

Autorité de la Concurrence

Consultation pour la modernisation du contrôle des concentrations

Octobre 2017

Réponse de FINEXSI EXPERT & CONSEIL FINANCIER sur le rôle des mandataires en contrôle des concentrations.

Cadre de la consultation

L'Autorité de la Concurrence a lancé le 21 octobre 2017 une consultation publique pour la modernisation du contrôle des concentrations. Le rôle du mandataire en contrôle des concentrations est un des thèmes de réflexion proposés pour cette consultation.

Dans le cadre de cette réflexion, l'Autorité de la Concurrence envisage plusieurs pistes d'évolution :

« - envisager de n'accepter que des propositions d'engagements proposant une liste d'au moins 3 mandataires ; par ailleurs, dans les secteurs où les problématiques techniques sont particulièrement prégnantes, comme l'audiovisuel et les télécommunications, il pourrait être envisagé de recourir systématiquement à des experts sectoriels en complément des mandataires ;

– formaliser et systématiser davantage les liens entre le mandataire et l'Autorité ;

– publier sur le site de l'Autorité l'identité du mandataire retenu pour chaque décision d'autorisation sous condition, cette information pouvant comporter le nom et les coordonnées du mandataire en charge du suivi des engagements ;

– enfin pourrait être envisagée la mise en place un fonds destiné à la rémunération des mandataires en charge du suivi des remèdes annexés aux décisions d'autorisation de concentrations ; celui-ci pourrait être, alimenté par exemple par les entreprises qui souscrivent des engagements structurels ou comportementaux devant l'Autorité de la concurrence ou qui se voient imposer des injonctions. ».

D'autres pistes d'évolutions pourront être suggérées par les tiers à l'occasion de cette consultation.

Compte tenu de notre expérience significative en qualité de mandataire, le présent document a vocation à répondre à cette consultation sur la thématique du rôle du mandataire.

Brève présentation de FINEXSI EXPERT & CONSEIL FINANCIER

FINEXSI EXPERT & CONSEIL FINANCIER est un cabinet d'audit, d'expertise et de conseil financier de 40 professionnels expérimentés.

Le Cabinet a été fondé en 1997 ; il est aujourd'hui détenu par ses 6 associés.

FINEXSI intervient dans le domaine de l'audit légal (commissariat aux comptes), du corporate finance et de l'audit contractuel (transaction services, accompagnement), de l'évaluation d'entreprise (expertise indépendante AMF, commissariat aux apports et à la fusion...), de l'expertise financière dans le cadre de contentieux (évaluation de préjudices, arbitrage, médiation...).

Les associés de FINEXSI sont experts-comptables et commissaires aux comptes.

FINEXSI est aujourd'hui un acteur de référence dans les missions de mandataire devant les Autorités de Concurrence. Nous sommes intervenus sur plus de 11 mandats au cours des 5 dernières années, tant sur des engagements structurels que comportementaux.

En qualité de mandataire en charge du contrôle ou en charge de la cession, nous avons supervisé et/ou fait exécuter des engagements de cession sur plus de 80 actifs au cours des 5 dernières années dans des secteurs d'activités très variés (spiritueux, hôtellerie, distribution de GPL, grande distribution généraliste, grande distribution de produits électro-domestiques, agro-business, éco-organismes...).

Pistes d'évolutions proposées par l'Autorité de la Concurrence

Piste n°1 : envisager de n'accepter que des propositions d'engagements proposant une liste d'au moins 3 mandataires.

Les mandataires sont le plus généralement choisis par l'entreprise à l'occasion d'un appel d'offres au cours duquel chaque candidat fait une proposition de démarche d'intervention et de conditions financières en fonction de la nature de la mission et de sa complexité.

Cette procédure de consultation est le plus souvent lancée une fois que la Décision d'autorisation sous engagements a été rendue. L'entreprise et les mandataires candidats disposent généralement de peu de temps dans la mesure où les engagements prévoient qu'un ou plusieurs mandataires soient proposés par l'entreprise dans un délai d'un mois, à compter de la date de la Décision.

Cette pratique de marché nous semble aujourd'hui aller dans le sens de la concurrence, bien que le marché de la prestation de mandataire devant l'Autorité de la Concurrence en France soit relativement étroit (on compte sur les 2 dernières années moins de 5 décisions d'autorisation sous engagements par an).

