



Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

Cumul de mandats d'administrateur et risques anticoncurrentiels : Un vide juridique en Europe ?

Article | Concurrences N° 1-2016

www.concurrences.com

Florence Thépot

florence.thepot@glasgow.ac.uk

Lecturer, Droit de la concurrence et droit de l'Union européenne, Université de Glasgow
Membre, Droit & Croissance/Rules for Growth

Florian Hugon

florian.hugon@hotmail.fr

Membre, Droit & Croissance/Rules for Growth

Mathieu Luinaud

mathieu.luinaud@sciencespo.fr

Membre, Droit & Croissance/Rules for Growth

Florence Thépot

florence.thepot@glasgow.ac.uk

Lecturer, Droit de la concurrence et droit de l'Union européenne, Université de Glasgow
Membre, Droit & Croissance/Rules for Growth*

Florian Hugon

florian.hugon@hotmail.fr

Membre, Droit & Croissance/Rules for Growth*

Mathieu Luinaud

mathieu.luinaud@sciencespo.fr

Membre, Droit & Croissance/Rules for Growth*

Cumul de mandats d'administrateur et risques anticoncurrentiels : Un vide juridique en Europe ?

ABSTRACT

Souvent occultée par les situations de prises de participations minoritaires, la pratique des cumuls de mandats d'administrateur entre concurrents n'est pas sans susciter un risque d'effets anticoncurrentiels. Cette contribution s'attache, à partir d'une analyse systématique des instruments existants, à déterminer si le droit des sociétés et les principes de gouvernance d'entreprise peuvent efficacement suppléer le droit de la concurrence dans le traitement des effets négatifs induits par les cumuls, et à mettre ainsi en lumière l'existence d'un vide juridique en Europe.

Interlocking directorates between competitors may raise significant anti-competitive risks, which attract little attention in comparison to that posed by other structural links, such as minority shareholdings. This article provides a systematic analysis of the ability of current legal tools of competition law, as well as of company law and corporate governance to address those anti-competitive risks, and thereby, highlights the existence of an enforcement gap in Europe.

"The practice of interlocking directorates is the root of many evils (...). It offends laws human and divine. It tends to disloyalty and to violation of the fundamental law that no man can serve two masters"¹

1. À la faveur d'une affaire emblématique² révélant les limites de la réglementation européenne en matière de contrôle des concentrations, la Commission européenne a récemment proposé l'extension de son contrôle aux participations minoritaires non contrôlantes³. Soucieuse de prévenir les effets anticoncurrentiels susceptibles de découler d'opérations qui lui échappent, elle souhaite étendre le champ d'application du règlement Concentrations⁴ à des opérations stratégiques qui, sans induire un " *changement durable du contrôle*", confèrent un " *lien significatif d'un point de vue concurrentiel*" entre l'acquéreur et l'entité cible. À l'instar des prises de participation minoritaires qui sont susceptibles de contrôles *ex post* (dont la Commission laisse entendre l'insuffisance), la problématique du cumul des mandats d'administrateur peut elle aussi générer des risques anticoncurrentiels coordonnés et unilatéraux dont le droit de la concurrence peine à se saisir⁵.

2. Fréquemment constatées dans les secteurs de la banque et de l'assurance⁶, il n'est pas rare que les prises de participation minoritaires s'accompagnent d'une situation de cumuls de mandats d'administrateur. Une telle situation peut conduire à ce qu'une ou plusieurs personnes soient amenées à siéger dans les conseils d'administration d'une ou plusieurs sociétés rivales. Or l'intensité concurrentielle sur un marché peut s'en trouver affaiblie lorsque deux entre-

* Droit & Croissance (Rules for Growth) (www.droitetcroissance.fr) est un institut indépendant et non partisan ouvert aux juristes et aux économistes, et plus généralement aux acteurs privés, partageant son ambition de réaliser et vulgariser des études dans le domaine du droit, de l'économie et de la finance. La mission de Droit & Croissance est d'interpeller les acteurs publics et privés et de nourrir les débats de la société civile pour faire valoir l'importance de l'analyse économique du droit (Law & Economics) comme vecteur d'efficacité économique. Droit & Croissance s'attache à combler le retard de la recherche universitaire française aux croisements du droit, de l'économie et de la finance, responsable, selon nous, de l'inadaptation relative du système juridique à l'évolution de l'économie et de la finance en France. L'indépendance de Droit & Croissance est assurée exclusivement par le soutien de ses membres et de ses bienfaiteurs.

