

De la disparité des procédures d'instruction devant le Conseil de la concurrence*

D. BARKAT Djohra

Maitre de conférences A,

Faculté de Droit et des Sciences Politiques

Université A. Mira Bejaia.

barkatdjohra@yahoo.com

Résumé :

Les procédures d'instruction devant le Conseil de la concurrence sont soumises aux dispositions de l'ordonnance relative à la concurrence, et à celles de la loi n° 04-02 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales. Elles sont régies par le décret exécutif fixant l'organisation et le fonctionnement du Conseil de la concurrence, et le règlement intérieur du Conseil de la concurrence et guidées par les dispositions générales du Code de procédure pénale relatives à l'instruction devant les instances judiciaires. Une telle disparité ne peut-elle pas être à l'origine d'une complexité non souhaitable par les entreprises ?

Mots clés:

Saisine, contentieux, instruction, rapporteurs, police judiciaire, enquête, notification des griefs, décision.

* Date d'envoi de l'article 18/06/2021, Date d'acceptation 29/09/2021, Date de publication 30/01/2022.

في تبعثر إجراءات التحقيق أمام مجلس المنافسة

ملخص:

تخضع إجراءات التحقيق أمام مجلس المنافسة لمجموعة من القواعد المبعثرة بين أحكام الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، أحكام القانون 02-04 المطبق على الممارسات التجارية، كما تنظم بموجب أحكام المرسوم التنفيذي المحدد لتنظيم وعمل مجلس المنافسة وكذا قرار مجلس المنافسة المحدد للنظام الداخلي للمجلس، إضافة إلى قواعد قانون الإجراءات الجزائية الخاصة بإجراءات التحقيق أمام الجهات القضائية، يشكل هذا التبعثر في الإجراءات مصدرًا للتعقيد والغموض غير المرغوب فيهما من طرف المؤسسات.

كلمات مفتاحية:

إخطار، منازعات، تحقيق، مقررين، شرطة قضائية، تحقيق تبليغ المآخذ، قرار.

The Disparity of the Investigative Procedures Infront of the Competition Council

Summary:

Investigation procedures before the Competition Council are subject to the provisions of the Competition Ordinance and to those of Law No. 04-02 establishing the rules applicable to commercial practices. They are governed by the executive decree establishing the organization and functioning of the Competition Council, and the internal regulations of the Competition Council and guided by the general provisions of the Code of Criminal Procedure relating to investigation before the judicial authorities. Couldn't such a disparity be the source of undesirable complexity for companies?

Keywords:

Referral, litigation, investigation, rapporteurs, judicial police, investigation, notification of grievances, decision

Introduction :

A la différence des autorités de régulation sectorielles qui ont des compétences limitées au secteur placé sous leur contrôle, le Conseil de la concurrence dispose d'une compétence générale sur l'ensemble des acteurs du marché dans différents secteurs. En ce sens, sa mission relève de la régulation ex-post, il intervient en aval pour garantir la libre concurrence en sanctionnant les pratiques anticoncurrentielles.

A cet effet, le Conseil de la concurrence peut être saisi par les personnes habilitées¹ de toute les pratiques entrant dans le champ d'application des articles 6,7, 10, 11 et 12 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence. Contrairement à la saisine consultative où le Conseil émet des avis, la saisine contentieuse donne lieu à des décisions, elle doit être présentée sous forme d'une requête écrite, adressée à monsieur le président du conseil² et comprend toutes les formalités exigées par le règlement intérieur du Conseil³.

Si les conditions de la saisine, de fond et de forme, sont réunies, le Conseil de la concurrence décide d'examiner les pratiques dont il est saisi et procède à l'instruction de l'affaire.

¹En se référant aux dispositions des articles 35 et 44, de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003, relative à la concurrence, *JORA* n° 43 du 20-07-2003, modifiée et complétée par loi n° 08-12 du 25 juin 2008, *JORA* n° 36 du 22-07-2008, modifiée et complétée par loi n° 10-05 du 15 août 2010, *JORA* n° 46 du 18-08-2010, les personnes habilitées à saisir le Conseil de la concurrence sont :

- Le ministre chargé du commerce
- Les entreprises
- Les collectivités locales
- Les institutions économiques et financières
- Les associations professionnelles et syndicales
- Les associations de consommateurs, ainsi que le Conseil lui-même (l'auto saisine).

