

**Contribution d'Alphabet à la consultation publique de l'Autorité de la concurrence
sur le statut, le rôle et les moyens des Mandataires**

Google accueille favorablement la possibilité de pouvoir contribuer à la consultation publique de l'Autorité de la concurrence ("l'**Autorité**") sur le statut, le rôle et les moyens des mandataires en matière de contrôle des concentrations (la "**Consultation**").

Bien que le champ de la Consultation soit limité au suivi des engagements souscrits ou mesures correctives imposées dans le cadre du contrôle des concentrations, les observations de Google ont également vocation à s'appliquer aux procédures contentieuses dans lesquelles l'intervention d'un mandataire est requise.

I. LE STATUT DU MANDATAIRE

- 1) **De manière générale, considérez-vous qu'il y ait lieu de réglementer ou de préciser davantage le statut et le rôle du mandataire dans un document ?**
- 2) **Considérez-vous que les trois critères régissant le statut du mandataire suffisent à garantir son indépendance vis-à-vis de l'entreprise qui a pris des mesures correctives et ainsi, à assurer l'efficacité de son action ? Quel regard portez-vous sur le critère ciblant l'absence de conflits d'intérêts ?**

Le statut et le rôle du mandataire devraient être détaillés de manière claire et précise.

Google comprend que les « *trois critères régissant le statut du mandataire* » sont : l'indépendance, une expertise et des ressources suffisantes, et l'absence de conflit d'intérêts. Ces principes sont reflétés dans les Lignes directrices de l'Autorité relatives au contrôle des concentrations (les "**Lignes directrices**"), au titre desquelles un mandataire « *doit être indépendant des parties, avoir les compétences requises et les moyens suffisants pour mener à bien sa mission, et ne pas faire ou devenir l'objet d'un conflit d'intérêts* » (para. 427).

Google note que les critères d'indépendance et d'absence de conflit d'intérêts sont essentiels pour garantir la crédibilité du mandataire et l'efficacité de son mandat.

Google formule les observations suivantes.

- **Premièrement, le critère d'indépendance devrait également être apprécié à l'égard des plaignants, et plus généralement des parties adverses.**

Le Modèle de contrat de mandat fournit peu de précisions quant à l'application du critère d'indépendance : « *le mandataire certifie que lui-même et chaque membre de son équipe sont indépendants de l'entreprise mandante et ses filiales, et qu'aucun conflit d'intérêts ne porte atteinte à son objectivité et à sa capacité d'exécuter avec indépendance les missions qui lui sont confiées aux termes du présent mandat* » (para. 916 des Lignes directrices).

Afin de garantir l'efficacité de sa mission, il serait pertinent d'apprécier le critère d'indépendance du mandataire en tenant également compte de son indépendance vis-à-vis des parties

adverses, à tout le moins celles ayant été impliquées dans la procédure devant l'Autorité. En effet, un manque d'indépendance vis-à-vis de ces dernières pourrait également porter atteinte à « son objectivité et à sa capacité d'exécuter avec indépendance les missions qui lui sont confiées ».

- **Deuxièmement, les principes régissant le statut du mandataire devraient également s'appliquer à tout expert que le mandataire juge nécessaire de désigner pour l'assister dans sa mission.**

Les Lignes directrices indiquent que le mandataire « peut proposer à la partie notifiante toute mesure qu'il considère nécessaire pour assurer le respect des mesures correctives » (para. 433).

Le Modèle de contrat de mandat fournit peu de détails quant au processus et critères régissant la désignation des experts : « Aux frais de l'entreprise mandante, le mandataire pourra désigner des conseils (en particulier pour des avis juridiques, financiers ou techniques), sous réserve de l'accord de l'entreprise mandante (qui ne pourra pas s'y opposer ou retarder son accord sans justification), dès lors qu'il considérera cette désignation comme nécessaire ou appropriée pour l'accomplissement de ses devoirs et obligations en vertu du mandat, et à la condition que les dépenses exposées par le mandataire à cette occasion soient raisonnables. [...] » (para. 915).

En particulier, les Lignes directrices et le Modèle de contrat de mandat ne précisent pas que les critères relatifs à l'indépendance, à l'expertise et aux ressources suffisantes, et à l'absence de conflit d'intérêts s'appliquent également à tout expert désigné par le mandataire.

Le Modèle de contrat de mandat ne définit le terme « conflit d'intérêts » qu'en référence au mandataire : « un conflit d'intérêts naît d'une situation dans laquelle le mandataire, les entreprises liées au mandataire ou les membres de l'équipe du mandataire possèdent des intérêts qui pourraient être de nature à influencer sur la manière dont il s'acquitte de ses fonctions » (para. 892). Il n'est pas clair qu'un expert puisse être considéré comme une « entreprise liée au mandataire » et soit donc couvert par la disposition relative aux conflits d'intérêts.

