

Observations de l'AFEC sur la consultation publique de l'Autorité de la concurrence sur le contrôle des concentrations

30 novembre 2017

L'Association française d'Etude de la Concurrence (AFEC)¹ est une association indépendante créée en 1952. Elle regroupe des spécialistes du droit de la concurrence provenant de toutes les professions de ce secteur, professeurs de droit et d'économie, magistrats, membres de l'administration (DGCCRF), membres de l'Autorité de la Concurrence, avocats, juristes d'entreprises, représentants de syndicats professionnels, étudiants. L'AFEC est membre de la Ligue Internationale du Droit de la Concurrence.

Dans le cadre de son objet l'AFEC formule, grâce à la diversité de ses représentants, des observations techniques sur les projets de loi et projets de textes de toute nature qui sont susceptibles d'avoir un impact sur le droit de la concurrence conformément à son objectif de défense, dans l'exercice des activités économiques, commerciales, industrielles et artisanales du principe de la libre concurrence nationale et internationale contre la concurrence déloyale, abusive ou illicite.

Un groupe de travail, composé de membres de l'AFEC², a été constitué pour présenter les observations ci-dessous en réponse à la consultation publique de l'Autorité de la Concurrence ("**Autorité**") relative à la modernisation et à la simplification du droit français des concentrations.

Ces observations s'articulent autour des trois grands thèmes de réflexion soumis à la consultation par l'Autorité, à savoir les seuils et l'opportunité de créer un nouveau cas de contrôle des concentrations (1), la simplification des procédures (2) et le rôle des mandataires à l'exécution des engagements (3).

1. LES SEUILS ET L'OPPORTUNITÉ DE CRÉER UN NOUVEAU CAS DE CONTRÔLE

1. A titre liminaire, l'AFEC fait observer que le débat sur la pertinence des seuils actuels de contrôle aurait pu utilement être nourri par un état des lieux de la situation existante faisant apparaître les inconvénients ou les avantages des seuils actuels, motiver la nécessité d'une évolution et en fixer les directions possibles.
2. Ceci étant, l'AFEC est d'avis de maintenir un contrôle des opérations de concentrations *ex ante*, plutôt que *ex post* qui comporte les inconvénients suivants :

¹ Association inscrite au Registre des représentants d'intérêts de la Commission européenne : n° 90225872092-95. Siège social et Secrétariat : SELARL Fourgoux, 76 avenue de Wagram, 75017 Paris, Président : Jean-Louis FOURGOUX, Téléphone : 01 55 65 16 65 et Courriel : secretariat@afec.asso.fr.

² Catherine Robin ; Emmanuelle Flament Mascaret ; Jeremy Bernard ; Jean Julien Lemonnier ; Linda Arcelin ; Lolita BERTHOL-BALLADUR ; Malka Marcinkowski ; Michael Cousin ; Michel Ponsard ; Denis Redon ; Séverine Sanglé Ferrière ; Sylvie Grando ; Vincent Jaunet ; Jean-Louis Fourgoux ; Johanna Magne ; Stéphane Robini ; Agathe OPOCZYNSKI ; Vincent Lorieul ; Virginie Coursiere-Pluntz ; Thierry Boillot.

- Insécurité juridique.
 - La difficulté liée à une remise en l'état si l'opération devait être annulée, difficulté accrue si le délai de contrôle *ex post* est long.
 - Certains abus en lien avec l'acquisition d'un pouvoir de marché important peuvent trouver une réponse dans le contrôle des pratiques anticoncurrentielles.
3. L'AFEC a souhaité répondre à chacune des questions soulevées par l'Autorité dans son document de consultation sur la modernisation et la simplification du droit des concentrations.
- 1.1 **Les seuils sont-ils fixés trop bas, ce qui conduit à contrôler trop d'opérations de concentration ne soulevant pas de problèmes de concurrence ?**
4. L'AFEC est d'avis que les seuils pour le secteur du détail en métropole sont trop bas.
5. Il était utile dans un premier temps de fixer des seuils bas afin de mesurer leur utilité dans l'appréciation des opérations impliquant des entreprises du secteur du détail. Toutefois, l'Autorité de la concurrence a dorénavant suffisamment de recul pour admettre que les seuils sont trop bas.
6. L'ADLC pourrait s'appuyer sur la base de ses statistiques internes sur la proportion d'opérations n'ayant soulevé aucune difficulté de concurrence, pour déterminer les nouveaux seuils pour le secteur du détail.
- 1.2 **Les seuils sont-ils fixés trop haut, ce qui conduit à une absence de contrôle d'opérations de concentration soulevant pourtant des problèmes de concurrence ?**
7. A l'exception du secteur du commerce de détail en métropole (à rehausser comme proposé plus haut), l'AFEC estime que les seuils actuels sont adéquats. S'agissant plus particulièrement des seuils applicables aux DROM ils sont adaptés à une économie spécifique.
- 1.3 **Des indicateurs autres que ceux relatifs au chiffre d'affaires seraient-ils pertinents ?**
8. L'AFEC est d'avis qu'un seuil en parts de marché n'est pas opportun pour les raisons suivantes : (i) difficulté liée à la définition des marchés, (ii) contrariété avec l'objectif d'avoir des seuils simples, facilement identifiables pour confirmer aisément l'obligation de notifier l'opération de concentration et (iii) insécurité juridique tant pour les entreprises que pour les conseils.
9. La question d'un seuil relatif à la valeur de la transaction - comme ce qui vient d'être adopté en Allemagne ou en Autriche - a été soulevée afin d'appréhender des opérations qui ne seraient pas contrôlables sur la base du chiffre d'affaires (par exemple lorsque la cible ne réaliserait aucun chiffre d'affaires) mais qui pourraient poser des problèmes de concurrence à l'avenir.
10. L'AFEC n'est pas favorable à ce seuil pour les raisons qui suivent :
- Ce seuil serait d'application générale alors que l'objectif de l'Autorité est seulement d'appréhender des opérations intervenant dans certains secteurs bien identifiés (secteurs de l'Economie numérique et des Bio technologies). La contrainte qu'il ferait peser sur les entreprises serait ainsi disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi.

