



Madame la Présidente
Autorité de la concurrence
11, rue de l'Echelle
75001 PARIS

Paris, le 28 novembre 2017

Madame la Présidente,

Les cabinets PMP et Ntrust Corporate Finance ont l'honneur de répondre à la consultation publique de l'Autorité de la concurrence en date du 20 octobre 2017 et relative à la modernisation et la simplification du droit des concentrations.

Nos deux cabinets ont en effet décidé de mettre en commun leur expérience en matière de mandat *ad hoc* et de contrôle des concentrations. Nous avons à ce titre observé ou expérimenté des pratiques dont nous proposons de tirer ici les leçons sous forme de propositions en réponse au chapitre 3 de la consultation « Cadre de réflexion concernant le rôle des mandataires en contrôle des concentrations ».

A. Rôle du Mandataire dans le suivi des engagements structurels

En ce qui concerne les engagements structurels, le Mandataire en charge du contrôle doit, selon nous, avoir une expertise dans le processus de fusions-acquisitions. Nous proposons de renforcer son rôle à certaines étapes du processus de cession :

1) **Sur les acquéreurs potentiels :**

- **Longue liste des acquéreurs potentiels :** la banque d'affaires mandatée par la Partie notifiante devra faire valider la liste des acquéreurs potentiels par le Mandataire. Le Mandataire pourra la compléter, questionner la banque d'affaires sur sa sélection et éventuellement avoir un regard critique sur certains acquéreurs potentiels. Le Mandataire s'assurera ainsi que les repreneurs susceptibles d'animer la concurrence sont bien pris en compte qu'ils soient concurrents directs ou éventuels nouveaux entrants dans l'industrie.
- **Accès aux acquéreurs :** en ayant averti 24 heures auparavant la banque d'affaires ou la Partie notifiante, le Mandataire pourra contacter directement un candidat acquéreur qu'il soit encore actif ou non dans le processus de cession.

2) **Protection du Gestionnaire :**

- **Rémunération :** le Mandataire sera informé par la Partie notifiante des conditions associées à la prise en charge du rôle de Gestionnaire et s'assurera qu'une gratification d'au moins 3 mois de salaire est attribué au Gestionnaire qui doit diriger l'activité cédée pendant le processus de cession et prend l'engagement d'être transféré avec l'actif à l'acquéreur.
- **Poste chez l'acquéreur :** le Mandataire s'assurera que la Banque d'affaires précise dans la lettre de remise d'offre adressée aux acquéreurs potentiels que la lettre d'intention doit préciser les conditions d'emploi du Gestionnaire après la cession.

- **Interface Gestionnaire/Mandataire** : le rôle de Gestionnaire devra être prolongé après la cession afin que le Gestionnaire reste le point de contact du Mandataire au sein de l'activité cédée.

3) Financement de l'acquisition :

- **Structure de financement** : au-delà de la vérification quantitative des modèles de financement, le Mandataire devra vérifier l'engagement formel de financement auprès des fonds de Private Equity, des banques et structure de financement privé éventuellement impliqués dans la reprise de l'activité.
- **GAFI** : Dans le cas d'acquéreur étranger issu d'un pays hors GAFI, le Mandataire sollicitera l'assistance de l'Adlc pour se rapprocher de la cellule Tracfin.

4) Rôle postérieur à la cession

- **Coût des accords transitoires** : lors de détournage d'actifs des accords transitoires d'accompagnement sont mis en place à prix coûtant (comptabilité, support informatique, paie etc...), cet accompagnement peut être prolongé d'une année supplémentaire. Le mandataire vérifiera que le coût d'accompagnement ne dépasse pas les standards du marché lors de la seconde année.
- **Niveau de services** : le Mandataire est susceptible de constater un non-respect de la qualité de service portant préjudice à la compétitivité du repreneur et proposer au Service des concentrations la mise en place d'astreintes.

B. Experts sectoriels et indépendance

1) Conflit d'intérêt :

En ce qui concerne la nécessité de faire appel à des experts sectoriels, elle se heurte, dans notre expérience, à l'exigence d'absence de conflit d'intérêt dans le dossier, au vu de la forte probabilité que l'expert ait travaillé pour l'une ou l'autre des parties (ou n'accepte pas de se priver de cette perspective à l'avenir). Une solution pourrait être de ne faire porter l'exigence d'absence de conflit d'intérêt que sur le Mandataire et non sur l'expert. Le Mandataire aurait à sa charge de contrôler le travail et les conclusions de l'expert, avec possibilité de l'écarter en cas de doute sur sa probité.

2) Ciseaux tarifaires :

Si les engagements comprennent un sujet sur les ciseaux tarifaires, le cabinet d'analyse économique qui accompagnera le Mandataire sur les ciseaux tarifaires sera désigné par le Mandataire après validation du Service des concentrations dans les premières semaines du contrat du Mandataire. En effet, le calcul de ciseaux tarifaires requiert non seulement une expertise économique mais aussi une bonne compréhension du secteur concerné. Il y a bien souvent seulement deux ou trois cabinets susceptibles de mener l'exercice. La Partie notifiante et ses concurrents choisissent très en amont le cabinet qui les accompagne et le Mandataire fait alors face à de grandes difficultés pour trouver un expert en ciseaux susceptible de l'accompagner. Il s'agit là d'accorder une sorte de priorité au Mandataire et au Service des concentrations.