Cependant, la désignation d'un expert est de plus en plus courante et s'avère souvent nécessaire dans les secteurs intrinsèquement complexes et/ou sujets à évolution rapide, où une fine compréhension des enjeux, une expertise de pointe ou une certaine expérience peuvent venir à manquer au mandataire, qualités pourtant nécessaires pour remplir correctement sa mission. En désignant un expert, celui-ci devient partie intégrante de l'équipe du mandataire. Il est donc important de clarifier que les critères régissant le statut du mandataire s'appliquent également à tout expert désigné par ce dernier.

- **Troisièmement, les critères qui déterminent si le mandataire (et les experts qu'il désigne) est approprié (indépendance, expertise et ressources, et absence de conflit d'intérêts) devraient faire l'objet de vérifications régulières par et avec l'ADLC.**

Selon les Lignes directrices, le mandataire « assure, en outre, le maintien de son indépendance vis-à-vis de la partie notifiante et respecte les dispositions du contrat de mandat relatives aux conflits d'intérêt » (para. 431).

Le Modèle de contrat de mandat prévoit le cas où le mandataire et/ou l'entreprise mandante pourraient être « *informé[s] de l'existence* » d'un conflit d'intérêts potentiel au cours du mandat, auquel cas le mandataire s'engage à résoudre ce conflit (para. 918).

Cependant, les Lignes directrices ne prévoient aucun mécanisme ou garantie formels pour assurer le maintien de son indépendance (et de ses experts désignés) pendant la durée du mandat, s'en remettant ainsi exclusivement au fait qu'une partie « *prende connaissance* » d'un tel conflit potentiel. Les Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations n'envisagent pas non plus le scénario dans lequel un mandataire (et les experts qu'il désigne) pourrait ne plus disposer de l'expertise et des ressources nécessaires pour mener à bien sa mission lorsque, par exemple, des développements imprévus ou des sujets techniques surviennent. Ceci est d'autant plus important dans le cadre d'engagements qui doivent être mis en œuvre et suivis sur une période longue.

Les Lignes directrices devraient prévoir des points d'étape formels et périodiques tout au long du mandat du mandataire afin de contrôler son indépendance, l'absence de conflit d'intérêts, et son expertise, y compris pour les experts qu'il désigne. Le Modèle de contrat de mandat se contente pour le moment d'indiquer que le mandataire et l'entreprise mandante doivent « *informer immédiatement* » l'Autorité et l'autre partie s'ils sont « *informés de l'existence [...] d'un conflit d'intérêts* » (para. 918), recourant ainsi à un processus réactif *ex post* par opposition à une vérification proactive *ex ante*.

Google considère qu'il devrait y avoir des points de contrôle réguliers entre l'Autorité, le mandataire et l'entreprise mandante pendant toute la durée du mandat du mandataire afin de vérifier l'application des trois critères régissant le statut de ce dernier (et des experts qu'il désigne).

Les Lignes directrices devraient également prévoir la possibilité pour les tiers d'informer l'Autorité lorsqu'ils prennent connaissance d'un conflit d'intérêts qui affecte le mandataire ou les experts qu'il désigne. En effet, le mandataire (ou les experts qu'il désigne) est naturellement moins susceptible d'en informer l'Autorité.

II. **S'AGISSANT DE LA PROCEDURE D'AGRÉMENT DU MANDATAIRE**

- 3) **Avez-vous des commentaires à formuler sur la procédure d'agrément du mandataire conduisant l'entreprise concernée à soumettre à l'Autorité une liste de trois candidats potentiels ?**
- 4) **Avez-vous rencontré des difficultés, en tant que mandataire agréé, en vue de vous porter candidat auprès de l'entreprise tenue de mettre en œuvre des mesures correctives ? A contrario, avez-vous rencontré des difficultés en tant qu'entreprise concernée pour identifier les potentiels candidats mandataires intéressés pour réaliser un suivi de vos mesures correctives ? Quelles seraient vos recommandations pour rendre plus efficace cette procédure d'agrément ?**

Les Lignes directrices fournissent des indications suffisantes sur la manière dont la procédure de désignation du mandataire doit se dérouler et sur les rôles et responsabilités de chaque partie dans ce processus. La principale difficulté qui se pose est qu'il semble n'y avoir qu'un nombre limité de mandataires potentiels ayant les qualifications requises en France. Une façon de résoudre ce problème serait d'encourager la concurrence de mandataires principalement actifs sur des mandats auprès de la Commission européenne ou de la *Competition and Markets Authority*.