Le mandataire choisi doit ensuite faire l'objet d'un agrément par l'Autorité de la Concurrence avant d'entrer en fonction. La procédure d'agrément consiste pour l'Autorité à vérifier notamment, que le mandataire proposé dispose des compétences nécessaires pour assurer sa mission, et ne fait état d'aucun conflit d'intérêt susceptible d'affecter son indépendance.

Aussi, le principe qui consisterait à exiger de l'entreprise une liste d'au moins 3 mandataires nous semble être d'un intérêt limité au regard de la pratique existante, et de la procédure d'agrément préalable par l'Autorité. En effet, en premier lieu on relève qu'il y a peu d'acteurs qui possèdent les compétences requises pour réaliser des missions de mandataire devant l'Autorité de la Concurrence. Cette situation est d'ailleurs à mettre en regard de l'étroitesse de ce marché de prestation (cf. notre remarque ci-dessus), lequel est malgré tout organisé de manière concurrentielle. En deuxième lieu, il pourrait être compliqué pour l'entreprise de réunir 3 candidatures de mandataires répondant aux critères d'indépendance, en fonction des éventuels conflits d'intérêts qui peuvent exister avec des parties prenantes à l'opération.

Par ailleurs, il nous semblerait contraire aux principes de libre concurrence, une pratique qui consisterait pour l'Autorité à choisir le mandataire de l'entreprise parmi une liste qui lui serait proposée. Tout mandataire répondant aux critères fixés par les lignes directrices, et donc « agréable » par l'Autorité de la Concurrence, doit pouvoir être choisi par l'entreprise selon les critères fixés par elle.

Enfin, de notre point de vue, il nous apparaît peu envisageable au plan pratique de considérer qu'une liste d'au moins 3 mandataires soit communiquée par l'entreprise à l'Autorité lors de la proposition d'engagements, compte tenu des règles de confidentialité et des contraintes de délais qui encadrent la procédure de contrôle des concentrations (cela supposerait en effet de consulter des mandataires pendant la procédure).

A l'inverse, le fait que l'Autorité puisse vérifier que la mise en concurrence des différents mandataires ne conduirait pas à ce qu'ils n'aient pas les moyens d'exercer leur mission dans des conditions satisfaisantes à raison d'une pression excessive sur les honoraires, nous semble une pratique utile ; le Mandataire devant pouvoir travailler dans de bonnes conditions, et se mobiliser en cas de complexité du dossier.

Piste n°2 : [...] dans les secteurs où les problématiques techniques sont particulièrement prégnantes, comme l'audiovisuel et les télécommunications, il pourrait être envisagé de recourir systématiquement à des experts sectoriels en complément des mandataires.

Selon le mandat type prévu par les lignes directrices, le mandataire a la faculté de désigner des conseils ou experts en fonction des problématiques rencontrées dans l'accomplissement de sa mission.

Il est important pour le mandataire de pouvoir continuer à disposer de cette faculté d'avoir recours à des intervenants externes en complément de ses propres compétences.

Une intervention conjointe d'un expert sectoriel aux côtés du mandataire, qui interviendraient donc de manière conjointe (co-mandataire) nous semble être un cas de figure assez exceptionnel ; l'intervention de l'expert n'étant pas forcément nécessaire sur toute la durée du mandat.

En l'état actuel, le dispositif prévu au mandat type des lignes directrices nous semble suffisant et adapté à la majorité des cas de figure ; l'Autorité ayant la possibilité à tout moment de demander au mandataire de s'adjoindre les services d'un expert si elle le juge nécessaire, lequel en a par lui-même la possibilité, mais ce qui pourrait l'aider à l'imposer au mandat.

Piste n°3 : formaliser et systématiser davantage les liens entre le mandataire et l’Autorité.

Les communications entre le mandataire et l’Autorité prennent la forme de rapports et de courriels pour les écrits, et de conférences téléphoniques et/ou réunions physiques pour les communications verbales.

