

Madame, Monsieur,

Vous trouverez ci-dessous les réponses d'ICC France à la consultation de l'Autorité de la concurrence sur le rôle des mandataires.

1. 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 ?

Le statut et le rôle du mandataire, même s'ils ne sont pas décrits ailleurs que dans les Lignes directrices¹ (incluant le modèle de contrat de mandat en annexe G), apparaissent comme suffisamment clairs. Ajouter à la réglementation n'aurait, en soit, qu'un intérêt limité, voire créerait une forme de barrière à l'entrée si le statut de mandataire devait devenir une forme de profession réglementée.

Cela étant, le fonctionnement concret du rôle du mandataire, et les relations que ce celui-ci entretient avec l'Autorité, est moins formalisé. En ce sens, des lignes directrices dédiées à ces aspects seraient souhaitables afin de reprendre l'ensemble des commentaires qui seront donnés ci-après.

Celles-ci pourraient être utilement intégrées aux Lignes directrices au cours d'une prochaine révision. D'ici à ce que cette opportunité se présente, elles peuvent prendre d'autres formes, comme une page web dédiée du site internet de l'Autorité, à l'image de ce qui existe déjà pour le contrôle des concentrations, qui inclurait notamment les commentaires et suggestions dans les réponses aux questions ci-dessous.

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 ?

Les trois critères régissant le statut du mandataire suffisent à garantir son indépendance mais appellent les commentaires suivants.

- Le critère de l'indépendance se comprend comme visant l'absence de liens structurels. Cela se déduit de ce que des relations contractuelles de type « *emploi, fonction ou mandat social au sein de l'entreprise mandante ou de ses filiales* »² sont considérées dans le modèle de contrat de mandat comme des conflits d'intérêt. Cela pourrait néanmoins être précisé par l'Autorité.
- Le critère de la compétence est important en ce que le mandataire doit connaître le secteur d'activité concerné, en particulier lorsque celui-ci est technique. Pour tenir compte de la nécessité de laisser un choix suffisant à l'entreprise et à l'Autorité, cette expertise doit pouvoir prendre la forme d'un expert extérieur faisant partie de l'équipe du mandataire, ce

¹ Autorité de la concurrence, Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 2020 (les « **Lignes directrices** »).

² Lignes directrices, pt. 917.

qui permet de ne pas exclure un mandataire disposant d'une compétence générale (voir ci-dessous) mais sans connaissance d'un secteur technique

Dans une moindre mesure, cette compétence concerne également la bonne compréhension du rôle de mandataire et des attentes de l'Autorité, et plus généralement des compétences organisationnelles, économiques et juridiques des mandataires.

A noter qu'il existe un nombre assez limité de mandataires ayant toutes les compétences requises sur le marché français, notamment par comparaison avec le marché bruxellois. L'objectif de l'Autorité de permettre l'élargissement du nombre de mandataires en France doit donc être considéré comme un développement positif.

- Le critère de l'absence de conflit d'intérêt est le plus important. Il fait d'ailleurs l'objet d'une section dédiée dans le modèle de contrat de mandat (Section 5.1).

Il ne se confond pas avec le critère de l'indépendance même si les deux concepts se recoupent en partie. En effet, l'absence d'indépendance impliquera, par nature, l'existence d'un conflit d'intérêt. En revanche, le fait d'être indépendant n'empêche pas par ailleurs l'existence d'un conflit d'intérêt.

Sur ce point, il serait utile que l'Autorité précise sa vision concrète des relations d'affaires pouvant exister entre le mandataire et la partie notifiante. Si des relations d'affaires directes et importantes impliquent nécessairement un conflit d'intérêt, de relations plus éloignées (que ce soit dans le temps, au sein du groupe du mandataire voire dans d'autres pays que la France) ne devraient pas générer de conflit d'intérêt. Or, les seuils appliqués par l'Autorité ne sont pas connus. Les préciser éviterait de proposer un mandataire dont les relations d'affaires existantes, bien que limitées, avec l'entreprise mandante entraîneraient un refus d'agrément de l'Autorité.

Enfin, il est à noter que l'absence de conflit d'intérêt du mandataire doit également s'appliquer aux concurrents de l'entreprise mandante. En effet, le mandataire devra, à tout le moins dans le cadre d'engagement structurels, se prononcer sur l'acceptabilité d'un acquéreur potentiel. Il est donc nécessaire que le mandataire n'ait pas de conflit d'intérêt avec celui-ci. Dans le cas d'engagements comportementaux, l'absence de conflit doit également concerner les tiers susceptibles de bénéficier de ces engagements.

Ce type de conflit d'intérêt est normalement vérifié lors des premiers échanges entre le mandataire et l'entreprise notifiante, et pourrait aisément être confirmé à l'Autorité dans le cadre de la procédure d'agrément.

2. S'AGISSANT DE LA PROCEDURE D'AGREMENT 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 ?

La liste de trois candidats apparait trop rigide : au moins deux candidats devraient suffire. Cela est notamment lié au nombre relativement limité de mandataires sur le marché français, de sorte que la troisième proposition correspond souvent à un mandataire beaucoup moins expérimenté.

Par ailleurs, la procédure d'agrément pourrait commencer dès la négociation des engagements, à la condition cependant qu'il ne s'agisse que d'une possibilité laissée au choix de la partie notifiante. Dans cette hypothèse, un seul candidat pourrait être proposé, dans la mesure où l'objectif recherché serait que le mandataire soit agréé dès la décision d'autorisation et qu'en cas de refus d'agrément, la procédure actuelle s'appliquerait.

