article 90, paragraphe 2, du traité, c'est-à-dire, en d'autres termes, que le maintien du régime de concurrence qui existait sur le marché des services de messagerie au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi postale ne fait pas obstacle aux obligations d'intérêt général que les Pays-Bas ont imposées à PTT-Post BV [14].

B — Recevabilité du recours dans l'affaire C-66/90

5. Les parties s'entendent à admettre que, bien que n'étant pas la destinataire de la décision querellée, PTT-Post BV est touchée directement et individuellement par cette décision. La Commission met cependant la recevalibité de son recours en doute, parce que PTT-Post BV déclare elle-même ne retirer aucun avantage de la législation qui est déclarée incompatible avec le traité par la décision querellée [15], de sorte qu'elle n'aurait aucun intérêt à la procédure.

Nous ne croyons pas que la Commission soit sur le bon chemin. Elle conteste précisément avec insistance que PTT-Post BV ne retirerait aucun avantage de la législation néerlandaise; l'avantage que, selon la Commission, la loi néerlandaise conférerait à PTT-Post BV est l'une des bases importantes de l'affirmation, dans la décision querellée, selon laquelle la nouvelle législation néerlandaise entraîne un abus de position dominante dans le chef de PTT-Post BV. En outre, et surtout, PTT-Post BV a soutenu que la décision querellée (qui déclare une partie de la loi postale incompatible avec des dispositions directement applicables du traité) place les entreprises privées de messagerie, qui contrairement à PTT-Post BV ne sont pas soumises à une obligation de transport, dans une position concurrentielle telle, par rapport à PTT-Post BV, que l'équilibre financier de celle-ci peut en être ébranlé et qu'elle ne serait plus en mesure de s'acquitter de l'obligation de transport qui lui est imposée par la loi. L'intérêt de PTT-Post BV à la procédure ne saurait donc être sérieusement contesté.

C — Examen des moyens d'annulation « formels » articulés contre la décision

6. Les moyens invoqués par les parties requérantes sont identiques pour la plupart, même s'ils ne sont pas toujours structurés de la même manière. Nous les avons donc regroupés en deux chapitres à l'effet de notre analyse. Cette partie de nos conclusions sera consacrée à l'examen des moyens d'annulation « formels » qui ont trait respectivement au pouvoir de la Commission de prendre la décision querellée (chapitre C, paragraphe 1, ci-après), à la violation des droits de la défense (chapitre C, paragraphe 2, ci-après) et à la motivation de la décision querellée (chapitre C, paragraphe 3, ci-après). Dans la partie suivante de nos

12 — Voir le douzième considérant de la décision querellée.

13 — Voir le treizième et le quatorzième considérant de la décision querellée.

14 — Voir les seizième, dix-septième et dix-huitième considérants de la décision querellée.

15 — Nous reviendrons ultérieurement (aux points 28 à 31) sur ce point qui est lié à l'applicabilité à PTT-Post BV des trois conditions auxquelles les services de messagerie peuvent être fournis dans le cas des lettres d'un poids inférieur à 500 g (voir le point 3 ci-avant).

conclusions (chapitre D), nous examinerons le caractère fondé de la décision querellée.

Notre analyse des chapitres C, paragraphe 1, et C, paragraphe 2, nous amènera à la conclusion que l'article 90, paragraphe 3, du traité confère bel et bien un pouvoir de décision à la Commission, mais qu'elle n'a pas exercé ce pouvoir en l'espèce avec le respect requis pour les droits de la défense. Dès lors, nous présenterons notre examen aux chapitres C, paragraphe 3, et D uniquement à titre subsidiaire pour l'hypothèse où la Cour ne partagerait pas notre jugement sur les points traités aux chapitres C, paragraphe 1, et C, paragraphe 2.

1. *Abus du pouvoir conféré par l'article 90, paragraphe 3*

7. Les parties requérantes soutiennent que, en adoptant la décision querellée, la Commission a abusé du pouvoir qui lui est conféré par l'article 90, paragraphe 3, du traité. Elles soutiennent en effet que lorsque la Commission veut intervenir à l'encontre de violations alléguées du traité par les États membres, elle doit suivre la procédure prévue par l'article 169 du traité CEE, sauf lorsque le traité CEE institue une dérogation expresse, comme c'est le cas, par exemple, aux articles 93, paragraphe 2, 100 A, paragraphe 4, et 225. En d'autres termes, en prenant la décision querellée, la Commission aurait détourné de son but le pouvoir d'adopter des décisions que l'article 90, paragraphe 3, lui confère expressément, et cela — pour reprendre les termes du gouvernement néerlandais — afin d'exercer un contrôle répressif sur un État membre (en l'occurrence les Pays-Bas). Il s'imposait d'autant plus, selon les parties requérantes, d'utiliser la procédure « normale » prévue par l'article 169, que la décision querellée concerne des dispositions légales au sens formel. Une décision prise sur la base de l'article 90, paragraphe 3, est en effet pourvue d'un effet juridique immédiat et un recours dirigé contre une telle décision n'a pas d'effet suspensif; en revanche, une procédure engagée sur la base de l'article 169 n'est pas assortie d'effets aussi sévères: la législation en cause continue à produire ses effets juridiques, aussi bien pendant la phase précontentieuse que pendant la procédure devant la Cour.

8. Cette affirmation n'est pas de nature à nous convaincre. Si nous examinons d'abord la seconde partie de celle-ci, qui a trait à l'*effet juridique* immédiat *et* aux *effets sévères* dont est assortie une décision prise sur la base de l'article 90, paragraphe 3, il y a lieu de relativiser la différence entre cette procédure et une procédure engagée sur la base de l'article 169. Cette dernière peut éventuellement aboutir à un arrêt de la Cour qui ne peut pas être contesté parce qu'il n'est susceptible d'aucun recours (voir article 171). Une intervention de la Commission sur la base de l'article 90, paragraphe 3, a, en revanche, de tout autres conséquences juridiques: elle aboutit à une décision, c'est-à-dire un acte obligatoire, mais qui peut être attaqué. Lorsque l'État membre auquel cette décision est adressée estime qu'elle est incompatible avec des règles formelles ou matérielles du droit communautaire, il peut en effet saisir la Cour de justice d'un recours en annulation sur la base de l'article 173 du traité CEE et, s'il le souhaite, demander le sursis à l'exécution de l'acte en question sur la base de l'article 185 du traité.

Il est vrai, de surcroît, que le pouvoir d'adopter des décisions conféré à la Commission par l'article 90, paragraphe 3, permet une intervention plus efficace que la procédure prévue par l'article 169: contrairement à un « avis motivé » au sens de l'article 169, paragraphe 1, une décision adoptée sur la base de l'article 90, paragraphe 3, produit des effets juridiques immédiats, même lorsqu'elle fait l'objet d'un recours en annulation (sous réserve d'une décision de la Cour ordonnant le sursis à l'exécution). Cela est cependant la conséquence logique et inévitable du pouvoir de contrôle, valable dans un domaine spécifique, qui est conféré à la Commission par l'article 90, paragraphe 3, et une conséquence du fait que ce pouvoir conféré par l'article 90, paragraphe 3, peut notamment être exercé au moyen de décisions. Or, dans l'arrêt récent qu'elle a rendu dans l'affaire 226/87 [16], la Cour a confirmé expressément qu'une décision prise sur la base de l'article 90, paragraphe 3, fait partie de la catégorie générale des décisions au sens de l'article 189, et est dès lors obligatoire en tous ses éléments pour l'État membre à qui elle est adressée. Selon le gouvernement néerlandais, de telles décisions ne peuvent contenir que des « indications », dans lesquelles est exposée aux États membres la manière dont ils doivent concevoir les obligations qui leur incombent en vertu de l'article 90, paragraphe 1. Cette interprétation du gouvernement néerlandais est indéfendable, car elle réduirait ces décisions à des « recommandations » ou à des « avis » non obligatoires au sens de l'article 189. Cette affirmation n'est du reste pas nouvelle: dans les affaires 226/87 [17] et C-202/88 [18] également, la Cour a rejeté l'argument selon lequel l'article 90, paragraphe 3, ne permettrait à la Commission de rendre que des « avis » ou des « recommandations » [19]. (Nous allons revenir immédiatement à l'affaire C-202/88, dans laquelle il s'agissait du pouvoir de la Commission de prendre des *directives* sur la base de l'article 90, paragraphe 3).

9. Que faut-il penser de l'argument principal du gouvernement néerlandais, à savoir que, en recourant à des décisions fondées sur l'article 90, paragraphe 3, pour déclarer incompatibles avec le traité des dispositions de droit national, c'est-à-dire, pour reprendre les termes du gouvernement néerlandais, en faisant un usage « répressif » de sa compétence à prendre de telles décisions, la Commission se rend coupable d'un *abus* de pouvoir? Nous ne croyons pas que le gouvernement néerlandais soit sur la bonne voie et nous nous fondons en cela sur une indication significative qui figure dans l'affaire 226/87 déjà citée [20]. Cette affaire avait pour objet une procédure engagée sur la base de l'article 169 que la Commission avait entamée à l'encontre de la République hellénique pour motif de non-respect d'une décision de la Commission, rendue sur la base de l'article 90, paragraphe 3, dans laquelle elle avait constaté l'incompatibilité d'une loi grecque avec les articles 52, 54, 5, paragraphe 2, et 3, sous f), du traité. Le gouvernement grec a contesté la légalité de cette décision devant la Cour, mais celle-ci a refusé d'examiner ce moyen de défense, parce que le gouvernement grec n'avait pas demandé l'annulation de cette décision dans le délai prescrit par l'article 173. Le gouver-

16 — Voir l'arrêt du 30 juin 1988, Commission/Grèce, points 11 et 12 (226/87, Rec. p. 3611).

17 — Citée à la note précédente.

18 — Arrêt du 19 mars 1991, France/Commission (Rec. p. I-1223).

19 — Voir les points 10 à 12 de l'arrêt du 30 juin 1988, précité, 226/87, où la Cour écarte l'argumentation du gouvernement grec, selon lequel une décision de la Commission rendue sur la base de l'article 90, paragraphe 3, n'est, en réalité, rien de plus qu'un « avis ». Voir également le point 16 de l'arrêt du 19 mars 1991, précité, C-202/88, où est reproduite l'affirmation du gouvernement français, selon lequel l'article 90, paragraphe 3, permet uniquement à la Commission d'« indiquer aux États membres, dans les cas où les conditions de mise en conformité avec le traité ne sont pas évidentes, les moyens à mettre en œuvre pour assurer cette conformité ». Cet argument est rejeté par la Cour au point 17.

20 — Voir la note 16 ci-avant et la partie du texte auquel elle se rapporte.

nement hellénique avait bien rétorqué à cette exception

« ... que, dans le cas d'espèce et pour répondre à une exigence fondamentale de l'ordre juridique communautaire, la Cour devrait néanmoins exercer son contrôle, par voie d'exception, sur la décision du 24 avril 1985. En effet, celle-ci méconnaîtrait le principe fondamental de la répartition des compétences entre la Communauté et les États membres et manquerait ainsi de toute base juridique dans l'ordre communautaire » (point 15 de l'arrêt).

La Cour a cependant écarté cet argument en observant que cette objection du gouvernement grec

« ... ne pourrait être accueillie que si l'acte en cause était affecté de vices particulièrement graves et évidents, au point de pouvoir être qualifié d'acte inexistant (arrêt du 26 février 1987, Consorzio Cooperative d'Abruzzo, 15/85, Rec. p. 1005). Or, l'argumentation avancée par la République hellénique ne contient aucun élément précis de nature à conférer une telle qualification à la décision de la Commission. Elle a d'ailleurs elle-même considéré que la décision du 24 avril 1985 n'était pas inexistante lorsqu'elle a annoncé tout au long de la procédure précontentieuse son intention de s'y conformer » (point 16 de l'arrêt).

Il semble que les vices pouvant affecter un acte au point de le rendre inexistant, au sens de la citation qui précède, incluent également l'incompétence de la Commission à rendre une décision sur la base de l'article 90, paragraphe 3. C'est ainsi que la Cour a admis implicitement, mais sans aucun doute possible, que cette disposition confère à la Commission le pouvoir de constater, par voie de décision, l'incompatibilité d'une loi nationale avec le traité.

10. Le gouvernement néerlandais maintient néanmoins que son affirmation trouve une confirmation dans l'arrêt du 19 mars 1991, C-202/88 [21]. Dans cette affaire, le gouvernement français avait contesté la compétence de la Commission à constater, sur la base de l'article 90, paragraphe 3, l'incompatibilité des dispositions légales nationales avec le traité au moyen d'une *directive*; selon le gouvernement français, une telle constatation ne pouvait s'effectuer que par le biais de la procédure instituée par l'article 169. La Cour a rejeté cette thèse au moyen des considérants suivants:

« ... l'article 90, paragraphe 3, du traité confère à la Commission le pouvoir de préciser, de façon générale, par voie de directives, les obligations qui découlent du paragraphe 1 de cet article. La Commission met en œuvre ce pouvoir lorsque, sans prendre en considération la situation particulière existant dans les différents États membres, elle concrétise les obligations qui s'imposent à ceux-ci en vertu du traité. Un tel pouvoir ne saurait, de par sa nature même, se prêter à faire constater qu'un État membre a manqué à une obligation déterminée qui lui incombe en vertu du traité.

Or, il résulte du contenu de la directive en cause en l'espèce que la Commission s'est bornée à déterminer, de façon générale, les obligations qui, conformément au traité, s'imposent aux États membres. En conséquence, elle ne saurait être interprétée

21 — Précité, note 18.

comme constatant des manquements concrets d'États membres déterminés à des obligations dérivées du traité ... » (points 17 et 18 de l'arrêt).

Ce passage nous inspire deux observations. *Tout d'abord* nous relevons que la Cour s'est prononcée uniquement sur l'adoption de *directives* et que le moyen pris par le gouvernement français a été rejeté en raison du caractère d'applicabilité générale de la directive attaquée dans cette affaire, de sorte qu'il ne pouvait s'agir d'un usage « répressif » du pouvoir de la Commission. En revanche, l'arrêt ne se prononce pas sur la question de savoir si la Commission a le pouvoir de constater l'incompatibilité avec le traité d'une disposition de droit national *au moyen d'une décision.* Il est donc impossible d'affirmer que cet arrêt étaye l'argument du gouvernement néerlandais. De surcroît, le passage susmentionné de l'arrêt ne saurait être interprété en ce sens que l'article 90, paragraphe 3, permettrait à la Commission de constater l'incompatibilité de dispositions de droit national uniquement au moyen de directives *en raison du caractère d'applicabilité générale d'une directive*: en effet, à l'instar d'une décision, une directive peut être adressée à un seul État membre [22]. En d'autres termes, le caractère essentiel d'une directive n'en est *pas* la portée générale, *mais bien* le fait qu'elle impose à l'État membre ou aux États membres au(x)quel(s) elle est destinée un « résultat à atteindre » tout en leur laissant la liberté de choisir la forme et les moyens permettant d'atteindre ce résultat.