- La valeur de la transaction est une notion aux contours imprécis. Elle pose ainsi de nombreuses questions : à quel moment apprécier le prix de la transaction ? Au moment de la notification, à la date de signature etc. ? Comment tenir compte des incertitudes entourant le prix définitif (clauses d'*earn out*) ?
 - Le niveau du seuil paraît également difficile à fixer de façon parfaitement objective quel que soit le secteur économique considéré, sachant que selon les secteurs, les cibles ayant des activités stratégiques peuvent être valorisées à des niveaux très différents.
 - Il a été fait observer que ce seuil en valeur de la transaction aurait pour effet de freiner la compétitivité des entreprises et de diminuer l'attractivité de l'économie française (notamment l'implantation de *start-ups* faisant l'objet de transactions à fortes valeurs alors qu'elles peuvent avoir des chiffres d'affaires très faibles ou même inexistantes).
11. La question du pouvoir donné à l'Autorité de requérir *ex post* la notification d'opérations conduisant à une atteinte irréversible à la concurrence dans certains secteurs a également été évoquée lors des discussions entourant le lancement de la consultation publique. L'AFEC n'est toutefois pas favorable à cette option, notamment pour les raisons qui suivent :
- Les cas d'intervention seraient difficiles à définir avec précision. Le contrôle de certaines opérations serait donc incertain et découragerait les investissements.
 - L'attractivité de la France pour les implantations d'entreprises étrangères serait considérablement amoindrie.
 - Comme indiqué précédemment, il existe en tout état de cause des moyens juridiques de combattre les comportements anticoncurrentiels auxquels pourrait donner lieu l'acquisition d'un pouvoir de marché important.
 - Les préoccupations qui sous-tendent les réflexions sur un tel contrôle *ex post* relèvent sans doute plus du contrôle des investissements étrangers que du droit de la concurrence.
- 1.4 **Est-il nécessaire de moduler les seuils en fonction des secteurs d'activités concernés ?**
12. L'AFEC est d'avis qu'il n'est pas opportun de moduler les seuils en fonction des secteurs d'activités pour les deux raisons suivantes : d'une part, cela créerait une incertitude liée à la définition des secteurs concernés par les seuils spécifiques engendrant une insécurité juridique. A ce titre, le secteur du "numérique" serait particulièrement difficile à définir, de plus en plus d'entreprises tous secteurs confondus se "digitalisant".
13. D'autre part, il existerait une incertitude liée à l'exhaustivité des secteurs visés par les seuils. Un secteur exclu de la définition au moment de la modification des seuils pourrait devenir sensible et poser des problèmes de concurrence dans les années à venir. Créer des seuils en fonction des secteurs d'activité nécessiterait donc de modifier régulièrement les secteurs visés afin de s'adapter régulièrement aux évolutions de marché.
- 1.5 **Autres pistes d'évolution évoquées par l'Autorité**
14. Dans son document de consultation, l'Autorité évoque, au titre des pistes d'évolution possibles, la mise en œuvre "*volontariste*" d'outils existants et en particulier du "*renvoi à la Commission par les Etats membres (article 22 du règlement concentrations)*", ce qui

supposerait que la Commission change sa politique constante de ces dernières années consistant à n'accepter de tels renvois que si l'Etat qui en fait la demande est compétent".