1 L. J. Paper, *Brandeis: An Intimate Biography of Supreme Court Justice Louis D. Brandeis*, Open Road Media, 2014.

2 Trib. UE, arrêt du 6 juillet 2010, *Aer Lingus Group plc c/ Commission*, aff. T-411/07. Plusieurs articles et conférences ont été consacrés à cette affaire, v. not. la conférence "Les participations minoritaires", organisée par la revue *Concurrences* le 27 mars 2013 à Paris, ainsi que la série d'articles publiés in *Merger control and minority shareholdings: Time for a change? Concurrences* n° 3-2011.

3 Livre blanc, *Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE*, 9 juillet 2014.

4 Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises [2004] JO n° L. 24/1.

5 J. Buhart et L. Lesur, *Participations minoritaires et droit de la concurrence : Une réforme européenne nécessaire ? Concurrences* n° 4-2013

6 Dans bon nombre de pays de l'OCDE. OCDE, *Antitrust Issues Involving Minority Shareholding and Interlocking Directorates*, DAF/COMP(2008)30, 23 June 2009, p. 55. V. égal. l'attention particulière portée à ce secteur par le régulateur hollandais depuis 2011. P. Kalbfleisch, *Minority shareholdings in competing companies. Merger control and minority shareholdings: Time for a change? Concurrences* n° 3-2011, § 4.

prises, censées mener des politiques commerciales et stratégiques indépendantes, sont connectées par des liens financiers et de gouvernance d'entreprise⁷. Souvent occultée par les situations de prises d'intérêt qui monopolisent actuellement les débats, cette pratique de cumul des mandats est répandue et mérite, selon nous, que lui soit consacrée une analyse spécifique.

3. Composé de membres exécutifs, non exécutifs et indépendants, le conseil d'administration d'une société est un organe clé de la gouvernance d'entreprise auquel des tâches de gestion et de contrôle sont traditionnellement déléguées par les actionnaires. À ce titre, tout membre du conseil d'administration peut avoir accès à des informations sensibles sur les prix, les coûts ou les stratégies futures de la société concernée⁸. La forme que peut prendre le cumul des mandats d'administrateur diffère selon qu'il concerne des entreprises en concurrence directe (cumul horizontal) ou des entreprises ayant une relation acheteur-vendeur (cumul vertical). Un cumul horizontal est susceptible d'affecter l'indépendance des entreprises concurrentes entre elles alors qu'un cumul vertical peut affaiblir la concurrence d'entreprises rivales en facilitant les rapports de réciprocité ou d'exclusivité, les ventes liées et l'intégration verticale. Le cumul est réputé direct chaque fois que la personne siège aux conseils d'administration de sociétés liées horizontalement ou verticalement et indirect lorsque les entreprises sont liées *via* différentes personnes ayant une origine commune (comme par exemple les salariés d'une même banque) ou siégeant simultanément au conseil d'administration d'une entreprise non affiliée⁹.

4. La pratique des cumuls de mandats est répandue en Europe, tout particulièrement en France et en Allemagne¹⁰. En France, les grandes entreprises sont interconnectées au niveau des conseils d'administration – lesquels sont souvent qualifiés de “consanguins” –, avec la particularité d'une forte présence de présidents-directeurs généraux comme membres indépendants d'entreprises concurrentes¹¹. De même, l'Allemagne est caractérisée par des réseaux d'entreprises denses dans lesquels les banques occupent un rôle central¹². La densité des réseaux d'entreprises *via* les liens entre conseils d'administration au

sein des mêmes secteurs a d'ailleurs conduit à la création d'un “capitalisme coopératif” typique de l'économie allemande¹³.

5. En l'état du droit positif, si le cumul de mandats d'administrateur entre entreprises concurrentes est prohibé aux États-Unis¹⁴, il n'existe pas – à l'exception de l'Italie dans le secteur bancaire et de l'assurance – pareille réglementation en Europe. Inhérente à la gouvernance d'entreprise, la problématique du cumul des mandats relève aussi du droit des sociétés des États membres, qui encadre certains aspects de la nomination, de la composition et du fonctionnement des conseils d'administration. À cet égard, le droit des sociétés français limite à cinq le nombre de mandats de directeur général, de membre du directoire, de directeur général unique, d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance de sociétés anonymes (non cotées) pouvant être simultanément exercés¹⁵.

