

# Rapport annuel du conseiller auditeur





# Rapport annuel du conseiller auditeur

<b>La création de la fonction de conseiller auditeur</b>	449
L'origine communautaire	449
La création de l'Autorité de la concurrence et de la fonction de conseiller auditeur	449
L'entrée en vigueur de la loi LME	450
La détermination de la loi applicable	450
La première réunion de l'Autorité et la nomination du conseiller auditeur	450
<b>Missions et pouvoirs du conseiller auditeur</b>	451
Les missions du conseiller auditeur	451
La saisine du conseiller auditeur	451
Les pouvoirs du conseiller auditeur	452
Recueillir les observations des parties	452
Recueillir les observations complémentaires des parties et du rapporteur général	452
Proposer des mesures	452
Rédiger un rapport	452
Assister à l'audience et présenter le rapport sur invitation du président de l'Autorité	453
Relations avec les services d'instruction de l'Autorité	453
Rédiger un rapport annuel d'activité	453

<b>Première année d'exercice du conseiller auditeur</b>	453
Affaire n° 07/0047 F relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés du groupe Carrefour dans le secteur de l'alimentation générale _____	454
Affaires n° 08/0003 F et 08/0023 F relatives aux pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre et à des pratiques concernant le fonctionnement de l'entreprise commune de manutention portuaire Terminal porte océane (TPO) _____	455
<b>Remarques finales</b> _____	455

# Rapport annuel du conseiller auditeur

## La création de la fonction de conseiller auditeur

### L'origine communautaire

La création du conseiller auditeur trouve son origine dans une initiative de la Commission européenne, qui en 1982, a décidé d'instituer cette nouvelle fonction afin de renforcer la protection des droits des parties lors des procédures en matière de concurrence. Le mandat initial du conseiller auditeur communautaire a été renouvelé et étendu le 12 décembre 1994 par la décision n° 4/810 puis par la décision n° 2001/462 du 23 mai 2001 de la Commission européenne<sup>1</sup>.

La Commission rappelle dans son rapport annuel de 2005, qu'en instituant la mission de conseiller auditeur, il s'agit de « *confier la conduite de la procédure administrative dans les affaires d'entente et de position dominante et dans les affaires de concentration à une personne indépendante, ayant de l'expérience en matière de concurrence et possédant l'intégrité nécessaire pour contribuer à l'objectivité, à la transparence et à l'efficacité de ces procédures* »<sup>2</sup>.

Cette recherche de garantie et de protection des parties dans la conduite de la procédure est l'une des sources principales d'inspiration de la fonction homologue créée en droit français.

### La création de l'Autorité de la concurrence et de la fonction de conseiller auditeur

La loi n° 2008-776 du 4 août 2008, de modernisation de l'économie (dite « loi LME »), a instauré l'Autorité de la concurrence en lieu et place du Conseil de la concurrence. Elle a modifié à la fois l'organisation et les procédures applicables devant l'Autorité française de concurrence.

1. JOCE L 162, 19 juin 2001.

2. Commission, Rapport sur la politique de concurrence 2004, SEC (2005) 805 final, vol. I, p. 18.

La loi LME<sup>3</sup>, par son article 95, a introduit dans le Code de commerce l'article L. 461-4, quatrième alinéa, qui instaure : « *Un conseiller auditeur possédant la qualité de magistrat ou offrant des garanties d'indépendance et d'expertise équivalentes [qui] est nommé par arrêté du ministre chargé de l'Économie après avis du collège...* »

L'article L. 461-4, cinquième alinéa, du Code de commerce, ajoute que « *les modalités d'intervention du conseiller auditeur sont précisées par décret en Conseil d'État* ». Il s'agit du décret n° 2009-335 du 26 mars 2009 qui crée l'article R. 461-9.

## L'entrée en vigueur de la loi LME

La date d'entrée en vigueur de la loi LME est prévue par son article 95, II qui la fixe « *à compter de la promulgation de l'ordonnance prévue à l'article 97 de la présente loi et, au plus tard, le 1<sup>er</sup> janvier 2009* ».

L'article 97 visé ci-dessus dispose que « *cette ordonnance est prise dans un délai de six mois à compter de la date de publication de la présente loi. Un projet de loi de ratification est déposé devant le Parlement au plus tard le dernier jour du troisième mois suivant la publication de cette ordonnance* ».

L'ordonnance a été publiée le 13 novembre 2008 et a été ratifiée le 12 mai 2009. Sa ratification lui a conféré rétroactivement valeur législative.

