

# Rôle des mandataires en contrôle des concentrations

## Éléments de réflexion

30 novembre 2017

---

Transaction Support & Advisory

---

Forensics, Litigation & Arbitration

---

Valuation & Fairness Opinion

---

Corporate Recovery Services

---

Economics & Business Analysis

## CONTRIBUTION ECRITE

A l'attention de Madame Isabelle de Silva, Présidente de l'Autorité de la concurrence

Autorité de la concurrence  
11, rue de l'Echelle  
75001 Paris

Copie : Monsieur Stanislas Martin, Rapporteur Général, Monsieur Etienne Chantrel, Rapporteur Général Adjoint, Chef du service des concentrations.

Neuilly-sur-Seine, le 30 novembre 2017

Madame la Présidente,

Faisant suite à la consultation lancée à la fin du mois d'octobre 2017, visant à moderniser et simplifier le droit des concentrations en France, nous vous adressons ci-dessous notre contribution à la réflexion.

Dans le cadre de cette consultation, Accuracy et Claude Lazarus ont mené une réflexion conjointe afin de présenter une réponse la plus complète possible aux questions posées par l'Autorité à propos de la fonction de mandataire.

Nous avons souhaité partager des éléments de réflexion sur les quatre pistes d'évolution identifiées par l'Autorité de la concurrence sur le rôle du mandataire en pratique, à savoir :

- Le processus de sélection du mandataire ;
- La formalisation des liens entre le mandataire et l'Autorité ;
- La publication de l'identité du mandataire retenu pour chaque décision d'autorisation sous condition ;
- Le mode de rémunération des mandataires.

Nous remercions l'Autorité de nous avoir donné l'opportunité de participer à cette consultation et prions ses membres de bien vouloir agréer l'expression de nos salutations les plus respectueuses.

## 1. PROCESSUS DE SELECTION DU MANDATAIRE

Cette piste d'évolutions comporte deux questions que nous aborderons successivement :

### 1) Une liste d'au moins trois mandataires ?

Nous considérons qu'une telle innovation ne présente que des avantages tant pour les entreprises que pour l'Autorité. Cette innovation serait somme toute relative, semble-t-il, puisque certaines entreprises ont déjà proposé à l'agrément de l'Autorité une liste de mandataires, à l'occasion de la souscription d'engagements.

L'évolution proposée permettrait aux entreprises qui soumettent des engagements d'exercer un choix plus éclairé, en suscitant un appel à la concurrence entre plusieurs candidats mandataires et en comparant les offres reçues, plutôt qu'en ne discutant de gré à gré qu'avec un seul candidat. En outre, la présentation à l'Autorité d'une liste d'au moins trois noms réduit pour l'entreprise le risque d'un refus d'agrément d'un unique candidat proposé, avec la perte de temps qu'implique de proposer un nouveau candidat.

Pour l'Autorité, l'avantage est de même nature : en lui soumettant une liste, l'entreprise contribue à ouvrir le marché de la prestation de services en tant que mandataire, et permet ainsi à l'Autorité un choix (négatif, par un refus d'agrément), aussi bien en ce qui concerne l'indépendance du mandataire qu'éventuellement sa fiabilité observée dans des cas passés ou encore que sa capacité technique et/ou organisationnelle à superviser efficacement la mise en œuvre des engagements spécifiques dont il est question dans chaque cas. Enfin, l'Autorité peut se prononcer sur le degré d'indépendance suffisant du mandataire par rapport à l'entreprise.

La possibilité de prévoir que l'Autorité agrée un ou plusieurs des candidats proposés par l'entreprise ne soulèverait pas de difficulté sur le plan juridique puisque cette possibilité de choix ferait partie de l'engagement proposé, comme c'est aujourd'hui le cas pour un mandataire unique.

Cette modification de la pratique serait très simple à mettre en œuvre. Il suffirait qu'elle soit introduite dans les Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations (ci-après les Lignes directrices de l'Autorité).