Si le format des rapports (rapport ad hoc, rapport d’étape, ou rapport d’avis motivé sur un repreneur) ne fait l’objet d’aucune normalisation, leur contenu est prévu par les dispositions du Mandat, mais de manière assez générale (plan de travail, avancement de l’exécution des engagements, performance opérationnelle et financière des Actifs cédés...). Il est donc nécessaire pour le mandataire de s’assurer que le contenu de ses rapports soit suffisamment précis et exhaustif de manière à permettre à l’Autorité de la Concurrence d’avoir une connaissance détaillée de l’avancement de sa mission et des éventuelles difficultés, en particulier en cas de situation présentant des risques d’inexécution des engagements.

Par ailleurs, les communications entre l’Autorité et le mandataire se font de manière fréquente sur la base d’échanges téléphoniques, ou de réunions physiques. Dans l’hypothèse où à l’occasion de ces communications verbales, des points significatifs sont décidés par l’Autorité et le mandataire, il apparaît nécessaire de valider également par écrit les points discutés, et les éléments de décisions convenus avec l’Autorité. Il revient au mandataire de prendre cette initiative si les services de l’Autorité n’ont pas consigné les termes de la discussion dans un courriel à son attention, ce dernier point nous semblant une évolution souhaitable pour la fluidité du processus.

Piste n°4 : publier sur le site de l’Autorité l’identité du mandataire retenu pour chaque décision d’autorisation sous condition, cette information pouvant comporter le nom et les coordonnées du mandataire en charge du suivi des engagements.

Cette évolution nous semble effectivement nécessaire, et être conforme à la pratique de la Commission Européenne.

Piste n°5 : enfin pourrait être envisagée la mise en place d’un fonds destiné à la rémunération des mandataires en charge du suivi des remèdes annexés aux décisions d’autorisation de concentrations ; celui-ci pourrait être, alimenté par exemple par les entreprises qui souscrivent des engagements structurels ou comportementaux devant l’Autorité de la concurrence ou qui se voient imposer des injonctions.

Cette proposition d’évolution apparaît délicate à mettre en œuvre au plan pratique. Le montant des honoraires du mandataire étant fonction de la complexité des dossiers et de l’importance éventuelle des actifs à céder (nombre d’actifs concernés, valeur des actifs concernés), il semble compliqué de déterminer à l’avance le montant de façon forfaitaire de la rémunération sur toute la période du mandat. En conséquence, les règles d’alimentation d’un tel fonds par les entreprises qui souscriraient des engagements apparaissent difficiles à établir de manière appropriée à chacune des situations.

Les modalités de rémunération du mandataire par l'Entreprise Mandante sont prévues au mandat, qui fait préalablement l'objet d'un agrément par l'Autorité de la Concurrence. L'Autorité peut donc s'assurer que les modalités de rémunération ainsi convenues, ne sont pas de nature à affecter son indépendance. Il pourrait être envisagé que l'Autorité contrôle périodiquement la rémunération perçue par le mandataire dans le cadre de sa mission, afin de s'assurer que les modalités de rémunération prévues au mandat ont bien été mises en œuvre.

En tant que tel, le principe de la rémunération du mandataire par l'Entreprise Mandante n'est pas un facteur d'altération de son indépendance dès lors que le mandataire propose des modalités de rémunération qui sont adéquates sur un plan déontologique. Il en est ainsi des commissaires aux comptes, dont le cadre déontologique est particulièrement strict, et dont la rémunération est déterminée par l'entreprise et le professionnel dans un cadre déontologique imposé par la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes.

De par leur inscription sur la liste des commissaires aux comptes, les associés de FINEXSI intervenant en qualité de mandataire devant l'Autorité de la Concurrence exécutent leur mission en appliquant les dispositions de la déontologie de la profession de commissaire aux comptes dès lors que cela apparaît être nécessaire, et adapté au cas particulier. En l'absence de déontologie précise applicable à la mission de mandataire, il nous semble que cette pratique est un gage d'indépendance pour l'Autorité de la Concurrence.

Autres pistes d'évolutions proposées par FINEXSI

Piste n°6 : sur la nature des obligations du mandataire et leurs limites.

Les devoirs et obligations du mandataire sont prévus par le mandat conclu entre le mandataire et l'Entreprise Mandante. Le mandataire exécute sa mission de manière indépendante, en application des dispositions de son mandat, sous la supervision de l'Autorité.

