

CONSULTATION PUBLIQUE SUR LE STATUT, LE RÔLE ET LES MOYENS DES MANDATAIRES

CONTRIBUTION

Cette note propose quelques pistes de réflexion en réponse aux questions soumises à la consultation publique de l'Autorité de la concurrence en date du 14 mars 2025 sur le statut, le rôle et les moyens des mandataires.

1. Statut du mandataire

Comme pour un commissaire aux comptes ou un auditeur, le mandataire a un positionnement qui peut paraître étonnant puisqu'il est rémunéré par la partie notifiante pour contrôler qu'elle se conforme aux engagements qu'elle a pris. Pour autant il reporte non pas à son mandant mais aux Services de l'Autorité.

Son statut d'indépendance doit être un atout pour le bon suivi des engagements.

Au même titre que les commissaires aux comptes et les auditeurs, l'absence de conflit d'intérêt s'avère nécessaire à la bonne réalisation de la mission car son indépendance garantit son objectivité et assoit sa crédibilité vis-à-vis des tiers. En revanche, l'absence de conflit d'intérêt s'accompagne logiquement d'une expertise sur l'industrie limitée ou ancienne.

- ✓ Concernant la nécessité de réglementer ou de préciser davantage le statut et le rôle du mandataire, il pourrait être utile de préciser que le mandataire a un rôle de contrôle mais aussi un rôle de facilitateur entre les Parties. A ce titre, il peut aider l'entreprise à expliquer une situation aux rapporteurs, tempérer les requêtes de tiers, rappeler aux entreprises la portée des engagements qu'elles ont souvent elles-mêmes proposées.
- ✓ Concernant les conflits d'intérêt, les règles qui définissent l'existence de conflit d'intérêt doivent être précises et quantifiables car il peut arriver que de grands cabinets déclinent des missions de mandat de contrôle notamment sur des engagements structurels sur plusieurs années afin d'éviter d'avoir à renoncer à des contrats en cours et ne pas risquer de se trouver en situation de conflit d'intérêt lors d'appels d'offre à venir.

L'expérience montre que la nomination d'expert technique sur une industrie (telecoms, digital...) est aussi soumise à la problématique du conflit d'intérêt. Un partage d'information entre les différentes Autorités pourraient permettre de mutualiser la recherche d'experts indépendants en Europe.

2. Procédure d'agrément du mandataire

Le processus prévoit aujourd'hui la présentation d'au moins trois candidats mandataires à l'agrément. L'entreprise concernée a le choix final du mandataire, sauf dans le cas où deux candidats voire trois n'obtiennent pas l'agrément.

Ce processus présente l'avantage de laisser dans la plupart des cas le choix final à celui qui supporte le coût du contrôle. Ce système a permis au marché de s'organiser jusqu'à présent de manière fluide.

Par ailleurs, l'organisation de la sélection est souvent confiée aux cabinets d'avocats, conseils des mandants, qui peuvent avoir développé des habitudes qui ne favorisent ni la compétition ni l'accès des cabinets plus jeunes ou de petite taille à ce marché.

Le processus de sélection pourrait s'inspirer des appels d'offre publics

- ✓ Concernant la candidature au rôle de mandataire : Les critères de sélection peuvent être prédéfinis par l'entreprise concernée et une notation sur ces critères peuvent servir de mode de sélection. Un droit de regard donné aux Services de l'Autorité peut garantir l'équité dans la notation.
- ✓ Concernant la procédure d'agrément : Le rôle de l'Autorité de la concurrence est de s'assurer qu'aucun conflit d'intérêt n'existe ou ne survienne lors de l'exécution du mandat.

3. Rôle du mandataire dans l'exécution des injonctions ou des engagements souscrits

Le mandataire peut être épaulé lors de règlement de divergences de vue avec la société concernée

- ✓ Concernant le modèle de mandat, il constitue un avantage car il assure une rapidité d'exécution de la phase contractuelle et l'assurance d'intervenir dans un cadre éprouvé. Sa négociation se fait néanmoins tardivement et se limite bien souvent à la tarification. Le mandat peut être l'occasion de sécuriser le paiement du mandataire.

Le contrat de mandat peut être l'occasion de souligner que la rémunération du mandataire selon les termes négociés et le respect des règles sur les délais de paiement sont des conditions indispensables à la bonne réalisation de la mission du mandataire.

- ✓ Concernant la rémunération du mandataire, les mandataires pourraient avoir un référent au sein du département juridique de l'Autorité si des impayés ou des retards de paiement semblent devenir un moyen de pression sur le mandataire.