15. L'AFEC n'est pas favorable à cette option qui placerait les parties à une opération de concentration dans une situation de grande insécurité sur le plan juridique. Elle les exposerait en effet à un contrôle quel que soit leur chiffre d'affaires et ce contrôle interviendrait au demeurant après la mise en œuvre effective de la concentration.
16. Il est fait observer, en outre, que la piste envisagée relève *in fine* non pas de l'Autorité mais de la Commission européenne dont il s'agirait de modifier la pratique alors même que dans son livre blanc du 9 juillet 2014³, elle proposait précisément de l'inscrire dans le règlement européen sur le contrôle des concentrations. La Commission, dont la mission est de contrôler les opérations de dimension européenne, n'est certainement pas un guichet pertinent pour des opérations qui n'atteignent même pas les seuils nationaux.

2. SIMPLIFICATION DES PROCÉDURES

2.1 Création d'une procédure de simple déclaration

17. Afin de simplifier le traitement par l'Autorité de la concurrence des concentrations ne présentant aucun problème de concurrence et d'en améliorer l'efficacité aussi bien pour les parties à l'opération que pour l'Autorité, l'AFEC propose de mettre en place une procédure de simple déclaration auprès de l'Autorité de la concurrence.
18. En effet, l'AFEC estime que la procédure simplifiée actuellement existante est encore trop contraignante aussi bien pour les entreprises que pour l'Autorité, du moins sur le plan formel.
19. La Belgique est aujourd'hui dotée d'un mode de fonctionnement par voie de déclarative, notamment pour les opérations où les parties détiennent une part de marché inférieure à 25%. Le système belge exige alors simplement l'envoi d'un formulaire de notification simplifié (notamment quant à la description des marchés) et l'absence de réponse des autorités de concurrence dans un délai de 15 jours vaut acceptation de l'opération. Un système similaire existe également au Danemark.

(a) Les cas d'application de la déclaration

20. La procédure de simple déclaration ne concernerait que (i) les opérations dans lesquelles le ou les acquéreurs ne sont présents ni sur les mêmes marchés que ceux sur lesquels opèrent la ou les cibles, ni sur des marchés amont, aval ou connexes, et (ii) les opérations réalisées par les têtes de réseau des grands groupes de distribution à dominante alimentaire ou automobile notamment pour la gestion de ces réseaux qui sont notifiables en application du II de l'article L. 430-2 du code de commerce. Eventuellement, la déclaration pourrait également s'appliquer aux opérations notifiables uniquement en vertu des dispositions du III de l'article L.430-2 du code de commerce (départements et collectivités d'outre-mer).
21. L'AFEC est également d'avis d'appliquer cette procédure de déclaration aux cas où les parts de marché cumulées des parties ne dépassent pas 10% en cas de chevauchement horizontal ou 15% en cas de chevauchement vertical ou de présence sur des marchés connexes. En effet, dans ces hypothèses, il paraît difficile de considérer que l'opération de concentration est à même de produire un quelconque effet significatif sur le marché.
22. Selon l'AFEC, afin d'assurer l'efficacité de la procédure de déclaration, il conviendrait que les critères exposés au sein des deux paragraphes ci-dessus soient alternatifs et non

³ Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE, COM(2014) 449 final, note de bas de page 45.

cumulatifs afin d'éviter la notification classique d'opérations sans chevauchement où une partie détiendrait une part de marché un peu élevée sur un marché en particulier.

23. Les opérations décrites ci-dessus ne présentent généralement aucun intérêt au regard de la concurrence et leur notification, sous sa forme actuelle, se borne donc à un exercice formel fastidieux. En particulier, le dossier de notification à fournir reste relativement complet et lourd à établir. De même, la rédaction d'une décision simplifiée par l'Autorité de la concurrence demeure une lourdeur administrative dont il pourrait être envisagé de se dispenser.

(b) Les informations à fournir et la procédure

24. L'AFEC est favorable à la mise en place d'une procédure de simple déclaration auprès de l'Autorité de la concurrence dont les principes directeurs seraient les suivants :

- A la place du dossier de notification classique, les parties n'auraient qu'à compléter et à adresser à l'Autorité, sous format électronique ou papier au choix, un formulaire de notification type de quelques pages (téléchargeable à partir du site internet de l'Autorité) qui demanderait nettement moins de temps et d'information à remplir par les parties et serait plus rapide à examiner par l'Autorité.
- Les informations à fournir par les parties se limiteraient à une rapide présentation de l'opération et du domaine d'activité des parties, à une description des marchés concernés par l'opération tels que définis par la pratique décisionnelle, à la communication de leurs parts de marchés respectives (uniquement en cas de chevauchement), à un résumé non confidentiel de l'opération publiable sur le site internet de l'Autorité et à une attestation sur l'honneur d'exactitude des informations fournies.
- Le résumé de l'opération serait publié sur le site Internet de l'Autorité dans un délai de 5 jours ouvrables suivant la réception de la déclaration et les tiers disposeraient d'un délai de 10 jours ouvrables pour demander une notification, le cas échéant sous forme simplifiée, de l'opération (demande non liante pour l'Autorité) ;
- Le silence de l'Autorité passé 15 jours ouvrables suivant l'envoi du formulaire de notification par voie électronique vaudrait autorisation de l'opération. A contrario, l'Autorité pourrait par simple lettre adressée aux parties leur notifier la nécessité de lui faire parvenir un dossier de notification pour un examen plus approfondi de l'opération.