## La détermination de la loi applicable

L'article 5, III de l'ordonnance du 13 novembre 2008, ratifiée le 12 mai 2009, dispose que « *l'examen des affaires de concentration notifiées avant la date de la première réunion de l'Autorité de la concurrence et l'examen des affaires de pratiques anticoncurrentielles ayant donné lieu à une notification des griefs ou à une proposition de non-lieu avant cette même date se poursuivent selon les règles de procédure en vigueur antérieurement à cette date* ».

La loi de ratification de l'ordonnance prévoit donc que les affaires de pratiques anticoncurrentielles ayant été notifiées avant la première réunion de l'Autorité de la concurrence sont soumises aux règles de procédure qui étaient en vigueur à l'époque du Conseil de la concurrence.

## La première réunion de l'Autorité et la nomination du conseiller auditeur

La première réunion de l'Autorité de la concurrence a eu lieu le 2 mars 2009. Cette date est donc celle à partir de laquelle les règles de procédure de la loi LME entrent en vigueur pour les affaires donnant lieu à notification de griefs, postérieurement à cette date.

3. Cf. version consolidée du texte, suite à la modification introduite par la loi de ratification n° 2009-526 du 12 mai 2009.

Après audition et avis du collège de l'Autorité<sup>4</sup>, le conseiller auditeur a été nommé, par voie d'arrêté le 10 juillet 2009. En vertu de l'article R. 461-9, I du Code de commerce, sa mission a une durée de cinq ans. Son mandat est renouvelable une fois.

## Missions et pouvoirs du conseiller auditeur

### Les missions du conseiller auditeur

La mission confiée au conseiller auditeur par l'article L. 461-4 du Code de commerce consiste à permettre « *d'améliorer l'exercice de leurs droits par les parties* ». À cette fin, il « *recueille, le cas échéant, les observations des parties mises en cause et saisissantes sur le déroulement des procédures les concernant dès l'envoi de la notification des griefs* ». Il transmet au président de l'Autorité un rapport d'évaluation de la situation et propose, si nécessaire, tout acte permettant d'améliorer l'exercice de leurs droits par les parties.

L'article R. 461-9, II, troisième alinéa, du Code de commerce rappelle la mission du conseiller auditeur, dans des termes identiques à ceux de la loi : « *Les parties mises en cause et saisissantes peuvent présenter des observations au conseiller auditeur sur le déroulement de la procédure d'instruction les concernant dans les affaires donnant lieu à une notification de griefs, pour des faits ou des actes intervenus à compter de la réception de la notification des griefs et jusqu'à la réception de la convocation à la séance de l'Autorité.* »

Toutefois, cet article apporte une précision complémentaire importante, car « *le conseiller auditeur peut également appeler l'attention du rapporteur général sur le bon déroulement de la procédure, s'il estime qu'une affaire soulève une question relative au respect des droits des parties* ».

### La saisine du conseiller auditeur

Le conseiller auditeur peut être saisi, soit par les parties mises en cause dans des affaires donnant lieu à notification des griefs, soit se saisir lui-même puisqu'il est invité à attirer l'attention du rapporteur général « *sur le bon déroulement de la procédure s'il estime qu'une affaire soulève une question relative au respect des droits des parties* ».

Cette faculté correspond à un droit d'autosaisine du conseiller auditeur. Elle mérite d'être mentionnée, quand bien même à ce jour, les modalités de cette autosaisine restent à définir.

4. Avis de l'Autorité de la concurrence 09-A-41 du 1<sup>er</sup> juillet 2009 relatif à une proposition de nomination aux fonctions de conseiller auditeur de l'Autorité de la concurrence.

## Les pouvoirs du conseiller auditeur

Contrairement à ses homologues communautaires, le conseiller auditeur français ne dispose pas de pouvoir décisionnel. Le législateur l'a cependant doté de différents pouvoirs qui lui permettent d'intervenir aux divers stades de la procédure devant l'Autorité de la concurrence et ainsi d'être à même de remplir la mission de protection des droits des parties qui lui a été confiée. Ces pouvoirs sont énumérés ci-dessous.

### *Recueillir les observations des parties*

Aux termes de l'article L. 461-4, quatrième alinéa, du Code de commerce, le conseiller auditeur peut recueillir les observations des parties mises en cause et saisissantes sur le déroulement des procédures les concernant dès l'envoi de la notification des griefs.

L'article R. 461-9, II, deuxième alinéa confirme ce pouvoir. Il précise cependant que cela concerne « *des faits ou des actes intervenus à compter de la réception de la notification des griefs et jusqu'à la réception de la convocation à la séance de l'Autorité* ».