6. À ce jour, ni le règlement (CE) n° 139/2004 du 20 janvier 2004 sur les concentrations entre entreprises ni les articles 101 et 102 TFUE ne font du cumul de mandats d'administrateur un objet direct de la réglementation européenne en matière de concurrence. La question des effets anticoncurrentiels des cumuls est traditionnellement rattachée à celle des prises de participation minoritaires, ces dernières pouvant donner droit à siéger au sein du conseil d'administration de la société cible. Pour autant, il est regrettable que les travaux récemment menés sur les prises de participation minoritaires n'aient pas donné lieu à une réflexion spécifique sur les cumuls de mandats¹⁶.

7. Il est toutefois possible pour la Commission d'examiner la question des cumuls des mandats d'administrateur pouvant conduire à la détention d'une influence déterminante grâce au règlement (CE) n° 139/2004 du 20 janvier 2004. Elle peut aussi prendre en compte la présence de mandats croisés et évaluer leurs éventuels effets anticoncurrentiels dans le cadre de toute transaction¹⁷. La présence d'administrateurs croisés siégeant dans des conseils d'administration de concurrents directs, en ce qu'elle peut être l'occasion de procéder à un échange d'informations, semble pouvoir justifier l'intervention de la Commission sur le fondement de l'article 101 TFUE relatif à la prohibition des ententes. L'article 102 TFUE représente une possibilité supplémentaire d'appliquer le droit européen lorsque la présence d'administrateurs croisés serait de nature à permettre à l'entreprise en situation de position dominante d'influencer le comportement des entreprises où ses administrateurs sont présents.

7 S. Salop and D. O'Brien, *Competitive Effects of Partial Ownership: Financial Interest and Corporate Control*, Georgetown University Law Center, 2000.

8 P. Areeda and D. F. Turner, *Antitrust Law*, Aspen Law and Business, 1980, §§ 1300-1302.

9 OCDE, *Antitrust Issues Involving Minority Shareholding and Interlocking Directorates*, p. 60.

10 K. van Veen and J. Kratzer, National and international interlocking directorates within Europe: corporate networks within and among fifteen European countries, *Economy and Society*, 2011, 40, 1. V. statistiques: “France (83.7 per cent) and Germany (85.2 per cent) have the lowest number of individuals with only one board seat. Only in the Netherlands was the percentage slightly lower (82.5 per cent) (...) The biggest European linkers are mostly from Germany and France.”

11 H.-J. Yeo, C. Pochet and A. Alcouffe, CEO Reciprocal Interlocks in French Corporations, *Journal of Management and Governance*, 2003, 7, 87-108.

12 F. Ferraro, G. Schnyder, E. M. Heemskerck, *et al.*, Structural Breaks and Governance Networks in Western Europe, in *The Small Worlds of Corporate Governance*, B. Kogut (ed.), MIT Press, 2012.

13 P. Windolf and J. Beyer, Co-operative Capitalism: Corporate Networks in Germany and Britain, *The British Journal of Sociology*, 1996, 47, 2, pp. 205-231.

14 Section 8, Clayton Act.

15 Article L. 225-94-1 du code de commerce.

16 Livre blanc, Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE, COM(2014) 449.

17 Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOUE* n° C. 31, 5.02.2004, § 20.

8. L'ambition de cet article est non seulement de mettre en exergue l'existence d'un vide juridique attaché aux situations de cumuls de mandats d'administrateur entre concurrents en Europe, mais aussi de tirer les conséquences juridiques et opérationnelles susceptibles d'en découler. Il est vrai que ces situations font trop peu l'objet de discussions alors que les problèmes pratiques qu'elles soulèvent sont multiples et excèdent le simple risque de collusion entre entreprises sous l'angle duquel la discussion des effets des cumuls est souvent limitée. Le risque unilatéral d'affaiblissement de l'intensité concurrentielle entre chacun des acteurs liés par leurs conseils d'administration mérite plus ample considération. Il sera ainsi démontré que le règlement (CE) n° 139/2004 du 20 janvier 2004 sur les concentrations entre entreprises, comme les articles 101 et 102 TFUE, ont une portée pratique trop limitée pour se saisir des risques anticoncurrentiels induits par ces cumuls. Au-delà de ces risques, il est difficilement contestable que les liens structurels entre entreprises puissent donner lieu à des conflits d'intérêts mettant en cause la garantie de principes clés de la gouvernance d'entreprise comme l'indépendance des administrateurs. Il s'agit donc de savoir dans quelle mesure le droit des sociétés et le droit boursier peuvent venir compléter le droit de la concurrence dans sa tentative d'appréhender les effets potentiellement négatifs générés par les situations de cumul des mandats d'administrateur. L'analyse se concentrera sur les cumuls horizontaux eu égard aux risques anticoncurrentiels qu'ils sont susceptibles de poser dans un cadre national ou européen.