En second lieu nous observons que dans le passage qui précède, la Cour circonscrit l'étendue de la compétence que l'article 90, paragraphe 3, confère à la Commission en se référant à l'article 90, paragraphe 1: il appartient à la Commission de préciser ou de concrétiser les obligations que l'article 90, paragraphe 1, impose aux États membres. L'article 90, paragraphe 1, est lui-même une disposition qui se réfère à d'autres et qui interdit aux États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques ou les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, d'édicter des mesures contraires aux règles du traité. Or, nous ne voyons pas pourquoi les obligations qui incombent à un État membre déterminé en vertu du traité ne peuvent être précisées au moyen d'une décision, dès lors que l'article 90, paragraphe 3, autorise *explicitement* la Commission à exercer son pouvoir de surveillance au moyen de décisions.

11. Nulle objection contre l'utilisation d'une décision ne saurait, en tout cas, être retenue, selon nous, lorsque, comme c'est le cas dans la décision qui nous occupe aujourd'hui, la Commission constate l'incompatibilité d'une disposition de droit national avec une disposition du traité *directement applicable,* comme l'article 90, paragraphe 1, lu en combinaison avec l'article 86 [23], c'est-à-dire une disposition du

22 — Cette solution ressort déjà du texte de l'article 189 qui dispose que, contrairement à un règlement qui « a une une portée générale » et « est directement applicable dans tout État membre », une directive ne lie « tout État membre destinataire » que quant au résultat à atteindre. La question a même été soulevée dans la doctrine de savoir si une directive a une portée générale *überhaupt.* Voir Von der Groeben, H., von Boeckh, H., Thiesing, J., et Ehlermann, C.-D.: *Kommentar zum EWG-Vertrag,* Baden-Baden, 1983, p. 562, paragraphe 39. Le Conseil et la Commission adressent d'ailleurs régulièrement des directives à un seul État membre, notamment lorsqu'il s'agit d'un problème spécifique qui ne touche que cet État membre. Voir par exemple la directive 79/174/CEE du Conseil, du 6 février 1979, relative au programme de protection contre les inondations de la vallée de l'Hérault (JO L 38, p. 18) dont le seul destinataire était la République française, la directive 81/6/CEE du Conseil, du 1er janvier 1981, autorisant la République hellénique à communiquer et à mettre en œuvre ses plans nationaux d'éradication accélérée de la brucellose et de la tuberculose des bovins (JO L 14, p. 22) et la directive 81/1060/CEE du Conseil, du 14 décembre 1981, portant dérogation, en faveur du royaume des Pays-Bas, à la directive 73/403/CEE relative à la synchronisation des recensements généraux de la population (JO L 385, p. 34).

23 — La Cour a déjà confirmé dans son arrêt du 30 avril 1974, Sacchi, point 17 (155/73, Rec. p. 409), que l'obligation imposée par l'article 90, paragraphe 1, lu en combinaison avec l'article 86 est dotée d'effet direct.

traité qui confère aux particuliers des droits qu'ils peuvent invoquer directement à l'égard de l'État membre concerné, sans qu'aucune intervention d'une institution communautaire ou d'une autorité nationale soit nécessaire. En pareil cas, une décision de la Commission est purement déclarative et ne présente aucun caractère constitutif, c'est-à-dire qu'elle précise une obligation déjà existante sans en imposer de nouvelle. Nous ne voyons guère, à la lecture des termes de l'article 90, paragraphe 3, comment cette compétence pourrait être refusée à la Commission. On ne saurait pas davantage soutenir qu'une telle décision est de nature « répressive », dès lors que l'incompatibilité des dispositions de droit national ne résulte pas de la décision, mais *directement de la disposition du traité concernée*[24]. Le fait que la règle nationale en cause soit de nature législative est sans incidence, dès lors que la primauté des dispositions du droit communautaire dotées d'effet direct vaut tout aussi bien à l'égard des règles nationales de nature légale.

12. A l'appui de son interprétation restrictive de la compétence de décision visée à l'article 90, paragraphe 3, le gouvernement néerlandais tire également argument du fait que, contrairement à l'article 93, paragraphe 2 (qui autorise la Commission à citer directement devant la Cour de justice un État membre qui ne se conforme pas à une décision sanctionnant une aide d'État), l'article 90, paragraphe 3, ne déroge pas à l'article 169 du traité.

Cet argument ne peut pas davantage être retenu. Le fait que l'article 90, paragraphe 3, ne contienne aucune référence à l'article 169 ne saurait en effet pas fournir un argument permettant de restreindre la *portée* du pouvoir que l'article 90, paragraphe 3, confère à la Commission d'intervenir par voie de décision. L'absence d'une telle référence signifie uniquement que — contrairement à ce qu'elle peut faire pour assurer l'application des décisions adoptées sur la base de l'article 93, paragraphe 2 — la Commission ne peut pas, pour assurer l'*application* des décisions ou directives adoptées sur la base de l'article 90, paragraphe 3, saisir directement la Cour de justice d'une violation d'une mesure édictée par la Commission, sans avoir recours à la procédure précontentieuse instituée par l'article 169[25].

13. Les parties requérantes invoquent encore un dernier argument: le paragraphe 3 de l'article 90 ne permettrait pas à la Commission de se prévaloir d'un pouvoir d'agir par voie de décision, parce que cette disposition n'offre aucune garantie de procédure à l'État membre concerné. A cet argument, la Commission réplique que l'absence de garanties procédurales écrites ne saurait en aucun cas être décisive pour trancher la question de savoir si un article du traité peut constituer la base juridique d'un acte d'une institution communautaire (c'est-à-dire la base juridique de la *compétence* de cette institution).

24 — Bien que la Cour n'ait pas à se prononcer sur ce point dans l'affaire qui nous occupe aujourd'hui, il nous paraît logique que la Commission puisse également, sur la base de l'article 90, paragraphe 3, imposer à un État membre de mettre une règle de droit national en conformité avec une disposition du traité non pourvue d'effet direct [comme les articles 3, sous f), et 5 — qui étaient d'ailleurs cités dans la décision à laquelle l'affaire 226/87 avait trait]. Une telle mesure *n'a pas* alors pour effet d'écarter de plein droit l'application obligatoire de la règle nationale concernée, mais uniquement d'obliger l'État membre à modifier la règle en cause. Il semble qu'une directive adressée à l'État membre concerné soit l'instrument le plus approprié à cet effet.

25 — Voir également la note 27 ci-après.

En principe, nous partageons le point de vue de la Commission. En effet, l'absence de garanties écrites n'empêche pas la Commission d'être liée, dans ses interventions, par les principes généraux du droit communautaire, qui comprennent le respect des droits de la défense (et en particulier le principe du contradictoire) et le respect du principe de bonne administration. La Cour n'a d'ailleurs jamais hésité à imposer à la Commission de respecter ces principes, même en l'absence d'un texte écrit. Tel fut le cas, par exemple, de la protection de la correspondance confidentielle entre un avocat et son client, un droit qui n'est pas conféré par le règlement n° 17[26].

Bien que l'absence de garanties procédurales écrites ne fasse donc normalement pas obstacle au pouvoir de la Commission, nous souhaitons néanmoins souligner que, en raison de l'effet juridique, en principe immédiat, des mesures que la Commission peut prendre lorsqu'elle constate une violation d'une disposition du traité, ces mesures demeurant en tout état de cause susceptibles de recours, elle doit exercer sa compétence en s'appliquant tout spécialement à respecter les droits de la défense et le principe de bonne administration, en tout cas lorsque (comme c'est le cas en l'espèce) sa décision a également pour effet de modifier directement et individuellement la situation juridique d'entreprises (publiques). Cela est d'autant plus exact que, à l'appui du droit qu'elle revendique de pouvoir pleinement intervenir par voie de décision sur la base de l'article 90, paragraphe 3, la Commission se réfère au pouvoir de décision dont elle dispose déjà dans le cadre des articles 85 et 86, d'une part, et de l'article 92, d'autre part, et qu'elle affirme à cet égard que son pouvoir de contrôle ne peut souffrir aucune lacune en ce qui concerne les mesures étatiques qui touchent les entreprises publiques et les entreprises qui disposent de droits spéciaux ou exclusifs. Si l'on accueille cet argument, comme nous le faisons en principe[27], il faut alors logiquement admettre également que, dans l'exercice de ce pouvoir, la Commission est liée par des règles de procédure qui permettent un égal respect des droits de la défense. Nous en tirerons les conséquences nécessaires dans le cadre de l'examen du moyen suivant.

26 — Voir l'arrêt du 18 mai 1982, AM & S/Commission (155/79, Rec. p. 1575).

2. *Violation des droits de la défense*

14. Les deux parties requérantes font grief à la Commission d'avoir violé les droits de la défense au cours de la procédure qui a précédé l'adoption de la décision querellée. Il est vrai que leurs arguments comportent certaines divergences: le gouvernement néerlandais, auquel la décision a été adressée, se plaint de n'avoir pas été entendu de manière suffisante au cours de la procédure précontentieuse sur les objections soulevées par la Commission à l'encontre des nouvelles règles relatives aux services de messagerie. PTT-Post BV, qui n'était pas le destinataire de la décision mais qui est directement et individuellement concernée par elle (voir le point 5 ci-avant), soutient qu'elle avait un droit *propre* à être entendue par la Commission sur lesdites objections.

27 — Nous souhaitons cependant faire observer à cet égard que le pouvoir d'intervenir par voie de décision dont la Commission dispose pour assurer le respect des articles 85 et 92 est plus étendu que le pouvoir de décision que lui confère l'article 90, paragraphe 3, qui est à l'ordre du jour dans la présente affaire. Il s'agit ici, comme nous l'avons dit plus haut (au point 10), d'une décision constatant l'incompatibilité de dispositions nationales avec des dispositions du traité directement applicables. Dans le cas de l'article 92, paragraphe 3, et de l'article 85, paragraphe 3 (contrairement à l'article 85, paragraphe 1, et à l'article 86), il s'agit de décisions visant à assurer l'application de dispositions du traité non directement applicables et conférant ainsi à des dispositions du traité un effet direct vis-à-vis de certaines mesures d'aides étatiques ou d'ententes d'entreprises.

Nous examinerons d'abord l'argumentation de *PTT-Post BV* qui ne nous paraît pas fondée. Les décisions que la Commission adopte sur la base de l'article 90 du traité le sont dans l'exercice de sa compétence de contrôle des *États membres* et sont dirigées contre des mesures des *États membres* en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs. L'article 90 n'impose d'obligations qu'aux seuls États membres, de sorte que les décisions prises sur la base de cet article ne peuvent préciser que des obligations qui incombent aux États membres et non pas des obligations imposées aux entreprises par d'autres dispositions du traité[28]. De telles décisions peuvent évidemment avoir un impact sur les intérêts desdites entreprises, de sorte que, dans certains cas, elles sont directement et individuellement concernées par ces décisions (comme c'est le cas de PTT-Post BV en l'espèce). Cet élément ne signifie cependant pas que la Commission aurait l'obligation formelle d'entendre ces entreprises avant d'adopter sa décision. Cette solution résulte a contrario du texte de l'article 93, paragraphe 2, qui impose effectivement à la Commission, avant de prendre une décision en matière d'aides étatiques, l'obligation de mettre les « intéressés » en demeure de présenter leurs observations. La différence dans les garanties de procédure peut s'expliquer, selon nous, par la nature distincte des rapports des pouvoirs publics avec, d'une part, les entreprises publiques et les entreprises titulaires de droits spéciaux ou exclusifs et, d'autre part, les entreprises qui bénéficient de l'aide de l'État. Il est permis de supposer que les entreprises de la première catégorie sont étroitement liées à l'État, du moins pour l'accomplissement de la mission qui leur a été confiée[29]. On peut donc légitimement supposer qu'elles auront été informées de toute procédure pendante, ce qui rend superflue l'obligation de procéder à leur audition distincte. Pour les entreprises qui reçoivent une aide de l'État, ce n'est pas nécessairement le cas.

Même si la Commission n'a pas l'obligation formelle de procéder à l'audition de telles entreprises, elle doit cependant tenir spécialement compte de leurs intérêts lorsqu'elle examine les observations de l'État membre concerné, et notamment lorsqu'elle sait ou doit savoir que leurs intérêts peuvent être touchés directement et individuellement par la décision à prendre. En ce qui concerne la présente affaire concrètement, la Commission a indiqué, sans qu'il lui soit opposé de démenti, i) que PTT-Post BV avait connaissance des contacts entre le gouvernement néerlandais et les services de la Commission; ii) qu'une concertation (informelle) avait eu lieu le 5 octobre 1988 entre les fonctionnaires de PTT-Post BV et ceux de la Commission à propos de la nouvelle loi postale, et iii) que la Commission avait, le 7 novembre, adressé aux PTT une lettre dans laquelle elle mettait en doute la compatibilité du projet de loi avec le traité et annonçait au gouvernement néerlandais qu'elle lui adresserait une lettre distincte dans laquelle elle préciserait ses objections[30]. Les PTT auraient donc pu choisir de s'exprimer indépendamment du gouvernement néerlandais et d'exposer à la Commission un point de vue propre dont celle-ci aurait alors été

28 — Cela a été expressément confirmé dans l'arrêt du 19 mars 1991, précité (note 18), points 24 et 55, dans lesquels la Cour a souligné que l'article 90 ne confère de pouvoir de contrôle à la Commission qu'à l'égard des mesures étatiques et que les comportements anticoncurrentiels qui ont été adoptés par les entreprises de leur propre initiative ne peuvent être mis en cause que par des décisions individuelles prises en application des articles 85 et 86 du traité.

29 — Si cela va de soi pour les entreprises publiques, cela vaut également pour les entreprises dotées de droits spéciaux ou exclusifs qui sont mises sur le même pied que les entreprises publiques par l'article 90, parce que le statut privilégié qui leur a été conféré par les pouvoirs publics (mais qui, par hypothèse, peut leur être enlevé également) les rend particulièrement dépendantes de ceux-ci. Voir l'arrêt du 6 juillet 1982, France, Italie et Royaume-Uni/Commission, point 12 (188/80 à 190/80, Rec. p. 2545).