Cette pratique nouvelle acquerrait ainsi valeur de directive au sens du droit administratif français, ce qui donnerait la souplesse nécessaire à l'Autorité, en lui permettant de s'écarter de ce chiffre de trois candidats pour des raisons d'intérêt général ou pour tenir compte des circonstances particulières propres à l'opération examinée. Si l'on imagine difficilement que l'Autorité puisse user de cette faculté pour demander que plus de trois candidats lui soient soumis, il pourrait en revanche y avoir des cas où l'Autorité accepterait qu'on ne lui présente qu'un candidat, par exemple en cas d'engagement très simple à superviser, sur une durée limitée.

Sous réserve de faisabilité juridique, une alternative intéressante pourrait être la suivante :

- L'entreprise présélectionne trois mandataires potentiels et les soumet à l'Autorité ;
- Si l'un au moins des trois mandataires présélectionnés satisfait les attentes de l'Autorité, celle-ci choisit le mandataire, au sein de la présélection, sur la base de leurs programmes de travail préliminaires respectifs et de leurs déclarations d'indépendance ;
- L'entreprise rémunère le mandataire dans le cadre défini en sections 2 et 4 de ce courrier.

Cette solution alternative aurait le mérite de garantir à l'Autorité que le programme de travail, la nature et la profondeur des contrôles ainsi que le degré d'indépendance sont satisfaisants et de rappeler que le rôle du mandataire consiste principalement en la surveillance, pour le compte de l'Autorité, du respect des engagements auxquels l'entreprise est soumise.

## 2) Des experts sectoriels en complément des mandataires ?

Le recours à des experts sectoriels est sans aucun doute nécessaire ou souhaitable dans certains secteurs d'activités.

Nous sommes néanmoins d'avis qu'il faut conserver ici beaucoup de souplesse, et faire confiance aux entreprises et au marché.

Fondamentalement, l'évaluation de la situation devrait largement dépendre du retour des répondants au test de marché.

On peut supposer que, si la mise en œuvre d'un engagement met en jeu des questions techniques complexes, les entreprises consultées le diront. On peut d'ailleurs envisager que, si tel n'est pas le cas aujourd'hui, l'Autorité pose systématiquement dans son test de marché la question de la complexité éventuelle des notions à mettre en œuvre ou à maîtriser.

Dans cette optique, l'Autorité pourrait indiquer dans ses Lignes directrices que chaque proposition de mandataire devrait comporter le nom d'un expert technique s'il ressortait du résultat du test de marché que la maîtrise de notions techniques complexes est nécessaire. Si tel n'est pas le cas *prima facie* dans les cas plus simples, il conviendrait de prévoir, comme c'est le cas aujourd'hui, que le mandataire fera appel ultérieurement à un expert technique si nécessaire.

Dans tous les cas, l'expert technique devrait être proposé après consultation avec le mandant.

## 2. FORMALISATION DES LIENS ENTRE LE MANDATAIRE ET L'AUTORITE

Nous estimons que la réponse à cette question doit, quelles que soient les relations souhaitées entre les mandataires et l'Autorité, être précédée d'une réflexion sur la qualification juridique de l'activité du mandataire.

### 1) Les mandataires sont-ils des mandataires ?

Il y a en effet de fortes raisons de douter que ce que la pratique désigne comme étant un mandataire en soit réellement un au sens du droit civil.

Le « modèle d'engagements de cession devant l'Autorité de la concurrence » figurant en annexe F des Lignes directrices de l'Autorité définit :

- « le mandataire chargé de la cession : une ou plusieurs personnes(s) physique(s) ou morale(s), indépendante(s) des parties, approuvée(s) par l'Autorité et désignée(s) par [X] et qui a (ont) reçu de [X] le mandat exclusif de mener à bien la cession de l'activité cédée » ;
- « le mandataire chargé du contrôle : une ou plusieurs personnes(s) physique(s) ou morale(s), indépendante(s) des parties, approuvé(s) par l'Autorité et désigné(s) par [X] et qui est (sont) chargé(e) de vérifier le respect par [X] des conditions et obligations annexées à la décision. ».

Aux termes de l'article 1984 du Code civil, le mandat est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom.

Sur la base de cette définition, on peut considérer que le mandataire chargé de la cession est, à quelques détails près, un vrai mandataire, car il dispose effectivement d'un pouvoir de représentation pour mener à bien la cession, si elle n'a pas été réalisée à l'issue de la première période de cession.