I. Les risques d'effets anticoncurrentiels attachés aux situations de cumul de mandats d'administrateur

9. Le cumul de mandats d'administrateur entre sociétés concurrentes peut générer des risques anticoncurrentiels dont la manifestation peut à la fois être coordonnée (se traduisant alors par un rapprochement entre concurrents de nature à favoriser la conclusion de pactes collusoires) ou unilatérale (entraînant ici un affaiblissement de la concurrence et une hausse corrélative des prix en l'absence même de collusion entre entreprises)¹⁸.

18 Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE n° C. 31, 5.2.2004, § 24 et 39.

1. Risques coordonnés

10. En France, le conseil d'administration a pour mission de définir la stratégie et de contrôler la gestion de l'entreprise confiée aux dirigeants. Il est garant notamment de la qualité de l'information fournie aux actionnaires et aux marchés. Les administrateurs ont donc accès à des informations de nature stratégique, comptable, commerciale ou relative à la nomination et à la rémunération des dirigeants¹⁹.

11. Le risque d'effets anticoncurrentiels coordonnés provient de l'accès privilégié que détient un administrateur sur une information stratégique de l'entreprise concurrente. Les questions de stratégie commerciale ou de développement de capacités de production, susceptibles d'être débattues en conseil d'administration, sont des informations ayant trait aux prix et quantités futurs. En raison de leur nature, la transmission de telles informations à des concurrents est prohibée par l'article 101 (1) TFUE²⁰. Aussi, dans le cadre du contrôle de gestion effectué par le conseil d'administration, la rémunération des dirigeants est un autre domaine dans lequel la collusion entre concurrents est répréhensible.

12. Le cumul de mandats d'administrateur est un canal facilitant la conclusion d'accords illicites entre concurrents²¹. Les réunions du conseil d'administration favorisent l'échange verbal et permettent une meilleure appréhension des problématiques entourant la fixation des prix et des quantités ou la répartition des marchés. Il est admis qu'un administrateur peut s'assurer du respect d'une entente par deux concurrents sur la base des informations commerciales discutées lors de la réunion du conseil d'administration²². Les accords anticoncurrentiels peuvent aussi être facilités en cas de cumuls indirects lorsque deux concurrents sont membres d'un conseil d'administration d'une entreprise tierce. Les échanges peuvent ainsi avoir lieu de manière plus discrète qu'en cas de cumul direct²³.

13. L'accès privilégié à l'information, que permet le cumul des mandats, favorise les pratiques concertées entre concurrents. Cette transmission d'information, même dénuée d'accord exprès, constitue une entrave à la concurrence lorsque la coordination entre les entreprises "se substitue sciemment aux risques de la concurrence"²⁴. La question est de savoir quels garde-fous les droits de la

19 En France : droit d'information des administrateurs en vertu de l'article L. 225-35 du code de commerce.

20 Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, JOUE n° C. 11, 14.1.2011.

21 J.-P. Schmidt, Germany: Merger control analysis of minority shareholdings – A model for the EU? *Concurrences* n° 2-2013, 16.

22 OFT 1218, Minority interests in competitors: a research report prepared by DotEcon Ltd., 2010, pp. 60-63.

23 H. Buch-Hansen, Interlocking directorates and collusion: An empirical analysis, *International Sociology*, 2014, 29, 253

24 Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, JOUE n° C. 11, 14.1.2011 référant à l'aff. C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, pt 26, ainsi qu'aux aff. jtes C-89/85e.a., *Pâte de bois*, Rec. 1993, p. 1307, pt 63.

concurrence et des sociétés peuvent instituer pour limiter les risques associés à la transmission d'information entre entreprises concurrentes via le cumul de mandats.

14. Une étude statistique effectuée à partir des données sur les cartels internationaux entre 1990 et 2010 illustre bien les risques potentiels générés par l'interdépendance des conseils d'administration²⁵. Parmi les 52 entreprises mises en cause à plusieurs reprises dans le cadre de pratiques anticoncurrentielles, 17 étaient des sociétés françaises ou allemandes. Celles-ci étaient impliquées dans un total de 213 cartels (soit 37 % des cartels internationaux) quand les entreprises du Royaume-Uni et des États-Unis comptaient 9 entreprises parmi les «récidivistes», totalisant 88 cartels (soit 15 % des cartels internationaux pour ces deux pays). Ces entreprises allemandes et françaises étaient actives dans des secteurs dont les caractéristiques économiques favorisent la formation de cartels²⁶ (pharmaceutique et chimique, principalement). En outre, une caractéristique commune des économies française et allemande étant la densité des liens structurels entre concurrents, les interconnexions de conseils d'administration avaient pu, dans le contexte de cartels, participer des échanges de renseignements ou d'informations sensibles sur les prix, les coûts ou les stratégies futures des sociétés concernées²⁷.