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 ?

Une fois encore, le nombre limité de mandataires actifs sur le marché français peut rendre difficile leur identification.

La liste des mandataires ayant déjà travaillé pour l'Autorité peut être reconstituée en examinant une par une les lettres d'agrément publiées sur le site internet de l'Autorité. Cela est cependant fastidieux et l'Autorité gagnerait en visibilité si elle publiait et maintenait à jour une liste de mandataires et des affaires et secteurs d'activités sur lesquels ils ont travaillé.

De plus, l'Autorité pourrait, par cette même liste, « pré-agréer » des mandataires qui souhaiteraient entrer sur le marché français. Ce « pré-agrément » aurait un caractère incitatif pour les entreprises en témoignant de ce que l'Autorité reconnaît leurs capacités à assurer la fonction de mandataire, indépendamment des critères d'indépendance, de compétence sectorielle et de conflit d'intérêts qui ne peuvent s'apprécier qu'au cas par cas. Si ces nouveaux entrants ont déjà acquis une expérience sur des marchés étrangers, il devrait être facile pour l'Autorité de s'assurer de leur crédibilité auprès de ses homologues.

3) 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.

Le mandataire devrait être responsable de ses actes tant devant l'entreprise mandante que devant l'Autorité, en particulier s'agissant du Mandataire chargé de la cession. En ce sens, le contrat de mandat devrait être signé « en présence de l'Autorité » et inclure la signature de cette dernière. Cette formalité est simple à mettre en œuvre, notamment du fait qu'en tout état de cause, le contrat, basé sur le modèle figurant dans les Lignes directrices, est revu et validé par l'Autorité dans le cadre de la procédure d'agrément du mandataire.

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.

Comme déjà indiqué, l'Autorité gagnerait à clarifier le mode de fonctionnement qu'elle entend mettre en œuvre dans ses relations avec le Mandataire, de manière très concrète et au-delà de la production des rapports mensuels.

Cela peut inclure notamment des mécanismes de clarification des engagements ou injonctions le cas échéant, avec les parties notifiantes dans la mesure où celles-ci sont les premières concernées (cf. question 7 ci-dessous).

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) ?

Comme déjà indiqué, la clarification du mode de fonctionnement des relations entre le mandataire et l'Autorité ainsi que le suivi des engagements mériterait d'être clarifié, plus que le rôle du mandataire ou son statut.

En ce sens, des lignes directrices dédiées, qui pourraient prendre la forme d'une page dédiée sur le site internet de l'Autorité, à l'image de ce qui existe déjà pour le contrôle des concentrations, pourrai être utile.

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.) ?

Selon la procédure actuelle, l'entreprise mandante et le Mandataire doivent rédiger un rapport mensuel à destination de l'Autorité.

Cela semble suffisant. Mais il faudrait que des consultations spot de l'autorité soient possible pour des questions ponctuelles qui peuvent émerger entre deux rapports.

4) 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 ?

Ces bornes ne sont pas suffisamment claires, hormis pour les engagements les plus simples prenant la forme d'une cession d'actifs. C'est la raison pour laquelle :

- le contrat de mandat devrait comporter des précisions accrues concernant la question de la décharge du mandataire ; et
- l'envoi d'une lettre de décharge par l'Autorité devrait être systématique (cf. question 10 ci-dessous).

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.

Par soucis de clarification, une lettre de décharge devrait être systématiquement remise par l'Autorité à l'entreprise mandante comme au mandataire, actant de la fin du contrat de mandat.

En effet, la date de fin de la mission du mandataire peut être floue. En cas d'engagement structurel complexe par exemple, elle peut perdurer après l'agrément de l'acquéreur et la réalisation effective de l'opération (closing), par exemple du fait de la nécessité de mettre en place des accords transitoires dont la bonne exécution pourrait devoir être suivie par le mandataire.

11) Identifiez-vous d'autres besoins spécifiques au terme de la mission du mandataire ?

Non, hormis le besoin de clarification précité à la question 10.

12) Veuillez indiquer tout autre point que vous souhaiteriez porter à la connaissance de l'Autorité au sujet du suivi des mesures correctives effectué par le mandataire agréé.

Le rôle du mandataire va de pair avec le modèle d'engagements de l'Autorité. Ce dernier pourrait également être revu et mis à jour. Il s'agit, notamment, de la procédure de désignation du mandataire, évoquée plus haut, prévue à la Section 3 du modèle d'engagement de cession³, de la durée de la Première période de cession, qui ne devrait pas être fixée dans le modèle afin de permettre à l'Autorité de revenir vers plus de souplesse au cas par cas, ou encore des conditions de la clause de réexamen (Section 4 du modèle d'engagement de cession) qui pourraient être simplifiées et rendues plus souples.

La présente consultation publique ne porte que sur les mandataires désignés dans le cadre d'opérations de concentration. Cependant, des mandataires sont aussi prévus dans le cas d'engagements (pour le moment tous comportementaux) pris par des entreprises soupçonnées ou accusées d'avoir mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles. Par souci de simplicité, il est souhaitable que, lorsque cela est possible, les règles et bonnes pratiques soient les mêmes pour les deux catégories de mandat, étant entendu que la connaissance du secteur est souvent capitale dans le cas de pratiques anticoncurrentielles.

* * *

³ Lignes directrices, Annexe F Modèle d'engagement de cession devant l'Autorité de la concurrence.