C. Rémunération du Mandataire

1) Bonnes pratiques :

En ce qui concerne la rémunération du Mandataire, les bonnes pratiques pour l'encadrer et éviter les dérives et les contestations peuvent être de plusieurs ordres :

- Le Mandataire propose dans son offre d'intervention des prix unitaires forfaitaires pour des prestations prévisibles et/ou répétitives (processus mensuel de suivi d'injonctions, rédaction de rapport périodiques...) complétés par des tarifs d'intervention à l'heure ou à la journée dont la vocation est de n'être utilisés que marginalement par rapport aux prix unitaires forfaitaires
- Lorsque la mission du Mandataire ne permet pas de proposer des prix unitaires forfaitaires, le Mandataire doit, dans la mesure du possible, donner de la visibilité à la partie notifiante, par exemple en lui présentant un planning d'intervention prévisionnel pour le trimestre à venir ou toute autre durée appropriée
- Dans tous les cas, le Mandataire propose un relevé d'intervention détaillé (date, nature de l'intervention, intervenant et prix unitaire, durée de l'intervention) à l'appui de sa facturation.

2) Fonds de rémunération :

La création d'un fonds de rémunération du Mandataire permettrait d'éviter la pression de la partie notifiante mais pose la question du contrôle dudit fonds :

- Dans la mesure où il n'est pas envisageable que le Mandataire ait un droit de tirage direct, qui valide le bien-fondé de la facture du Mandataire et sur quelle base ? Si c'est la partie notifiante, elle conserve de fait le même pouvoir de pression.
- Comment pourrait être géré l'abondement du fonds si celui-ci s'avère insuffisant en cours de mandat ?
- Comment faire en sorte que le montant versé par la partie notifiante, s'il est connu du Mandataire, ne soit pas une incitation, même involontaire, à le dépenser ?

D. Proposition de création d'une plateforme électronique sécurisée d'échanges de données

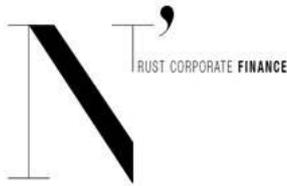
1) Echanges de données sécurisées :

Du point de vue du fonctionnement du mandat, nous percevons clairement l'intérêt que pourrait représenter la mise en place par l'Autorité d'une plateforme de partage de documents en ligne. Le Mandataire en charge du contrôle est amené à recevoir de la Partie notifiante des fichiers lourds contenant parfois des informations sensibles voire confidentielles. Après analyse de ces éléments, certains documents sont transférés au Service des concentrations de l'Autorité de la concurrence sous la forme d'annexes des rapports. Ces informations sont transmises le plus souvent par courriel, mais aussi sur supports externes parfois au travers de liens sécurisés. De plus, l'essentiel des données est stocké sur les disques durs des PC de l'équipe du Mandataire pendant la durée du mandat. Les moyens utilisés actuellement ne nous paraissent pas suffisamment sécurisés et peu flexibles.

Nous proposons que l'Autorité mette en place une plateforme sécurisée de partage de documents en ligne. La Partie notifiante pourrait déposer des documents sans autorisation de consultation. L'équipe du Mandataire et les rapporteurs auraient des droits d'accès pour déposer mais aussi consulter les éléments de la base documentaire constituée tout au long du mandat. Nous y voyons également un progrès en matière de transparence des échanges et d'archivage des documents.

2) Adresse courriel :

Dans le même esprit, afin de formaliser le rôle du Mandataire et de rappeler son lien au Service des concentrations, nous proposons qu'une adresse courriel soit créée et portée par l'Autorité (par exemple à travers la plateforme évoquée) telle que :



mandataireaffairexyz@concentrations.fr ou @adlc.fr... De cette manière, le cabinet d'origine du Mandataire s'effacerait devant son rôle.

E. Points réguliers entre les rapporteurs et l'équipe du Mandataire

Nous estimons en effet nécessaire que des réunions informelles de type point d'information et d'échange se tiennent à un rythme mensuel à trimestriel entre l'Autorité et le Mandataire, pour un bon partage de l'avancement du dossier et la mise en place de stratégies communes. De cette façon, le rôle du Mandataire est renforcé vis-à-vis des Parties, car, en faisant, le cas échéant, état des échanges qu'il a eu avec l'Autorité, il rappelle le soutien dont il bénéficie et réaffirme son état d'interlocuteur principal des Parties.

Les cabinets PMP et Ntrust Corporate Finance se tiennent à votre disposition pour approfondir avec vous les idées et propositions que nous partageons par la présente.

Nous vous prions, Madame la Présidente, d'agréer nos salutations distinguées.

Baptiste Essevez-Roulet
PMP
32, boulevard Haussmann
75009 Paris, France
Mob : +33 (0) 6 24 50 16 00
Tel : +33 (0) 1 55 04 77 22
www.pmpconseil.com

Philippe Nataf
Ntrust Corporate Finance
34, boulevard Exelmans
75016 Paris
Mob : + 33 6 07 89 12 61
Tel : + 33 1 73 63 20 22
www.ntrustcf.com