En revanche, il y a de forts doutes pour certains des droits et obligations du mandataire chargé du contrôle. A-t-il un quelconque pouvoir de représentation de son mandant ?

D'entrée de jeu, le « modèle de contrat-type de mandat » figurant en annexe G des Lignes directrices de l'Autorité stipule que le « mandataire devra, pour le compte de l'Autorité, veiller au respect par l'entreprise mandante des engagements... » (3. Devoirs et obligations du mandataire, n° 5). Ce « pour le compte de l'Autorité » permet-il de dire qu'il s'agit d'un mandat donné par l'entreprise ?

De même, « l'Autorité pourra adresser au mandataire toute instruction... » (3. Devoirs et obligations du mandataire, n° 6), ce qui semble peu compatible avec un mandat donné par l'entreprise, mais fait plutôt penser à un mandat donné par l'Autorité. Le

doute se renforce avec la fin de cet alinéa n°6 : « *en aucun cas, l'entreprise mandante ne pourra donner d'instructions au mandataire* ».

Il en va de même pour la stipulation contenue au n°7, selon laquelle le mandataire (de l'entreprise mandante...) « *pourra proposer à l'Autorité des mesures nécessaires, dans l'hypothèse où l'entreprise mandante ne respecterait pas les propositions du mandataire* ». Qu'un mandataire puisse dicter ainsi ses instructions à son mandant est une configuration de mandat surprenante.

Ajoutons à cela que le mandataire doit adresser divers rapports à l'Autorité, en n'en transmettant qu'une version non-confidentielle à l'entreprise mandante (n°14, 16, 17, 18), ce qui ne correspond guère aux obligations d'un mandataire vis-à-vis de son mandant.

Pour ces raisons, nous sommes d'avis que la systématisation et la formalisation des rapports des mandataires avec l'Autorité, sans aucun doute souhaitable pour toutes les parties prenantes, nécessite que soit d'abord menée une étude juridique approfondie de ce que la pratique désigne comme un contrat de mandat.

Pour mener cette étude, nous proposons ici une première piste de réflexion. La pratique de la désignation d'un mandataire résulte de plusieurs contraintes dont l'Autorité doit tenir compte :

- D'une part, l'Autorité doit bien entendu surveiller la bonne réalisation des engagements souscrits, mais elle n'a pas les ressources financières et humaines pour exercer cette surveillance de manière constante et approfondie ;
- D'autre part, l'Autorité ne peut très probablement pas imposer la désignation d'une personne ou d'un organisme chargé de superviser la bonne réalisation des engagements souscrits, aux frais de l'entreprise mandante (TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft*, affaire T-201/04) ;
- Ensuite, même faisant abstraction de la question des ressources financières mentionnées ci-dessus, l'Autorité ne peut pas déléguer à un tiers ses pouvoirs de surveillance qui sont des pouvoirs de police administrative spéciale. Elle doit conserver en toute circonstance son pouvoir de décision.

La pratique actuelle de proposition d'un mandataire par l'entreprise comme partie intégrante de son engagement répond à l'ensemble de ces contraintes mais une qualification juridique moins fragile que celle de mandat y répondrait tout aussi bien, pour le mandataire chargé du contrôle.

En effet, quelle est l'activité de ce mandataire ? C'est de rendre des services, de nature intellectuelle, à l'entreprise qui le désigne comme à l'Autorité. C'est donc un contrat classique de louage de services qu'il s'agit réellement, ces services étant rendus pour partie à l'entreprise, et pour partie, plus large, à l'Autorité.



Que l'entreprise qui propose un engagement inclue dans cet engagement la possibilité pour l'Autorité d'agrée, dans le cadre de cet engagement, un prestataire indépendant pour surveiller la bonne exécution de cet engagement est un schéma connu dans la vie des affaires (cf. par exemple, les bureaux de contrôle en matière immobilière ou navale).

