

LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE FACE A L'IMPÉRATIF D'IMPARTIALITÉ : LES MESURES CONSERVATOIRES RECONNUES COMME UN PRÉJUGEMENT

Cass. com. 9 octobre 2001, n°1580 FS-P, SA Unibéton et autres

Laure MERLAND

Docteur en droit

Chargée de cours à l'Université d'Aix-Marseille

Conseil de la concurrence – Droit processuel – Droits fondamentaux – Droit à un juge impartial – Composition du Conseil – Mesures conservatoires – Préjugement - Décision au fond - Impartialité subjective ou personnelle – Impartialité objective ou fonctionnelle.

La Cour de cassation, fidèle depuis 1998 à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'impartialité, précise que les membres du Conseil de la concurrence qui ont préjugé de l'affaire à l'occasion de la procédure conservatoire, ne peuvent statuer au fond sans manquer objectivement au principe d'impartialité. Il y a là une avancée dans l'exigence d'impartialité des membres du Conseil, qui suit la condamnation par la jurisprudence, puis par le législateur, de la présence du rapporteur au délibéré. La décision étudiée offre l'occasion de rappeler les conditions de l'impartialité subjective des magistrats et celles de leur impartialité objective. En outre, elle invite le Conseil de la concurrence à infléchir sa pratique décisionnelle.

*

* *

I. Les éléments caractérisant l'existence d'un préjugement.....	5
A - L'insuffisance des éléments invoqués pour caractériser l'existence d'un préjugement d'origine subjective	5
B. Le prononcé sur l'illicéité de la pratique en cause, élément caractérisant un préjugement d'origine objective.....	7
II. La composition du Conseil garantissant un débat au fond objectivement impartial.....	14
A – L'exclusion du débat du fond des membres du Conseil ayant préjugé à l'occasion de la procédure conservatoire	14
B - L'obligation pour le Conseil de la concurrence de modifier sa pratique décisionnelle	16

1. - L'impartialité, absence de parti pris¹, est « *la condition sine qua non du système juridique entier* »². Elle compte ainsi parmi « *les principes immémoriaux du droit processuel* »³. Il y a près de trois mille ans déjà, le Deutéronome ordonnait : « *tu ne biaiseras pas avec le droit, tu n'auras pas de partialité, tu n'accepteras pas de cadeau, car le cadeau rend aveugle les yeux des sages et compromet la cause des justes* »⁴. Cette exigence, mise en œuvre au fil des siècles par nombre de dispositions ponctuelles⁵, a été réaffirmée avec force pour les membres de l'autorité judiciaire par l'article 14 §. 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁶, par l'article 6 §. 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁷. La Cour européenne des droits de l'homme y voit un élément nécessaire de « *la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables* »⁸.

2. - Les autorités administratives n'échappent pas au respect des droits fondamentaux. Dans une décision du 27 février 1980⁹, la Cour européenne, suivie de la Cour de justice des Communautés européennes¹⁰, soumet les autorités administratives indépendantes dotées d'un pouvoir sanctionnateur en matière économique aux dispositions de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹¹. Mais ces hautes juridictions n'ont pas encore eu l'occasion de connaître de questions relatives à l'impartialité, à la différence de la Cour de cassation française. Par deux arrêts du

¹ Dictionnaire Le Robert.

² Frison-Roche (M.-A.), *L'impartialité du juge*, D. 1999, chr. 53.

³ Guinchard (S.), Bandrac (M.), Lagarde (X.), Douchy (M.), *Droit processuel, Droit commun du procès*, 1^{ère} éd., Dalloz, 2001, n° 38.

⁴ Deutéronome, 16, 19 ; Exode, 23, 3 à 8. « *Tu n'auras pas de partialité* », Deutéronome, 1, 17. Rappelant ces passages bibliques, Crocq (P.), *Le droit à un tribunal impartial, in Libertés et droits fondamentaux*, R. Cabrillac, M.A. Frison-Roche, T. Revet, *Libertés et droits fondamentaux*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2001. Voir aussi Guinchard (S.), Bandrac (M.), Lagarde (X.), Douchy (M.), préc., n° 363.

⁵ Pour un inventaire des applications du principe d'impartialité dans l'histoire du droit processuel, cf. Bandrac (M.), Lagarde (X.), Douchy (M.), préc., n° 38.

⁶ Art. 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « *Tous sont égaux devant les tribunaux de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil...* ».

⁷ Art. 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ».

⁸ C.E.D.H., 1^{er} octobre 1982, *Piersack contre Belgique*, A53, §. 30 ; C.E.D.H., 26 octobre 1984, *De cubber contre Belgique*, A86, n° 26.

⁹ C.E.D.H., 27 février 1980, *Deweert contre Belgique*, série A, n° 35 ; C.E.D.H., 27 février 1992, *Stenuit contre France*, série A, n° 232-A.

¹⁰ C.J.C.E., 7 juin 1983, *Music Diffusion française contre Commission*, Rec., p. 1825 ; 9 novembre 1983, *Michelin contre Commission*, Rec., p. 3461.

¹¹ Guinchard (S.), Bandrac (M.), Lagarde (X.), Douchy (M.), préc., n° 107.

5 février 1999¹², l'Assemblée plénière, rappelle la soumission de la Commission des opérations de bourse à l'article 6 §. 1 précité¹³, et condamne la présence du rapporteur au délibéré comme contraire au respect du principe du contradictoire et d'impartialité¹⁴. Le 5 octobre 1999¹⁵, la Chambre commerciale de la Cour de cassation, retenant à nouveau l'applicabilité de l'article 6 à la procédure du Conseil de la concurrence¹⁶, condamne à son tour la présence du rapporteur au délibéré sur le fondement de la violation du principe de « l'égalité des armes » qui en résulte¹⁷. L'article L. 463-7 alinéa 4 du Code de commerce prolonge cette critique, et interdit aux rapporteurs de participer au délibéré lorsque le Conseil statue en matière d'entente ou d'abus de position dominante.

3. - L'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 9 octobre 2001 est important, car il marque une autre avancée dans l'exigence d'impartialité des membres du Conseil de la concurrence. En l'espèce, constatant des ententes douteuses sur le marché du béton prêt à l'emploi de la région Provence-Alpes-Côte-d'Azur, le ministre de l'Economie saisit le Conseil de la concurrence, et, accessoirement à sa saisine au fond, formule une demande de mesures conservatoires. Par décision 94-MC-10 du 14 septembre 1994¹⁸, la commission permanente du Conseil fait droit à la demande de mesures conservatoires et enjoint aux sociétés visées dans la requête de cesser de vendre directement ou indirectement, dans un rayon géographique déterminé, du béton prêt à l'emploi, à un prix unitaire inférieur

¹² A.P., 5 février 1999, *Oury*, P.A., 10 février 1999, p. 3, note Ducouloux-Favard ; G.P., 25 février 1999, concl. Lafortune et note Delgerde, Gramblat, Herbière ; D. Aff., 1999, 410, obs. Boizard ; D. 1999, som. com. 249, obs. Bon-Garcin (I.) ; J.C.P. 1999, II, 10060, note Matsopoulou ; ibid. 1999, E., p. 357, note Garaud ; RGDP, 1999, 275, obs. Idot (L.) ; Dr. Pénal, avril 1999, n° 54, obs. Robert (J.-H.) ; R.T.D.Com. 1999.738, obs. Rontchevsky (N.), RD Bancaire et bourse, 1999, p. 32, obs. Germain (M.), Frison-Roche (M.-A.) ; R.T.D.Civ. 199.738, obs. Libchaber (R.) ; R.T.D.Civ. 2000.625-626, obs. Normand (J.) ; elle confirme C.A. Paris, 7 mai 1997, D. 1998, somm. Com. 65, obs. Bon-Garcin (I.) ; Magnier (V.), *La notion de justice impartiale* (la suite de l'affaire Oury...), J.C.P. 2000, I, 252.

¹³ Com., 9 avril 1996, Bull. civ. IV, n° 115 ; RD Bancaire et bourse, 1997, 177, obs. Germain, Frison-Roche (M.-A.) ; R.G.D.P., 1999-4, 719, obs. Idot (L.) : « ces sanctions, bien que de nature administrative, visent comme en matière pénale, par leur montant élevé et la publicité qui leur est donnée, à punir les auteurs de faits contraires aux normes générales édictées par les règlements de la C.O.B. ».