30 — Il s'agit ici du télex du 29 novembre 1988 sur lequel nous allons revenir immédiatement.

obligée de tenir dûment compte. Mais, dans l'état actuel du droit communautaire, il ne saurait être fait grief à la Commission de ne pas avoir invité, de sa propre initiative, les PTT à lui faire parvenir une telle prise de position.

15. Le *gouvernement néerlandais* estime que ses droits procéduraux ont été foulés aux pieds parce que la Commission ne l'aurait pas suffisamment entendu. Plus précisément, il fait grief à la Commission d'avoir adopté sa décision sans l'avoir recontacté, malgré une lettre qu'il lui avait adressée le 16 janvier 1989; il soutient qu'il n'y a jamais eu de véritable échange de vues (oral ou écrit) entre la Commission et lui-même. Il estime contestable également que, après avoir reçu sa lettre du 16 janvier 1989, la Commission ait encore pris des contacts avec un certain nombre d'organisations de messagerie sans lui communiquer les conclusions de ces entretiens.

16. L'appréciation de ce moyen doit tenir étroitement compte du déroulement de la procédure qui a précédé l'adoption de la décision querellée. Sur la base des pièces du dossier, ce déroulement peut être esquissé de la manière suivante.

Le 5 octobre 1988, la Commission a eu des entretiens informels avec les représentants des PTT à propos du projet de la nouvelle loi postale; il n'est pas contesté que ces entretiens ont porté également sur la situation juridique des entreprises de messagerie aux Pays-Bas. A la suite de ces entretiens, la Commission a adressé aux PTT, le 7 novembre 1988, une lettre dans laquelle elle a déclaré, à propos de l'article 12, paragraphe 2, du projet de loi (et plus particulièrement en ce qui concerne la règle envisagée d'un prix minimal pour les services de messagerie) que cette disposition « (semble) incompatible avec le traité CEE »[31]. Elle a également fait savoir dans cette lettre qu'elle « communiquera officiellement ses objections sur ces dispositions au gouvernement néerlandais dans une lettre distincte ». Cette lettre distincte a pris la forme d'un télex daté du 29 novembre 1988[32]. Par ce télex, le gouvernement néerlandais est avisé que les services de la Commission estiment, « au terme d'une première enquête », que les articles 2 et 12 du projet de nouvelle loi postale sont incompatibles avec l'article 90 du traité CEE, lu en combinaison avec les articles 30, 59, 85 et 86 du traité, en raison du fait que la nouvelle loi postale soumettra la prestation de services de messagerie

« à des conditions restrictives qui défavorisent considérablement les entreprises (de messagerie) concernées par rapport au service de messagerie des PTT (service EMS) et les empêchera de continuer à prester certains de leurs services, notamment ceux qui étaient fournis à un prix inférieur au minimum fixé par arrêté.

La condition inscrite à l'article 12, paragraphe 2, sous a), n'offre pas la moindre sécurité juridique aux services de messagerie internationaux.

La condition énoncée sous b)[33] de la même disposition rend toute concurrence sur les prix impossible dans de nombreux cas et a le

31 — Voir annexe 6 à la requête du gouvernement néerlandais dans l'affaire C-48/90.

32 — Voir annexe 3 à la requête du gouvernement néerlandais dans l'affaire C-48/90.

33 — Dans la version définitive de la loi postale, la règle du prix minimal a été formulée à l'article 12, paragraphe 2, sous a), point 2.

même effet qu'un accord sur les prix prohibé par les règles du traité ».

Dans son télex, la Commission prend également position sur l'éventuelle applicabilité de l'article 90, paragraphe 2: sur la base des éléments de fait dont elle disposait, la Commission a affirmé que les revenus que les PTT tirent des envois délivrés par service accéléré ne présentaient qu'une importance secondaire pour eux et que l'application des règles de la concurrence ne les empêche donc pas de s'acquitter des missions qui leur ont été confiées. Le télex conclut en invitant le gouvernement néerlandais à faire connaître son point de vue et indique que, dans l'hypothèse où les éléments énoncés dans le télex devraient être confirmés, la Commission pourrait estimer devoir prendre une décision sur la base de l'article 90, paragraphe 3.

Le gouvernement néerlandais a répondu à ce télex par une lettre datée du 16 janvier 1989. Après avoir reçu cette lettre, la Commission a entamé des concertations avec un certain nombre d'entreprises de messagerie relativement à la réponse du gouvernement néerlandais et relativement aux « effets prévisibles des dispositions ... de la nouvelle loi postale sur les activités (de messagerie) directement concernées »[34]. La décision querellée a ensuite été prise le 20 décembre 1989, sans autre concertation avec le gouvernement néerlandais.

17. Eu égard aux éléments que nous venons d'exposer et plus précisément au contenu du télex de la Commission et aux contacts ultérieurs qui ont eu lieu entre la Commission et les organisations de messagerie, nous estimons que le moyen du gouvernement néerlandais est fondé.

Le télex de la Commission nous paraît insuffisamment étayé sur le plan juridique pour pouvoir être reçu comme un document de nature à informer correctement le gouvernement néerlandais des considérations qui ont finalement amené la Commission à déclarer, dans la décision querellée, la loi postale incompatible avec le droit communautaire. A cet égard, nous attirons l'attention sur le fait que cette déclaration d'incompatibilité de la loi postale *dans la décision querellée* est exclusivement fondée sur l'argument que la loi postale enfreint l'article 90, paragraphe 1, lu en combinaison avec l'article 86 (et non plus lu en combinaison avec les articles 30, 59 et 85 qui étaient également cités dans le télex). La Commission indique à ce propos dans la décision entreprise que les PTT occupent une position dominante sur le marché des services postaux de base et que la loi postale a pour conséquence i) que cette position dominante est élargie au marché des services de messagerie, entraînant le risque que toute concurrence soit éliminée sur ce marché, ii) que les consommateurs de services de messagerie se voient imposer des prix et conditions inéquitables, et iii) que l'offre sur le marché des services de messagerie s'en trouve limitée. Le *télex du 29 novembre 1988* ne porte pas la moindre trace de ce raisonnement. Il suggère, certes, que le projet de loi postale enfreindrait l'article 90, lu en combinaison avec l'article 86, mais cette affirmation n'est étayée par aucun argument juridique. Le seul considérant à caractère juridique relatif à l'application des règles de concurrence du traité (à savoir que le tarif minimal « a le même effet qu'un accord sur les prix prohibé par les règles du traité ») porte sur l'applicabilité de l'article 85, et non sur celle de l'article 86.

34 — Voir la duplique de la Commission dans l'affaire C-48/90, point 32, p. 19.

L'absence de toute argumentation sur ce point nous paraît d'autant plus grave que la décision querellée (comme la Commission l'admet elle-même sans réserve) ne fait pas une application de routine des règles de la concurrence, mais constitue au contraire une nouvelle étape dans l'application des dispositions combinées des articles 90 et 86, une étape qui est basée sur une application par analogie de l'arrêt Telemarketing [35], qui n'est même pas mentionné dans le télex. Tout bien considéré, il faut donc constater que l'argumentation juridique sur laquelle repose la décision querellée a été élaborée *après* l'envoi du télex en question, c'est-à-dire, en d'autres termes, que le gouvernement néerlandais n'a pas été mis véritablement en mesure de prendre attitude sur cette argumentation. Nous estimons donc qu'il est déplacé pour la Commission d'affirmer, dans le préambule de la décision, qu'elle aurait donné aux autorités néerlandaises l'occasion de faire connaître leur point de vue sur la communication des griefs soulevés par la Commission à propos des articles 2 et 12 du projet de nouvelle loi postale. Il est d'ailleurs symptomatique que, dans sa duplique, la Commission conteste avoir qualifié son télex du 29 novembre de communication des griefs [36]. Ce faisant, elle demeure cependant en défaut d'indiquer dans quel document elle aurait alors effectivement opéré sa communication des griefs.

18. Les contacts qui ont eu lieu entre la Commission et les organisations de messagerie, après que le gouvernement néerlandais eût envoyé sa lettre du 16 janvier 1989, laissent aussi à penser. La Commission reconnaît elle-même que cette concertation avait trait notamment aux effets de la nouvelle loi postale sur la prestation des services de messagerie aux Pays-Bas et que les organisations de messagerie se sont vu offrir alors l'occasion de fournir un commentaire sur la lettre du gouvernement néerlandais. Dans ces conditions, on ne saurait contester sérieusement que le principe *audi alteram partem* imposait à la Commission l'obligation soit d'associer le gouvernement néerlandais à cette concertation, soit au moins de l'informer des conclusions qu'elle avait tirées de cette concertation quant à la compatibilité de la nouvelle loi postale avec le traité. Entre la date de la réaction du gouvernement néerlandais au télex du 29 novembre 1988 (le 16 janvier 1989) et la date de la décision querellée (le 20 décembre 1989), la Commission a disposé de suffisamment de temps pour organiser une telle concertation. Le fait que, selon les dires de la Commission, cette concertation ne pouvait porter que sur des documents accessibles au public est sans incidence à cet égard.

19. Les éléments que nous venons d'exposer entraînent la conclusion i) que les droits du gouvernement néerlandais ont été violés à deux égards: par l'absence d'une communication dans laquelle les griefs de la Commission auraient été exposés avec suffisamment d'arguments juridiques et par le non-respect du principe *audi alteram partem*, et ii) que cette violation a privé le gouvernement néerlandais de l'occasion de définir et de défendre son point de vue en connaissance de cause. Nous estimons, dès lors, que nous sommes en présence d'une violation de règles relatives aux formes substantielles, de sorte que la décision de la Commission doit être annulée pour ce motif. Dans l'hypothèse où la Cour estimerait cependant que la Commission a bel et bien respecté les droits de la défense du gouvernement néerlandais, il nous faut à présent examiner les autres moyens articulés par les parties requérantes.

35 — Arrêt du 3 octobre 1985, CBEM (311/84, Rec. p. 3261).

36 — Voir le point 32 in fine de sa duplique dans l'affaire C-48/90.

3. *Les griefs relatifs à la motivation de la décision querellée*

20. Les griefs articulés dans le cadre de ce moyen par le gouvernement néerlandais et par PTT-Post BV peuvent être regroupés en quatre branches:

i) *terminologie*: la décision est insuffisamment motivée, voire incompréhensible, parce que la Commission confond des notions essentielles; les « rectificatifs » du 2 février 1990 n'ont apporté aucune solution, car ils constituent des modifications de fond de la décision querellée;

ii) la décision est *incompréhensible* parce qu'il lui manque l'intelligence requise des dispositions et services en cause;

iii) la décision est dépourvue de *fondement en fait* parce qu'elle repose sur des données de fait inexactes;

iv) le *dispositif* est trop large parce qu'il n'est pas soutenu par les considérants de la décision; il est, en outre, trop vague parce qu'il ne précise pas de quelle manière le gouvernement néerlandais doit s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu du traité.

Ces griefs doivent être appréciés au départ de la jurisprudence constante de la Cour, selon laquelle l'obligation que l'article 190 du traité fait au Conseil et à la Commission de motiver leurs actes a pour but, d'une part, de permettre aux intéressés d'apprécier si l'acte est entaché d'un vice sur la base duquel sa légalité peut être contestée et, d'autre part, d'en permettre le contrôle judiciaire. C'est la raison pour laquelle le raisonnement de l'institution qui a pris l'acte concerné doit être exprimé d'une manière claire et sans ambiguïté, de manière à ce que les intéressés et la Cour puissent s'assurer des motifs qui ont entraîné l'adoption de la mesure [37].

Nous allons devoir consacrer des explications assez longues à ce sujet parce que les moyens invoqués rendent nécessaire une analyse détaillée et parfois toute en nuance. Si tel était l'usage, nous pourrions nous limiter, pour une grande partie des explications que nous allons énoncer jusqu'au point 34 inclus, à un exposé reproduit en petits (voire très petits) caractères.

a) La terminologie utilisée dans la décision et les rectificatifs

21. Selon le gouvernement néerlandais et PTT-Post BV, l'exposé des motifs de la décision querellée est incompréhensible parce qu'il utilise de manière incorrecte et/ou ambiguë les notions essentielles que sont le service postal de base, le courrier express (ou service de délivrance rapide) et le service de messagerie. Ils estiment que cela est corroboré principalement, mais non exclusivement, par le fait que la Commission a estimé nécessaire de publier un certain nombre de « rectificatifs » à cette décision quelque temps après l'avoir adoptée [38]. Ces « rectificatifs », qui n'ont été publiés que dans la version néerlandaise du *Journal offi-*

37 — Voir par exemple les arrêts du 30 septembre 1982, Amylum/Conseil, point 19 (108/81, Rec. p. 3107), et du 14 juillet 1983, Nebe/Commission, point 21 (176/82, Rec. p. 2475).

38 — Les rectificatifs ont été publiés dans la version néerlandaise du *Journal officiel des Communautés européennes* du 2.2.1990, p. 46.

ciel des Communautés européennes, n'ont pas été adoptés sous la forme d'une décision (ce qui n'était d'ailleurs pas l'intention de la Commission). Dès lors, quand ces rectificatifs comportent des modifications de fond par rapport à la décision querellée (comme l'affirment le gouvernement néerlandais et PTT-Post BV), il ne peut pas en être tenu compte pour trancher la question de savoir si la décision est correctement motivée [39]. Le gouvernement néerlandais a même expressément demandé l'annulation de ces rectificatifs parce qu'il s'agirait, selon lui, d'une nouvelle décision de la Commission qui aurait été prise sans que soient respectées les formes requises en matière de procédure.

22. Il nous faut déclarer d'emblée que l'argumentation des parties requérantes quant à l'impact des rectificatifs sur le contenu de la décision querellée ne nous convainc pas dans sa totalité. Selon nous, il faut, en l'espèce, faire une distinction entre trois types de rectificatifs. Un *premier* type de rectificatifs consiste dans des précisions ou des corrections d'erreurs manifestes de langage — comme c'est le cas pour les deux derniers rectificatifs, à savoir le remplacement de l'expression « De artikelen 2 en 12 » (« les articles 2 et 12 ») [40] par « De bepalingen van de artikelen 2 en 12 » (« les dispositions des articles 2 et 12 ») ainsi que la correction de « opgelegt » par « opgelegd ». De telles erreurs de langage ne constituent évidemment pas des lacunes dans la motivation de la décision.

23. Un *deuxième* type de rectificatif a pour objet d'apporter une plus grande uniformité dans la terminologie utilisée dans la décision [en particulier le remplacement de l'expression « expressepost » (« courrier exprès ») par « koeriersdiensten » ou « koeriersdienst » (« service de messagerie ») dans le onzième et le dix-septième considérant] ou de corriger la terminologie utilisée [voir le troisième considérant dans lequel l'expression « expressepost » (« courrier exprès ») est remplacée par l'expression « koeriersdienst » (« service de messagerie »), ainsi que le neuvième considérant dans lequel l'expression « de verzending van expressebrieven » (« l'envoi de lettres expresses ») est remplacée par l'expression « de versnelde verzending van brieven door koeriersdiensten » (« l'envoi accéléré de lettres par des services de messagerie »)].