2.2 Propositions relatives au champ d'application de la procédure simplifiée

25. Dans le cadre des réflexions en cours et afin notamment d'alléger la charge de travail des entreprises et des services de l'Autorité dans le cas d'opérations de concentration ne présentant pas de problèmes de concurrence, l'AFEC préconise d'élargir les hypothèses dans lesquelles le recours à la procédure simplifiée sera possible.
26. Pour garantir la prévisibilité et la sécurité juridiques, l'AFEC recommande que les cas où le recours à la procédure simplifiée est possible soient clairement identifiés.
27. Dans le cadre de ces réflexions, l'AFEC a distingué quatre situations pour lesquelles elle estime que le recours à la procédure simplifiée serait justifié. Ces situations correspondent pour l'essentiel à celles qui sont actuellement prévues au niveau européen. Le retour d'expérience issu de la pratique de cette dernière montre que cette organisation est pertinente et ne nuit pas à l'efficacité du contrôle des concentrations.

28. Les cas d'application de la procédure simplifiée proposés par l'AFEC sont les suivants, sous réserve que l'opération ne tombe pas dans le champ d'application de la déclaration :

- Cas n°1 : passage d'un contrôle conjoint à un contrôle exclusif.
- Cas n°2 : acquisition en commun d'une entreprise commune pour autant que (i) le chiffre d'affaires de l'entreprise commune soit inférieur, en France, à un seuil qu'il conviendrait de déterminer et (ii) la valeur totale des actifs transférés à l'entreprise commune est inférieure à un seuil également à déterminer. Cette situation reprend celle déjà existante au niveau européen mais avec un seuil plus bas adapté à des opérations de dimension nationale.
- Cas n°3 : cas dans lesquels aucun marché ne serait affecté.

Ce cas vise les situations dans lesquelles les conditions suivantes ne sont pas remplies : deux ou plusieurs entreprises ou groupes concernés exercent des activités sur un marché et leurs parts cumulées atteignent 25 % ou plus, ou si une entreprise concernée au moins exerce des activités sur ce marché et qu'une autre de ces entreprises ou groupe exerce des activités sur un marché situé en amont ou en aval ou connexe, dès lors que, sur l'un ou l'autre de ces marchés, l'ensemble des entreprises ou groupes concernés atteignent 25 % ou plus. L'AFEC estime que ce dernier seuil pourrait être élevé à 30%.

- Cas n°4 : dès lors que l'opération se situerait en dessous du seuil suivant : en cas de chevauchement horizontal, la part de marché cumulée des parties est inférieure à 50% et l'accroissement de l'indice IHH résultant de la concentration est inférieur à 150.

2.3 Propositions relatives au déroulement de la procédure simplifiée

29. La principale préoccupation des entreprises dans le cadre de la procédure simplifiée étant de bénéficier de délais réduits, il paraît essentiel à l'AFEC de fixer un ensemble de délais contraignants pour l'Autorité.

30. Ainsi, l'AFEC propose de retenir les délais suivants :

- L'Autorité disposerait d'un délai de 5 jours à compter de la réception du dossier pour indiquer si celui-ci doit passer en procédure normale plutôt qu'en procédure simplifiée.

Lorsque le délai de 5 jours serait expiré sans que l'Autorité ne manifeste d'objection, là où les entreprises notifiant auraient l'assurance que leur dossier peut effectivement bénéficier du régime de la procédure simplifiée.

- L'Autorité aurait un délai de 15 jours à compter de la notification pour rendre sa décision.

Par ailleurs, l'AFEC considère qu'il n'est pas opportun d'imposer le recours obligatoire et systématique à une phase de pré-notification. En effet, rendre celle-ci obligatoire allongerait les délais applicables et, partant, réduirait d'autant l'intérêt du nouveau régime de la procédure simplifiée. C'est son caractère informel qui en fait tout l'intérêt.