Une question connexe est la désignation d'experts. Les Lignes directrices ne contiennent aucune disposition sur la désignation d'experts pour assister le mandataire. Le Modèle d'engagement de cession devant l'Autorité et le Modèle de contrat de mandat indiquent seulement que le « *Mandataire pourra désigner des conseils, [...], sous réserve de l'accord de [l'entreprise]* » et que « *[s]i [l'entreprise] refuse d'approuver les conseils proposés par le Mandataire, l'Autorité pourra, après avoir entendu [l'entreprise], approuver à sa place la désignation des conseils* » (paras. 885 et 915).

Tout expert devrait être soumis à une procédure de désignation similaire à celle du mandataire. En particulier :

- Le mandataire devrait soumettre à l'entreprise mandante et à l'Autorité une liste d'au moins trois experts que le mandataire propose de désigner comme expert ;
- L'entreprise mandante et l'Autorité devraient pouvoir vérifier l'expertise revendiquée de l'expert afin de s'assurer qu'il possède les connaissances et l'expertise requises. L'entreprise mandante devrait donc pouvoir contacter lesdits experts pour engager une discussion préliminaire ;
- L'entreprise mandante devrait pouvoir examiner la liste du mandataire et proposer des experts additionnels à l'Autorité;
- L'Autorité devrait ensuite approuver un ou plusieurs des experts proposés, sur la base des critères applicables aux mandataires en tenant compte des observations de l'entreprise mandante. De même que l'Autorité approuve le mandataire, les mêmes principes devraient s'appliquer aux experts désignés par ce dernier, d'autant plus que, l'expérience de Google montre que le mandataire peut s'appuyer considérablement sur l'analyse menée par les experts ;
- Dans le cas où plusieurs experts sont approuvés par l'Autorité, l'entreprise mandante devrait être libre de choisir quel expert assistera le mandataire.

III. S'AGISSANT DU ROLE DU MANDATAIRE DANS L'EXECUTION DES INJONCTIONS OU DES ENGAGEMENTS SOUSCRITS

- 5) **Est-ce que le contrat de mandat type encadrant les missions, obligations et périmètre d'intervention du mandataire appelle de votre part des commentaires ? Le cas échéant, veuillez indiquer les éventuelles propositions de modification formelle ou sémantique dans le corps du contrat de mandat type.**
- 6) **Selon vous, quels sont les principaux freins au suivi de la bonne exécution des injonctions ou engagements (technicité, défaut d'interprétation, sollicitations des parties et de leurs**

conseils, des tiers, etc.) ? Veuillez présenter les solutions envisagées pour chaque situation identifiée.

- 7) Avez-vous identifié des besoins spécifiques en matière de suivi des mesures correctives (réunion de cadrage, grille d'analyse ou document type complémentaire susceptible d'être annexé aux Lignes directrices, par exemple) ?
- 8) Avez-vous des commentaires à formuler sur la procédure de remontée des informations à l'Autorité (modalités de dialogue, volume des rapports de mission, granularité des informations et données, etc.) ?

Au titre des Lignes directrices, « le mandataire établit régulièrement des rapports sur le suivi des mesures correctives à l'attention de l'Autorité et lui soumet toute difficulté rencontrée dans le cadre de ses missions » (para. 434). Les Lignes directrices ne fournissent pas davantage de précisions sur les obligations de *reporting* du mandataire, ne mentionnent pas la nécessité, par exemple, d'un « plan de travail »,¹ et ne prévoient pas de processus en cas de difficultés d'interprétation des engagements. Pourtant, ce sont des éléments cruciaux de la mission du mandataire.

Google formule les trois commentaires suivants.

- **Premièrement, le plan de travail du mandataire devrait être établi à l'avance par le mandataire en coordination avec l'entreprise mandante; ce plan de travail devrait constituer le document de référence pour l'ensemble de la mission du mandataire, et contenir des points de contrôle prédéfinis avec l'Autorité.**

Le mandataire est tenu d'exécuter les tâches spécifiées dans son mandat conformément à un plan de travail approuvé par l'Autorité. Alors que le mandat du mandataire établit les objectifs généraux et les limites juridiques de sa mission, le plan de travail est un document opérationnel détaillé qui traduit le mandat en différentes étapes avec un calendrier spécifique réaliste. Le mandat définit ce que le mandataire est tenu de contrôler, mais le plan de travail décrit *comment* le mandataire entend exécuter son mandat et est donc essentiel pour un suivi efficace.