Contrairement à ce que pense le gouvernement néerlandais, ces rectificatifs n'apportent pas non plus de modifications au contenu de la décision querellée. Les précisions ou corrections terminologiques apportées par ces rectificatifs ne font que confirmer ce qui ressortait déjà du contexte de la décision. Il ne faut d'ailleurs pas perdre de vue, à cet égard, que la signification et la délimitation réciproque des notions d'« expressepost » (« courrier exprès ») ou « expressevervoer » (« transport exprès ») ou encore « expressedienst » (« service exprès »), « spoedbesteldienst » (« service de délivrance rapide ») et « koeriersdienst » (« service de messagerie ») ne sont pas tellement claires et qu'il en était encore bien davantage ainsi au moment où la décision querellée a été adoptée. La raison en est qu'il s'agit de notions qui se réfèrent à des services dont certains n'ont été mis au point que récemment et qui sont souvent caractérisés par une évolution continue et rapide, de sorte qu'il n'est pas toujours simple de les distinguer les uns des autres. Les dénominations qui sont utilisées pour désigner ces services sont alors loin

39 — Voir l'arrêt du 23 février 1988, Royaume-Uni/Conseil, points 31 à 39 (131/86, Rec. p. 905).

40 — Nul ne conteste que cette modification a été apportée à la demande du gouvernement néerlandais qui souhaitait entendre préciser que *toutes* les dispositions des articles 2 et 12 de la loi postale de 1988 *n'étaient pas* frappées par la déclaration d'incompatibilité.

d'être des appellations reçues. Cela vaut en particulier pour les expressions « expressepost », « expressevervoer » et « expressedienst », d'une part, et « koeriersdienst », d'autre part. Les premières expressions sont en effet ambiguës parce qu'elles sont utilisées comme des synonymes pour désigner aussi bien le « spoedbesteldienst » (c'est-à-dire le service de transport accéléré qui est offert dans le cadre du service postal de base) que pour désigner le « koeriersdienst » (c'est-à-dire les services — multiples et variés — de transport accéléré et individualisé des lettres qui, au départ, n'étaient offerts que par des entreprises privées et qui plus tard l'ont été par les PTT également). C'est précisément en raison de cette ambiguïté que PTT-Post BV a choisi de renoncer totalement, dans les mémoires qu'elle a présentés, à l'usage de l'expression « expressepost ». Dans la pratique, néanmoins, elle fait usage de ce dernier terme, à savoir pour désigner son propre service de délivrance rapide, ainsi qu'il ressort de la photocopie de l'enveloppe que la Commission a jointe en annexe II au mémoire en défense qu'elle a présenté dans l'affaire C-66/90 [41]. La Commission a fait observer de surcroît [42], sans être contredite sur ce point par les PTT, que, en décembre 1989 (c'est-à-dire juste avant l'adoption de la décision), les PTT ont annoncé qu'ils allaient fournir des services de messagerie aussi bien sous l'appellation « EMS Express » que sous l'appellation « EMS Courier » [43]. Nous estimons en conséquence que l'ambiguïté qui résulte de l'usage confus des expressions « expressepost », « spoedbesteldienst » et « koeriersdienst » ne peut pas être reprochée à la Commission dans cette affaire et que les rectificatifs visant à établir une distinction plus claire entre l'expression « expressepost » (au sens de « spoedbesteldienst ») et l'expression « koeriersdienst » n'introduisent aucune modification de fond dans la décision querellée.

De surcroît — et c'est bien de cela qu'il s'agit ici, en fin de compte — aucune des expressions qui ont été corrigées par le deuxième type de rectificatif n'est de nature à rendre incompréhensible l'exposé des motifs de la décision. Il apparaît, en effet, chaque fois clairement du contexte que le terme « expressepost » vise les « koeriersdiensten » (« services de messagerie ») et non pas les « spoedbesteldiensten » (« services de délivrance rapide »). En d'autres termes, les rectificatifs n'ont fait que clarifier ce qui pouvait déjà être déduit du contexte de la décision elle-même.

24. Il demeure encore un *troisième* type de rectificatif, à savoir le rectificatif du quatrième considérant, deuxième ligne, dans lequel l'expression « spoedbestelling » (« délivrance rapide ») est remplacée par l'expression « koeriersdienst » (« service de messagerie »). Il est clair que le texte originel de la décision comportait une erreur terminologique qui ne trouve, cette fois, aucune circonstance atténuante dans la confusion qui existe entre les expressions « expressepost » et « koeriersdienst ». Il nous semble, en revanche, qu'il ne peut être affirmé avec sérieux que cette erreur terminologique rend incompréhensible l'exposé des motifs de la décision. Cette erreur apparaît en effet dans la première phrase du *quatrième* considérant de la directive qui ne

41 — Dans la terminologie « officielle » de l'union postale mondiale également, les notions de service de délivrance rapide et de courrier exprès sont utilisées indifféremment l'une pour l'autre, comme PTT-Post BV le fait observer dans la réplique qu'elle a présentée dans l'affaire C-66/90.

42 — Voir la fin du point 30 du mémoire en défense dans l'affaire C-66/90.

43 — A la note 24 de la réplique qu'ils ont présentée dans l'affaire C-66/90, les PTT soutiennent, il est vrai, que la *mise en place* effective de ces « services rapides » n'a eu lieu que le 1er juin 1990, c'est-à-dire après l'adoption de la décision. Ils ne contestent cependant pas que la campagne de publicité annonçant cette mise en place avait été lancée dès le mois de décembre 1989.

fait que développer [voir l'utilisation du mot « eveneens » (« également »)] la distinction qui venait d'être faite immédiatement avant dans le *troisième* considérant de la décision entre le service postal de base et le service de messagerie. Bien que l'erreur terminologique de la Commission soit incontestablement regrettable, elle ne constitue pas — vu le contexte — un obstacle à la compréhension, sur ce point, de l'exposé des motifs de la décision querellée.

Les considérations qui précèdent nous amènent à conclure que, contrairement à ce qu'affirment le gouvernement néerlandais et PTT-Post BV, les rectificatifs n'indiquent pas que l'exposé des motifs de la décision querellée serait insuffisammment clair ou même incompréhensible. Nous en avons déduit au contraire que les rectificatifs en question doivent être considérés *soit* comme des corrections grammaticales ou stylistiques évidentes, *soit* comme des précisions terminologiques supprimant des ambiguïtés conceptuelles qui ne peuvent être imputées à la Commission, *soit* comme des corrections d'erreurs terminologiques, et qu'aucun de ces rectificatifs ne fait obstacle à la compréhensibilité de l'exposé des motifs de la décision querellée. Il n'est donc pas d'une grande importance pour l'appréciation de la décision querellée de savoir si l'on peut tenir compte desdits rectificatifs. En ce qui concerne la demande distincte du gouvernement néerlandais visant à l'annulation des rectificatifs, elle ne nous paraît fondée que dans la mesure où elle a trait au troisième type de rectificatif, à savoir le remplacement, dans le quatrième considérant, de l'expression « spoedbestelling » par l'expression « koeriersdienst ». En ce qui concerne tous les autres rectificatifs, on ne peut pas, selon nous, juger qu'ils comportent une modification matérielle du contenu de la décision.

25. Les parties requérantes affirment, en outre, que l'exposé des motifs de la décision est incompréhensible du fait d'un certain nombre de confusions de concepts que la Commission n'a *pas* corrigées.

Il semble cependant qu'il s'agisse chaque fois de l'utilisation des termes « expressepost » ou « expressedienst » pour désigner *soit* des services de messagerie (voir les quatrième, quatorzième et quinzième considérants ainsi que l'article 1er de la décision), *soit* le service « EMS », qui était proposé par les PTT au moment de l'adoption de la décision et qui (à l'époque) pouvait, dans une certaine mesure mais pas complètement, être comparé aux services de messagerie proposés par des entreprises privées (voir les cinquième, sixième, quatorzième et dix-septième considérants de la décision). Il nous suffira donc de répéter ce que nous avons déjà déclaré plus haut (au point 23): étant donné que les expressions « expressepost » ou « expressedienst » sont également utilisées pour désigner des services de messagerie, l'utilisation de ces termes ne peut pas être qualifiée d'erreur terminologique. Il nous semble également que l'utilisation de ces termes ne peut pas davantage rendre incompréhensible l'exposé des motifs de la décision querellée. La première branche du troisième moyen doit donc être rejetée.

b) Défaut d'intelligence des dispositions et services en cause?

26. C'est principalement PTT-Post BV qui, sur ce point, a exprimé des critiques vis-à-vis de la décision entreprise. L'exposé de ses griefs ne nous paraît cependant pas très convaincant. C'est ainsi qu'elle reproche à la Commission de l'avoir désignée, elle,

PTT-Post BV, dans la décision querellée, comme étant la titulaire de la concession exclusive du transport des lettres (au lieu de désigner sa société mère, la Koninklijke PTT Nederland NV) et d'affirmer à tort que le tarif maximal pour les services obligatoires de transport appliqué par les PTT s'élèverait à 4,50 HFL au lieu de 14 HFL, ce qui est le tarif maximal pour la délivrance rapide d'une lettre à destination d'un autre État membre de la Communauté. Nous ne croyons pas que de telles erreurs relatives à des détails rendent incorrect ou incompréhensible l'exposé des motifs de la décision querellée.

27. Sur un plan plus fondamental, les PTT affirment encore que la décision est incorrectement motivée i) parce que la Commission aurait mal compris la ratio legis de la règle du prix minimal des services de messagerie, et ii) parce que, dans son analyse, elle n'aurait pas tenu compte du fait que les entreprises de messagerie ont mis en place de plus en plus de services qui entrent en concurrence directe avec les services que les PTT proposent dans le cadre de leur obligation légale de transport.

En ce qui concerne l'application de l'article 190 du traité, cette critique ne nous semble guère pertinente. Elle n'a pas pour but, en effet, de démontrer que l'exposé des motifs de l'acte attaqué est ambigu, imprécis ou incompréhensible. Le moyen pris de l'incompréhension de la ratio legis de la règle du prix minimal est en fait étroitement lié au fond de l'affaire: il s'agit de la question de savoir si, dans la décision querellée, la Commission a estimé à bon escient que la règle du prix minimal n'est pas nécessaire au maintien du service postal de base [44]. Nous examinerons cette question ultérieurement (aux points 48 à 52). Le grief pris de l'élargissement de la fourchette des services offerts par les entreprises de messagerie revient, en réalité, à affirmer que la Commission n'a pas intégré un élément de fait essentiel dans son appréciation, ce qui rendrait celle-ci incorrecte. Ici également il s'agit, tout bien considéré, non pas tellement d'une irrégularité de procédure, mais d'un moyen au fond pris de prétendues lacunes dans l'examen des faits (à savoir le rapport de concurrence entre PTT-Post BV et les entreprises privées de messagerie) et dans les conclusions juridiques fondées sur cet examen. Ce grief doit être examiné dans le cadre des moyens au fond articulés par les requérantes [45].

c) La décision est-elle dépourvue de fondement en fait?

28. Dans cette branche du troisième moyen, les parties requérantes soutiennent que la décision querellée est dépourvue de fondement en fait parce qu'elle admet, à tort, que les conditions que la loi postale de 1988 pose pour la prestation de services de messagerie au départ ou à destination du territoire néerlandais (voir le point 3 ci-avant) ne sont pas applicables à PTT-Post BV lorsque cette entreprise offre des services de cette nature.

Il nous faut souligner d'emblée qu'il s'agit ici d'un point d'une importance essentielle pour la solution des affaires qui nous occupent aujourd'hui. L'exemption dont bénéficient les PTT (et, en d'autres termes, la discrimination dont sont ainsi victimes les entreprises privées de messagerie) constitue

44 — Voir les dix-septième et dix-huitième considérants de la décision.

45 — Voir l'arrêt du 3 juillet 1991, AKZO/Commission, points 25 et 26 (C-62/86, Rec. p. I-3359).

en effet la base sur laquelle la Commission a fondé son jugement, lorsqu'elle a déclaré que nous sommes en présence de trois types de pratiques abusives au sens de l'article 86 du traité [46]. En d'autres termes, si la Cour devait estimer que la Commission a commis une erreur en posant l'exemption des PTT en prémisse, un élément de fait indispensable pour l'appréciation juridique de la décision disparaît du même coup, si bien qu'il y aurait lieu de faire droit au recours en annulation.

29. Rappelons en outre qu'il *ne* s'agit *pas* ici de l'interprétation (objectivement) correcte de la législation néerlandaise concernée, interprétation que seul un juge national est compétent à donner avec autorité. Ce que la Cour doit examiner, c'est bien plutôt la question de savoir si, au moment où elle a adopté la décision querellée, la Commission *pouvait raisonnablement supposer* que les trois conditions posées par la loi n'étaient pas applicables aux PTT [47]. Or, eu égard à la formulation de la loi postale de 1988 et à la situation de fait qui existait au moment de l'adoption de la décision querellée, il nous semble que le point de vue de la Commission était plausible.

La principale indication à cet égard est que, comme le montrent son économie et les termes dans lesquels elle est rédigée, la loi postale vise à instituer *deux* régimes juridiques distincts, à savoir un régime pour le « titulaire de la concession » (c'est-à-dire PTT Nederland NV, puis PTT-Post BV [48]), d'une part, et un régime pour les « autres que les titulaires de la concession », d'autre part. Cette différence de « statut juridique » s'exprime en particulier à l'article 12, paragraphe 2, sous a), de la loi postale qui interdit aux « autres que le titulaire de la concession » d'assurer le transport de lettres jusqu'à 500 g s'ils ne satisfont pas aux trois conditions que nous avons déjà mentionnées (condition de qualité, règle du prix minimal et condition d'enregistrement) [49].

Elle s'exprime également à l'article 12, paragraphe 2, sous b) et d), qui institue d'autres dérogations au monopole postal pour les lettres qui « sont transportées par ordre du titulaire de la concession » ou qui « sont manifestement destinées à être transportées par le titulaire de la concession ou à être délivrées après avoir été transportées par lui » [l'expression « vervoer » (« transport ») paraissant se référer aussi bien au transport normal qu'au transport accéléré].