2.4 Propositions relatives au contenu du dossier à transmettre à l'Autorité dans le cadre de la procédure simplifiée

31. Outre les remarques générales formulées s'agissant de la présentation du dossier de notification, dans l'hypothèse de l'instauration en parallèle d'une procédure de déclaration préalable pour les cas les plus simples, l'AFEC estime que pour ce qui concerne plus particulièrement la procédure simplifiée, il serait nécessaire :

- d'instaurer un véritable formulaire simplifié ;
- de prévoir la possibilité de demander une dispense concernant la fourniture de certaines informations dans le formulaire simplifié.

32. De même, en cas d'adoption d'une procédure de déclaration préalable, un formulaire dédié devrait être publié afin de permettre aux parties concernées de formuler leur déclaration dans les meilleures conditions et de faciliter l'appréciation de cette déclaration par les services de l'Autorité.

2.5 Propositions relatives à la forme du dossier de notification et aux lettres de confort

(a) Contenu du dossier

(i) *Liste des concurrents, clients et fournisseurs*

33. S'agissant des listes de concurrents, clients et fournisseurs exigées lorsque des marchés sont affectés, il est parfois difficile de réunir les informations demandées et le niveau de détail semble trop exigeant alors que l'Autorité de la concurrence les contacte quasi-exclusivement par courriel. Ainsi, l'AFEC considère que seuls devraient être exigés le nom et l'adresse email ou le téléphone de ces personnes (le cas échéant celui du standard).

(ii) *Description des marchés concernés*

34. L'AFEC constate que quelle que soit l'ampleur ou la complexité du dossier, la description des marchés concernés pourrait ne pas être reprise lorsque ces marchés sont déjà définis par la pratique décisionnelle de l'Autorité et que la partie notifiante n'entend pas remettre en cause cette définition dans le cadre de l'opération notifiée. Une simple référence à la pratique décisionnelle pourrait être faite.

(iii) *Autres éléments*

35. De manière générale, l'AFEC propose également la suppression des éléments suivants :

- Les comptes rendus des organes délibérants relatifs à la concentration. Dès lors que les actes soumis à notification sont signés et communiqués à l'Autorité de la concurrence, la communication de ces comptes rendus semble inutile.
- Le tableau récapitulatif des données financières pour les trois derniers exercices clos. En effet, ce tableau ne semble pas indispensable dans la mesure où les entreprises doivent déjà communiquer leurs comptes sociaux et, s'ils existent, les comptes consolidés. La communication du tableau récapitulatif des données financières pourrait n'être prévue que dans le cas où la cible ne disposait pas de comptes sociaux propres avant l'opération (activité sans personnalité juridique, tableau de l'annexe 4-5 actuel).

36. La description des principaux facteurs contribuant à la détermination des prix et l'évolution de ceux-ci sur les cinq dernières années. Une telle description découle en effet

implicitement de la description des marchés concernés et de l'analyse concurrentielle développée par les parties. Il ne semble donc pas nécessaire de l'exiger expressément.

(b) Le dépôt du dossier, le support du dossier

37. Aux termes de l'article R 430-2 du code de commerce, le dossier de notification doit être adressé en quatre exemplaires. C'est le règlement intérieur de l'Autorité qui prévoit qu'un de ces exemplaires doit être fourni en version numérique au format PDF (LD pt 163).
38. A l'heure de la dématérialisation des procédures, l'AFEC constate que la multiplication des exemplaires papiers engendre des lourdeurs matérielles de préparation des dossiers et peut même être source de surcoûts pour les entreprises. L'AFEC propose d'alléger ce formalisme.
39. La première option serait une modification de l'article R 430-2 du code de commerce ramenant à un exemplaire papier ou sur support électronique durable les exigences de ce texte. Une communication par voie électronique pourrait compléter ce dépôt matériel afin de permettre à l'Autorité de transmettre directement le dossier tant au sein de ses services qu'au ministre chargé de l'économie (article L430-3).
40. La seconde option serait de modifier seulement l'article 27 du règlement intérieur de l'Autorité afin de préciser qu'il est possible de déposer 3 ou 4 exemplaires en version numérique au format PDF et le cas échéant un exemplaire en version papier.
41. En revanche, l'AFEC est d'avis de maintenir optionnelle le dépôt d'une version papier, de la notification, pour des raisons de sécurisation de la date de dépôt et d'accessibilité du dépôt à tous les acteurs économiques. Toutefois, ce maintien d'une version papier pour ces raisons pourrait être limité à la seule notification à l'exclusion des annexes qui peuvent correspondre à un volume considérable en version papier et leur reprographie peut être particulièrement lourde pour la partie notifiante. Il serait dès lors possible, dans les deux hypothèses envisagées, de préciser que les annexes à la notification peuvent n'être communiquées que sur support électronique durable et par voie électronique.