¹⁴ Guinchard (S.), Bandrac (M.), Lagarde (X.), Douchy (M.), préc., n° 107.

¹⁵ A.P., 5 octobre 1999, P.A., 15 octobre 1999, note Ducouloux-Favard ; G.P., 2 déc. 1999, concl. Lafortune et note Flécheux (O.) ; Contrats, conc. consom., déc. 1999, n° 177, obs. Malaurie-Vignal (M.) ; D. 2000, som. Com. 9, obs. Niboyet (M.-L.) ; J.C.P. 2000, II, 10255, note Cadou (E.) ; R.T.D.Civ. 2000.625-626, obs. Normand (J.). Elle revient sur l'arrêt rendu par Cass.com., 27 janvier 1998, R.J.D.A., 1998-6, n° 800.

¹⁶ Com., 6 octobre 1992, Bull. civ. IV, n° 294, reconnaît pour la première fois la soumission du Conseil de la concurrence à l'article 6 §. 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

¹⁷ Ce sont les termes de l'arrêt. Pour une étude du principe de l'égalité des armes, voir Mélin-Soucramanien (F.), Jean-Pierre (D.), *Le principe de l'égalité des armes*, R.R.J., 1993, p. 439. Il faut dire que le Conseil de la concurrence a anticipé cette solution, puisque dans ses décisions postérieures aux arrêts d'Assemblée plénière, il prend soin de préciser que les rapporteurs n'ont pas participé au délibéré.

¹⁸ Cons. Conc., déc. n° 94-MC-10, 14 septembre 1994, *Béton prêt à l'emploi*, B.O.C.C.R.F., 27 octobre, p. 489 ; Recueil Lamy, n° 603, comm. Sélinisky (V.).

au coût variable de production¹⁹. Au fond, la formation plénière, comprenant les membres de la commission permanente ayant statué au conservatoire, reconnaît par décision n° 97-D-39 du 17 juin 1997 l'existence d'une entente prohibée et inflige aux sociétés concernées des sanctions pécuniaires. Celles-ci forment alors un recours devant la Cour d'appel de Paris. Elles ne peuvent « *s'empêcher de penser que par l'importance qui lui a été donnée, tant par le Conseil de la concurrence lui-même que par les commentateurs, la décision 94-MC-10, le Conseil s'interdisait en fait d'examiner dans un sens contraire le fond de l'affaire et privait les sociétés mises en cause d'un véritable débat objectif et impartial* ». La Cour d'appel rejette cette argumentation : « *les mesures conservatoires prononcées au début de la procédure, avant enquête approfondie sur le fond, pour faire cesser une pratique gravement préjudiciable à l'ordre public économique, ne sauraient être considérées comme un préjugement sur l'imputabilité de ces pratiques* ». Les sociétés, déboutées, se pourvoient en cassation.

4. - Le problème juridique qui se pose à la Cour de cassation est apparemment simple : peut-on retenir l'existence d'un préjugement des membres du Conseil de la concurrence lorsqu'ils statuent au conservatoire ? Et à quelles conditions ? De ce préjugement dépend la validité, au regard de l'impératif d'impartialité, de la décision au fond. Dans un attendu de principe, sous le visa de l'article 6 §. 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenu l'article L. 464-1 du Code de commerce, la Chambre commerciale censure l'arrêt d'appel. Elle considère que « *le Conseil de la concurrence s'était prononcé sur le caractère prohibé d'une partie des faits qui lui étaient dénoncés dans la procédure de mesures conservatoires, ce dont il devait être déduit qu'il ne pouvait, dans une formation comportant des membres ayant statué dans cette procédure, statuer à nouveau au fond, sans manquer objectivement au principe d'impartialité* ».

5. - En renforçant la jurisprudence en matière d'impartialité²⁰, l'arrêt du 9 octobre 2001 présente un double intérêt. Tout d'abord, il offre l'occasion de mettre en évidence les éléments qui peuvent caractériser l'existence d'un préjugement (I). Ensuite, il invite à réviser la composition du Conseil de la concurrence de telle sorte à garantir un débat au fond objectivement impartial. Sont donc exclus les membres du Conseil ayant préjugé du fond de l'affaire à l'occasion de la procédure conservatoire (II).

¹⁹ Les recours et pourvois contre les mesures conservatoires ainsi ordonnées, formés devant la Cour d'appel (C.A. Paris, 3 novembre 1994, B.O.C.C.R.F., 9 décembre, p. 517) puis devant la Cour de Cassation (Com., 4 février 1997, B.O.C.C.R.F., 25 mars, p. 179 s.) sont rejetés.

²⁰ Cf. A.P., 6 novembre 1998, (deux arrêts), J.C.P. G., 1998.II.10198, rapp. Sargos (J.-P.) ; D. 1999, jur. 1. concl. Proc. gén. Burgelin (J.-F.) ; R.T.D.Civ. 1999.183 s., obs. Normand (J.) ; R.T.D.Civ. 1999.193, obs. Perrot (R.), préc. Perrot (R.), *Impartialité du juge et cumul des fonctions*, R.T.D.Civ. 1999.196 ; Normand (J.), *Référé provision et impartialité du juge*, R.T.D.Civ. 1999.186 ; Normand (J.), *De quelques limites du référé provision*, R.T.D.Civ. 1999.178.

I. LES ELEMENTS CARACTERISANT L'EXISTENCE D'UN PREJUGEMENT

6. - La Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Piersack contre Belgique*²¹, dégage deux types de préjugement. Le premier type de préjugement est d'origine personnelle ou subjective²². Il est consécutif à un intérêt personnel du magistrat au litige ou à une opinion préconçue sur le fond de l'affaire, en dépassement du strict exercice de ses fonctions. Le second type de préjugement est d'origine objective, fonctionnelle²³, organique²⁴, ou encore structurelle²⁵. Il découle de la nature des fonctions ou du contenu des décisions du magistrat²⁶. Dans l'affaire du « *béton prêt à l'emploi* », les éléments d'un préjugement d'origine subjective ne sont pas suffisamment caractérisés (A). En revanche, est retenu un préjugement d'origine objective consécutif à l'exercice de fonctions conservatoires (B).

A - L'insuffisance des éléments invoqués pour caractériser l'existence d'un préjugement d'origine subjective

7. - L'impartialité subjective ou personnelle d'un magistrat se présume jusqu'à preuve du contraire²⁷. Cette règle, générale, s'applique aux membres du Conseil de la concurrence²⁸. Il incombe donc au demandeur de rapporter les faits susceptibles de faire douter de leur

²¹ C.E.D.H., 1^{er} octobre 1982, *Piersack contre Belgique*, préc., §. 30 : « Si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé... elle peut s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer... entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective, amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure... tout doute légitime ».

²² Cf. par exemple C.E.D.H., *Gautrin et autres contre France*, 25 mai 1998, Rec. 1998-II, §. 58.

²³ Cf. par exemple C.E.D.H., 1^{er} octobre 1982, *Piersack contre Belgique*, préc., §. 30 ; C.E.D.H., 22 avril 1994, *Saraiva de Carvalho contre Portugal*, série A, n° 286-B, p. 38, §. 33 ; C.E.D.H., 25 mai 1998, Rec. 1998-II, *Gautrin et autres contre France*, §. 58.

²⁴ C.E.D.H., 1^{er} octobre 1982, *Piersack contre Belgique*, préc., §. 30.

²⁵ C.E.D.H., 16 décembre 1992, *Sainte-Marie contre France*, A253-A, opinion dissidente du juge Walsh, n° 1 ; D. 1993, som. com. 384, obs. Renucci (J.-F.) .