Le plan de travail permet de définir la portée des responsabilités du mandataire et garantit que toutes les parties en cause ont la même compréhension du processus et des attentes. Il fournit également une feuille de route claire sur la manière dont le mandataire entend mener à bien sa mission et renforce la responsabilité de chacun en fixant des étapes, des « livrables » et un calendrier spécifique. Enfin, un plan

¹ Bien que le le Modèle d'engagement de cession devant l'Autorité et le Modèle de contrat de mandat incluent une obligation pour le mandataire de proposer, dans son premier rapport à l'Autorité, un plan de travail détaillé décrivant comment son travail sera organisé et comment il entend vérifier que les mesures structurelles ou comportementales sont respectées (respectivement, paras. 878 et 907), il n'y a aucune référence au plan de travail pour le reste de la mission du mandataire.

de travail contribue à optimiser les ressources du mandataire, ainsi que celles de l'entreprise mandante,² et garantit que les activités de contrôle soient menées efficacement.

Google estime que le plan de travail du mandataire devrait être élaboré conjointement par le mandataire et l'entreprise mandante. Ils devraient définir une structure de conformité claire, avec des objectifs clés, un processus et des étapes convenus dès le départ - tout en reconnaissant que des développements majeurs puissent justifier des déviations appropriées de temps à autre. Les échanges sur le plan de travail devraient être utilisés pour établir les règles de collaboration et créer une relation de coopération entre le mandataire et l'entreprise mandante, ce qui se traduira par un résultat dans lequel l'entreprise mandante s'est impliquée et qui est donc moins susceptible de faire l'objet de désaccords et de contestations futurs. En particulier, définir conjointement comment se matérialise une situation de conformité dans un contexte d'engagements comportementaux permet également à l'entreprise mandante de se concentrer sur des livrables positifs (c'est-à-dire, des livrables convenus démontrant la conformité) plutôt que sur des livrables négatifs (c'est-à-dire, démontrer l'absence de non-conformité) pendant la période considérée.

Le cas échéant, en particulier lorsqu'il s'agit de marchés complexes, le plan de travail devrait également prévoir la tenue de sessions d'information thématiques entre le mandataire et ses équipes (ainsi que tout expert qui a été désigné) et l'entreprise mandante. Le contenu de ces sessions pourrait être défini dans le plan de travail ou au cours de la mission du mandataire afin d'éclairer sa compréhension de la manière dont les mesures correctives sont mises en œuvre par l'entreprise mandante.

Le plan de travail devrait également contenir une estimation budgétaire pour chaque période du mandat.

Le plan de travail devrait constituer le document de référence pour organiser la conformité aux engagements pendant toute la durée de la période de suivi. Si nécessaire, en particulier pour les engagements qui doivent être mis en œuvre et suivis sur une période longue, le plan de travail pourrait être mis à jour en coordination avec l'entreprise mandante.

Le plan de travail devrait également prévoir des points d'étape prédéfinis entre le mandataire et l'entreprise mandante, ainsi que des réunions avec l'Autorité.

Si nécessaire et le cas échéant, les experts désignés devraient pouvoir participer à l'élaboration de ce plan de travail et aux points d'étape subséquents.

Google considère que les Lignes directrices, le Modèle d'engagement de cession et de contrat de mandat devraient explicitement faire référence au plan de travail, à son objectif et à son contenu, ainsi qu'à la nécessité pour le mandataire et l'entreprise mandante de coopérer sur cette base.

- **Deuxièmement, l'entreprise mandante devrait pouvoir formuler des observations sur les rapports du mandataire avant qu'ils ne soient communiqués à l'Autorité.**

² L'expérience de Google montre que le temps, le coût et les efforts consacrés par l'entreprise mandante pour assister le mandataire dans l'exécution de son mandat ne doivent pas être négligés. Un plan de travail bien conçu, en amont du mandat, est crucial pour garantir que le suivi des engagements est effectué efficacement pour toutes les parties impliquées.

Le mandataire représente les « yeux et les oreilles » de l'Autorité. Il doit donc régulièrement rendre compte à cette dernière des questions relatives à son mandat et au contrôle continu des engagements.

Le Modèle de contrat de mandat précise que l'entreprise mandante devrait recevoir « *parallèlement* » une version non confidentielle des rapports ou documents envoyés à l'Autorité (paras. 909 et 910).

L'entreprise mandante devrait avoir la possibilité d'examiner et de commenter le rapport que le mandataire a l'intention d'envoyer à l'Autorité avant sa communication. Par ailleurs, ses commentaires devraient être annexés au rapport envoyé à l'Autorité.