Que cette surveillance s'exerce au bénéfice de l'entreprise comme au bénéfice de l'Autorité ne pose pas de problème juridique particulier, si l'on applique à cette situation une qualification juridique correcte : il s'agit pour la partie des prestations réalisée au bénéfice de l'Autorité d'une stipulation pour autrui, le stipulant étant l'entreprise, le promettant étant le « mandataire » et le bénéficiaire étant l'Autorité.

En résumé, plus que d'un mandat, il s'agit d'un contrat de louage de services, ces services étant rendus pour partie directement à l'entreprise, pour partie à un tiers, l'Autorité, par le moyen d'une stipulation pour autrui.

Cette qualification permet alors une meilleure formalisation des relations entretenues par un mandataire (qu'il serait plus logique de désigner, par exemple, comme étant un « *superviseur* ») avec l'entreprise mais aussi avec l'Autorité, qui bénéficierait du droit d'imposer au superviseur que les prestations convenues lui soient fournies, dès l'acceptation de cette stipulation pour autrui concrétisée par la décision de l'Autorité approuvant l'engagement proposé.

## 2) Quelle formalisation ?

Nous considérons qu'une formalisation et une systématisation excessives des liens avec l'Autorité *ex ante* ne sont pas souhaitables, car elles risquent de rigidifier la pratique, alors que le rôle du mandataire et ses rapports avec l'Autorité doivent par nature faire l'objet d'une définition au cas par cas.

On pourrait néanmoins imaginer que les mandataires puissent bénéficier, en complément des rapporteurs du cas, d'un interlocuteur permanent au sein de l'Autorité ou d'une structure de dialogue permanent, comme c'est le cas pour les experts judiciaires avec le juge chargé du contrôle de l'expertise.

Autrement dit, il s'agirait d'instaurer un « bureau des mandataires », ou bien de charger spécifiquement un rapporteur et/ou un rapporteur général adjoint des relations avec les mandataires, afin d'assurer et de développer la cohérence de la pratique de l'Autorité et ainsi de renforcer la sécurité juridique offerte aux entreprises.

## **3. PUBLICATION DE L'IDENTITE DU MANDATAIRE RETENU POUR CHAQUE DECISION D'AUTORISATION SOUS CONDITION**

Il nous semble pertinent de rendre publique l'identité et les coordonnées de contact du mandataire retenu pour chaque décision d'autorisation sous condition.

Cette transparence accrue nous semble légitime étant donnés les points suivants :

- Les décisions de l'Autorité sont elles-mêmes publiques, y compris le détail des engagements à respecter par les entreprises concernées par les opérations faisant l'objet d'autorisation sous condition ;
- Les tiers auront la possibilité, s'ils le souhaitent, de contacter directement le mandataire afin de lui transmettre des informations sur le respect des engagements concernés par la décision d'autorisation sous condition. Au cours de nos précédents mandats, nous avons pu constater que les tiers contactaient directement l'Autorité ou pouvaient s'abstenir de transmettre des informations utiles à la conduite de la mission du mandataire, faute d'informations sur l'identité et les informations de contact du mandataire ;
- L'absence de transparence concernant l'identité du mandataire et de son équipe peut entretenir une ambiguïté sur la légitimité du mandataire choisi et, partant de ce principe, sur la réalité et l'efficacité du respect, suivi et exécution des engagements requis par l'Autorité.

Pour ces raisons, nous préconisons de rendre obligatoire la publication de l'identité et des coordonnées du mandataire.

Une telle publication pourra engendrer, sur certains dossiers, une volumétrie importante de prises de contact ou autres requêtes provenant de tiers à destination du mandataire. Il nous semble d'autant plus important d'instaurer un contact particulier entre le mandataire et l'Autorité, en complément des rapporteurs du cas (cf. section 2.2), afin de pouvoir échanger sur les modalités de traitement avec les tiers dans de tels cas de volumétrie significative.

#### **4. MODES DE REMUNERATION DES MANDATAIRES**

La constitution d'un fonds dédié à la rémunération des mandataires, chargé de la collecte puis du reversement des honoraires, n'apporterait pas, de notre point de vue, de réelle amélioration tant au niveau de la prestation des mandataires, ni de leur indépendance. Elle nous semble de surcroît complexe à mettre en œuvre et pourrait, dans les faits, constituer une lourdeur administrative dommageable (gestion du fonds, délais de traitement et de paiement, modalités d'appel des fonds et de reversement complexes).