²⁶ La terminologie « *objectif/subjectif* », est utilisée en jurisprudence (cf. Cons. Conc., déc. n° 2001-D-22 du 9 mai 2001 *relative à des pratiques mises en œuvre par la Société des auteurs et compositeurs dramatiques*, à propos ici de l'appréciation de l'impartialité subjective et objective des membres du Conseil de la concurrence B.O.C.C.R.F., n° 8, 24 mai 2001). Elle porte souvent à confusion : en effet, l'impartialité ou le préjugement subjectifs se prouvent nécessairement par des éléments objectifs, tandis que l'impartialité ou le préjugement objectifs dépendent de l'absence d'opinion sur le fond conçue à l'occasion de l'exercice de fonctions judiciaires ou administratives, c'est-à-dire, d'un élément subjectif. Les expressions d'impartialité personnelle et d'impartialité fonctionnelle sont souvent préférées (Guinchard (S.), Bandrac (M.), Lagarde (X.), Douchy (M.), préc., n° 363 ; C.E.D.H., 1^{er} octobre 1982, *Piersack contre Belgique*, préc. ; C.E.D.H., 4 avril 2000, *Academy trading Ltd et alii contre Grèce* ; C.E.D.H., 6 juin 2000, *Morel contre France*, Bull. inf. Cass, 15 juillet 2000, p. 35).

²⁷ C.E.D.H., *Piersack contre Belgique*, préc. §. 30 ; C.E.D.H., *De Cubber contre Belgique*, préc., n° 25 ; 26 février 1993, *Padovani contre Italie*, série A, n° 257-B, p. 20, §. 26 ; 6 juin 2000, *Morel contre France*, préc., §. 41 ; C.E.D.H., 10 octobre 2000, *Daktaras contre Lituanie*, §. 30.

²⁸ Cf. Cons. Conc., déc. n° 2001-D-22 du 9 mai 2001 *relative à des pratiques mises en œuvre par la société des auteurs et compositeurs dramatiques*, préc.

impartialité subjective ou personnelle. L'article L. 461-2 du Code de commerce en fournit une illustration. Il interdit aux membres du Conseil de la concurrence de délibérer dans une affaire dans laquelle ils ont un intérêt personnel ou s'ils représentent ou ont représenté une des parties intéressées²⁹. La règle est similaire en procédure civile et pénale³⁰, où les propos racistes tenus par un magistrat envers un accusé d'origine maghrébine³¹, l'existence d'un lien de parenté de celui-ci avec le concubin de l'une des parties³², le conseil donné à l'une des parties³³ ou le lien personnel avec l'affaire en cause³⁴ ont été qualifiés de préjugés. Mais jamais, à notre connaissance, l'impartialité des membres du Conseil de la concurrence n'a été mise en cause pour l'une de ces raisons.

8. - Certains faits peuvent attester, non pas d'un intérêt personnel, mais d'une opinion préconçue du fond de l'affaire. En l'espèce, les sociétés condamnées dénonçaient « *l'importance donnée* » à la décision ordonnant des mesures conservatoires, « *tant par le Conseil de la concurrence lui-même que par les commentateurs* ». Sans doute avaient-elles à l'esprit cette jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, précisant que « *la plus grande discrétion s'impose aux autorités judiciaires lorsqu'elles sont appelées à juger, afin de garantir leur image de juges impartiaux ; cette discrétion doit les amener à ne pas utiliser la presse, même pour répondre à des provocations ; ainsi le veulent les impératifs supérieurs de la justice et la grandeur de la fonction judiciaire ; les déclarations du président étaient de nature à justifier objectivement les craintes du requérant à l'égard de son impartialité* »³⁵. Sur cette même base, la jurisprudence française a d'ailleurs condamné la critique, par un juge, du comportement de l'une des parties, alors que cette critique était préalable au prononcé de toute mesure, mais postérieure à l'introduction de l'instance³⁶.

²⁹ Préventivement, l'article L. 461-2 du Code de commerce dispose que « *tout membre du Conseil doit informer le président des intérêts qu'il détient ou vient à acquérir et des fonctions qu'il exerce dans une activité économique* ».

³⁰ L'article 341 du Nouveau Code de procédure civile et l'article 668 du Code de procédure pénale posent des causes de récusation consécutives aux parentés ou aux liens de dépendance, aux relations d'affaires, aux éventuelles amitiés ou animosités entre le juge et l'un des plaideurs, en fournissent quelques illustrations.

³¹ C.E.D.H., 23 avril 1996, *Remli contre France*, Rec. 1996-II, n° 8, p. 559, Justices 1997, 207, obs. Cohen-Jonathan et Flauss.

³² Soc., 18 novembre 1998, D. 1999, I.R. 13 ; R.G.D.P. 1999.650, obs. Desdevises ; J.C.P. éd. E., 1999, I, 755, chron. Boulmier.

³³ C.A. Paris, 31 octobre 1991, D. 1992, note Quétant ; Soc., 8 janvier 1997, D. 1997, I.R. 37 : la personne qui a assisté une partie dans le litige ne peut ensuite prendre part comme juge dans ce procès.

³⁴ C.E., 6 mars 1998, *Ravet et alii*, R.G.D.P. 1998.621, obs. Dubouy (le magistrat ayant participé à un jury d'examen de maîtrise et ajourné les requérants ne peut participer au recours formé contre cette décision).

³⁵ C.E.D.H., 16 septembre 1999, *Buscemi contre Italie*, D. 2000, som. com., 184, obs. Fricero (N.) ; R.T.D.H., 2000.543, note del Tufo (M.), Fiandaca (G.) ; R.T.D.Civ. 2000, 622, obs. Normand (J.) : juge des enfants ayant répondu dans la presse aux attaques du requérant.

³⁶ C.A. Aix-en-Provence, 2 septembre 1998, Bull. arrêts de la cour d'Aix, P.U.A.M., 1998-2, obs. Berra (D.), à propos d'un conseiller prud'homme salarié qui avait signé une lettre ouverte de son syndicat dénonçant le comportement de la direction de l'établissement à l'encontre de l'une des parties au litige. Voir aussi Commission, avis du 29 octobre 1993, *Boekmans*, Rec., n° 12, le juge ayant qualifié le système de défense du défendeur « *d'in vraisemblable, de scandaleux, de mensonger, d'ignoble et de répugnant* » ne pouvait participer à l'instance au fond.

9. - Cependant, la Cour européenne refuse systématiquement de mettre en cause l'impartialité personnelle d'un magistrat en s'appuyant sur les seules craintes du demandeur³⁷. Par exemple, le simple exercice de fonctions successives au sein d'une même procédure ne saurait caractériser un « *acharnement* » personnel du magistrat concerné³⁸. De même, le fait qu'un magistrat ait commis quelques erreurs de procédure ou entretienne des relations conflictuelles avec le plaignant est insuffisant pour en conclure « *qu'il ait agi avec un préjugé personnel* »³⁹. Le Conseil de la concurrence a eu l'occasion d'appliquer cette jurisprudence dans une décision du 9 mai 2001⁴⁰, refusant de critiquer l'indépendance d'un rapporteur pour avoir transmis son projet de notification de grief au vice-président.

10. - Dans l'espèce du 9 octobre 2001, « *l'importance* » donnée à l'affaire par le Conseil ou dans des commentaires, invoquée à l'appui du grief de partialité, constitue davantage une crainte des demandeurs quant à l'issue qui sera donnée à leur affaire, que la preuve objective d'un parti pris personnel des membres du Conseil sur le fond. Aussi, la thèse de la partialité personnelle des membres ne pouvait être retenue. On comprend que les demandeurs ne l'aient pas ouvertement plaidée.

11. - En évoquant « *l'importance donnée à l'affaire par le Conseil de la concurrence lui-même et les commentateurs* », les demandeurs tentaient avant tout de démontrer l'existence d'un préjugement du fond, sans prendre véritablement parti sur la nature subjective ou objective de ce préjugement. La Cour d'appel et la Cour de cassation n'ont d'ailleurs pas considéré le comportement subjectif des membres du Conseil. Elles se sont limitées à rechercher un préjugement consécutif à l'exercice de la procédure conservatoire. A la différence des juges du fond, la Haute juridiction, décide que le Conseil a préjugé du fond, parce qu'il s'est prononcé sur l'illicéité de la pratique en cause.

B. Le prononcé sur l'illicéité de la pratique en cause, élément caractérisant un préjugement d'origine objective

12. - Le fait pour le Conseil de la concurrence, d'enjoindre à des sociétés, à titre conservatoire, de cesser de vendre directement ou indirectement, dans un rayon géographique et à un prix déterminés, est-il ou non le résultat d'un préjugement du fond ? La réponse à cette question n'est pas aisée.