² Art. 8 du décret exécutif n° 11-241 du 10 juillet 2011 fixant l'organisation et le fonctionnement du Conseil de la concurrence, *JORA* n° 39 du 13-07-2011, modifié et complété par décret exécutif n° 15-79 du 08 mars 2015, *JORA* n° 13 du 11-08-2015.

³Les arts. 7.8.9.10 et 11 de la décision n° 01 du 24 juillet 2013 fixant le règlement intérieur du Conseil de la concurrence, *bulletin officiel de la concurrence* n° 3, www.conseil-concurrence.dz

Les procédures d'instruction s'effectuent selon les règles définies par : l'ordonnance relative à la concurrence⁴, la loi n° 04-02 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales⁵, le décret exécutif fixant l'organisation et le fonctionnement du Conseil de la concurrence⁶, le règlement intérieur du Conseil de la concurrence⁷ et même par les dispositions du Code de procédure pénale. **Une telle disparité ne peut-elle pas être à l'origine d'une complexité non souhaitable par les entreprises ?**

On peut distinguer deux phases essentielles de l'instruction précédant le prononcé de la décision par Conseil de la concurrence : l'enquête préparatoire (I) et l'instruction contradictoire (II).

I- L'enquête préparatoire

Les procédures d'enquête sont réparties entre les dispositions de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence, celles de la loi applicables aux pratiques commerciales, celles du code de procédure pénale ainsi que celles des textes réglementaires. Elles se font par les enquêteurs (A) et se clôturent par la notification des griefs (B).

A- Les enquêteurs

L'ordonnance relative à la concurrence précise les personnes habilitées à exercer la mission d'enquêteur (1) et définit leurs pouvoirs en la matière (2). Elle sanctionne également les entraves illicites aux enquêtes (3).

1- La qualité d'enquêteur

Selon l'article 50 de l'ordonnance relative à la concurrence qui dispose que « *Le rapporteur général et les rapporteurs instruisent les affaires que leurs*

⁴ Ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence (modifiée et complétée), *op.cit.*

⁵ Loi 04-02 du 23 juin 2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales, *JORA* n° 41 du 27-06-2004, modifiée et complétée par loi n° 10-06 du 15 août 2010, *JORA* n° 46 du 18-08-2010.

⁶ Décret exécutif n° 11-241 fixant l'organisation et le fonctionnement du Conseil de la concurrence (modifié et complété), *op.cit.*

⁷ Conseil de la concurrence, Décision n° 01 du 24 juillet 2013 fixant le règlement intérieur du Conseil de la concurrence, *op.cit.*

confie le président du Conseil de la concurrence », les rapporteurs sont les enquêteurs principaux.

L'article 49 bis ajoute une autre variété d'enquêteurs, il s'agit :

- des officiers et des agents de la police judiciaire prévus par le code de procédure pénale.
- des personnels appartenant aux corps spécifiques du contrôle relevant de l'administration chargée du commerce.
- des agents concernés relevant des services de l'administration fiscale.

L'identification de l'enquêteur est obligatoire lors de l'entrée dans les lieux, les enquêteurs doivent présenter leur carte professionnelle⁸, mais ils ne sont pas tenus de produire une habilitation nominative individuelle pour effectuer leurs investigations⁹.

Cette variété, non seulement elle est soumise à d'autres règles autre que la loi de la concurrence, mais elle ne dispose pas d'un pouvoir d'enquête autonome vis-à-vis de leur organisme d'affiliation et vis-à-vis de l'autorité judiciaire qui doit leur autoriser l'enquête conformément aux formalités prévues par le code de procédure pénale. Par conséquent, l'entreprise se retrouvera face à des procédures habituelles entachées de lenteur et de complexité.

2- Les pouvoirs des enquêteurs

Conformément aux dispositions de l'ordonnance relative à la concurrence « *Les modalités de contrôle et de constatation des infractions prévues par la présente ordonnance interviennent dans les mêmes conditions et formes que celles fixées par la loi n° 04-02...* »¹⁰.