### *Recueillir les observations complémentaires des parties et du rapporteur général*

L'article R. 461-9, II, troisième alinéa, dispose que le conseiller auditeur « *recueille, le cas échéant, les observations complémentaires des parties ainsi que celles du rapporteur général sur le déroulement de la procédure* ». Ces observations peuvent venir compléter les observations principales prévues à l'article L. 461-4 du Code de commerce.

Cette disposition conduit à l'instauration d'un dialogue entre le conseiller auditeur, les parties saisissantes et le rapporteur général. Ce dialogue doit lui permettre de remplir au mieux son rôle de médiateur.

### *Proposer des mesures*

L'article R. 461-9, II, troisième alinéa, précise que le conseiller auditeur « *peut proposer des mesures destinées à améliorer l'exercice de leurs droits par les parties* ». Les propositions du conseiller auditeur, sans être décisionnelles, peuvent permettre d'orienter les décisions du rapporteur général ainsi que celles du collège.

Ces propositions, qui sont consignées dans le rapport du conseiller auditeur et qui sont versées au dossier, sont donc aussi susceptibles d'être prises en compte ultérieurement dans les procédures d'appel ou de cassation.

### *Rédiger un rapport*

Conformément à l'article L. 461-4, quatrième alinéa, une fois les observations recueillies, le conseiller auditeur « *transmet au président de l'Autorité un rapport*

*évaluant ces observations*». Dans son rapport, le conseiller auditeur peut proposer tout acte «*permettant d'améliorer l'exercice de leurs droits par les parties*».

L'article R. 461-9, II ajoute une précision. En son quatrième alinéa, il prévoit qu'une copie du rapport remis au président de l'Autorité dix jours ouvrés avant la séance, doit être adressée «*au rapporteur général et aux parties concernées*».

### ***Assister à l'audience et présenter le rapport sur invitation du président de l'Autorité***

L'article R. 461-9, II, cinquième alinéa, dispose que «*le président de l'Autorité de la concurrence peut inviter le conseiller auditeur à assister à la séance et à y présenter son rapport*».

Force est de constater que le décret n'a pas jugé utile d'instaurer la participation systématique du conseiller auditeur à la séance de l'Autorité sans toutefois en expliciter la raison.

### ***Relations avec les services d'instruction de l'Autorité***

L'article R. 461-9, III prévoit que «*pour l'exercice de ses fonctions, le conseiller auditeur bénéficie du concours des services d'instruction de l'Autorité. Il est habilité à demander la communication des pièces du dossier dont il est saisi auprès du rapporteur général de l'Autorité. La confidentialité des documents et le secret des affaires ne lui sont pas opposables*».

Afin d'assurer la pleine efficacité de la mission du conseiller auditeur, il est apparu nécessaire que celui-ci, soumis au secret professionnel, ait accès à tous les éléments des dossiers, sans qu'il puisse se voir opposer la confidentialité ou le secret des affaires.

### ***Rédiger un rapport annuel d'activité***

L'article R. 461-9, IV précise enfin que «*le conseiller auditeur remet chaque année au président de l'Autorité un rapport sur son activité*». Ce rapport est joint au rapport public annuel de l'Autorité de la concurrence.

## Première année d'exercice du conseiller auditeur

Le second semestre 2009 a vu l'entrée en fonction du conseiller auditeur à compter du 10 juillet 2009. Le conseiller auditeur a été saisi dans deux affaires ayant donné lieu à notifications des griefs.

## Affaire n° 07/0047 F relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés du groupe Carrefour dans le secteur de l'alimentation générale

La première affaire dont le conseiller auditeur a été saisi soulevait la question du régime procédural applicable à une notification des griefs intervenue après l'entrée en vigueur de la loi LME, mais avant que l'ordonnance du 13 novembre 2008 n'ait été ratifiée par la loi du 12 mai 2009.

Dans cette affaire, la notification des griefs avait été envoyée aux parties le 16 janvier 2009. Au jour de la notification des griefs, les dispositions de la loi LME étaient donc applicables conformément à son article 95, qui prévoyait que son entrée en vigueur aurait lieu « à compter de la promulgation de l'ordonnance prévue à l'article 97 de la présente loi et, au plus tard, le 1<sup>er</sup> janvier 2009 ».

L'ordonnance du 13 novembre 2008 n'ayant pas été ratifiée à cette date, les dispositions générales de la loi LME s'appliquaient en dépit des dispositions des articles 5, II et 5, III de ladite ordonnance, qui prévoyait que « [...] l'examen des affaires de pratiques anticoncurrentielles ayant donné lieu à une notification des griefs ou à une proposition de non-lieu avant [la date de la première réunion de l'Autorité de la concurrence<sup>5</sup>] se poursuive selon les règles de procédure en vigueur antérieurement à cette date ». Au jour de la notification des griefs, faute de ratification de l'ordonnance du 13 novembre 2008, les règles applicables à l'affaire Carrefour étaient donc celles issues de la loi LME qui avait notamment instauré la fonction de conseiller auditeur.