Les engagements de formation sont un relais efficace vers les opérationnels de la société concernée qui peut être renforcé

- ✓ Concernant d'éventuels freins au suivi de la bonne exécution des injonctions ou des engagements, il peut arriver que les engagements pris ne soient pas bien compris au sein de la société concernée notamment par les personnes en prise avec le terrain. Il peut s'agir des commerciaux, des acheteurs, de personnes de l'équipe RH, du département IT.

La mise en place de tests post formation sous la supervision du mandataire peut être un moyen de s'assurer de la bonne assimilation de la portée des engagements à tous les échelons concernés de l'entreprise.

La notification peut contenir des informations qui aident à la compréhension des engagements.

Le mandataire est nommé postérieurement à la publication des engagements et de la Décision. Il n'a par définition pas accès à la notification ou aux résultats de tests de marché. Sur des points de discussion précis l'accès à des abstracts de ces documents peut être instructif.

- ✓ A titre illustratif, dans un dossier de la grande distribution le seuil d'achat auprès de producteurs locaux était précisément chiffré dans les engagements mais pas son mode de calcul. Seule l'étude des tableaux chiffrés de la notification a permis d'arrêter les catégories de chiffre d'affaires à retenir (production locale, import, transformation de produits importés..)
- ✓ Les conseils de la société concernée sont en mesure de fournir les informations du dossiers de notification dont le mandataire a besoin pour son analyse. Il peut soumettre les conclusions de ses analyses aux rapporteurs.

Un rythme d'échanges cadrés entre le mandataire et le Service des concentrations peut être défini en évitant une inflation de réunions

- ✓ Concernant le début de la mission, il peut arriver que le mandataire se trouve face à des engagements novateurs dont la mise en oeuvre nécessite des explications complémentaires de la part du(es) rapporteur(s).
 - Le mandataire n'a pas participé aux négociations des engagements, il ne connaît pas les résultats des tests de marché et peut avoir besoin d'une interprétation du texte des engagements qui ne soit pas celui de la Société concernée
 - Il est souhaitable que la réunion de démarrage soit une reunion tripartite pour dissiper toute divergence de lecture des engagements entre la société concernée et les rapporteurs
- ✓ En matière de règlement des différends entre le mandataire et la société concernée, le conseil de la société peut apporter une lecture argumentée des engagements. Si la divergence persiste, l'esprit de la Décision peut alors aider les parties à s'entendre sur la portée des engagements.
- ✓ La mise en place d'un calendrier d'échanges réguliers entre le mandataire et les services de l'Autorité donne l'opportunité de soumettre les points de blocage aux rapporteurs voire à leur hiérarchie si les différends persistent.

En cas d'Autosaisine de l'Autorité un nouveau formalisme pourrait être adopté par le mandataire en prévision d'un contentieux

- ✓ Quand un dossier passe en phase contentieuse, un travail important de mise en état de l'information (emails – avis motivés – rapports ad hoc...) est demandé par le greffe au mandataire dans des délais très courts avec un enjeu de respect de la procédure important.
- ✓ Ce travail pourrait peut-être débuté en amont si des milestones peuvent être définis. Dans le cas d'engagements structurels, le passage en deuxième période de cession et la

nomination d'un mandataire de cession pourraient être ce milestone. Pour des engagements comportementaux, des plaintes récurrentes de Tiers pourraient être un milestone.

4. Fin de mission du mandataire

Clôturer officiellement une mission de suivi d'engagements

- ✓ La mission peut avoir une fin naturelle que constitue le plus souvent la réalisation du programme de cessions dans le cas d'engagements structurels.
- ✓ Dans les autres cas, une note du mandataire constatant le respect des engagements sur la période prévue permet de solliciter la clôture de la mission et la décharge du mandataire.

Le mandataire peut participer à une diffusion de ses expériences passées

- ✓ L'Autorité pourrait solliciter les mandataires ainsi que d'anciens membres de l'Autorité lors du parcours d'accueil de nouveaux rapporteurs ou membres des services (induction day)
- ✓ Un partage d'expérience de membres de l'Autorité, de mandataires et de conseils peut être organisé pour les sociétés susceptibles d'être concernées à l'avenir par des engagements.
- ✓ La mise en place des engagements fait appel au droit, à la gestion, à l'économie parfois à des expertises techniques : la rédaction d'un « French Business Case » qui pourrait être enseigné en étude supérieure peut représenter un intérêt non seulement pour les étudiants mais permettrait aussi une collaboration entre les différents corps de métiers qui interviennent sur un dossier d'engagements.

* *

*