2.6 **Les lettres de confort et notes sur la contrôlabilité**

42. Les lignes directrices prévoient que lorsque les parties ont des interrogations sur la contrôlabilité d'une opération, elles peuvent en faire part à l'Autorité dans le cadre de la phase informelle de pré-notification. Lorsque les éléments transmis établissent que l'opération envisagée n'est pas contrôlable, l'Autorité en informe les parties par une lettre de confort (LD pt 140).
43. La pratique s'est développée de la formalisation de notes sur la contrôlabilité d'une opération permettant aux parties d'interroger l'Autorité sans attendre l'élaboration d'un dossier complet de pré-notification. Ces notes de contrôlabilité ne font pas toujours l'objet d'une lettre formelle de confort.
44. Cette solution souple ne paraît pas susciter de difficulté aux parties notifiantes dès lors qu'elle permet de répondre rapidement aux questions qu'elles se posent.
45. L'AFEC constate toutefois qu'à ce stade, cette pratique n'est que très peu explicitée dans les lignes directrices.
46. En outre, dans certains cas, l'absence de délai de réponse à une telle interrogation rend cette solution plus incertaine que le choix d'une notification formelle. Il serait donc utile de fixer un délai, au moins indicatif, de réponse de l'Autorité à de telles demandes. Un tel délai pourrait être de 10 jours ouvrés pour avoir connaissance du nom du rapporteur désigné et d'un premier avis de l'autorité sur la nécessité de notifier ou non l'opération.

47. Enfin, il paraît opportun de publier le sens des réponses apportées par l'Autorité sur la contrôlabilité de l'opération, au sein du rapport annuel. Cette publication pourrait être subordonnée à l'accord de la partie ayant adressé la question afin de préserver la confidentialité de certaines interrogations.

3. LE RÔLE DES MANDATAIRES

48. Les mandataires sont une institution de la pratique ayant conduit l'Autorité à se faire assister de tiers indépendants pour les besoins du suivi des engagements. La désignation et le rôle des mandataires ont été précisés dans les lignes directrices de 2013 largement inspirées sur ce point du modèle européen⁴.
49. Leurs tâches sont complexes et nécessitent des compétences variées selon qu'ils interviennent à la suite d'engagements structurels ou comportementaux. Elles requièrent une connaissance des marchés concernés, des connaissances juridiques et comptables, une méthode d'analyse comparable à celles des grands cabinets et, pour certains secteurs, des connaissances techniques.
50. De manière générale, le constat des entreprises est qu'il est difficile de trouver des candidats remplissant les 3 caractéristiques définies par les lignes directrices, à savoir l'indépendance, la compétence technique et l'absence de conflit d'intérêts.
51. Le marché français des mandataires est très étroit. Une fois formé sur un secteur donné, le mandataire aura tendance à être à nouveau désigné par les entreprises de ce secteur qui recherchent de vrais experts pour les accompagner et, à ce stade, en manquent fortement. En effet, un mandataire totalement étranger au business model de l'entreprise risque de passer à côté de l'essentiel ou, à l'inverse, d'être bien plus exigeant que ne le serait l'Autorité elle-même.
52. De son côté, l'Autorité constate un manque de fluidité dans ses relations avec les mandataires. Or, c'est la crédibilité du contrôle des concentrations qui est en jeu puisqu'elle suppose une mise en œuvre efficace des engagements et, en cas de dérive, une bonne transmission de l'information dans les deux sens, pour que des actions correctrices soient appliquées le plus en amont possible. Dans ce contexte, l'AFEC s'est interrogée sur quatre mesures évoquées par le document de consultation : la création d'un fonds destiné à la rémunération des mandataires, l'obligation pour les cédants de proposer systématiquement trois mandataires à l'Autorité, la publication, sur le site de l'Autorité, du nom et des coordonnées de chaque mandataire désigné et le renforcement des liens entre l'Autorité et les mandataires.

3.1 Création d'un fonds consacré à la rémunération des mandataires

53. Actuellement le mandataire contracte avec l'entreprise qui souscrit des engagements et celle-ci le paie directement.
54. La structure de la rémunération fait l'objet d'un contrôle *a priori* par l'ADLC.

⁴⁴ Dans le cadre de son contrôle des engagements structurels, le mandataire effectue 4 missions principales : (i) assurer la préservation de la viabilité économique de l'activité cédée, (ii) contrôler la gestion de l'activité cédée en tant qu'entité distincte, (iii) protéger la confidentialité des données, (iv) contrôler la séparation des actifs et la bonne répartition des effectifs. Il établit mensuellement un rapport qu'il communique à l'Autorité. Par ailleurs, il doit apprécier le sérieux et évaluer l'indépendance de l'acquéreur potentiel. Si la cession des actifs envisagés n'aboutit pas, le mandataire chargé du contrôle se transforme en mandataire à la cession et ce dernier doit alors vendre les actifs sans qu'un prix minimum ne soit fixé. Dans le cadre des engagements comportementaux, il doit suivre la bonne exécution de ces engagements qui sont de natures très variées.