L'interprétation donnée par les requérantes suppose que l'expression les « autres que le

46 — Voir le résumé de la décision querellée qui figure au point 4 ci-avant. Nous réexaminerons en détail, aux points 41 à 46 ci-après, la question de savoir si la discrimination dont sont victimes les entreprises privées de messagerie entraîne effectivement un abus de position dominante de la part de PTT-Post BV.

47 — Voir l'arrêt du 7 février 1979, France/Commission (15/76 et 16/76, Rec. p. 321). Il n'est évidemment pas exclu que, si la Commission avait, comme elle l'aurait dû, offert au gouvernement néerlandais l'occasion de faire connaître son point de vue aussi bien sur les griefs relatifs à la loi postale de 1988, qu'elle a ultérieurement jugés fondés, que sur les observations que les services privés de messagerie avaient formulées à propos de la lettre de réponse du gouvernement néerlandais du 16 janvier 1989, la Commission aurait finalement abouti à une autre conclusion sur la question de savoir si PTT-Post BV était soumise aux conditions énoncées par la loi postale de 1988. Néanmoins, puisque nous sommes arrivés précédemment (au point 19) à la conclusion que la violation des droits de la défense du gouvernement néerlandais équivalait à une violation de formes substantielles, il n'est pas nécessaire que nous examinions si cette violation a eu concrètement des conséquences désavantageuses pour la situation juridique du gouvernement néerlandais. Dans cette partie des présentes conclusions, qui, comme nous l'avons dit, est présentée à titre subsidiaire, nous examinons les arguments relatifs à la soumission effective de PTT-Post BV aux conditions posées par la loi postale de 1988 tout en supposant que la Commission n'a pas violé de formes substantielles et *n'était dès lors pas tenue* d'entreprendre de plus amples conversations avec le gouvernement néerlandais. En d'autres termes, l'appréciation, évoquée dans le texte, du caractère raisonnable de l'attitude de la Commission doit s'effectuer en tenant compte des informations dont elle disposait effectivement.

48 — La concession exclusive a été attribuée à PTT Nederland NV; pour l'exécution du service postal public, cette société a érigé une filiale spéciale, à savoir PTT-Post BV.

49 — La violation de cette règle est sanctionnée par l'article 17, paragraphe 1, de la loi postale.

titulaire de la concession » désigne également PTT-Post BV, lorsque cette entreprise effectue des services de messagerie. Une telle interprétation est cependant difficilement conciliable avec l'économie et les termes de la loi postale, dès lors que, au moment de l'adoption de la loi (le 26 octobre 1988), les PTT n'offraient pas de services de messagerie par l'intermédiaire d'une autre entreprise clairement distincte d'eux-mêmes (par exemple une personne juridique constituée en société distincte et administrée comme telle): les services de transport accéléré que les PTT offraient vers la fin de l'année 1988 étaient entièrement intégrés dans les PTT eux-mêmes, dont ils utilisaient l'infrastructure (les bureaux de poste, les voitures postales, etc.), les avantages (exonération de la taxe sur le chiffre d'affaires pour le traitement des envois à l'intérieur du territoire néerlandais) et le nom commercial.

30. Le point de vue de la Commission est également corroboré par la formulation de la condition de qualité énoncée à l'article 12, paragraphe 2, sous a), point 1, de la loi postale, qui impose aux entreprises de messagerie de fournir un service d'« une qualité sensiblement supérieure à celle du transport accéléré normal offert par le titulaire de la concession à tout un chacun sur l'ensemble du territoire ». En admettant même, contrairement à ce que nous avons affirmé au point précédent, que cette condition soit également applicable aux services de messagerie proposés par PTT-Post BV, une telle interprétation poserait des problèmes d'application pratiquement insolubles: pour tout service de transport « rapide » presté par les PTT (et il en existait au moins trois au moment de l'adoption de la décision, qui avaient été soit annoncés ou qui étaient même déjà opérationnels, à savoir le service EMS express, EMS Time-Net et EMS Courier), il faudrait en effet alors, chaque fois, déterminer si ce service doit être considéré comme un service de délivrance rapide (relevant de la concession exclusive et n'étant donc pas soumis à la condition) ou bien comme un service de messagerie au vrai sens du terme. Nous ne relèverons qu'un seul exemple pour illustrer notre propos: nul ne conteste que, jusqu'au mois de juin 1990, les PTT proposaient un service de délivrance rapide *avec ramassage à domicile*. Il est logique, eu égard à cette prestation additionnelle, d'assimiler un tel service à un service de messagerie. Mais il apparaît alors que ce service ne répond pas à la condition qualitative et en particulier à l'exigence de « localisabilité pendant le transport », parce que le service de délivrance rapide avec service de ramassage à domicile n'était pas effectué à l'aide de ce que l'on appelle communément un système de « tracking and tracing ». Un tel système de « tracking and tracing » n'a été mis en service qu'à partir du 1er juin 1990, comme les PTT l'indiquent eux-mêmes [50], de sorte que les autres services rapides assurés par les PTT au moment de l'adoption de la décision (et notamment le service EMS « ancienne manière ») ne répondaient pas non plus à la condition qualitative [51]. Il était donc logique pour la Commission, en décembre 1989, de conclure de cette situation que les services rapides de PTT-Post BV n'étaient tout simplement pas soumis à la condition de qualité.

50 — Voir la note 24 de la réplique présentée par les PTT dans l'affaire C-66/90 ainsi que la partie du texte à laquelle elle se rapporte.

51 — Les parties intervenantes NVIK et NOB ont, en outre, produit un certain nombre de pièces dont il semble résulter que, au moment de l'adoption de la décision, les PTT ne respectaient pas la règle du prix minimal pour les services rapides qu'ils prestaient (voir notamment les annexes 21 et 24 de leurs observations). Les PTT ont violemment contesté cette affirmation. Nous ne jugeons pas nécessaire de faire la lumière sur ce point (qui est une question de fait), dès lors que la non-soumission des PTT aux conditions précitées apparaît déjà de manière suffisamment claire du (non-)respect de la condition de qualité par les services rapides des PTT.

31. Le seul élément qui va dans le sens de l'affirmation des requérantes est une « nota van toelichting » (« note explicative ») du besluit minimumtarieven koeriersdiensten [52] ainsi qu'un passage des travaux préparatoires de la loi [53]. Les travaux préparatoires sont cependant loin d'être exempts de toute ambiguïté. C'est ainsi que le mandataire ad litem des parties intervenantes NOB et NVIK a fait observer à l'audience que le ministre des Transports, des Eaux et des Travaux publics néerlandais avait proposé, au cours des travaux parlementaires, d'instituer dans l'article 13 de la loi un système de dérogations individuelles à la concession exclusive au profit des services privés de messagerie. Ce n'est qu'à la fin des travaux parlementaires que ce système a été changé en une exception générique qui a été inscrite à l'article 12, paragraphe 2, ce qui signifie que la genèse du texte de l'article 12, paragraphe 2, ne fait certainement pas apparaître que ces dérogations auraient également été créées pour les services de messagerie que les PTT assurent éventuellement eux-mêmes. De surcroît et surtout, la Commission pouvait très bien partir du principe que les travaux préparatoires ne peuvent aucunement justifier une interprétation contra legem. Il est d'ailleurs significatif que, comme il l'indique dans la réplique qu'il a présentée dans l'affaire C-48/90, le gouvernement néerlandais déposera devant les États généraux néerlandais, « en raison des questions qui se sont posées », un projet de loi visant à modifier la loi postale « afin d'écarter tout autre malentendu sur les obligations des PTT en la matière ».

Nous en arrivons donc à la conclusion que la Commission pouvait raisonnablement supposer, dans la décision querellée, que PTT-Post BV n'était pas soumise aux conditions que la loi postale de 1988 pose pour la prestation de services de messagerie au départ ou à destination du territoire néerlandais. Cela signifie que dans les observations qui vont suivre (les points 35 et suivants), nous allons devoir analyser le *bien-fondé* de la décision en prenant pour hypothèse qu'il y avait bel et bien une discrimination des services privés de messagerie vis-à-vis des PTT.

d) Le dispositif de la décision

32. Le gouvernement néerlandais et PTT-Post BV ont fait valoir, tout d'abord, que le dispositif de la décision est trop vague parce qu'il ne comporte aucune indication susceptible de faire connaître au gouvernement néerlandais les mesures qu'il devrait prendre pour mettre fin à la violation alléguée du traité.

Ce grief ne nous paraît pas fondé. Les décisions adoptées sur la base de l'article 90, paragraphe 3, du traité, confèrent à la Commission le pouvoir et la mission de préciser la compatibilité avec le traité de mesures étatiques concernant des entreprises publiques ou des entreprises auxquelles les États accordent des droits spéciaux ou exclusifs. Il s'agit donc d'une appréciation de ces mesures à la lumière de dispositions du droit communautaire qui sont pour la plupart [54] directement applicables. En revanche, il ne fait pas partie de la mission de la Commission de définir l'intervention

52 — Voir l'annexe 2 à la requête déposée par le gouvernement néerlandais C-48/90.

53 — Il s'agit de la « nota naar aanleiding van het eindverslag » (note présentée à l'occasion du rapport définitif), jointe en annexe 2 à la requête déposée par PTT-Post BV dans l'affaire C-66/90.

54 — Voir le point 10 et la note 24 ci-avant.

qui serait nécessaire, indiquée ou possible selon le droit interne pour mettre fin aux infractions constatées.

Le grief des parties requérantes ne porterait que si elles démontraient que l'analyse juridique que la Commission fait des mesures étatiques en cause est à ce point vague et/ou confuse qu'elle rend impossible pour l'État membre concerné de découvrir de quelle manière il peut être mis fin aux infractions constatées. Rien de tel n'a cependant été démontré par les parties requérantes dans les présentes affaires. La décision querellée est en effet dirigée contre le régime légal préférentiel dont PTT-Post BV bénéficie lorsque cette entreprise propose des services de messagerie, compte tenu des conséquences que cette discrimination a pour la concurrence sur le marché des services de messagerie (voir les explications détaillées qui figurent dans les points 11 à 18 des considérants à propos de l'abus d'une position dominante, des conséquences de celui-ci pour les échanges commerciaux entre États membres et la non-applicabilité de la dérogation prévue par l'article 90, paragraphe 2). C'est au gouvernement néerlandais qu'il incombe de prendre les mesures nécessaires pour mettre fin à cette violation du traité dans l'hypothèse où la Cour rejetterait le présent recours. La mesure la plus évidente consisterait naturellement à supprimer la discrimination existante et à lui substituer d'autres règles qui ne comportent pas de violation des dispositions combinées des articles 90 et 86 du traité. Comme nous l'avons dit, ce n'est pas à la Commission, mais bien au gouvernement néerlandais qu'il incombe de définir avec précision en quoi ces nouvelles règles doivent consister. Cela n'empêche évidemment pas que, s'il le souhaite, le gouvernement néerlandais peut s'adresser à la Commission et la consulter sur la licéité des mesures qu'il envisagerait ou même l'interroger à propos des difficultés soulevées par la mise en œuvre de la décision et lui proposer des modifications adéquates de celle-ci [55]. L'article 5 du traité exige en effet que la Commission et les États membres collaborent de bonne foi à la solution des problèmes éventuels liés à l'exécution des obligations découlant du droit communautaire [56].

33. Les parties requérantes soutiennent en outre que le dispositif de la décision querellée est trop large parce que, à deux égards, il ne serait pas étayé par l'exposé des motifs. Elles se plaignent en premier lieu de ce que le dispositif n'est pas seulement dirigé contre le prix minimal (de 11,90 HFL) pour les destinations situées à l'intérieur de la Communauté, mais également contre le prix minimal (de 17,50 HFL) pour les destinations situées en dehors de celle-ci.

Ce grief nous paraît effectivement fondé. La partie de l'exposé des motifs de la décision querellée qui a trait à l'incompatibilité de la règle du prix minimal avec les dispositions combinées de l'article 90 et de l'article 86 s'applique spécifiquement au tarif minimal en vigueur pour les destinations situées sur le territoire des Pays-Bas ou dans d'autres États membres de la Communauté (voir en particulier le quinzième considérant). Bien qu'il ne faille pas exclure que ces considérants valent également pour le tarif minimal des services de messagerie entre les

55 — De telles difficultés peuvent éventuellement avoir trait également au *délai* imparti dans la décision en cause pour la mise en œuvre de celle-ci. C'est ainsi que le gouvernement néerlandais affirme que le délai fixé par la décision entreprise est « excessivement bref ».

56 — Dans le domaine des mesures d'aide, la Cour a déjà confirmé ce principe à plusieurs reprises. Voir par exemple les arrêts du 2 février 1989, Commission/Allemagne, point 9 (94/87, Rec. p. 175), et du 15 janvier 1986, Commission/Belgique, point 16 (52/84, Rec. p. 89).

Pays-Bas et des pays situés en dehors de la Communauté, cela ne dispense pas la Commission de motiver sa décision sur ce point. Cela est vrai en particulier lorsqu'une telle application par analogie ne semble pas évidente: c'est ainsi que l'on peut se demander, par exemple, si le tarif minimal applicable aux services de messagerie entre les Pays-Bas et les pays situés en dehors de la Communauté est susceptible d'affecter le commerce *entre États membres*. La décision querellée, et en particulier le quinzième considérant de l'exposé des motifs, ne contiennent pas la moindre indication à cet égard, de sorte que la décision querellée ne peut pas être considérée comme suffisamment motivée sur ce point.

34. Selon les requérantes, le dispositif de la décision querellée est trop large à un second égard également, à savoir dans la mesure où, sans dûment motiver ce jugement, elle déclare incompatible avec le traité l'obligation pour les entreprises de messagerie de faire préalablement enregistrer leurs tarifs.

Nous estimons que ce grief est pertinent lui aussi. Dans l'exposé des motifs de la décision querellée, il n'est question de l'obligation d'enregistrement que dans le dernier alinéa du premier considérant. La Commission y affirme que l'obligation d'enregistrement

« vise à empêcher toute flexibilité dans la négociation de tarifs avec des clients importants et touche surtout les entreprises établies hors des Pays-Bas qui devront, annuellement, faire enregistrer à La Haye tous leurs tarifs, indépendamment du nombre d'envois collectés aux Pays-Bas ».