⁸ Code de procédure pénale

⁹ Sur ce point voir Conseil de la concurrence français, Décision n°06-D-04 du 13 mars 2006 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie Luxe, www.autoritedelaconcurrence.fr/ ; Décision n°03-D-54 du 28 novembre 2003 relative à des pratiques relevées sur le marché des énergies renouvelables, www.autoritedelaconcurrence.fr/; Décision n°00-D-08 du 4 avril 2000 relative à la situation de la concurrence dans la distribution des peintures pour carrosserie de la société du Pont de Nemours, www.autoritedelaconcurrence.fr/

¹⁰ Art. 49 bis de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence (modifiée et complétée), *op.cit.*

La loi n° 04-02 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales renvoie aux dispositions prévues par le code de procédure pénale en matière de perquisition, de saisies et d'inventaires¹¹, ce qui donne le caractère judiciaire à la procédure d'instruction devant le Conseil de la concurrence.

Les pouvoirs des enquêteurs se matérialisent par deux types d'enquêtes :

- les enquêtes simples ou non coercitives réalisées par le rapporteur dans le cadre des opérations de contrôle, elles comportent le droit d'accès aux locaux des entreprises concernées, la consultation de tout document utile à l'instruction de l'affaire.

Les enquêteurs ont toute latitude de recueillir, par procès verbal, tous les renseignements nécessaires et consulter les documents professionnels liés au fonctionnement de l'entreprise auprès de celle-ci ou auprès de toute autre personne dans les délais qu'ils fixent¹², des déclarations anonymes¹³, des enregistrements audios écoutés¹⁴ et des prises photographiques¹⁵.

Excepté les informations et les pièces obtenues des services et des établissements publics, l'établissement d'un procès verbal est une formalité

¹¹ Voir le code de procédure pénale.

¹² Art. 51 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence (modifiée et complétée), *op.cit*, voir également Conseil de la concurrence français, Décision n°95-D-83 du 12 décembre 1995 relative à des pratiques relevées à l'occasion des marchés publics relatifs à la restauration des murailles du fort Saint-Louis à Fort-de-France (Martinique), www.autoritedelaconcurrence.fr/; Cour d'Appel de Paris, 1^{ère} chambre, Section H, CT 0175 13 décembre 2005, *La Société APPIA REVILLON et autres*, www.légifrance.gouv.fr

¹³ Voir Cour de cassation, Chambre commerciale, Pourvoi n° n°96-30. 97 du 13 janvier 1998, www.légifrance.gouv.fr

¹⁴ Conseil de la concurrence français, Décision n°04-D-07 du 11 mars 2004 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la boulangerie dans le département de la Marne, www.autoritedelaconcurrence.fr/

¹⁵ Conseil de la concurrence français, Décision n°05-D-24 du 31 mai 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics d'aménagement routier dans le département de la Somme, www.autoritedelaconcurrence.fr/

obligatoire pour justifier l'origine licite des pièces et des informations obtenues¹⁶.

- Les enquêtes coercitives que l'on assimile à des opérations de police judiciaire en ce qu'elles tendent, non seulement à constater, mais aussi à rechercher les infractions. Ces enquêtes comportent des pouvoirs de perquisition et de saisie.

Les opérations de saisie peuvent toucher les documents informatiques ainsi que les documents papiers. Parce que ces opérations portent atteinte aux droits et aux libertés des entreprises concernées, les enquêteurs doivent les informer sur l'objet de l'enquête et le domaine de la recherche.

L'exercice du pouvoir d'enquête se traduit par la rédaction d'un procès verbal, ce dernier fait partie intégrante du dossier, il est systématiquement annexé au rapport d'enquête transmis au conseil de la concurrence.

En outre, en soumettant les modalités de contrôle et de constatation aux règles générales du droit de procédure pénale, le droit d'accès aux locaux et les autres opérations de contrôle deviennent des perquisitions ou des visites à domicile faites par la police judiciaire dans le cadre des enquêtes coercitives.

3- Les entraves aux enquêtes

Les entraves aux enquêtes donnent lieu aux sanctions pécuniaires définies par l'article 59 de l'ordonnance relative à la concurrence. Le Conseil de la concurrence peut décider, sur rapport du rapporteur, d'une amende d'un montant maximum de huit cent mille dinars (800.000 DA) contre les entreprises qui, délibérément ou par négligence, fournissent un renseignement inexact ou incomplet à une demande de renseignement conformément aux dispositions de l'article 51.