Sans que cela soit précisé par le mandat, la mission du mandataire répond à une obligation de moyen, et non de résultat. Il nous semble que cette limite devrait être précisée dans le cadre du mandat car il ne saurait être reproché au mandataire un manquement dans les diligences réalisées dès lors qu'il a mis en œuvre les moyens qu'il estime nécessaires pour l'accomplissement de sa mission, étant rappelé que les moyens qu'il met en œuvre sont présentés dans son programme de travail, et dans ses rapports à l'Autorité.

Le contrat de mandat type requis par les lignes directrices définit de manière générale ses devoirs et obligations relatifs à sa mission de contrôle de l'activité cédée ou de contrôle de la cession (en cas d'engagements structurels).

Il appartient donc au mandataire de définir les diligences qu'il estime nécessaires pour accomplir la mission qui lui est confiée par l'Entreprise Mandante, lesquelles devront être avalisées par l'Autorité de la Concurrence.

Pour une plus grande effectivité des engagements, il est nécessaire que le périmètre des devoirs et obligations du mandataire soit défini de manière précise dans le mandat, de sorte que les diligences à réaliser par le mandataire soient conformes aux exigences de l'Autorité, et validées par l'Entreprise Mandante préalablement au démarrage de la mission.

Cela est d'autant plus important quand le mandataire est chargé de contrôler l'exécution d'engagements comportementaux, dans la mesure où les diligences du mandataire sont généralement définies en fonction de la nature des engagements (au cas par cas).

Le périmètre des diligences à réaliser par le mandataire peut être précisé à un premier niveau dans le texte du mandat (dans le paragraphe « Devoirs et obligations du Mandataire »), et faire l'objet d'une information plus détaillée dans le programme de travail annexé au mandat. Le programme de travail du mandataire est généralement ajusté ou complété à l'occasion du premier rapport d'étape.

Dans le cadre de son mandat, le mandataire fournit un avis / une opinion sur la base de ses travaux et de son jugement professionnel.

Il émet donc un avis / une opinion de manière indépendante.

Piste n°7 : sur la nécessité pour le mandataire de faire préciser par l’Autorité l’interprétation des engagements en cas de difficultés d’application.

On rappelle que le mandataire n’a pas participé à la rédaction des engagements ; il n’en est donc pas partie prenante.

Il arrive régulièrement que l’Entreprise Mandante rencontre une difficulté dans la mise en œuvre des engagements qu’elle a pris auprès de l’Autorité. Dans ce cas, l’Entreprise Mandante peut être amenée à consulter le mandataire sur la lecture qu’il convient de faire des engagements, pour procéder à leur exécution.

Le mandataire ne doit pas interpréter les engagements. Il fait appel à son jugement professionnel pour rechercher une modalité d’exécution respectant les engagements, mais ne doit pas chercher à les interpréter dès lors que plusieurs modalités d’application apparaissent possibles, lesquelles peuvent conduire à des différences significatives dans la nature des remèdes appliqués.

Dans ce cas, l’Entreprise Mandante et le mandataire doivent faire vérifier leur compréhension de la correcte application des engagements par l’Autorité. L’Entreprise Mandante aura l’initiative de cette consultation après échanges avec le Mandataire.

Il convient à l’Entreprise Mandante de procéder à la consultation de l’Autorité afin de présenter les modalités d’exécution convenues avec le Mandataire. En cas de désaccord entre l’Entreprise Mandante et le mandataire sur les modalités d’exécution dès lors qu’une interprétation des engagements est nécessaire, l’Entreprise Mandante et le mandataire feront état de leur position respective de manière distincte auprès de l’Autorité.

Ce mode opératoire pourrait être précisé dans les termes du mandat.

Le mandataire fournit un éclairage technique et la documentation utile à l’Autorité pour lui permettre d’apprécier l’interprétation qu’il convient de donner aux engagements pour respecter la lettre et l’esprit de la décision.

Piste n°8 : sur la décharge du mandataire au terme de son mandat.

Le contrat de mandat type prévu par les lignes directrices rappelle que la cessation du mandat doit intervenir dans des conditions normales sous la forme suivante : « 35. *Le mandat prendra automatiquement fin dès que l’Autorité constatera que l’ensemble des Engagements a été réalisé et déchargera par écrit le mandataire de ses obligations.* ».

En pratique, cette décharge n’est généralement formalisée que dès lors que l’Entreprise Mandante en a fait la demande à l’Autorité. Le mandat pourrait être précisé sur ce point.