En d'autres termes, la décision se limite à décrire d'une manière générale l'impact de l'obligation d'enregistrement sur les activités des entreprises privées de messagerie. S'il est vrai que l'exposé des motifs de la décision querellée décrit cet impact comme défavorable, elle n'en donne aucune interprétation juridique. La partie de l'exposé des motifs qui a trait à la violation des dispositions combinées de l'article 90 et de l'article 86 du traité parle en effet exclusivement des tarifs minimaux et de la condition de qualité sans consacrer un seul mot à l'obligation d'enregistrement. Contrairement à ce qu'affirme la Commission, cette analyse juridique ne saurait être appliquée purement et simplement, par analogie, à l'obligation d'enregistrement: c'est ainsi, par exemple, qu'on ne voit guère, si on ne nous en expose pas les raisons, pourquoi une telle obligation aurait pour conséquence qu'une partie du marché des services de messagerie serait réservée à PTT-Post BV [57], ou pourquoi une telle obligation imposerait aux utilisateurs de services de messagerie d'avoir recours aux services de courrier rapide de PTT-Post BV [58], ou encore pourquoi cette mesure empêcherait les entreprises privées de messagerie d'offrir une gamme complète de services de messagerie [59].

C'est pourquoi, dans la mesure où elle a trait à la règle du prix minimal pour les destinations situées en dehors de la Communauté et à l'obligation d'enregistrement imposée aux entreprises privées de messagerie par la loi postale de 1988, la décision

57 — Voir le onzième considérant, premier alinéa, de la décision querellée.

58 — Voir le douzième considérant de la décision querellée.

59 — Voir le quatorzième considérant, premier alinéa, de la décision querellée.

querellée doit être annulée pour motivation insuffisante [60].

D — Examen des moyens au fond

1. *Absence d'un comportement d'entreprise*

35. Selon les parties requérantes, la Commission fait, dans la décision querellée, une application incorrecte des dispositions combinées des articles 90 et 86. Elles contestent en effet que ces deux dispositions puissent s'appliquer à une restriction de la concurrence qui ne résulte pas d'un comportement d'entreprise mais uniquement d'une mesure des pouvoirs publics.

Pour une juste compréhension de ce moyen, il est nécessaire d'examiner de plus près la partie concernée de l'exposé des motifs de la décision (à savoir les points 6 à 18 des considérants). Selon la Commission, les dispositions précitées de la loi postale de 1988 enfreignent les articles 90 et 86 combinés, parce qu'elles ont pour effet de créer une position dominante de PTT-Post BV sur le marché des services de messagerie. Le point de départ d'une telle affirmation est que PTT-Post BV dispose d'une position dominante sur le marché des services postaux de base grâce à la concession exclusive que la loi lui confère pour le transport des lettres jusqu'à 500 g [61]. L'abus consiste, selon la Commission, en ce que cette position dominante est étendue au marché des services de messagerie par la loi postale, ce qui comporte le risque d'éliminer complètement la concurrence sur ce marché [62]. La décision querellée affirme, en outre, que la position dominante nouvellement créée de PTT-Post BV sur le marché des services de messagerie entraîne deux abus supplémentaires. Tout d'abord, les entreprises qui veulent continuer à utiliser les services des entreprises privées de messagerie se voient imposer des prix et conditions inéquitables, parce qu'elles doivent acquitter un tarif minimal pour ces services ou parce qu'elles ne peuvent se procurer ces services en dessous du tarif minimal qu'auprès de PTT-Post BV [63]. En second lieu, l'offre sur le marché des services de messagerie est limitée du fait que les services à haute valeur ajoutée offerts par les entreprises privées de messagerie ne peuvent plus être proposés qu'au tarif minimal et du fait que la condition qualitative empêche les entreprises privées de messagerie d'offrir une gamme complète de services rapides [64]. Les parties s'accordent à reconnaître que les restrictions de la concurrence identifiées dans la décision querellée ne résultent pas en premier lieu du comportement de PTT-Post BV; la décision querellée considère plutôt que ces restrictions de la concurrence sont la conséquence du fait que, contrairement aux entreprises privées de messagerie, cette entreprise n'est pas soumise aux trois conditions posées par la loi postale pour la prestation des services de messagerie. Ces restrictions de la concurrence résultent, en d'autres termes, de l'intervention directe, dans la structure de la concurrence, du législateur néerlandais qui soumet l'activité

60 — En d'autres termes, nous ne croyons pas que les deux défauts de motivation qui ont été constatés affectent la validité de la décision dans son ensemble. Les tarifs minimaux applicables aux destinations situées à l'intérieur de la Communauté ou aux destinations situées dans des pays tiers peuvent en effet être considérés distinctement et appliqués indépendamment l'un de l'autre. En ce qui concerne l'obligation d'enregistrement, il ressort de l'exposé des motifs de la décision (voir les points 11 à 14 des considérants) que les conséquences de la loi postale de 1988 qui ont pour effet de restreindre la concurrence résultent de la règle du prix minimal et de la condition de qualité et se feraient sentir même s'il n'existait aucune condition d'enregistrement. Si l'on suit le raisonnement de la Commission, cette condition d'enregistrement constitue, en quelque sorte, un « facteur aggravant ».

61 — Voir le dixième considérant de la décision querellée.

62 — Voir le onzième considérant de la décision querellée.

63 — Voir le douzième considérant de la décision querellée.

64 — Voir les treizième et quatorzième considérants de la décision querellée.

d'une entreprise déterminée (PTT-Post BV) à un régime plus favorable que celui de ses concurrents. Selon la Commission, cette intervention dans la structure de la concurrence a, sur le marché communautaire, le même effet qu'un comportement d'entreprise prohibé par l'article 86, ce qui constitue un élément suffisant justifiant l'application de l'article 90. Dans les considérations qui suivent (aux points 36 à 46), nous examinerons d'abord cette question de principe, qui est de savoir si l'article 90 permet également à la Commission d'intervenir à l'encontre de distorsions de la concurrence qui résultent en premier lieu de l'intervention d'un État membre.

36. Avant de passer en revue la jurisprudence de la Cour pertinente en la matière, nous voudrions d'abord délimiter la question qui se pose à nous. Les parties ne contestent pas que les dispositions de l'article 90 s'adressent *aux États membres* (même si ces dispositions ont trait à des mesures que les États membres prennent *à l'égard d'entreprises*). Nul ne pourrait contester non plus que l'article 90 confère à la Commission le pouvoir d'intervenir à l'encontre de mesures étatiques qui faussent le jeu de la concurrence sur le marché communautaire, en l'absence de tout comportement d'entreprise. Tel sera la cas lorsque des mesures étatiques relatives à des entreprises publiques ou à des entreprises qui bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs enfreignent les règles du traité relatives à la libre circulation des personnes, des marchandises et des capitaux. Par exemple, dans l'arrêt du 19 mars 1991, C-202/88 [65], la Cour a dit pour droit que l'article 90, paragraphe 3, conférait à la Commission le pouvoir d'imposer aux États membres (en l'occurrence, au moyen d'une directive) l'abolition des droits spéciaux et exclusifs accordés par eux à des entreprises, de commercialiser ou d'entretenir des appareils terminaux de télécommunication, et cela au motif que de tels droits constituent une violation de l'article 30 du traité. De la même manière, la Commission aurait été fondée à déclarer, dans la décision querellée, que la condition d'enregistrement édictée par la loi postale était incompatible avec l'article 90, lu en combinaison avec l'article 59, eu égard aux restrictions graves que cette condition impose aux entreprises de messagerie établies dans d'autres États membres qui souhaitent offrir leurs services sur le territoire des Pays-Bas. La Commission a cependant choisi de passer la loi postale au crible d'une disposition du traité (à savoir l'article 86) qui, si l'on s'en réfère à son texte et à sa portée, concerne le comportement d'entreprises et non les mesures légales ou administratives adoptées par les États membres, confrontation au terme de laquelle elle a déclaré la loi postale incompatible avec ladite disposition. L'article 90 lui en conférait-il le pouvoir? Telle est la question restreinte à laquelle il nous faut maintenant répondre.

37. Il est admis depuis longtemps par la jurisprudence de la Cour que les articles 85 et 86 peuvent également s'appliquer à des dispositions légales ou administratives prises par les États membres. Plus particulièrement, dans l'arrêt du 16 novembre 1977, GB Inno [66], la Cour a dit pour droit que, s'il est vrai que les articles 85 et suivants s'adressent aux entreprises, il n'en est pas moins vrai aussi que le traité impose aux États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile de cette disposition [67]. La Cour établit un lien entre cette obligation et celle qui résulte de l'article 5, deuxième alinéa, du

65 — Précité, note 18.

66 — 13/77, Rec. p. 2115.

67 — Voir les points 30 et 31 de l'arrêt.

traité qui prévoit que les États membres s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation du but énoncé à l'article 3, sous f), du traité, à savoir l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun[68]. C'est la raison pour laquelle il est interdit aux États membres de prendre ou de maintenir en vigueur des mesures, même de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises[69]. L'article 90 du traité constitue, par rapport à cette règle générale, une règle particulière spécifique aux entreprises publiques et aux entreprises auxquelles les États membres accordent des droits spéciaux ou exclusifs[70]. C'est sur cette base que la Cour a donc décidé que, contrairement à ce qu'affirme le gouvernement néerlandais, un monopole concédé par un État membre à une entreprise (ou l'élargissement d'un tel monopole) peut être incompatible avec l'article 90 du traité, lorsque les modalités de l'organisation et du fonctionnement d'un tel monopole enfreignent les dispositions du traité, y compris les règles de la concurrence[71].

38. La jurisprudence de la Cour a progressivement circonscrit avec une plus grande précision les catégories de mesures étatiques susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises. Il nous semble qu'une distinction peut être faite entre quatre catégories d'interventions des pouvoirs publics.

Tout d'abord un État membre peut *contribuer* à un comportement d'entreprise prohibé par les articles 85 ou 86. Il s'agit ici de mesures étatiques qui *favorisent* ou *renforcent* les effets de comportements spécifiques d'entreprises (des pratiques concertées ou abusives). C'est un cas semblable que la Cour a eu à trancher dans l'arrêt du 11 avril 1989, Ahmed Saeed[72], dans lequel elle a jugé que l'approbation par les autorités nationales d'accords tarifaires incompatibles avec l'article 85, paragraphe 1, conclus entre sociétés aériennes, constitue une violation de l'article 5 et, le cas échéant, de l'article 90 du traité.

Deuxièmement, un État membre peut déléguer à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention dans le domaine économique et renoncer à son propre pouvoir réglementaire. Ce faisant, il donne à des entreprises le *pouvoir d'intervenir elles-mêmes à titre régulateur* et, partant, de fausser le jeu de la concurrence[73]. Dans l'affaire Van Eycke, la partie requérante au principal avait notamment fait valoir que tel était le cas d'une réglementation belge qui instituait une exonération fiscale au profit des revenus de dépôts d'épargne à condition que l'intérêt créditeur de base ne dépasse pas un plafond correspondant au taux moyen le plus bas applicable sur le marché en cause, taux qui, selon le requérant, avait en fait été déterminé après concertation avec des représentants des institutions financières et avec la collaboration de ceux-ci[74].

Troisièmement, un État membre peut *imposer* aux entreprises un comportement incompatible avec les articles 85 et 86.

68 — Voir par exemple l'arrêt du 10 janvier 1985, Leclerc, points 13 et 14 (229/83, Rec. p. 1).

69 — Voir par exemple l'arrêt du 21 septembre 1988, Van Eycke, point 16 (267/86, Rec. p. 4769).

70 — Voir l'arrêt GB Inno, précité, point 32.

71 — Ce principe, déjà affirmé d'une manière générale dans l'arrêt du 30 avril 1974, Sacchi, précité, a été confirmé récemment dans les arrêts C-202/88, précité (note 18), points 22 et 34 à 44, et du 18 juin 1991, ERT, points 24 et 31 (C-260/89, Rec. p. I-2925).

72 — 66/86, Rec. p. 803.

73 — Voir l'arrêt Van Eycke, précité (note 69), point 16.

74 — Voir les points 5 à 8 et 17 à 19 de l'arrêt.

C'est un cas semblable que la Cour a tranché dans l'arrêt du 4 mai 1988, Bodson[75], dans lequel elle a dit pour droit que des pouvoirs municipaux qui imposeraient à des entreprises jouissant d'une position dominante d'appliquer des prix particulièrement élevés pour leurs services, agiraient en contravention de l'article 90, paragraphe 1, du traité[76]. Alors que dans la deuxième situation, les pouvoirs publics permettaient à une entreprise de prendre des mesures réglementaires *à leur place,* dans cette troisième situation, ils utilisent une entreprise comme un « instrument dénué de volonté » au moyen duquel ils exercent *eux-mêmes* une influence sur la structure de la concurrence du marché communautaire.

Quatrièmement, une mesure étatique peut influencer la structure de la concurrence d'une manière telle qu'elle *rend inévitable* un comportement prohibé par les articles 85 et 86, ce qui signifie, en d'autres termes, qu'une entreprise est amenée à adopter un tel comportement. C'est sur une mesure de ce type que portait l'affaire Höfner et Elser[77], dans laquelle la Cour devait porter un jugement sur une loi allemande qui conférait à un Office fédéral pour l'emploi un droit exclusif dans la mise en contact des demandeurs d'emploi et des employeurs (mise en contact pouvant contribuer notamment au placement de cadres et de dirigeants d'entreprise). La Cour a jugé qu'une telle législation est incompatible avec les dispositions combinées de l'article 90 et de l'article 86, lorsque l'Office fédéral pour l'emploi n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande du marché pour des services de médiation dans l'affectation d'emplois de cadres ou de dirigeants et lorsque, dans le même temps, cette législation empêche des entreprises privées de satisfaire cette demande (par exemple, parce que les contrats conclus par ces entreprises privées devraient être considérés comme nuls et non avenus). Dans une telle situation, a dit la Cour, le législateur provoque une situation dans laquelle il est inévitable *pour l'Office fédéral pour l'emploi* d'agir en contravention de l'article 86. L'arrêt du 18 juin 1991, ERT, plus récent encore[78], avait trait lui aussi à cette catégorie de mesures. Dans cet arrêt, la Cour a posé en règle qu'un État membre enfreint les dispositions combinées des articles 90 et 86 du traité, lorsqu'il confère un droit exclusif à une entreprise et crée ainsi une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à enfreindre l'article 86 du traité[79].

39. Il ressort, à notre avis, de cette jurisprudence que, selon la Cour, les dispositions combinées des articles 90, 85 et 86 visent les mesures étatiques (concernant les entreprises publiques et les entreprises auxquelles les États membres accordent des droits spéciaux ou exclusifs) qui favorisent, imposent ou rendent inévitable un comportement d'entreprise prohibé par les articles 85 et 86, quel qu'il soit, ou qui délèguent à des entreprises une mission de régulation de la concurrence qui incombe aux pouvoirs publics. Cette jurisprudence s'articule autour de l'idée centrale que de telles mesures étatiques, combinées avec l'une ou l'autre forme de comportement d'entreprise, ont, pour la structure de la concurrence sur le marché communautaire, les *mêmes conséquences* qu'un comportement d'entreprise qui n'est pas lié à une intervention des pouvoirs publics. Il ressort, en outre, de cette jurisprudence que le comportement d'entreprise qui est nécessaire en tant que « facteur de rattachement » pour permettre à l'article 90, paragraphe 1, de s'appliquer *en combinaison*

75 — 30/87, Rec. p. 2507.