La loi fixant les règles applicables aux pratiques commerciales prévoit également des sanctions pénales à tout acte matériel ou moral constituant une

¹⁶ Conseil de la concurrence français, Décision n°05-D-32 du 22 juin 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution, www.autoritedelaconcurrence.fr/

entrave à l'entreprise¹⁷. Les dispositions de cette loi s'appliquent aux enquêtes de toute nature (coercitives ou non coercitives), contrairement aux dispositions de l'article 59 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence qui s'appliquent seulement aux enquêtes non coercitives faites par le rapporteur.

La phase de l'enquête préparatoire se clôture par un rapport notifié aux intéressés et aux concernés.

B- la notification des griefs

A l'issue des enquêtes, le rapporteur établit un rapport préliminaire contenant l'exposé des faits ainsi que les griefs retenus. Ce rapport est notifié par le président du Conseil de la concurrence, aux parties concernées, au ministre chargé du commerce, ainsi qu'aux parties intéressées qui peuvent formuler des observations écrites dans un délai n'excédant pas trois mois¹⁸.

Les dispositions de l'article 52 de l'ordonnance relative à la concurrence nous incitent à définir la nature et le contenu de la notification des griefs (1) et ses destinataires (2).

1- La nature et le contenu de la notification des griefs

La notification des griefs constitue un document synthétique rédigé par le rapporteur, après l'enquête préparatoire, lorsqu'il estime qu'il existe dans le dossier des indices suffisants susceptibles de démontrer l'existence d'une pratique anticoncurrentielle conformément aux dispositions de l'ordonnance relative à la concurrence.

L'établissement de la notification est laissé à l'entière appréciation du rapporteur et du président du Conseil de la concurrence. La loi n'impose aucune forme particulière pour la rédaction de la notification des griefs, elle doit seulement comporter un exposé des faits reprochés ainsi que les griefs retenus¹⁹.

Quant aux moyens de notification, la décision fixant le règlement intérieur du Conseil de la concurrence précise que les notifications faites par le Conseil

¹⁷ Voir les arts. 53 et 54 de la loi 04-02 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales (modifiée et complétée), *op.cit.*

¹⁸ Art. 52 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence (modifiée et complétée), *op.cit.*

¹⁹ Art. 52 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence (modifiée et complétée), *op.cit.*

sont adressées au siège social ou au domicile indiqué dans la saisine²⁰, en quatre (04) exemplaires, par lettre recommandée avec accusé de réception, à l'adresse des destinataires²¹. En revanche, ladite décision ne fait aucune indication quant à la langue de la notification, ce qui nous incite à se référer à la règle générale relative à la généralisation de l'utilisation de la langue arabe²².

En droit français, l'autorité de la concurrence avait rejeté les allégations par lesquelles deux entreprises allemandes soutenaient que leurs droits de défense avaient été violés dès lors que la notification des griefs leur avait été adressée uniquement en langue française²³.

2- Les destinataires de la notification

Conformément aux dispositions de l'article 52 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, les destinataires de la notification sont :

- Les parties concernées qui sont, généralement, les entreprises parties au litige objet de la saisine.
- Le ministre chargé du commerce en tant que garant de l'intérêt général économique.
- Les intéressées qui ne sont pas partie à la saisine, mais elles sont touchées par la pratique commise, tel que l'entreprise, partie à une concentration, qui est touchée par la pratique commise par une autre entreprise partie à la même concentration.

²⁰ Art. 20 de la décision n° 01 du 24 juillet 2013 fixant le règlement intérieur du Conseil de la concurrence, *op.cit.*

²¹ Art. 20 de la décision précitée, Voir également Autorité de la concurrence française, Décision n°12-D-08 6 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives, www.autoritedelaconcurrence.fr/

²² Loi n°91-05 du 16 janvier 1991 portant généralisation de l'utilisation de la langue arabe, *JORA* n°16 du 16-01- 1991, modifiée et complétée par ordonnance n°96-30 du 21 décembre 1996, *JORA* n°81 du 22-12- 1996.

²³ Autorité de la concurrence française, Décision n°12-D-09 du 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires, www.autoritedelaconcurrence.fr/

En somme, la notification des griefs étant un acte préparatoire à la décision du Conseil, qui ne préjuge nullement de cette décision, n'est pas susceptible de recours juridictionnel²⁴. Elle est soumise aux règles applicables à la notification des décisions administratives en général, prévues par les dispositions du code de procédure civile et administrative.