13. - La Cour européenne des droits de l'homme étant la seule autorité juridique à avoir expressément posé les critères d'appréciation de l'existence d'un préjugement d'origine objective, il convient de s'y référer. Celle-ci prescrit de rechercher si « *indépendamment de la conduite du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier.*

³⁷ La partialité subjective d'un magistrat doit se prouver par des éléments objectifs : C.E.D.H., 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere contre Belgique*, série A, n° 43 ; C.E.D.H., 24 mai 1989, *Hauschlidt contre Autriche*, série A, n° 154, §. 41 ; C.E.D.H., *Morel contre France*, 6 juin 2000, préc., §. 41. Sur cette question, voir par exemple Guinchard (S.), Bandrac (M.), Lagarde (X.), Douchy (M.), préc., n° 363 et n° 369.

³⁸ C.E.D.H., *De Cubber contre Belgique*, préc., n° 25.

³⁹ C.E.D.H., *Morel contre France*, préc., §. 41.

⁴⁰ Cons. Conc., déc. n° 2001-D-22 du 9 mai 2001 *relative à des pratiques mises en œuvre par la Société des auteurs et compositeurs dramatiques*, préc., note 26.

En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance... Il en résulte que pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée, d'une raison légitime de redouter d'un juge un défaut d'impartialité, l'optique de l'accusé entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si l'on peut considérer les appréhensions de l'intéressé comme objectivement justifiées »⁴¹. Ainsi, elle vérifie que le magistrat, dans l'exercice de ses fonctions, ne s'est pas fait une opinion du fond qui « *risque de peser lourd dans la balance au moment de la décision* »⁴².

14. - Afin de déterminer l'existence d'un préjugement, la Cour européenne procède parfois à l'étude abstraite des fonctions du magistrat. Il lui arrive ainsi d'exiger un strict respect de la séparation des fonctions d'accusation, d'instruction et de jugement⁴³. Sur cette base, elle a dénié à un magistrat du parquet⁴⁴ ou à un magistrat instructeur de participer au délibéré⁴⁵. Plus récemment, elle a condamné le droit lituanien, car il permet au président de la Chambre criminelle de la Cour suprême de soumettre une requête en cassation contre un arrêt d'appel⁴⁶. Elle a encore critiqué le droit de Saint-Marin, qui autorise le cumul des fonctions d'enquête et de jugement en première instance⁴⁷. Dans le même sens, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a désapprouvé la participation du rapporteur au délibéré de la Commission des opérations de bourse et du Conseil de la concurrence, ces autorités étant assimilées à des juridictions pénales⁴⁸. Cette séparation des fonctions évite tout risque de partialité. Partant, il serait possible de concevoir en matière civile une séparation des fonctions de jugement au conservatoire et au principal, de manière abstraite. Cette solution, sans doute pour des raisons tenant à la pratique judiciaire, n'est retenue ni par la jurisprudence européenne, ni par la jurisprudence française.

15. - Le plus souvent, la Cour européenne se livre à une recherche concrète de la situation pour apprécier l'existence d'un préjugement. Elle vérifie au cas par cas si le magistrat a connu de questions analogues à celles traitées au fond⁴⁹. Ainsi, elle décide que le juge peut procéder à des actes d'instruction et participer au fond, à condition de ne pas s'être livré à des

⁴¹ C.E.D.H., 1^{er} octobre 1982, *Piersack contre Belgique*, préc. ; C.E.D.H., 26 octobre 1984, *De Cubber contre Belgique*, préc. ; C.E.D.H., 16 février 2001, *Rojas Morales contre Italie*, §. 32 ; voir aussi C.E.D.H., 7 août 1996, *Ferrantelli et Santangelo contre Italie*, Rec. 1996-III, §. 58 ; C.E.D.H., 22 avril 1994, *Saraiva de Carvalho contre Portugal*, série A, n° 286-B, p. 38, §. 33 ; C.E.D.H., 25 mai 1998, *Gautrin et autres contre France*, Rec. 1998-II, §. 58. Toutes les décisions relatives à l'exigence d'impartialité emprunte cette formulation.

⁴² C.E.D.H., *De Cubber contre Belgique*, préc., §. 29.

⁴³ Guinchard (S.), Bandrac (M.), Lagarde (X.), Douchy (M.), préc., n° 369.

⁴⁴ C.E.D.H., 1^{er} octobre 1982, *Piersack contre Belgique*, préc., §. 30.

⁴⁵ C.E.D.H., 26 octobre 1984, *De Cubber contre Belgique*, préc.

⁴⁶ C.E.D.H., 10 octobre 2000, *Daktaras contre Lituanie*, §. 35 « *en recommandant l'adoption ou l'infirmité d'une décision donnée, le président devient forcément l'allié ou l'adversaire du défendeur (voir mutatis mutandis, l'arrêt Borgers contre Belgique du 30 octobre 1991, série A, n° 214-B, §. 26)* ».

⁴⁷ C.E.D.H., 25 juillet 2000, *Tierce et autres contre Saint-Marin*, §. 80.

⁴⁸ Guinchard (S.), Bandrac (M.), Lagarde (X.), Douchy (M.), préc., n° 371.

⁴⁹ Van Compernelle (J.), *Evolution et assouplissement de la notion d'impartialité objective*, R.T.D.H., 1994.437 ; Lambert (P.), *Vers un assouplissement de la notion d'impartialité objective*, Journ. Trib., 1993, p. 390 s.

recherches approfondies de la culpabilité du prévenu, c'est-à-dire, sur l'objet même du débat au fond⁵⁰. De même, lorsque le placement en détention provisoire repose sur de simples soupçons⁵¹, et non sur une prise de position quant à la culpabilité de l'intéressé⁵², le juge peut prendre part à la juridiction de jugement⁵³. Enfin, en matière commerciale, elle décide qu'un juge-commissaire est compétent pour connaître du principal s'il n'a pas eu à se prononcer sur des questions analogues à celles traitées au fond, sa connaissance approfondie de l'affaire important peu⁵⁴.

16. - Depuis les arrêts d'Assemblée plénière du 6 novembre 1998, la Cour de cassation française, dont les motivations ne sont pas clairement exprimées, semble se situer dans le droit fil de cette jurisprudence⁵⁵. La Chambre commerciale estime que la participation à une procédure en tant que juge-commissaire ne saurait être suffisante pour interdire à celui-ci de participer à l'instance au fond⁵⁶. La Chambre criminelle considère qu'un magistrat s'étant prononcé sur la détention provisoire peut valablement participer à la juridiction saisie du fond de l'affaire⁵⁷, à moins d'avoir joué un rôle majeur dans l'instruction⁵⁸. Enfin, l'Assemblée

⁵⁰ C.E.D.H., 24 février 1993, *Fey contre Autriche*, série A, n° 255, §. 31-33 (investigations préparatoire et audition de témoins) ; C.E.D.H., 22 février 1996, *Bulut contre Autriche*, Justices, 1997-5, 206, obs. Cohen-Jonathan et Flauss (auditions de témoins).

⁵¹ C.E.D.H., 16 décembre 1992, *Sainte-Marie*, préc. : le fait qu'un juge ait prononcé une mesure de détention provisoire « ne suffit pas à justifier en soi des appréhensions quant à son impartialité », cette mesure reposant sur les propres déclarations de l'intéressé et sur le fait que les soupçons de la gendarmerie laissaient craindre un risque de fuite.

⁵² C.E.D.H., du 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, préc., §. 50 s. : le fait qu'un juge ait pris décision de placement en détention provisoire par un juge non chargé de préparer le dossier ne saurait en soi justifier sa partialité ; ici, le juge « apprécie sommairement les données disponibles pour déterminer si de prime abord les soupçons de la police ont quelque consistance... On ne saurait assimiler des soupçons à un constat formel de culpabilité ». Mais la décision de prolonger cette mesure traduit l'existence de « soupçons particulièrement renforcés », le droit danois exigeant que le juge est une idée « très claire » de la culpabilité du prévenu.