76 — Voir en particulier les points 30, 33 et 34 de l'arrêt.

77 — Arrêt du 23 avril 1991 (C-41/90, Rec. p. I-1979).

78 — Précité, note 71.

79 — Point 37 de l'arrêt.

avec l'article 85 ou l'article 86, ne doit pas nécessairement précéder l'intervention des pouvoirs publics, mais qu'il peut également lui être ultérieur, en découler ou même en être la conséquence inévitable. Il n'est pas davantage requis que l'entreprise ait commis elle-même une infraction intentionnelle aux règles de la concurrence (il suffit, en d'autres termes, qu'elle soit placée dans une situation dans laquelle elle ne peut agir autrement qu'en restreignant la concurrence). Dans les conclusions qu'il a présentées dans l'affaire Höfner et Elser [80], l'avocat général M. Jacobs a ainsi fait observer qu'aucun grief ne pouvait être fait à l'Office fédéral allemand pour l'emploi lui-même: en effet, rien n'indiquait qu'il n'avait pas fait tout son possible pour répondre à la demande du marché pour des services de placement de cadres et de dirigeants; en restreignant partiellement son monopole de plein gré, il avait même cherché à ouvrir l'accès au marché à d'autres entreprises dans la mesure du possible. Cela n'a cependant pas empêché, comme l'avocat général l'a souligné, que le monopole institué par les pouvoirs publics, combiné à l'impossibilité pour l'Office fédéral pour l'emploi de répondre à la demande existante, ont eu pour *effet* que les consommateurs ne pouvaient pas obtenir les services qui auraient été disponibles sur un marché concurrentiel. En pareil cas, selon l'avocat général, il y a une violation des dispositions combinées des articles 90 et 86 [81]. Dans son arrêt, la Cour s'est rangée à ce point de vue (qui donne une interprétation très large de la notion d'« effet utile » de l'article 86) [82].

Par ailleurs, l'arrêt Höfner et Elser fait également apparaître que les interventions des pouvoirs publics et le comportement d'une entreprise peuvent être si étroitement liés qu'ils en arrivent à se confondre, dès lors que l'arrêt admet que l'intervention d'une institution publique, telle que la « Bundesanstalt für Arbeit » allemande, doit être considérée comme un comportement d'entreprise au sens des articles 85 et 86 parce qu'il est le fait d'une entité exerçant une activité économique, même si une telle activité est normalement confiée à des institutions publiques et non à des entreprises [83].

40. Eu égard à tous les éléments que nous venons d'exposer, nous estimons que l'argument des requérantes ne saurait prospérer, dans la mesure où il vise à exclure l'application de l'article 90 aux comportements d'entreprises qui, à l'instar des activités de PTT-Post BV, sont, pour l'entreprise concernée, la conséquence inévitable de mesures étatiques et qui (en combinaison avec lesdites mesures) ont pour la concurrence sur le marché communautaire exactement les mêmes conséquences qu'un comportement d'entreprise prohibé par les articles 85 et 86 indépendant de toute intervention des pouvoirs publics. En raison de cette conclusion, il nous faut à présent examiner le point de savoir si c'est à bon droit que, dans la décision querellée, la Commission a estimé que la loi postale de 1988, en combinaison avec le comportement de PTT-Post BV qui en résulte inévitablement — comportement dont l'existence n'est pas contestée puisque PTT-Post BV s'est bel et bien efforcée et s'efforce toujours de mettre au point un service de messagerie complet dans le cadre de la loi postale — a pour la concurrence sur le marché des services de messagerie les mêmes conséquences qu'un abus de position dominante prohibé par l'article 86. Comme nous l'avons déclaré précédemment (au point 31),

80 — Voir les conclusions qu'il a présentées le 15 janvier 1991, point 45 (Rec. 1991, p. I-1994).

81 — Voir les points 46 et 47 des conclusions.

82 — Point 31 de l'arrêt.

83 — Points 20 à 23.

nous fonderons cet examen sur la prémisse que PTT-Post BV n'est pas soumise aux conditions énoncées par la loi postale de 1988 en ce qui concerne la prestation de services de messagerie.

2. *Absence d'abus de position dominante*

a) Extension d'une position dominante

41. Nul ne saurait contester sérieusement que l'octroi d'une concession exclusive a conféré aux PTT et à PTT-Post BV une position dominante sur le marché des services postaux de base aux Pays-Bas [84]. La Commission nous semble également avoir raison lorsqu'elle considère le marché des services postaux de base et le marché des service de messagerie comme deux marchés distincts (même s'il s'agit de marchés voisins). Les services de messagerie présentent une plus grande valeur ajoutée et répondent à d'autres besoins que les services postaux de base; ces deux types de service ne peuvent donc pas se substituer l'un à l'autre [85].

Selon la décision querellée, le premier élément constitutif d'abus est que la loi postale de 1988 entraîne l'extension de cette position dominante de PTT-Post BV sur le marché des services postaux de base au marché des services de messagerie. Cette extension consiste en ce qu'une « grande partie » du marché des services de messagerie, à savoir le marché des envois de moins de 11,90 HFL, est réservée à PTT-Post BV, alors qu'auparavant la poste était en concurrence avec des entreprises privées de messagerie sur ce segment du marché. Selon la décision querellée, le fait que la concurrence continue à jouer pour la partie résiduelle du marché des services de messagerie ne change rien à l'affaire, car sur le segment du marché des envois d'un prix inférieur à 11,90 HFL, la poste peut définir sa stratégie sans subir la pression d'aucun concurrent, puisque, s'ils peuvent effectivement exercer leurs activités sur cette portion du marché, les éventuels concurrents ne peuvent cependant accorder aucune ristourne en dessous du tarif légal minimal de 11,90 HFL [86].

42. Ce raisonnement ne saurait nous convaincre bien que, ajoutons-le tout de suite, nous reconnaissions le caractère fondé de l'argumentation juridique sur laquelle il est fondé. La Commission puise ses arguments juridiques dans l'arrêt CBEM (ci-après « arrêt Telemarketing ») [87] et déclare que constitue un abus de position dominante « le fait pour une entreprise détenant une position dominante sur un marché donné de se réserver ou de réserver à une entreprise appartenant au même groupe une activité auxiliaire qui pourrait être exercée par une tierce entreprise dans le cadre des activités de celle-ci sur un marché voisin, mais distinct, au risque d'éliminer toute concurrence de la part de cette entreprise ». Selon la Commission, tel serait exactement l'effet de la loi postale [88].

Nous sommes en principe d'accord avec ce raisonnement. Il ressort en effet de l'arrêt Telemarketing que, selon la Cour, il y a abus de position dominante lorsqu'une entreprise, qui détient une telle position sur le marché d'un service (à savoir le marché

84 — Voir le dixième considérant de la décision querellée.

85 — Voir le troisième et le quatrième considérant de la décision querellée.

86 — Voir le onzième considérant de la décision.

87 — Précité, note 35.

88 — Voir le onzième considérant, premier alinéa, de la décision querellée.

de l'émission télévisée de spots publicitaires) qui *est indispensable* pour les activités d'une autre entreprise sur un marché voisin mais distinct (à savoir le marché du marketing téléphonique via la télévision)[89], utilise effectivement cette position dominante sur le premier marché pour se réserver à elle-même les services du second marché également, au risque d'éliminer complètement la concurrence sur ce second marché[90]. En d'autres termes, l'extension d'une position dominante a été rendue *possible* par le fait que le second marché ne pouvait fonctionner que par le truchement du premier marché (sur lequel l'entreprise possédait une position dominante). En adoptant cette attitude, l'arrêt Telemarketing se situe expressément dans la lignée de l'arrêt Commercial Solvents/Commission[91] qui avait trait à une situation analogue, bien qu'il se fût agi cette fois non pas de marchés de services, mais de marchés de produits. La Cour a dit pour droit dans cet arrêt qu'une entreprise qui dispose d'une position dominante sur un marché de matières premières et qui refuse d'en livrer à une entreprise qui exerce ses activités sur un marché situé en aval (un marché de produits dérivés), dans le but de réserver ces matières premières à sa propre production de produits dérivés, exploite d'une *façon abusive* sa position dominante sur le marché des matières premières, si ce comportement entraîne le risque d'éliminer toute concurrence de la part d'un acheteur sur le marché des produits dérivés. Ce qui est caractéristique dans ces deux arrêts, c'est qu'ils considèrent l'un et l'autre qu'un « refusal to deal » (refus de passer des transactions) par une entreprise qui jouit d'une position dominante ne doit pas seulement être considéré comme abusif lorsque ce refus a pour but de retirer des avantages inéquitables de cette position dominante (par exemple, des prix de vente déraisonnablement élevés), mais également lorsqu'il a pour but de renforcer cette position dominante en l'étendant à un marché voisin mais distinct et, partant, d'acquérir une position dominante sur ledit marché également. En ce sens, cette jurisprudence se situe dans le prolongement de l'arrêt Continental Can/Commission[92], dans lequel la Cour a admis pour la première fois qu'un abus au sens de l'article 86 peut consister non seulement en un comportement sur le marché, mais également en un comportement qui modifie la structure du marché en la rendant moins compétitive. Il s'agissait, en l'espèce, non pas d'un autre marché de produits, mais d'un autre marché sur le plan géographique[93].

Le fait que le marché auquel la position dominante aurait été étendue dans la présente affaire serait un marché « voisin, mais distinct » et non pas (comme c'était le cas dans les affaires Telemarketing ou Commercial Solvents) un marché « dérivé » — de sorte que la position dominante de PTT-Post BV sur le marché des services postaux de base ne se trouve pas dans un rapport de causalité avec l'acquisition d'une position dominante sur le marché des services de messagerie — ne nous semble pas pertinent pour l'application de l'article 86. Dans l'arrêt Continental Can/Commission, la Cour avait déjà décidé qu'il n'était pas nécessaire qu'il existe un lien de causalité entre la position dominante d'une entreprise et l'abus de celle-ci, étant donné que le renforcement de la position dominante d'une entreprise peut, indépendamment des moyens ou des comportements utilisés à cet effet, constituer un abus *en soi*

89 — Voir le point 26, première phrase, de l'arrêt.

90 — Voir le point 26, deuxième et troisième phrases, de l'arrêt.

91 — Arrêt du 6 mars 1974 (6/73 et 7/73, Rec. p. 223).

92 — Arrêt du 21 février 1973 (6/72, Rec. p. 215).

93 — Dans l'affaire Continental Can/Commission, une entreprise qui disposait d'une position dominante dans une partie substantielle du marché communautaire avait étendu cette position dominante en prenant une participation lui conférant un pouvoir de contrôle dans une société concurrente opérant dans une autre partie du marché communautaire.

(et être dès lors prohibé par l'article 86), à savoir lorsque ledit renforcement entrave la concurrence d'une manière telle que seules peuvent encore subsister sur le marché les entreprises dépendantes, dans leur comportement, de l'entreprise dominante[94]. Or, tel est précisément l'effet de la loi postale néerlandaise, que la décision querellée a déclarée incompatible avec les dispositions combinées de l'article 86 et de l'article 90, paragraphe 1.

43. Si les considérants de la décision querellée relatifs à l'existence d'un abus ne parviennent pas à nous convaincre, ce n'est donc pas en raison de l'argumentation juridique, mais bien en raison de l'appréciation en fait sur laquelle celle-ci est fondée. Cette appréciation en fait part en effet de l'idée que le marché des services de messagerie à un tarif inférieur à 11,90 HFL pour l'expédition de lettres dont le poids ne peut excéder 500 g constitue une part importante du marché des services de messagerie. L'abus consisterait à étendre le monopole dont la poste dispose sur le marché des services postaux de base à cette part importante du marché des services de messagerie, de manière à ce que la poste acquière une position dominante sur ce dernier marché également. Nous croyons que cette appréciation en fait laisse à désirer. Le marché des services de messagerie est constitué, selon la décision querellée, de trois sous-marchés: le marché des envois dont le poids excède 500 g, le marché des envois dont le poids est égal ou inférieur à 500 g et qui sont traités pour une rémunération supérieure à 11,90 HFL et le marché des envois dont le poids atteint 500 g maximum et qui sont traités pour une rémunération inférieure à 11,90 HFL. Le premier sous-marché n'est pas réglementé, le deuxième est réglementé mais est ouvert à la concurrence et seul le troisième (qui ne diffère du deuxième qu'en raison du tarif minimal qui a été fixé) est fermé à la concurrence. L'abus allégué par la Commission concerne exclusivement ce troisième sous-marché. La décision querellée dispose que, en réservant ce dernier (sous-) marché à PTT-Post BV, la loi postale a étendu la position dominante dont PTT-Post BV dispose sur le marché des services postaux de base à une « grande partie » du marché des services de messagerie. Aucune donnée chiffrée n'est cependant fournie à l'appui de cette affirmation. Le gouvernement néerlandais indique à bon escient que le tarif minimal de 11,90 HFL a été établi à un niveau très bas. Bien qu'il existe de sérieuses indications faisant apparaître qu'il est *possible* de fournir des services de messagerie contre une rémunération inférieure au tarif minimal (par exemple, au moyen de ristournes de quantité), il paraît difficile de nier que de tels services ne constituent qu'une toute petite partie du marché, du moins pendant la période concernée par le litige[95]; rien n'indique d'ailleurs que cette situation devrait changer dans un avenir proche. Eu égard à la modicité du tarif minimal, on ne peut pas davantage supposer raisonnablement que le sous-marché réservé à PTT-Post BV lui assurerait des revenus tels qu'elle pourrait définir son attitude sur d'autres sous-marchés sans avoir à tenir compte de ses concurrents.

Ces éléments font donc apparaître que i) l'extension alléguée par la Commission, du monopole de PTT-Post BV au marché des services de messagerie n'en atteint *pas* les principaux sous-marchés (celui des envois dont le poids excède 500 g et celui

94 — Voir les points 26 et 27 de l'arrêt.