Après la notification des griefs, le Conseil de la concurrence procède à l'instruction contradictoire.

II- L'instruction contradictoire

La phase de l'instruction contradictoire devant le Conseil de la concurrence s'ouvre après celle de l'enquête préparatoire, et peut se dérouler selon plusieurs modalités. Le Conseil doit, lors de l'instruction, respecter le principe posé à l'article 30 de l'ordonnance relative à la concurrence selon lequel l'instruction et la procédure devant le Conseil de la concurrence sont pleinement contradictoires. Cela s'apparente clairement lors du déroulement de l'instruction (A) et se réduit lors des séances du le Conseil (B).

A- Le déroulement de l'instruction

Le déroulement de l'instruction est lié en premier lieu au rapport du rapporteur (1) et dépend de la présentation et de la consultation des observations(2).

1- Le rapport du rapporteur

Le rapport du rapporteur est un document qui clôt l'instruction et énonce les griefs retenus définitivement. « *Au terme de l'instruction, le rapporteur dépose auprès du Conseil de la concurrence un rapport motivé contenant les griefs retenus, la référence aux infractions commises et une proposition de décision ainsi que, le cas échéant, les propositions de mesure réglementaires conformément aux dispositions de l'article 37 ci-dessus* »²⁵.

²⁴ François VIAL, *Les actes non sanctionnés émis par les autorités administratives indépendantes: recherche sur l'évolution de l'acte administratif*, Thèse de doctorat, Université Paris II, Panthéon ASSAS, 1999, p. 256.

²⁵ Art. 54 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence (modifiée et complétée), *op.cit.*

Sans tenir compte de sa forme, le rapport d'enquête contient les procès verbaux établis au cours des débats en séance devant le collège du Conseil ainsi que toutes les pièces recueillies au cours de l'instruction.

Quant à la valeur probante des rapports d'enquête établis par les personnes habilitées, le législateur français les dote d'une force probante simple²⁶, ils doivent être établis dans le cadre du respect des droits de la défense des concernés²⁷, ils contiennent tous les documents et les éléments matériels y compris les messages et les enregistrements des conversations²⁸.

Parce que le recours aux enregistrements et messages téléphoniques porte atteinte aux libertés des entreprises poursuivies, la jurisprudence française a strictement vérifié l'utilisation de tels moyens, en exigeant la loyauté des procédures suivies pour leur obtention²⁹. Par conséquent, les enregistrements qualifiés de « clandestins »³⁰ sont privés de toute vertu probante.

2- La présentation et la consultation des observations

Après le dépôt du rapport par le rapporteur, le président du Conseil de la concurrence doit le notifier aux parties concernées et au ministre chargé du

²⁶ L'art. L. 450-2 du Code de commerce dispose que « *les enquêtes donnent lieu à l'établissement de procès verbaux et, le cas échéant, de rapports. Les procès verbaux sont transmis à l'autorité compétente. Un double en est laissé aux parties intéressées. Ils font foi jusqu'à preuve contraire* »

²⁷ Voir Emmanuel DAOUD & Sara ALBERTIN "L'autorité de la concurrence: les pouvoirs d'enquête au crible des droits de la défense", *Revue Lamy de droit des affaires* n° 93, mai 2014, <http://lamyline.lamy.fr>, pp. 102-108.

²⁸ Sur ce point voir Mayer BROWN, "Les enquêtes de la concurrence", *Revue Concurrences*, n°04, 2017.

²⁹ Cour d'Appel de Paris, Arrêt n°07/08196 du 19 juin 2007, *SA Société Generali Assurances IARD, Assurance Générale de France IART et Zurich Assurances* ; Arrêt n°2008/11907 du 29 avril 2009, *La société HILIPS France, S.A.S, et autres*; Cour de cassation, Arrêt n° 587 du 7 janvier 2011 ; Arrêt n° 664 du 3 janvier 2008, www.legifrance.gouv.fr

³⁰ Elisabeth FLAICHER-MANEVAL, "Moyens de preuve en droit de la concurrence : la loyauté s'impose", www.cms.law/fr/fra/publication

commerce afin de présenter leurs observations écrites dans un délai de deux mois³¹.

Les parties peuvent également consulter les observations écrites 15 jours avant la date de l'audience³².