⁵³ La Cour européenne va plus loin, admettant qu'un même juge puisse siéger deux fois en même qualité dans la même affaire (affaire *Thomann contre Suisse*, 10 juin 1996, D. 1997, somm. 207, obs. Renucci (J.-F.)). Cependant, sa position semble s'être durcie : dans l'affaire *Rojas Morales contre Italie*, du 16 février 2001, elle estime que la condamnation, prononcée à l'encontre d'un malfaiteur et dans laquelle le requérant était dénoncé comme participant à un réseau criminel, suffit à faire craindre objectivement de l'impartialité des magistrats statuant sur son affaire. Le droit français est en ce sens, refusant qu'un magistrat connaisse d'un recours formé contre sa propre décision (sauf procédure de rétractation). Voir par exemple Crim., 26 janvier 1982, Bull. crim., n° 31.

⁵⁴ C.E.D.H., 6 juin 2000, *Morel contre France*, préc. §. 47 : « ce qui compte est l'étendue des mesures adoptées... avant le procès... la connaissance approfondie du dossier par le juge n'implique pas un préjugé empêchant de le considérer comme impartial au moment du jugement sur le fond ». Ce qu'il faut, c'est vérifier, si « compte tenu de la nature et de l'étendue des fonctions du juge-commissaire... ce dernier fit preuve d'un parti pris quant à la décision à rendre par le tribunal. Ce serait le cas si les questions avaient été analogues à celles sur lesquelles il statua au sein du tribunal ».

⁵⁵ En ce sens, Frison-Roche (M.-A.), *L'impartialité du juge*, art. préc., §. 27. Auparavant, la Cour de cassation adoptait une conception institutionnelle (voir par exemple Crim., 16 juin 1988, Bull. crim., n° 274 ; D. 1988, somm. 361, obs. Pradel (J.), Gaz. Pal., 1989.1. 40).

⁵⁶ Com., 16 octobre 2001, D. 2001, A.J., p. 3273, obs. Lienhard (A.).

⁵⁷ Crim., 2 février 2000, D. 2000, I.R. 108.

⁵⁸ En ce sens, Guinchard (S.), Bandrac (M.), Lagarde (X.), Douchy (M.), préc., n° 371.

plénière décide que le prononcé d'une saisie-conservatoire ne saurait faire craindre l'existence d'un préjugement, ce qui n'est pas le cas de l'octroi d'une provision ordonnée sur le fondement du caractère non sérieusement contestable d'une obligation⁵⁹. Ces dernières solutions s'inscrivent dans la lignée de la thèse selon laquelle le juge du provisoire prend position sur le fond du litige chaque fois qu'il laisse entrevoir la solution qu'il pourrait donner au fond⁶⁰.

17. - En dépit de l'apparente simplicité de la règle, il n'est pas toujours aisé de déterminer si la mesure ordonnée résulte ou non d'une appréciation du fond⁶¹. Cependant, quelques éléments permettent de se prononcer.

Ainsi, seules les mesures conservatoires susceptibles d'être ordonnées au fond peuvent caractériser un préjugement. A contrario, les saisies conservatoires, les séquestres, mesures par essence conservatoires, parce qu'elles répondent à des préoccupations différentes de celles du fond, ne sauraient caractériser un quelconque préjugement.

Pourtant, le fait qu'une mesure conservatoire soit identique à une mesure définitive est insuffisant pour affirmer qu'elle touche le fond du droit. Encore faut-il qu'elle soit justifiée par le motif de droit qui sera discuté au principal. Par exemple, un placement en détention provisoire motivé par un risque de fuite ne caractérise pas l'existence d'un préjugement ; à l'inverse un placement ou un maintien en détention provisoire reposant sur des doutes particulièrement renforcés quant à la culpabilité du prévenu traduit un préjugé⁶².

Par conséquent, pour caractériser l'existence d'un préjugement, la motivation de la mesure ordonnée revêt une importance capitale⁶³.

18. - Dans l'affaire du Béton prêt à l'emploi, le Conseil de la concurrence enjoint à des sociétés, à titre conservatoire, une interdiction de vendre dans des conditions qu'il précise, en relevant, notamment, le caractère manifestement illicite de la pratique dénoncée. Or, la Cour d'appel de Paris va nier l'existence d'un préjugement sur le fond.

D'une part, elle se fonde sur l'absence d'enquête approfondie du fond à l'occasion de la procédure conservatoire. Mais la Cour européenne des droits de l'homme a pu préciser que l'existence d'une connaissance approfondie du fond de l'affaire n'était pas un fait suffisant pour faire douter objectivement de l'impartialité du magistrat concerné, en l'occurrence, un

⁵⁹ A.P., 6 novembre 1998, préc.

⁶⁰ Sur cette théorie, voir par exemple Strickler (Y.), *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse Strasbourg 1993, p. 47 et la jurisprudence citée. A propos de A.P., 6 novembre 1998, préc. le Professeur Normand, *Référé provision et impartialité du juge*, R.T.D.Civ. 1999.186, précise : « l'assemblée plénière a très clairement estimé qu'il était fondé à croire que ce que le juge tient pour évident au provisoire, il le tiendrait encore pour tel si l'affaire lui était soumise au fond. Une croyance dont il faut admettre qu'elle a pour s'appuyer des raisons tout à fait objectives. Les faits envisagés sont les mêmes, leur examen par le juge du provisoire n'a rien eu d'approximatif » ; *De quelques limites du référé provision*, R.T.D.Civ. 1999.178 ; Voir aussi Perrot (R.), *L'évolution du référé*, art. préc. ; Perrot (R.), *Impartialité du juge et cumul des fonctions*, R.T.D.Civ. 1999.193, préc. ; Rondeau (M.-C.), *L'évidence et la notion de contestation sérieuse devant le juge des référés*, Gaz. Pal., 13 juillet 1991.

⁶¹ Frison-Roche (M.-A.), art. préc.

⁶² Voir *supra*, n° 9.

⁶³ En ce sens, Frison-Roche, *L'impartialité du juge*, art. préc.

juge-commissaire⁶⁴. Aussi, l'absence d'enquête approfondie sur le fond ne saurait à son tour témoigner de l'absence de préjugement.

D'autre part, la Cour d'appel de Paris insiste sur la finalité de la procédure conservatoire menée par le Conseil de la concurrence, qui est de « *faire cesser une pratique gravement préjudiciable à l'ordre public économique* ». Ici, elle met en avant la conception institutionnelle de l'impartialité, d'après laquelle le juge du provisoire, parce qu'il ne statue jamais que sur des apparences⁶⁵, pour satisfaire un but qui lui est propre⁶⁶, ne saurait préjuger du fond, quelles que soient les mesures qu'il ordonne⁶⁷. Cette thèse prévalut jusqu'à ce que l'Assemblée plénière, dans ses arrêts du 6 novembre 1998, refuse de suivre les conclusions de l'Avocat général⁶⁸.

19. - La Chambre commerciale de la Cour de cassation, sans doute soucieuse d'assurer l'unité de sa jurisprudence et l'harmonie de ses décisions avec celles de la Cour européenne, censure l'arrêt de la Cour d'appel de Paris. Sous le visa des articles 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et 6 §. 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, la Haute juridiction relève que le Conseil de la concurrence, à l'occasion de la procédure conservatoire, s'était prononcé sur le caractère prohibé de la pratique dénoncée. Par conséquent, il a pris position sur le fond.

20. - Se pose alors la question de savoir si l'appréciation du fond n'est pas inhérente à la procédure conservatoire menée par le Conseil de la concurrence.

En effet, d'une part, le Conseil de la concurrence prononce des injonctions de faire ou de ne pas faire au conservatoire⁶⁹, comme au définitif⁷⁰, dans les seuls domaines de compétence que

⁶⁴ C.E.D.H., *Morel contre France*, 6 juin 2000, préc.