Cela permettrait à l'entreprise mandante de commenter en temps réel le contexte et fournir certaines informations de base, lesquels peuvent s'avérer essentiels pour apprécier pleinement les conclusions du rapport pour éviter certains malentendus. Ceci est particulièrement pertinent dans certains secteurs tels que le secteur technologique, qui est intrinsèquement complexe sur le plan technique et sujet à des changements rapides.

Les Lignes directrices et le Modèle de contrat de mandat devraient mentionner cette possibilité, renforçant ainsi la coopération entre le mandataire et l'entreprise mandante.

- **Troisièmement, toute difficulté d'interprétation des engagements qui pourrait survenir au cours de l'exécution du mandat devrait être résolue par l'Autorité après que le mandataire et l'entreprise mandante ont eu la possibilité de présenter leurs points de vue.**

Idéalement, le texte des engagements devrait être suffisamment clair. Cependant, l'expérience de Google montre qu'en ce qui concerne tout particulièrement les engagements devant être mis en œuvre sur une période longue, des difficultés d'interprétation peuvent survenir au fil du temps (par exemple en raison d'évolutions du marché). Or les Lignes directrices et le Modèle de contrat de mandat ne contiennent aucune disposition qui prévoit un processus de résolution des difficultés d'interprétation.

L'interprétation des engagements ne devrait pas incomber au mandataire. Lorsque le mandataire et l'entreprise mandante sont en désaccord sur leur interprétation, il est essentiel que les deux parties puissent présenter leurs points de vue à l'Autorité et que cette dernière prenne position rapidement - au moins avant que le mandataire ne prenne une quelconque mesure relative au désaccord.

IV. S'AGISSANT DU TERME DE LA MISSION DU MANDATAIRE

- 9) **Considérez-vous comme suffisamment claires, les bornes temporelles de fin de mission du mandataire agréé ?**
- 10) **Estimez-vous comme étant indispensable l'envoi d'un courrier de décharge au terme de la mission du mandataire ? Veuillez préciser s'il est opportun que ce courrier soit plutôt adressé par l'Autorité ou par l'entreprise mandante.**
- 11) **Identifiez-vous d'autres besoins spécifiques au terme de la mission du mandataire ?**
- 12) **Veuillez indiquer tout autre point que vous souhaitez porter à la connaissance de l'Autorité au sujet du suivi des mesures correctives effectué par le mandataire agréé.**

Il devrait ressortir suffisamment clairement du texte des engagements que la mission du mandataire prend fin lorsque les engagements ont été mis en œuvre (pour les engagements structurels), ou à la fin de la période des engagements (pour les engagements comportementaux).

Google considère cependant que les Lignes directrices et/ou le Modèle de contrat de mandat devraient explicitement inclure la possibilité pour l'entreprise mandante de solliciter un changement de mandataire en cours de mandat dans des circonstances limitées, par exemple, si les critères régissant le statut du mandataire ne sont plus remplis, si le mandataire est incapable ou manque à remplir sa mission, et/ou si la relation de travail avec le mandataire est (ou est devenue) improductive (en raison par exemple de divergences irréconciliables sur la manière de coopérer et d'exécuter le mandat, d'un manque d'expertise, etc.). Ceci est particulièrement pertinent pour les engagements qui doivent être mis en œuvre sur une période longue. L'Autorité devrait prendre les préoccupations de l'entreprise mandante en considération et, le cas échéant, désigner un nouveau mandataire.

En dernier lieu, Google encourage l'Autorité à contrôler le caractère raisonnable des honoraires des mandataires. L'entreprise mandante devrait pouvoir soulever des préoccupations concernant le déséquilibre entre l'exécution du mandat et les honoraires correspondants,³ et l'Autorité devrait pouvoir prendre certaines mesures appropriées si nécessaire (y compris celle autorisant l'entreprise mandante à décharger le mandataire et à en désigner un nouveau).

³ Dans le contexte d'une cession, le Modèle d'engagement de cession devant l'Autorité indique une préférence pour une structure d'honoraires qui est « *fonction de l'accomplissement par le mandataire chargé de la cession d'une cession dans les meilleurs délais* » et « *liée à une cession dans la phase d'intervention du mandataire chargé de la cession comme défini dans les engagements* » (para. 921). De même, les Lignes directrices et le Modèle de contrat de mandat devraient inclure une référence au caractère « *raisonnable* » des honoraires dans le cadre de toutes les missions du mandataire, telles que le contrôle des engagements comportementaux.