Le rapporteur dispose à nouveau de la possibilité de présenter ses observations sur les éventuelles observations écrites présentées par les parties³³. Bien que la présentation des observations écrites n'est pas vraiment soutenue par la doctrine, elle permet néanmoins aux parties de se défendre et d'influencer la prise de décision par le Conseil.

Les parties concernées bénéficient d'autres garanties fondamentales du procès équitable³⁴, telles que les garanties d'impartialité et le respect de l'égalité des parties³⁵ et les droits de la défense³⁶.

Après la réception des observations, un dossier est constitué, les parties concernées et le représentant du ministre chargé du commerce ont droit à l'accès au dossier et à en obtenir copie³⁷ 15 jours précédant la date de l'audience.

B- Les séances du Conseil de la concurrence

Les séances du Conseil de la concurrence sont comparables aux audiences des tribunaux en ce qui concerne leur déroulement **(1)** et le délibéré **(2)**.

1- Le déroulement de la séance

La date de la séance est fixée par le président du Conseil de la concurrence ou son remplaçant en cas d'empêchement³⁸. Elle est communiquée aux

³¹ Art. 55 al. 1 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence (modifiée et complétée), *op.cit.*

³² Art. 55 al. 2 de l'ordonnance précitée.

³³ Art. 55 al. 3 de l'ordonnance précitée.

³⁴ Voir Rachid ZOUAÏMIA, "Les garanties du procès équitable devant les autorités administratives indépendantes", RARJ n° 1, 2013, pp. 5-23.

³⁵ Art. 29 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence (modifiée et complétée), *op.cit.*

³⁶ Art. 30 de l'ordonnance précitée.

³⁷ Art. 50 de l'ordonnance précitée.

³⁸ Art. 28 de l'ordonnance précitée.

membres, au rapporteur général, aux parties et aux représentants du ministre chargé du commerce 21 jours avant la date de la séance³⁹.

Les séances du Conseil de la concurrence ne sont pas publiques⁴⁰. En principe le Conseil ne peut siéger valablement qu'en présence de huit de ses membres au moins⁴¹, cependant, le Conseil peut décider du traitement des dossiers qui lui sont soumis en commission restreinte préalablement à leur examen en séance plénière⁴².

Les débats sont dirigés par le président de la séance qui exerce la police de la séance. Le Conseil entend contradictoirement les parties au contentieux dans l'ordre suivant : le ou les rapporteurs, le rapporteur général, le représentant du ministre chargé du commerce et, enfin les parties concernées⁴³.

Lors de la séance, il est possible aux différents intervenants de modifier ou de compléter leurs observations précédentes. Ainsi, le rapporteur peut abandonner des griefs retenus dans son rapport, mais non en ajouter de nouveaux qui n'aient pas été notifiés aux parties.

Lorsque toutes les parties ont exprimé leurs prétentions, le président du Conseil de la concurrence lève la séance pour délibération.

2- Le délibéré

L'ordonnance relative à la concurrence prévoit un régime d'empêchement qui interdit à tout membre du Conseil de délibérer dans une affaire dans laquelle il a un intérêt ou s'il a un lien de parenté jusqu'au quatrième degré avec l'une des parties ou, s'il représente ou a représenté une des parties intéressée⁴⁴. A ce

³⁹ Arts. 31 et 22 de la décision n° 01 fixant le règlement intérieur du Conseil de la concurrence.

⁴⁰ L'article 43 de l'ordonnance n° 95-06 relative à la concurrence (abrogée) précise que « *Les séances du Conseil sont publiques* ».

⁴¹ Art. 28 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence (modifiée et complétée), *op.cit.*

⁴² Art. 10 du décret exécutif n° 11-241 fixant l'organisation et le fonctionnement du Conseil de la concurrence (modifié et complété), *op.cit.*

⁴³ Art. 33 de la décision n° 01 fixant le règlement intérieur du Conseil de la concurrence, *op.cit.*

⁴⁴ Art. 29 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence (modifiée et complétée), *op.cit.*

titre, les membres concernés sont tenus d'informer le président de cas d'empêchement.

Le délibéré se déroule à huis clos, le président du Conseil de la concurrence dirige des débats et soumit, si cela lui paraît nécessaire, le sens de la décision ou de l'avis à un vote à main levée ou à bulletin secret⁴⁵. Par contre, on remarque le silence de la loi et de ses textes d'application sur ce point en ce qui concerne les commissions restreintes.