⁶⁵ Voir par exemple Martin (R.), *Le référé, théâtre d'apparence*, art. préc., p. 158 ; Hébraud (P.), *Le rôle du juge des référés saisi à la suite d'une ordonnance sur requête qui a prononcé l'expulsion d'un occupant*, obs. R.T.D.Civ.1951.412 s. et spéc. 413 ; Cavallini (J.), *Le juge national du provisoire face au droit communautaire, les contentieux français et anglais*, thèse, Paris, 1994, éd. Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 15 s. : « *l'apparence doit se comprendre, au niveau du référé, non pas comme l'ensemble des circonstances rendant inévitable l'interprétation donnée d'une situation, mais l'évaluation a priori d'un litige pour déterminer sur qui pèsera le poids de l'incertitude* ». Voir aussi Strickler (Y.), thèse préc., 64 s. ; Frison-Roche (M.-A.), *Le juge des référés au regard des principes procéduriers*, D. 1995, chr. 71 ; Perrot (R.), *Du « provisoire » au « définitif »*, in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges en l'honneur de P. Draï, Dalloz, 1999, p. 455.

⁶⁶ Sur l'autonomie de l'ordonnance de référé, voir Strickler (Y.), thèse préc., p. 514 s.

⁶⁷ En ce sens, voir Strickler (Y.), thèse préc., p. 542 s. : « *la notion de provisoire évite que l'intervention du Président n'entrave l'action du juge au fond* » ; « *la notion de provisoire rend impossible toute contradiction de décisions entre le provisoire et le fond* » ; Normand (J.), obs. sous Com. 2 mai 1989, R.T.D.Civ. 1989.806, approuvant le juge des référés d'avoir prononcé une condamnation à des dommages et intérêts. Voir aussi Civ. 2^{ème}, 30 septembre 1999, D. 1999, I.R. 248, jugeant que le juge des référés peut ordonner l'expulsion des débiteurs saisis en cas de trouble manifestement illicite.

⁶⁸ Burgelin (J.-F.), concl. sous A.P. 6 novembre 1998, préc. : « *la démarche du juge des référés et celle du juge du fond étant ainsi radicalement différente, l'impartialité du juge qui adopterait successivement ces deux démarches ne saurait être, a priori, objectivement suspectée* ». Sur cette question, cf. Merland (L.), *Recherche sur le provisoire en droit privé*, PUAM 2000, préf. Mestre (J.), n°276 et s.

⁶⁹ Art. L. 464-1 C. com. : les mesures conservatoires ordonnées « *peuvent comporter la suspension de la pratique conservée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur* ». La jurisprudence valide d'autres injonctions, comme, en l'espèce, celle de ne pas vendre à un prix inférieur au coût de production. L'important, alors, est que cette mesure soit strictement proportionnée à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence (cf. par exemple C.A. Paris, 3 novembre 1994, affaire du Béton prêt à l'emploi, préc.).

la loi lui attribue⁷¹. En outre, il refuse d'ordonner des mesures autres, comme par exemple des mesures de séquestre⁷². Le Conseil de la concurrence ne rend donc que des mesures conservatoires susceptibles de toucher le fond du droit⁷³. D'autre part, le Conseil ne prononce des mesures conservatoires que s'il observe des comportements « susceptibles de constituer une pratique prohibée »⁷⁴ ou, comme en l'espèce, « manifestement » illicites⁷⁵. Or, cette préoccupation de l'illicite se retrouve au cœur de la procédure au fond.

Par conséquent, à la différence du juge des référés de droit commun, du juge-commissaire ou du juge ordonnant le placement en détention provisoire, le Conseil de la concurrence, à l'occasion de la procédure conservatoire, se prononcerait systématiquement sur le caractère prohibé des pratiques examinées, qu'il fasse droit ou non à la demande de mesures conservatoires⁷⁶. Dès lors, il apparaîtrait inutile de se livrer, au cas par cas, à la recherche de l'existence d'un préjugement⁷⁷.

21. - Cependant, une telle systématisation est incompatible avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, par analogie avec ses décisions en matière de détention provisoire⁷⁸, il est possible de distinguer entre les procédures conservatoires dans lesquelles le Conseil prend fermement parti sur le fond, et celles où les mesures qu'il ordonne reposent sur un simple « soupçon » d'illicéité de la pratique en cause.

⁷⁰ Art. L. 464-2 C. com. : « Le Conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières ».

⁷¹ Par exemple, le Conseil ne s'est pas reconnu compétente pour imposer la conclusion forcée d'un contrat : Cons. Conc., déc. n° 95-MC-06 du 21 mars 1995, B.O.C.C.R.F., 8 septembre 1995. Voir aussi Cons. Conc., déc. 00-MC-15 du 25 octobre 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par le Ciné-théâtre du Mamentin, B.O.C.C.R.F., 30 décembre.

⁷² Voir par exemple Cons. Conc., déc. n° 2000-MC-02 du 22 février 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Novolab France, B.O.C.C.R.F., 21 avril 2000. Les rapports d'activité du Conseil de la concurrence 1997 et 1998 rappellent cette exigence.

⁷³ Voir *supra*, n° 17.

⁷⁴ Voir par exemple Cons. Conc., déc. 90-MC-03, *Jean Chapelle*, B.O.C.C.R.F., 27 mars 1990 ; déc. 90-MC-08, *Société Bowater*, B.O.C.C.R.F., 1^{er} juin 1990 ; déc. 91-MC-05, *La Cinq*, B.O.C.C.R.F., 11 décembre 1991 ; Cons. Conc., déc. n° 2000-MC-17 du 7 novembre 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Wappup.com, B.O.C.C.R.F.14-30 décembre 2000. Voir aussi Cons. Conc., déc. n° 2001-MC-06 du 19 décembre 2001 relative aux saisines et aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés Télé 2 et Cégétel, B.O.C.C.R.F., n° 1, janvier 2002.

⁷⁵ Voir aussi Cons. Conc., déc. n° 2000-MC-19 du 5 décembre 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par l'Autorité de régulation des télécommunications, B.O.C.C.R.F., 23 janvier 2001. Pour d'autres exemples, voir par exemple Bout (R.), (sous la dir. de), *Lamy Droit économique*, 2002, n° 1053. Le Conseil ordonne parfois des mesures conservatoires sur de la « constatation de faits constitutifs de troubles illicites » : cf. par exemple Cons. Conc., déc. n° 2000-MC-17 du 7 novembre 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Wappup.com, B.O.C.C.R.F.14-30 décembre 2000 ; Cons. Conc., déc. 00-MC-15 du 25 octobre 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par le Ciné-théâtre du Mamentin, préc. ; Cons. Conc., déc. n° 2000-MC-01 du 18 février 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société 9 Télécom réseau, B.O.C.C.R.F., 21 avril 2000.

⁷⁶ En ce sens, Ronzano (A.), *Informations CREDA/Forum 31 octobre 2001*, <http://www.ccip.fr/creda/forum>

⁷⁷ *Contra* Chevrier (E.), obs. sous Com., 9 octobre 2001, D. 2001, A.J., p. 3530.

⁷⁸ Voir *supra*, n° 9.

Le Conseil de la concurrence se prononce sur le fond chaque fois qu'il rejette la demande de mesures conservatoires pour défaut de preuve d'une pratique anticoncurrentielle⁷⁹, ou lorsqu'il accorde les mesures demandées après avoir constaté l'existence de pratiques « *manifestement illicites* »⁸⁰.

Inversement, le Conseil ne préjuge pas du fond lorsque les mesures ordonnées trouvent leur justification essentielle dans la nécessité de « *faire cesser une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante* »⁸¹. Ici, l'illicéité de la pratique constitue une simple éventualité dont l'étude est reportée à l'examen du fond. L'hypothèse est fréquente⁸². La Chambre commerciale de la Cour de cassation est venue préciser que « *la constatation préalable de pratiques manifestement illicites* » n'est pas indispensable, qu'il suffit que les faits dénoncés puissent « *être tenus comme la cause directe et certaine de l'atteinte relevée* »⁸³.

Aussi, c'est à la lumière des motivations des décisions que s'apprécie l'existence d'un préjugement.