À compter du 12 mai 2009, date de la ratification de l'ordonnance du 13 novembre 2008, les règles de procédure applicables à l'affaire sont alors redevenues celles prévalant devant le Conseil de la concurrence, les articles 5, II et 5, III de l'ordonnance prenant pleine force législative.

Cette situation ressort de la décision du Conseil d'État du 17 mai 2002, M. Hoffer e. a.<sup>6</sup>, qui expose en termes clairs qu'une ordonnance ratifiée acquiert rétroactivement valeur législative : « *Considérant qu'il résulte de ces dispositions de la Constitution que, dès lors que sa ratification est opérée par le législateur, une ordonnance acquiert valeur législative à compter de sa signature.* »

Le conseiller auditeur, saisi de cette question par le groupe Carrefour en date du 28 octobre 2009, a donc été amené à constater que les règles de procédures applicables étaient celles de la loi ancienne. Le conseiller auditeur a donc décliné sa compétence puisque cette fonction n'existait pas sous l'empire de cette loi.

5. La première réunion de l'Autorité s'est tenue le 2 mars 2009.

6. CE, 17 mai 2002, n° 232359, M. Hoffer e. a.

## Affaires n° 08/0003 F et 08/0023 F relatives aux pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre et à des pratiques concernant le fonctionnement de l'entreprise commune de manutention portuaire Terminal porte océane (TPO)

Dans cette affaire, la notification des griefs a été communiquée aux parties mises en cause le 19 juin 2009.

La société TPO, rencontrant des difficultés d'accès à certaines pièces du dossier, a saisi le conseiller auditeur en date du 10 juillet 2009. Elle faisait valoir que ces difficultés étaient notamment dues à des différences entre les cotations enregistrées et utilisées dans la notification des griefs et celles retenues sur le CD-ROM regroupant l'ensemble des pièces ; à l'absence de certains documents sur le CD-ROM ; enfin, à un défaut de correspondance entre les cotations de la notification et les pièces auxquelles il était fait référence.

En raison de ces difficultés, la société TPO avait demandé à M<sup>me</sup> la rapporteure générale, préalablement à la saisine du conseiller auditeur, une extension du délai légal pour déposer ses observations en réponse à la notification des griefs.

M<sup>me</sup> la rapporteure générale avait alors adressé à TPO des informations complémentaires sur les cotations des pièces faisant difficulté et lui avait accordé un délai supplémentaire de huit jours pour répondre à la notification des griefs.

Afin d'apprécier la nature des difficultés rencontrées, le conseiller auditeur a organisé un rendez-vous avec la partie saisissante. Au cours de ce rendez-vous, il a préconisé qu'une réunion immédiate se tienne avec le rapporteur et le rapporteur général adjoint, afin que toutes les informations manquantes lui soient apportées, et qu'avant cette rencontre, des notes explicatives complémentaires soient adressées à TPO par le rapporteur.

Dans cette affaire, le conseiller auditeur a préféré proposer une mesure rapide et concrète permettant d'améliorer effectivement le droit d'accès aux pièces du dossier à la partie saisissante, plutôt que de lui octroyer un nouveau délai supplémentaire. À son avis, l'octroi d'un délai supplémentaire n'aurait pas permis de résoudre de façon plus efficace les difficultés invoquées, alors que le contact direct avec le rapporteur apportait la solution la plus rapide à la difficulté rencontrée.

## Remarques finales

Ni la loi LME, ni le décret du 26 mars 2009 ne fixent les modalités pratiques de saisine du conseiller auditeur. Il semble dès lors utile, dans l'intérêt des parties, de proposer que l'acte de saisine mentionne notamment les éléments suivants :

- la référence du dossier ;

- la date à laquelle la notification des griefs a été envoyée et reçue ;
- l'objet exact de la saisine, avec mention des faits ou actes soulevant les difficultés qui ont un impact sur l'exercice des droits de la défense ;
- la mention des pièces essentielles sur lesquelles la partie saisissante fonde sa saisine.

Si, à la suite d'une saisine initiale ayant un objet clairement défini, la partie saisissante souhaite dans la même affaire saisir le conseiller auditeur d'une autre difficulté, il est suggéré de le saisir par un nouvel acte indiquant clairement l'objet de cette nouvelle difficulté.

Enfin, le conseiller auditeur est ouvert à tout contact informel pouvant aider les parties à faire valoir le plein exercice de leurs droits.