Les décisions du Conseil de la concurrence sont prises à la majorité simple, en cas de partage égale des voix, celle du président est prépondérante⁴⁶. Elles font l'objet d'une minute établie en un seul exemplaire, sous la responsabilité du directeur de la procédure⁴⁷.

La loi de la concurrence exige la publicité des décisions par le Conseil de la concurrence⁴⁸ dans le bulletin officiel de la concurrence⁴⁹. Lesdites décisions sont susceptibles d'un recours juridictionnel⁵⁰.

On relève une importante lacune dans les dispositions de l'ordonnance relative à la concurrence sur la question des délibérations du Conseil, notamment celle de la participation du rapporteur au délibéré qui porte atteinte au principe de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement.

En droit français, dans un premier temps, malgré la précision de l'article L. 463-7 al. 4 du code de commerce que « ***Le rapporteur général, ou le rapporteur général adjoint désigné par lui et le rapporteur assistant au délibéré, sans voix***

⁴⁵ Art. 40 de la décision n° 01 fixant le règlement intérieur du Conseil de la concurrence, *op.cit.*

⁴⁶ Art. 28 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence (modifiée et complétée), *op.cit.*

⁴⁷ Art. 41 de la décision n° 01 fixant le règlement intérieur du Conseil de la concurrence, *op.cit.*

⁴⁸ Art. 49 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence (modifiée et complétée), *op.cit.*

⁴⁹ Décret exécutif n° 11-242 du 10 juillet portant création du bulletin officiel de la concurrence et définissant son contenu ainsi que les modalités de son élaboration, *JORA* n° 39 du 13-07-2011.

⁵⁰ Voir les arts. 19 et 63 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence (modifiée et complétée), *op.cit.*

délibérative », la participation du rapporteur au délibéré n'a pas été contestée par la jurisprudence⁵¹.

Par la suite, la Cour de cassation a énoncé que la participation du rapporteur et du rapporteur général au délibéré, pourtant prévue à l'article L. 463-7 al. 4 du code de commerce constituait une violation du principe d'impartialité et des droits de la défense⁵².

Par ailleurs, cette position a été confirmée par le Conseil constitutionnel⁵³ et vivement soutenue par la doctrine⁵⁴.

Certes, l'exercice d'un pouvoir répressif par le Conseil de la concurrence exige que la procédure devant cet organe se déroule selon un processus de type juridictionnel, mais cela exige aussi l'accompagnement d'une telle procédure par les garanties fondamentales d'un procès équitable comme élément d'incitation.

Conclusion

Enfin, le caractère laconique et complexe des règles relatives aux procédures d'instruction devant le Conseil de la concurrence peut être à l'origine d'inquiétudes majeures des entreprises. Ces incertitudes constituent un facteur important qui joue négativement sur la sécurité juridique.

A ce titre, il convient au législateur, qui s'est largement inspiré du texte français, de mettre une nette frontière entre la procédure contentieuse devant le Conseil de la concurrence et le procès pénal. Cela peut se faire par l'unification des règles applicables à la procédure contentieuse devant le Conseil de la concurrence.

⁵¹ Cour de cassation, décision n° 96-11.080 du 27 janvier 1998, *D. affaires*, 1998, Conseil d'Etat, assemblée du 03 décembre 1999, caisse du crédit mutuel DebainTresbœuf, *RAFDA*, 2000, pp. 574-583.

⁵² Cour de cassation, Plén. 5 février 1999, COB c/Oury, petites affiches, 10 février 1999, p. 3.

⁵³ Conseil constitutionnel, décision du 02 décembre 2011, Banque populaire Côte d'Azur, n° 2011-200 QPC, *JORF* du 03-12-2011.

⁵⁴ Martin LOMBARD, "Actualité du droit de la concurrence et de la régulation. Pouvoir répressif des autorités de régulation", *AJDA*, 2012, p. 578.

En ce sens, il convient également au législateur de tracer, seulement, les lignes directrices et le cadre général en matière de procédure, en laissant au Conseil de la concurrence l'initiative de créer un véritable droit processuel de la concurrence, et d'instaurer une pratique décisionnelle constante en la matière, tout en laissant aux autorités judiciaires le pouvoir d'exercer le contrôle juridictionnel.