22. - Mais les subtilités de la jurisprudence risquent de conduire le Conseil de la concurrence à abandonner toute référence au manifestement illicite. Dans une décision du 19 décembre 2001, le Conseil fonde les mesures conservatoires qu'il ordonne essentiellement sur le risque d'atteinte grave au marché, et sur le caractère « *potentiellement anticoncurrentiel* »⁸⁴ des pratiques dénoncées. Or, en l'espèce, l'utilisation par France Télécom de sa situation de quasi monopole pour se favoriser dans le secteur concurrentiel apparaissait en réalité comme « *manifestement* » illicite. Certains praticiens ont d'ailleurs considéré comme acquise la condamnation de la pratique en cause⁸⁵. La décision, quant à elle, a déjà été présentée dans un

⁷⁹ En ce sens, Ronzano (A.), *Informations CREDA/Forum, préc.*. Tel est le cas lorsque le Conseil se prononce, à l'occasion de la demande de mesures conservatoires concomitante à une saisine au fond, pour un rejet de la dite saisine. Voir par exemple Cons. Conc., déc. n° 2001-D-10 du 31 mars 2001 *relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires de la société Labarde*, B.O.C.C.R.F., 24 avril 2001, rejetant la demande de mesures conservatoires au motif que la société demanderesse ne rapporte pas la preuve de l'existence d'un abus de position dominante ; Cons. Conc., déc. 2000-D-45 du 18 janvier 2001 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la radiodiffusion et à une demande de mesures conservatoires présentée par les sociétés Sud Bretagne et Diffusion parfun*, rejetant la demande de mesures conservatoires après avoir pris position sur l'irrecevabilité de la saisine au fond en raison de l'absence de preuve de pratiques anticoncurrentielles.

⁸⁰ Voir *supra*, note 76.

⁸¹ Art. L. 464-1 C. com. Cf. par exemple Cons. Conc., déc. n° 2001-MC-01 du 11 mai 2001 *relative à une demande de mesures conservatoires présentée par les sociétés Multivision et Television par Satellite*, B.O.C.C.R.F., 24 mai 2001.

⁸² Cf. par exemple Cons. Conc., déc. n° 2001-MC du 11 mai 2001 *relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par les sociétés Multivision et Télévision par satellite*, *préc.*, accordant la demande de mesures conservatoires sur le fondement d'une atteinte grave et immédiate à l'entreprise et au secteur intéressé, après avoir déclaré la saisine au fond recevable : « *il ne peut être exclu, en l'état actuel et sous réserve de l'instruction au fond, que les pratiques mises en œuvre par les sociétés Canal Plus et Kiosque... puissent entrer dans le champ d'application du livre IV du Code de commerce* ».

⁸³ Com., 18 avril 2000, *Société France Télécom et Société Planète Câble*, B.R.D.A. 2000, n° 922.

⁸⁴ L'expression est employée dans le communiqué de presse du Conseil de la concurrence, n° 16 du 21 décembre 2001, présentant la décision Cons. Conc., déc. n° 2001-MC-06 du 19 décembre 2001 *relative aux saisines et aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés Télé 2 et Cégétel*, *préc.*

⁸⁵ Tran Thiet (J.-P.), *Informations CREDA/Concurrence*, 4 janvier 2002, <http://www.ccip.fr/creda/forum>.

commentaire comme ne « *préjugeant pas de la décision au fond* »⁸⁶. Il est encore trop tôt pour se prononcer, mais il semblerait que le Conseil ait pris acte de l'arrêt du 9 octobre 2001 pour ne plus constater le caractère « *manifestement* » illicite de la pratique étudiée et se limiter à l'observation de son caractère « *potentiellement* » illicite.

Mais quel que soit l'écho de la décision auprès des membres du Conseil, dès lors qu'un préjugement est à redouter, la Chambre commerciale de la Cour de cassation, au nom de l'impartialité, exige que les membres ayant statué au conservatoire ne participent pas au fond.

II. LA COMPOSITION DU CONSEIL GARANTISSANT UN DEBAT AU FOND OBJECTIVEMENT IMPARTIAL

23. - La Chambre commerciale de la Cour de cassation exclut du débat principal, au nom de l'impartialité, les membres du Conseil qui, à l'occasion de la procédure conservatoire, ont préjugé du fond (A). Cette conception de l'impartialité des membres du Conseil de la concurrence devrait conduire celui-ci à modifier quelque peu sa pratique décisionnelle (B).

A – L'exclusion du débat du fond des membres du Conseil ayant préjugé à l'occasion de la procédure conservatoire

24. - Les membres du Conseil de la concurrence qui se sont prononcés au conservatoire sur le caractère prohibé de la pratique dénoncée, ne peuvent plus, au regard de l'exigence objective d'impartialité, statuer au fond. Cette solution s'inscrit dans le fil des jurisprudences interdisant aux juges de rejurer⁸⁷. Son but étant de protéger au mieux les droits de la défense, elle n'a toutefois rien de nécessaire.

25. - Il serait en effet possible de considérer que la participation à la procédure au fond, de personnes qui s'ajoutent à celles ayant statué au conservatoire, suffise à satisfaire objectivement l'exigence d'impartialité du Conseil de la concurrence. Le débat se déroulant au fond sortirait enrichi d'une composition contenant non seulement des magistrats ayant eu à connaître du dossier à l'occasion de la procédure conservatoire mais aussi de magistrats apportant sur l'affaire un regard neuf. La solution n'aurait rien de choquant. Après tout, au nom d'une meilleure connaissance du dossier, en matière civile comme en matière pénale, le

⁸⁶ Ronzano (A.), *Informations CREDA/Forum*, préc.

⁸⁷ A.P. 6 novembre 1998, préc. ; A.P., 5 février 1999, préc. ; C.E.D.H., 1^{er} octobre 1982, *Piersack contre Belgique*, préc. ; C.E.D.H., 26 octobre 1984, *De Cubber contre Belgique*, préc. ; C.E.D.H., *Tierce et autres contre Saint-Marin*, préc. ; C.E.D.H., 24 février 1993, *Fey contre Autriche*, préc. ; C.E.D.H., 22 février 1996, *Bulut contre Autriche*, préc. Sur l'interdiction de « *rejurer* », voir par exemple Guinchard (S.), Bandrac (M.), Lagarde (X.), Douchy (M.), préc., n° 387.

juge des enfants connaît non seulement des procédures provisoires, mais aussi des procédures au fond dans lesquelles l'enfant se trouve impliqué⁸⁸.

26. - En outre, la question du respect des droits de la défense concernant le déroulement de la procédure conservatoire devant le Conseil de la concurrence ne s'est pas posée d'emblée sur le terrain de l'impartialité.

Dans un premier temps, les défendeurs à la procédure conservatoire ont vu dans la réunion d'une formation restreinte une atteinte au respect du principe de collégialité⁸⁹. Pour eux, le conservatoire méritait d'être débattu devant la formation plénière. Le fait qu'elle serait composée des membres ayant statué au conservatoire leur était indifférent.

Cependant, ils n'ont pas été entendus : dès lors que le principe du contradictoire était respecté⁹⁰, les droits de la défense se voyaient satisfaits. Ainsi, le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 30 octobre 1987⁹¹, sur le fondement de l'article 4 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 disposant que le Conseil de la concurrence « *peut siéger soit en formation plénière, soit en sections, soit en commission permanente* », et en considération de l'urgence consubstantielle à la procédure conservatoire, admet que le Conseil de la concurrence puisse se réunir en formation restreinte. Celui-ci, pour garantir le respect des droits de la défense, n'est tenu que par l'obligation d'organiser un débat contradictoire⁹². La Cour d'appel de Paris, par un arrêt 19 octobre 1987⁹³, est encore en ce sens. Elle décide, mais cette fois sur le fondement des articles 4 alinéa 1^{er} et 22 alinéa 1^{er} combinés de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, que « *la commission permanente peut, au même titre que la formation plénière et les sections du Conseil de la concurrence, être investie sans restriction des pouvoirs d'instruction et de jugement de ce dernier ; que la commission permanente était en conséquence compétente pour prendre la décision déférée* ». La Cour rappelle que le respect des droits de la défense est ici garanti par le caractère contradictoire de la procédure conservatoire prescrit par l'article 18 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Mais alors que le Conseil d'Etat imposait un simple débat contradictoire⁹⁴, la Cour d'appel exige que « *les parties aient pu prendre*

⁸⁸ Crim., 7 avril 1993, Bull. 152 ; J.C.P. 1993, II, 22151, note Allaix (M.) ; D. 1993, jur. 153, note Pradel (J.) ; Rev. Sc. Crim. 1994, chr. Huyette (J.). Selon d'éminents auteurs, cette solution devrait encore s'appliquer en matière familiale. En effet, le juge du provisoire doit pouvoir être ici le juge du définitif, son rôle étant moins de trancher un litige que d'assurer le suivi de la famille (Normand (J.), *Référé provision et impartialité du juge*, préc.).