55. Cette pratique est courante et l'AFEC considère qu'elle ne met pas en cause en elle-même l'indépendance du mandataire. D'autres institutions comme les Commissaires aux comptes ou les experts judiciaires sont rémunérés par les parties prenantes.
56. L'Autorité évoque dans son document de consultation la possibilité de rémunérer les mandataires à l'aide d'un fonds alimenté par les entreprises qui souscrivent des engagements devant l'Autorité ou qui se voient imposer des injonctions. La source de ces subsides serait ainsi mutualisée.
57. Il est possible de se demander si la création d'un fonds apporterait une garantie supplémentaire en termes d'indépendance des mandataires. En effet, dans le dispositif proposé, l'entreprise conservera en toute hypothèse le choix du mandataire avec lequel elle souhaitera contracter, lequel s'exercera en fonction de sa compétence et du plan de sa mission. En outre, si le critère du coût n'entre plus en ligne de compte dans le choix des mandataires compte tenu de la mutualisation de celui-ci, l'on peut craindre qu'il en résulte une pression moindre exercée sur les mandataires pour offrir le meilleur prix pour chaque mission, ce qui entraînera *in fine* une inflation du coût du suivi des engagements.
58. Au total, l'AFEC considère que la complexité de l'organisation et de la gestion de ce fonds, ainsi que le surcoût auquel il pourrait conduire, ne serait pas compensée par des garanties suffisamment tangibles en termes d'indépendance.
59. Quant à l'option, également évoquée par l'Autorité, consistant à taxer les demandes d'autorisation, elle ne semble pas non plus appropriée. Dans la mesure où une proportion très réduite des concentrations notifiées à l'Autorité conduit à des engagements, ce système reviendrait à faire peser le coût des mandataires sur une très grande majorité d'entreprises n'ayant pas recours à leurs services. En outre, comme indiqué ci-dessus, la mutualisation du coût des mandataires risque d'en élever le niveau.

3.2 La spécialisation et le recours à des experts sectoriels

60. Les mandataires sont souvent des cabinets de conseil, d'audit ou des banques, notamment pour le suivi des engagements structurels, parfois également des cabinets d'avocats pour le suivi des engagements comportementaux. Ces structures sont rarement expertes des marchés sur lesquels elles interviennent et il y a nécessairement une phase d'apprentissage qui a pu donner lieu à quelques erreurs d'appréciation. C'est le cas en particulier lorsqu'il s'agit de veiller au bon découpage de l'activité à céder du reste des actifs. Empêcher la circulation de certaines informations stratégiques ou au contraire la maintenir peuvent soulever soit des problèmes de concurrence soit des problèmes de viabilité de l'actif détaché.
61. Pour autant faut-il que le mandataire soit un expert du secteur concerné par la concentration, notamment lorsque celui-ci est à forte technicité ? Si certains secteurs très techniques (énergie, télécommunications) pourraient y trouver un intérêt, se pose toutefois la question du conflit d'intérêt potentiel car il n'est pas possible pour un mandataire spécialisé d'être totalement détaché du secteur de sa spécialité. Afin d'éviter cet écueil, la solution pourrait passer par la nomination d'un sapiteur. Cette solution est envisageable et rien dans les lignes directrices ne l'exclue formellement aujourd'hui. En faire une obligation n'apparaît toutefois pas opportun car cela nécessiterait de définir quels secteurs sont plus techniques que d'autres.
62. Le groupe de travail considère que cette question de la technicité dépend en réalité plus de la nature des engagements pris et des outils de leur contrôle que du secteur lui-même.
63. Par ailleurs, le mandataire n'est que le contrôleur des engagements, il appartient au premier chef à l'entreprise de prendre la responsabilité de la mise en œuvre des

engagements et des outils de leur suivi. Transférer cette responsabilité sur le mandataire n'est donc pas souhaitable.

64. Les contrôles qu'il est amené à effectuer sur le respect des engagements comportementaux sont faits par sondages, en fonction de son évaluation du mode d'organisation et du contrôle interne de l'entreprise. Le mandataire n'a qu'une obligation de moyens, non de résultats. Il n'a donc pas à vérifier toutes les opérations, ni à rechercher systématiquement toutes les erreurs et irrégularités que les opérations pourraient contenir. Son objectif est d'obtenir l'assurance raisonnable qu'aucune anomalie significative ne figure dans le comportement de l'entreprise eu égard aux engagements qu'elle a pris.
65. Pour les engagements structurels, le rôle du mandataire ne doit pas se confondre avec celui du "Hold Separate Manager", cadre issu de l'entreprise cédée, en charge de la gestion au quotidien et qui possède à la fois une connaissance technique et un statut de manager indépendant.