Nous ne pensons pas, non plus, que l'indépendance du mandataire serait mieux assurée par le fait que l'entreprise qui le propose et le désigne ne le rémunérerait pas directement. Il existe, dans la vie des affaires, un certain nombre de situations dans lesquelles l'indépendance d'un professionnel est requise vis-à-vis de la personne qui supportera ses honoraires : commissaires aux comptes, agences de notations, bureaux de contrôle techniques, arbitres, par exemple.



- Pour assurer l'indépendance du mandataire, nous suggérons qu'il convient de faire confiance aux professionnels, en leur demandant de déclarer (à l'entreprise qui les propose, à charge pour elle d'informer l'Autorité) les situations qui pourraient faire obstacle à leur indépendance.
- Dans le domaine de l'arbitrage, l'International Bar Association (ci-après IBA) a publié en 2014 des listes (rouge / orange / verte) non exhaustives de situations devant (ou ne devant pas) être déclarées<sup>1</sup>. Bien entendu, les listes applicables au cas particulier de l'arbitrage ne sont pas applicables telles quelles à la nomination d'un mandataire, ne serait-ce que parce que, en arbitrage, seuls les intérêts des parties sont en cause, alors qu'un mandataire est investi d'une mission relative à l'ordre public économique.
- Nous suggérons une piste de réflexion consistant, en s'inspirant de ce qui a été fait par l'IBA, à rédiger, dans le cadre de la concertation envisagée, des listes de situation devant être déclarées par un candidat mandataire avant toute nomination, ou en au cours de son mandat. Naturellement, ces listes ne seraient qu'exemplatives, et non limitatives, et pourraient, en fonction de l'expérience, être modifiées de temps à autre.

Il nous semble, en synthèse, pertinent de maintenir un système de rémunération directe entre le mandataire et l'entreprise concernée par l'autorisation sous condition.

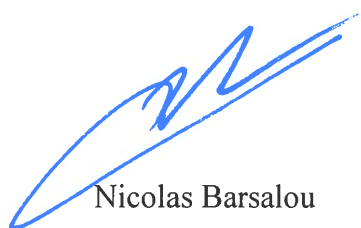
De notre point de vue, ce mode de rémunération est compatible avec la formalisation contractuelle proposée dans la section 2 de ce courrier, à savoir un *contrat de louage de services avec stipulation pour autrui* (en l'occurrence pour l'Autorité de la Concurrence).

En revanche, comme indiqué au §.1, il nous paraît intéressant d'étudier la possibilité pour l'Autorité de participer plus activement (i) au choix du Mandataire au sein d'une liste de mandataires présélectionnés par l'Entreprise et (ii) à la définition du programme de travail.

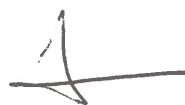
De nouveau, nous remercions l'Autorité de nous avoir donné l'opportunité de participer à cette concertation et prions ses membres de bien vouloir agréer l'expression de nos salutations les plus respectueuses.

---

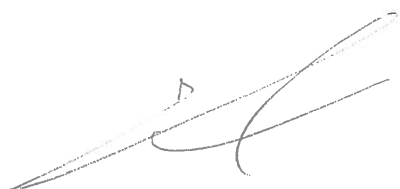
<sup>1</sup> IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, adopted by resolution of the IBA Council on Thursday 23 October 2014.



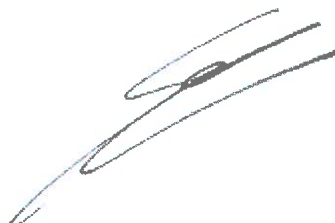
Nicolas Barsalou



Jean-Baptiste de Courcel



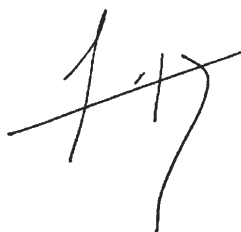
Jean-François Partiot



Elyse Salzmänn

*Claude Lazarus*

---



Claude Lazarus