

**Avis n° 11-A-09 du 24 juin 2011
relatif à une proposition de nomination
aux fonctions de conseiller auditeur
de l’Autorité de la concurrence**

L’Autorité de la concurrence (commission permanente),

Vu le livre IV du code de commerce dans sa version issue de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l’économie, de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d’allègement des procédures, de l’ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence et des décrets pris pour leur application, et notamment ses articles L. 461-4 et R. 461-9 ;

Vu le règlement intérieur de l’Autorité de la concurrence, et notamment ses articles 5 et 6 ;

Vu la demande d’avis présentée par le ministre de l’Économie, des finances et de l’industrie le 16 juin 2011 et enregistrée sous le n° 11/0043 A ;

Après avoir auditionné M. Henri Génin lors de sa séance du 24 juin 2011 ;

Adopte l’avis suivant :

I. Le cadre juridique

1. La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a prévu, au 2° du I de son article 95, la création d'un conseiller auditeur au sein de l'Autorité de la concurrence (ci-après, l'« Autorité »), dans les termes suivants :

« Un conseiller auditeur possédant la qualité de magistrat est nommé par arrêté du ministre chargé de l'économie après avis du collègue. 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 évaluant ces observations et proposant, si nécessaire, tout acte permettant d'améliorer l'exercice de leurs droits par les parties.

Les modalités d'intervention du conseiller auditeur sont précisées par décret en Conseil d'État. »

2. La loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures a prévu, au 3° du VII de son article 139, qu'une personne « *offrant des garanties d'indépendance et d'expertise équivalentes* » à celles qu'offre la qualité de magistrat pouvait également être nommée conseiller auditeur.

II. Le rôle du conseiller auditeur et ses conditions d'exercice

3. Il résulte du code de commerce, dans sa version issue des lois citées aux points 1 et 2 ci-dessus, ainsi que des décrets pris pour leur application, que les fonctions du conseiller auditeur, nommé pour une durée de cinq ans et renouvelable une fois, consistent :
 - en premier lieu, à recueillir, le cas échéant, les observations formulées par les parties mises en cause et saisissantes, pendant le déroulement de la procédure d'instruction contradictoire des affaires de pratiques anticoncurrentielles prévue par les articles L. 463-1 et suivants du code de commerce, à propos de faits ou d'actes intervenus entre la réception de la notification de griefs et la réception de la convocation à la séance ;
 - en second lieu, à remettre au président de l'Autorité, au plus tard dix jours ouvrés avant la séance, un rapport évaluant ces observations et proposant, s'il l'estime nécessaire, des mesures destinées à améliorer l'exercice de leurs droits par les parties.

4. Il ressort de ces dispositions, ainsi que des travaux et des débats parlementaires ayant précédé la création du conseiller auditeur de l'Autorité, que la mission confiée à celui-ci, dans le cadre d'une institution caractérisée par la séparation des fonctions d'instruction exercées par les services d'instruction sous la direction du rapporteur général, d'une part, et des fonctions de décision assurées en toute indépendance par le collège, d'autre part, est celle d'« *un expert procédural, disponible pour aider à régler d'éventuelles difficultés avant de présenter un point de vue autonome au collège appelé à se prononcer sur la régularité de la procédure d'instruction* ». Il s'en déduit que le conseiller auditeur est appelé à jouer un rôle de médiateur entre les parties et les services d'instruction, en proposant en tant que de besoin au rapporteur général des « *mesures destinées à améliorer l'exercice de leurs droits par les parties* » avant de présenter, dans le rapport qu'il remet au président de l'Autorité, une opinion autonome destinée à éclairer le collège à cet égard.
5. Il ressort également des travaux parlementaires que, pour pouvoir remplir son office de manière effective, le conseiller auditeur ne doit « *donner prise [...] à aucun soupçon relatif à son indépendance* », ni « *donn[er] lieu à des accusations de la part de certaines parties* ».
6. C'est ce constat qui a conduit le Parlement à exiger que le conseiller auditeur ait la qualité de magistrat ou présente des garanties d'indépendance et d'expertise équivalentes, et à soumettre sa nomination à l'avis préalable du collège de l'Autorité.
7. C'est également pour ce motif que le conseiller auditeur, qui devient, une fois nommé, un agent de l'Autorité habilité à prendre connaissance du dossier de certaines affaires de pratiques anticoncurrentielles en cours d'instruction, doit, de même que le rapporteur général et les agents des services d'instruction de l'Autorité, se conformer aux articles 5 et 6 du règlement intérieur de l'institution, qui prévoient la signature d'une déclaration sur l'honneur et la communication de la liste des intérêts, fonctions et mandats détenus ou exercés au cours des cinq années précédant l'entrée en fonction, ou venant à l'être postérieurement à celle-ci.

III. L'examen de la candidature présentée en l'espèce

8. Le candidat présenté par le ministre chargé de l'économie ayant la qualité de magistrat, il y a lieu de constater qu'il répond, en tant que tel, aux conditions de nomination prévues par le quatrième alinéa de l'article L. 461-4 du code de commerce. Le collège de l'Autorité note, pour s'en réjouir, qu'il a en outre acquis une expertise indéniable en droit de la concurrence et, plus généralement, dans les matières relevant du droit économique et financier.
9. Comme l'a relevé l'Autorité dans son avis n° [09-A-41](#) du 1^{er} juillet 2009 (point 12), l'Autorité et le ministre chargé de l'économie n'en doivent pas moins vérifier, en toute hypothèse, que le candidat envisagé n'est pas susceptible de prêter à la critique de conflit d'intérêts, au regard notamment de ses activités professionnelles antérieures,

ainsi que des fonctions qu'il occupe et des mandats qu'il détient au jour de sa candidature.

10. Compte tenu des dispositions prévues par le règlement intérieur de l'institution et rappelées par sa charte de déontologie, cette exigence peut être considérée comme satisfaite lorsqu'il apparaît que l'intéressé n'a pas, au cours des cinq années précédant sa nomination, eu à connaître d'affaires de pratiques anticoncurrentielles traitées par l'Autorité, ni représenté ou conseillé d'entreprises concernées ou intéressées par de telles affaires (voir, en ce sens, avis n° [09-A-41](#) précité, points 13 et 14).
11. En l'espèce, M. Henri Génin a exercé les fonctions de rapporteur permanent au Conseil de la concurrence à partir de novembre 1995, mais celles-ci ont pris fin en décembre 1999, soit bien antérieurement au délai de cinq ans mentionné au point précédent. Il a depuis lors occupé diverses fonctions de nature juridictionnelle, en dernier lieu celles de substitut général chargé d'un secrétariat général au parquet général de la cour d'appel de Versailles (août 2005 / août 2010) puis de procureur de la République adjoint près le tribunal de grande instance de Pontoise (depuis septembre 2010).
12. Par ailleurs, il a pris note, lors de son audition par le collège, des obligations déclaratives prévues à l'article 6 du règlement intérieur et s'est engagé à y satisfaire dans l'hypothèse où il serait nommé aux fonctions de conseiller auditeur.
13. Eu égard à l'ensemble des observations qui précèdent, il y a lieu d'émettre un avis favorable sur la proposition de nomination de M. Henri Génin aux fonctions de conseiller auditeur de l'Autorité de la concurrence.

Délibéré le 24 juin 2011 par M. Bruno Lasserre, président, président de séance, Mmes Françoise Aubert, Anne Perrot et Elisabeth Flüry-Hérard, vice-présidentes, M. Patrick Spilliaert, vice-président.

La secrétaire de séance,

Marie-Anselme Lienafa

Le président,

Bruno Lasserre