3.3 Proposition systématique de trois mandataires par la partie notifiant

66. Des cas ont été signalés par l'Autorité où le mandataire aurait fait l'objet d'une récusation par suite de conflit d'intérêts, le mandataire ayant travaillé avec le client par le passé. Il est essentiel que le choix d'un mandataire se porte sur une personne ou une structure jouissant d'une parfaite indépendance. Il convient toutefois de déterminer les critères permettant d'apprécier cette indépendance ou les éventuels conflits. A titre d'exemple, une relation d'affaires ancienne qui a cessé depuis longtemps n'aura pas nécessairement d'influence sur la mission. Ces précisions pourraient être apportées par les lignes directrices sur le contrôle des concentrations. Il pourrait également être envisagé que les mandataires doivent adhérer formellement à une charte déontologique élaborée par l'Autorité en concertation avec les parties prenantes, à l'instar de ce qui existe pour d'autres contrôleurs professionnels, tels que les Commissaires aux Comptes. Cette charte pourrait être annexée à chaque mandat conclu par les mandataires.
67. En tout état de cause, il n'est pas certain que le recours systématique à une liste de trois mandataires apporte des garanties supplémentaires d'indépendance. Une telle mesure pourrait tout au plus déplacer la responsabilité du choix final du mandataire sur l'Autorité, ce à quoi l'AFEC n'est pas favorable.
68. En revanche, il pourrait être envisagé de formaliser davantage les éléments qui sont communiqués à l'Autorité lors de la présentation du mandataire proposé. Pourraient notamment être listées, dans les lignes directrices, les informations permettant de justifier que les critères d'indépendance, de compétence technique et d'absence de conflit d'intérêts sont remplis.
69. Aujourd'hui, l'entreprise notifiante propose un nom et discute avec l'Autorité de sa pertinence. Si ce nom ne convient pas, une seconde proposition est faite. C'est un second choix, par hypothèse moins intéressant pour l'entreprise en termes de compétence ou de coûts. Le fait d'établir une liste de trois mandataires, outre le fait qu'il présente une difficulté compte tenu de l'étroitesse du marché, supposerait qu'ils ne soient pas hiérarchisés donc que leurs conditions d'intervention soient alignées, ceci afin que la partie notifiante ne soit pas désavantagée par le choix d'un mandataire plus coûteux.
70. Il est à noter qu'une telle obligation n'existe pas en droit de l'Union, l'entreprise pouvant présenter un ou plusieurs mandataire(s).

3.4 **La formalisation des liens entre l'Autorité et le mandataire**

71. Il existe aujourd'hui un véritable problème de confiance réciproque entre l'Autorité et le mandataire, qui résulte du positionnement du mandataire et de son rôle complexe et ambigu. Dans un premier temps, un mandataire doit proposer à son client une méthode de travail et des règles de fonctionnement acceptables, il est à ce stade potentiellement en concurrence avec d'autres prestataires. Or, dans la phase opérationnelle, il ne peut pas toujours respecter ses promesses puisque ses interventions sont conditionnées par les instructions de l'AdIC. Choisi par l'entreprise pour être l'œil et les oreilles de l'Autorité, et considéré comme un véritable auxiliaire par l'Autorité, il n'intervient pas en qualité de tiers-arbitre, d'où une défiance réciproque qui entrave la fluidité de circulation des informations.
72. Il est apparu dans plusieurs cas ayant conduit à des ruptures d'engagements que les difficultés auraient pu être corrigées si un système d'alerte avait fonctionné. Or l'Autorité avait eu connaissance trop tardivement des dérives ou le mandataire n'avait pas su transmettre la position de l'Autorité de manière suffisamment explicite⁵.
73. Il conviendrait donc de compléter les lignes directrices pour mettre en place une procédure d'alerte détaillée.
74. En résumé, le groupe de travail considère que les solutions envisagées par l'ADLC ne résolvent pas la difficulté majeure de ce rôle de mandataire : il est urgent de travailler à former des personnes compétentes en élargissant un marché beaucoup trop étroit à ce stade.

3.5 **Publicité des coordonnées du mandataire**

75. La publicité des coordonnées du mandataire désigné permettrait à des tiers de contacter directement celui-ci alors qu'aujourd'hui c'est l'Autorité qui est la première informée et qui coordonne les flux d'information. Cette évolution ne semble pas aller dans le sens souhaité d'une meilleure formalisation des liens entre l'Autorité et le mandataire, mais il est vrai que cette publicité est la pratique actuelle de la Commission.
76. Si les échanges avec les tiers peuvent participer au bon accomplissement des missions du mandataire, il importe toutefois que ceux-ci ne prennent pas des proportions telles qu'ils alourdissent inutilement le travail de celui-ci.

⁵ V. par ex. déc. n°12-D-15.