95 — L'annexe I à la requête présentée par PTT-Post BV dans l'affaire C-66/90 est intéressante à cet égard. Il s'agit d'un tableau dans lequel sont énoncés un certain nombre de prix pratiqués par des entreprises privées de messagerie. Il en ressort que le tarif le plus bas pour l'envoi d'une lettre d'Amsterdam à Rotterdam est de 30 HFL.

des envois dont le poids est inférieur à 500 g et qui sont traités pour une rémunération supérieure à 11,90 HFL), et que ii) la Commission n'a pas démontré à suffisance que le troisième sous-marché, qui est *effectivement* atteint par cette extension, constituerait une partie à ce point importante du marché des services de messagerie que PTT-Post BV se verrait ainsi offrir la possibilité de se soustraire dans une large mesure à la concurrence de ses rivaux présents et à venir. Dans ces circonstances, nous estimons que la Commission n'a pas rapporté suffisamment de preuves en fait de l'existence de la première forme d'abus.

b) Imposition de prix et de conditions non équitables; limitation de l'offre

44. Trois autres formes d'abus désignées dans la décision querellée sous le titre repris plus haut peuvent être considérées conjointement. Selon la Commission, le fait de soumettre discriminatoirement les entreprises privées de messagerie au tarif minimum a pour conséquence i) que les entreprises qui avaient choisi auparavant d'utiliser les services de ces dernières entreprises (parce qu'elles estimaient que les services de la poste correspondaient moins, du fait de leur prix ou de leur qualité, à leurs besoins en la matière) sont obligées, depuis la loi postale de 1988, de recourir aux services de messagerie de PTT-Post BV pour leurs envois jusqu'à 500 g de la catégorie de prix jusqu'à 11,90 HFL, aux conditions fixées par PTT-Post BV, qu'elles correspondent ou non à leurs besoins[96]. Cette discrimination a également pour conséquence ii) que le nombre de fournisseurs de services dans ladite catégorie de prix se limite à un seul et que la qualité des services offerts dans cette catégorie est en diminution, étant donné qu'au moment de l'adoption de la décision, PTT-Post BV n'offrait encore, dans le cadre de son service EMS, aucun service de messagerie dans le plein sens du terme. Si les consommateurs veulent bénéficier d'une qualité supérieure, ils doivent être disposés à acquitter le tarif minimal au lieu du tarif plus bas qui était appliqué précédemment[97]. La loi postale de 1988 empêche en outre iii) les concurrents de la poste qui fournissent des services de messagerie pour des envois d'un poids supérieur à 500 g d'offrir une gamme complète de services de messagerie (à savoir, c'est du moins comme cela que nous l'avons compris, dans les trois segments du marché: les envois jusqu'à 500 g traités pour une rémunération inférieure à 11,90 HFL, les envois jusqu'à 500 g traités pour une rémunération supérieure à 11,90 HFL et les envois d'un poids supérieur à 500 g traités à des prix réels). En effet, contrairement à la poste, ils ne peuvent pas « imputer sur les seuls services hors monopole » (sic) les frais qu'ils encourent pour le traitement des lettres dont le poids excède 500 g (c'est-à-dire pour la partie non réglementée du marché)[98].

45. L'effet de la mesure incriminée sur la concurrence, tel qu'il est décrit ici par la décision querellée, semble à première vue analogue à l'effet de la législation allemande que la Cour a jugé abusive au sens de l'article 86 dans l'arrêt Höfner et Elser (précité, points 38 et 39). En effet, la loi postale établit elle aussi un monopole sur une partie du marché des services de messagerie et sanctionne les infractions à ce monopole. Cela a pour conséquence que les consommateurs désireux d'utiliser des services de messagerie sont obligés *soit* d'avoir recours à une entreprise qui, sur le

96 — Voir le douzième considérant de la décision querellée.

97 — Voir le treizième considérant de la décision querellée.

98 — Voir quatorzième considérant, premier alinéa, de la décision querellée.

plan qualitatif, correspond moins à leurs besoins, *soit* (lorsqu'ils souhaitent une meilleure qualité) d'acquitter pour ces services un prix plus élevé que le prix qui résulterait du jeu normal de l'offre et de la demande. La situation qui se présente aujourd'hui est cependant différente de celle dont il s'agissait dans l'affaire Höfner et Elser en ce sens que, comme nous l'avons vu précédemment, la législation néerlandaise ne confère pas aux PTT une position dominante sur l'ensemble du marché des services de messagerie (et pas davantage sur un sous-marché important de celui-ci; en tout cas, cela n'a pas été démontré à suffisance), mais uniquement sur le marché des services postaux de base. Or, en l'absence d'une position dominante sur le marché des services de messagerie, il ne saurait pas davantage s'agir, par analogie avec la situation qui se présentait dans l'affaire Höfner et Elser, d'un abus de position dominante sur *ce* marché au sens de l'article 86.

46. Il nous faut enfin examiner une quatrième forme d'abus dénoncée dans la décision querellée, à savoir que la condition relative à la qualité des services place les entreprises de messagerie dans une situation d'insécurité juridique: dans la mesure où les « services rapides » de PTT-Post BV (à savoir les services « EMS ») atteindraient dans l'avenir un niveau de qualité comparable, les activités des entreprises privées de messagerie seraient interdites, si l'on prend la loi au pied de la lettre, sauf pour les envois dont le poids excède 500 g [99].

Il semble que le raisonnement suivi ici est que la loi postale de 1988 offre à PTT-Post BV la possibilité de reléguer ses concurrents dans l'illégalité en améliorant la qualité de ses services rapides *dans le cadre du service EMS*, en ce qui concerne les envois rapides de lettres jusqu'à 500 g. Bien que le fait d'éliminer les concurrents puisse en principe être considéré comme un comportement abusif, la décision perd de vue le fait que tout ce que la condition qualitative impose aux entreprises privées de messagerie, c'est uniquement de fournir un service de meilleure qualité que le « transport accéléré normal » offert par PTT-Post BV, c'est-à-dire un service de meilleure qualité que le *service de délivrance rapide*. Ce faisant, la décision dénonce un danger pour la concurrence qui, en fait, n'existe pas.

c) Conclusion

47. Bien que la décision querellée parte de prémisses correctes, elle fait cependant une application de l'article 86 erronée en fait, parce qu'elle démontre de manière insuffisante que la loi postale de 1988 amène ou peut amener PTT-Post BV à étendre sa position dominante sur le marché des services postaux de base à l'ensemble du marché des services de messagerie. En l'absence d'une telle extension de position dominante, le seul fait que la loi postale de 1988 réserve aux PTT une partie du marché des services de messagerie ne peut pas être qualifié d'abus, pas plus que les autres effets, dénoncés par la Commission, de la règle du prix minimal et de la condition qualitative ne peuvent être qualifiés d'abus d'une position dominante sur le marché des services de messagerie. Nous pourrions clore notre analyse par cette constatation, mais nous allons cependant — pour le cas où la Cour en aurait besoin pour son argumentation — examiner brièvement la question de savoir si un éventuel abus peut être justifié par l'application de l'article 90, paragraphe 2, du traité.

99 — Voir le quatorzième considérant, deuxième alinéa, de la décision querellée.

3. *Application de l'article 90, paragraphe 2*

48. Dans la décision querellée, la Commission a pris pour attitude que c'est à l'État membre concerné qu'il incombe de démontrer que les conditions de l'exemption prévue par l'article 90, paragraphe 2, sont effectivement remplies [100]. Le gouvernement néerlandais conteste énergiquement cette charge de la preuve, mais nous croyons qu'il a tort. S'il est vrai que la Commission a l'obligation d'*examiner* s'il y a lieu d'appliquer l'article 90, paragraphe 2, ou non [101], on ne saurait raisonnablement exiger d'elle qu'elle étudie de sa propre initiative toutes les circonstances qui pourraient éventuellement donner lieu à l'application de la dérogation prévue par l'article 90, paragraphe 2.

49. Le dix-septième considérant de la décision querellée a trait à la circonstance qui, selon le gouvernement néerlandais, exclurait l'application des règles de concurrence. Les Pays-Bas avaient en effet invoqué le fait que la concurrence entre les entreprises privées de messagerie et les PTT dans le domaine des services de messagerie aurait pour conséquence que les PTT devraient se contenter des destinations permettant un résultat financier moins intéressant, ce qui rendrait impossible pour la poste de s'assurer les revenus nécessaires pour s'acquitter comme il sied de l'obligation de transport qui lui a été impartie.

La décision querellée écarte l'affirmation du gouvernement néerlandais en se fondant sur trois motifs que nous allons examiner brièvement ci-après.

50. La décision fait tout d'abord état de l'évolution favorable du chiffre d'affaires et des bénéfices au cours des années qui ont précédé l'adoption de la décision. La Commission déduit de ces chiffres qu'il n'a pas été démontré que « le maintien de la situation concurrentielle existant jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi portait atteinte au service postal de base et que la mesure en question soit décisive pour l'équilibre financier de la poste » [102].

Le gouvernement néerlandais objecte tout d'abord à cela que « le simple fait d'obtenir des résultats bénéficiaires ne supprime pas nécessairement la possibilité d'invoquer l'article 90, paragraphe 2 » [103]. Cette objection méconnaît l'élément essentiel de l'argumentation de la Commission qui déduit, en effet, la non-applicabilité de l'article 90, paragraphe 2, dans ce contexte, de l'*importance* des bénéfices réalisés par la poste, laquelle indiquerait, selon elle, qu'une situation concurrentielle, telle que celle qui existait au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, ne menaçait pas le fonctionnement du service postal de base ni l'équilibre financier de la poste.

Le gouvernement néerlandais soutient, en outre, que la Commission se serait basée à tort sur des chiffres relatifs à la période qui a précédé l'entrée en vigueur de la loi postale. Cette critique est elle aussi dénuée

100 — Voir le seizième considérant in fine de la décision querellée.

101 — Pour de plus amples développements, voir les points 26 à 28 de nos conclusions du 19 septembre 1991 dans l'affaire Merci Convenzionali Porto di Genova, C-179/90.

102 — Voir le dix-septième considérant, deuxième alinéa, de la décision querellée.

103 — Voir la requête dans l'affaire C-48/90, p. 21.

de fondement: il allait, en effet, de soi que, pour apprécier l'applicabilité de l'article 90, paragraphe 2, la Commission porterait son attention sur des chiffres susceptibles de fournir des indications sur le dynamisme concurrentiel des PTT au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Le fait qu'avant celle-ci les PTT bénéficiaient d'un monopole théorique sur les services de messagerie pour les lettres jusqu'à 500 g n'empêche pas que, à la veille de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, il existait en fait une concurrence vigoureuse dans ce segment du marché. Les chiffres utilisés par la Commission étaient donc bel et bien pertinents.

51. En second lieu, la Commission a estimé, dans la décision querellée, que l'article 90, paragraphe 2, n'était pas applicable parce que la poste dispose déjà, en fait ou par l'effet de la loi, d'avantages non négligeables pour l'accomplissement de sa tâche, de sorte que l'extension de sa position dominante au marché de la messagerie ne peut objectivement pas constituer une nécessité pour l'exercice de cette mission. Les parties sont en total désaccord quant au véritable impact de ces avantages, mais cette discussion ne semble pas revêtir une grande importance: il est, en effet, établi que les exonérations et économies d'échelle dont les PTT bénéficient (en particulier les exemptions des obligations découlant de la loi sur le transport par route et de l'arrêté sur la durée des trajets; les économies d'échelle résultant de l'utilisation du même personnel et de la même infrastructure pour un ensemble varié de services postaux) ont déjà pour effet de renforcer leur position concurrentielle par rapport à leurs concurrents privés ainsi que leur situation financière. Eu égard au facteur évoqué ci-avant, à savoir la situation bénéficiaire de la poste, il ne semble pas que l'accomplissement de la tâche d'intérêt général qui a été confiée à PTT-Post BV nécessitait l'octroi d'un avantage concurrentiel supplémentaire.

52. En troisième et dernier lieu, le fait que la poste n'est pas tenue d'offrir ses services dans l'ensemble du territoire néerlandais à un tarif identique, ce qu'elle ne fait d'ailleurs pas puisqu'elle consentirait à certains clients des ristournes importantes (dites « ristournes contractuelles ») fait apparaître, selon la décision querellée, que PTT-Post BV est parfaitement de taille à affronter la concurrence des entreprises privées. Une fois de plus, les parties ne sont guère d'accord sur l'importance de ces ristournes, sans en contester cependant l'existence [104]. C'est à bon escient, selon nous, que, dans la décision querellée, la Commission déduit de l'existence de ces ristournes que les PTT sont en mesure de tenir compte des différences de coûts lors de la fixation de leurs tarifs, exactement comme leurs concurrents. Cela aussi indique que l'exécution de l'obligation de transport imposée à PTT-Post BV n'empêche pas que les PTT peuvent réagir avec discernement à l'évolution du marché.

Nous partageons, dès lors, le point de vue de la Commission quant à la non-applicabilité de l'article 90, paragraphe 2, ainsi que son jugement, selon lequel le monopole de PTT-Post BV sur une partie du service postal de base est suffisant pour garantir le maintien des obligations de service public d'intérêt général (voir le dix-huitième considérant de la décision querellée).

104 — Voir par exemple la requête présentée par le gouvernement néerlandais dans l'affaire C-48/90, p. 21.

E — Résumé et conclusion

53. Notre analyse nous a conduit à la conclusion que la décision querellée pouvait être fondée sur le pouvoir que l'article 90, paragraphe 3, du traité confère à la Commission de constater l'incompatibilité d'une loi nationale avec une disposition du traité dotée d'effet direct. En l'occurrence, la Commission n'a cependant pas fait usage de ce pouvoir avec le respect dû aux droits de la défense. C'est la raison pour laquelle nous vous proposons, à titre principal, d'annuler la décision 90/16/CEE de la Commission relative à la prestation aux Pays-Bas du service de courrier rapide et de condamner la Commission aux dépens.

A titre subsidiaire, nous estimons qu'un certain nombre d'autres moyens d'annulation pris par les parties requérantes sont fondés. Ainsi est-il apparu plus haut que c'est indûment que la Commission a constaté une violation des dispositions combinées de l'article 90 et de l'article 86 du traité parce qu'elle n'a pas suffisamment démontré que PTT-Post BV a acquis ou menace d'acquérir, par l'effet de la loi postale 1988, une position dominante sur l'ensemble du marché des services de messagerie, de sorte qu'on ne saurait conclure à l'extension d'une position dominante ni à un abus de position dominante sur le marché des services de messagerie. Nous estimons, en outre, que la décision querellée est insuffisamment motivée dans la mesure où elle déclare incompatibles avec les dispositions combinées des articles 90 et 86 i) la règle du prix minimal pour les destinations situées en dehors de la Communauté et ii) l'obligation pour les entreprises de messagerie de faire enregistrer préalablement leurs tarifs. Il n'est pas nécessaire de statuer distinctement sur la demande d'annulation des rectificatifs dès lors que la décision elle-même doit être annulée.