⁸⁹ Hagelsteen (M.-D.), *Evolution des droits de la défense devant le Conseil de la concurrence*, Publications de l'AFEC, 1999.

⁹⁰ Sur le principe du contradictoire, voir Prieto (C.), *La lutte contre les pratiques anticoncurrentielles : l'élan donné par la loi sur les nouvelles régulations économiques*, 2001, §. 14, Droit et patrimoine, déc. 2001 ; Poesy (R.), *Aspects procéduraux du droit français des pratiques anticoncurrentielles : étude des rapports entre le juge judiciaire et le Conseil de la concurrence*, thèse Nice, 2000, n° 176 s.

⁹¹ La lettre de la concurrence, n° 123, p. 4 ; D. 1987, I.R. 229.

⁹² « *Il appartient au Conseil de la concurrence, qui ne sauraient être tenu d'appliquer des dispositions de procédure incompatibles avec l'urgence qui s'attache au prononcé de ces mesures, de prescrire, dans chaque cas, les mesures appropriées pour concilier avec l'urgence le respect du contradictoire prévu à l'article 18* ».

⁹³ G.P., 29 novembre 1987, note Fourgoux (J.-C.).

⁹⁴ « *Selon l'article 18 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, « l'instruction et la procédure devant le Conseil de la concurrence sont pleinement contradictoires » ; aucune autre disposition de l'ordonnance ni de son décret d'application du 29 décembre 1986 n'ont précisé quelles règles de procédure, autres que l'audition des intéressés devaient être respectées lors de l'instruction des mesures conservatoires prévues à l'article 12* ».

librement connaissance de toutes les pièces du dossier, et être entendues, au cours d'un seul et même débat ». Elle admet enfin, et toujours à la différence du Conseil d'Etat⁹⁵, la faculté pour les parties de demander le renvoi de l'affaire devant le Conseil de la concurrence, conformément à la procédure prévue à l'article 22 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Aussi, les membres du Conseil de la concurrence statuant au conservatoire pouvaient valablement participer au fond.

Dans un second temps, la crainte de la constance des opinions des membres du Conseil ayant participé au conservatoire, a mis au premier plan l'exigence d'impartialité. Désormais, le respect des droits de la défense exige qu'un magistrat qui a préjugé à l'occasion de la procédure conservatoire ne puisse plus juger du fond.

L'une des conséquences de cette solution est de contraindre le Conseil de la concurrence à modifier sa pratique décisionnelle.

B - L'obligation pour le Conseil de la concurrence de modifier sa pratique décisionnelle

27. - Le Conseil de la concurrence prononce les mesures conservatoires réuni en section ou, comme en l'espèce, en commission permanente, composée du président et des trois vice-présidents⁹⁶. Mais, à compter de l'arrêt du 9 octobre 2001, les membres du Conseil devront renoncer à statuer au fond lorsqu'à l'occasion de la procédure conservatoire, ils ont préjugé⁹⁷. L'assemblée plénière se trouve ainsi privée de statuer au principal chaque fois que le prononcé des mesures conservatoires repose sur un préjugement du fond.

28. - Toutefois, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a condamné la présence des seuls membres du Conseil ayant préjugé du fond à l'occasion de la procédure conservatoire. Par conséquent, les membres d'une section ou de la commission permanente, absents de leur formation au moment de la délibération sur les mesures conservatoires, devraient pouvoir participer au fond. Aucun préjugement sérieux n'est à craindre de leur part.

Cette hypothèse diffère de celle où un magistrat qui ne participe pas personnellement à l'instruction, dirige le service qui instruit l'affaire dans laquelle il statue au fond. Ici, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît légitime la crainte des demandeurs quant à l'impartialité de ce magistrat, celui-ci ayant eu le pouvoir d'influer sur le cours de l'instruction⁹⁸.

⁹⁵ « Si les articles 21 et 22 de l'ordonnance prévoient que le président du Conseil de la concurrence peut décider de porter une affaire devant la commission permanente, sauf pour les parties, à demander le renvoi devant une autre formation du Conseil, ces dispositions ne sont pas applicables aux demandes de mesures conservatoires ».

⁹⁶ Art. L. 461-3 C. com.

⁹⁷ Il faut faire ici le parallèle avec la nécessité pour les tribunaux judiciaires de modifier leur pratique suite aux arrêts de l'Assemblée plénière du 6 novembre 1998, préc., interdisant à un juge qui a ordonné une provision sur la base d'une obligation non sérieusement contestable de participer au fond. Sur cette question, voir Frison-Roche (M.-A.), *L'impartialité du juge*, préc. ; Normand (J.), *Référé provision et impartialité du juge*, préc.

⁹⁸ C.E.D.H., 25 juillet 2000, *Tierce et autres contre Saint-Marin*, préc.

29. - Mais ce préjugement du fond à l'occasion de la procédure conservatoire, le Conseil semble désormais bien décidé à l'éviter. Dans l'affaire Télé 2, il bannit les formules caractéristiques d'un préjugement. Aussi, les membres ayant statué au conservatoire devraient pouvoir se retrouver au fond. Il est pourtant permis de se demander d'une part, si le président fera partie de la composition de l'instance au principal, et d'autre part, dans l'affirmative, si la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation valideront la présence du président au fond. Ne risquent-elle pas de requalifier le « *potentiellement* » illicite en « *manifestement* » illicite ? Il faut rappeler que la Cour de cassation exerce un contrôle sur l'illicéité manifeste en matière de référé⁹⁹. Or, la solution pourrait être aisément étendue à la procédure conservatoire du Conseil de la concurrence.

30. - Quant à l'idée de créer une commission spécialisée dans l'examen des demandes de mesures conservatoires¹⁰⁰, elle n'a pas fait son chemin. Ainsi, la décision Télé 2 a été rendue par une section comprenant le président du Conseil¹⁰¹. Or, il ne saurait s'agir d'une quelconque formation spécialisée dans les procédures conservatoires. Il est impensable que le président renonce aux procédures au fond. De plus, la création de cette commission aurait très certainement fait l'objet d'une information par le Conseil.

31. - L'affaire du « *Béton prêt à l'emploi* » vient ainsi renforcer l'exigence d'impartialité des membres du Conseil de la concurrence, interdisant à ceux qui ont préjugé au conservatoire de statuer au fond. Mais les progrès de l'impartialité objective du Conseil risquent de ne pas en rester là. D'autres règles de procédure pourraient bien un jour céder : la possibilité, pour le Conseil, de s'autosaisir ne constitue-t-elle pas une atteinte à la séparation des fonctions de poursuite et de jugement¹⁰² ? La désignation des rapporteurs par le président du Conseil, n'atténue-t-elle pas la séparation des fonctions d'instruction et de jugement¹⁰³ ? Affaires à suivre...

⁹⁹ A.P., 28 juin 1996, Bull. ci., n° 6 ; Normand, R.T.D.Civ. 1997.216 s. ; R.T.D.Civ. 2001.428.

¹⁰⁰ En ce sens, Ronzano (A.), *Informations CREDA/Forum*, préc..

¹⁰¹ Cons. Conc., déc. n° 2001-MC-06 du 19 décembre 2001 *relative aux saisines et aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés Télé 2 et Cégétel*, préc. note 74.

¹⁰² Guinchard (S.), Bandrac (M.), Lagarde (X.), Douchy (M.), préc., n° 382.

¹⁰³ Cf. C.E.D.H., *Daktaras contre Lituanie*, 10 octobre 2000, §. 36, retenant le défaut d'impartialité objective de la chambre criminelle de la Cour suprême de Lituanie au motif que le président du tribunal ayant adopté la thèse de l'accusation « *n'a certes pas siégé en personne, mais il a désigné le juge rapporteur ainsi que les membres appelés à statuer parmi les juges de la chambre criminelle qu'il préside* ».