2. Risques non coordonnés (ou unilatéraux)*

15. Au-delà de la stricte problématique de l'échange d'informations sensibles, le cumul des mandats d'administrateur peut avoir un impact sur les incitations respectives des entreprises à se faire concurrence. On peut concevoir que des liens structurels, parfois multiples et généralisés au sein d'un même secteur d'activité, incitent les entreprises à limiter l'intensité de leur effort concurrentiel sur le marché²⁸. L'enchevêtrement des conseils d'administration et les liens personnels en découlant peuvent dissuader les entreprises à entreprendre une politique commerciale agressive vis-à-vis de leurs rivaux. Les intérêts personnels d'un administrateur peuvent ainsi être impactés si sa rémunération est étroitement liée aux résultats d'une entreprise sans l'être aux résultats de sa concurrente (en fonction des titres qu'il détient en

tant qu'actionnaire de l'une des sociétés)²⁹. En France, la rémunération des administrateurs indépendants n'est pas *a priori* fonction directe de la performance des entreprises³⁰.

16. La participation au conseil d'administration d'un concurrent peut constituer un avantage informationnel pour une entreprise et désavantager ses rivales. Cela peut caractériser un abus s'il s'agit d'informations essentielles à la pérennité de l'activité de ces entreprises, transmises dans le but de favoriser une entreprise par rapport à son concurrent. De même, et surtout dans le cadre de cumuls entre entreprises ayant une relation verticale, les cumuls peuvent favoriser un traitement préférentiel d'un fournisseur ou d'un client au détriment de ses concurrents *via*, par exemple, la conclusion de contrats d'exclusivité³¹. Enfin, l'accès privilégié à des informations commerciales sensibles est susceptible d'être utilisé comme moyen d'affaiblissement d'un concurrent. Au Royaume-Uni, l'affaire *Ryanair/Aer Lingus*, ayant trait à une prise de participation minoritaire entre concurrents, illustre l'instrumentalisation des liens structurels et des bénéfices en découlant au détriment d'un rival. La Competition Commission a ordonné une cession d'actions en raison de la possibilité conférée à Ryanair d'interférer avec les décisions stratégiques d'acquisition et de gestion des créneaux horaires à l'aéroport d'Heathrow de son concurrent³². Dans le cadre d'un cumul de mandats d'administrateur, ce risque pourrait être limité par un respect plus scrupuleux des règles de déontologie ou par la possibilité de mettre un terme au mandat d'administrateur en cas d'interférence négative dans les affaires internes d'un concurrent.

17. Enfin, les risques présentés par les cumuls vont bien au-delà des effets induits sur la concurrence entre entreprises présentes sur le marché et peuvent affecter des principes clés de la gouvernance d'entreprise. Il est difficile de concevoir qu'un administrateur puisse servir les intérêts d'actionnaires d'entreprises concurrentes sans déroger à son devoir de loyauté à l'égard des autres. Le cumul de mandats, détenus entre concurrents ou non, peut ainsi donner lieu à des conflits d'intérêts, décrits par L. Brandeis invoquant la difficulté inhérente au fait de «servir deux maîtres» et peut mettre à mal l'indépendance de la prise de décision d'un administrateur³³. Cela questionne, à tout le moins, l'indépendance des entreprises concernées et leur capacité à jouer le jeu de la libre concurrence sur le marché. Par ces enjeux, les questions de gouvernance d'entreprise touchent autant au droit des sociétés qu'au droit boursier.

25 F. Thépot, *The Interaction between Competition Law and Corporate Governance: Opening the "Black Box"*, PhD Thesis, UCL, 2014. Étude réalisée sur la base des statistiques dans J. M. Connor, *Recidivism Revealed: Private International Cartels 1990-2009*, *Competition Policy International*, 2012, 6, Annex: Table 1. "Fifty-Two Leading Recidivists", 1990-2009.

26 OFT, *Predicting Cartels*, A report prepared for the Office of Fair Trading by P. A. Grout and S. Sonderegger, 2005. V. aussi R. C. Marshall and L. M. Marx, *The Economics of Collusion*, MIT Press, 2012.

27 P. Areeda and D. F. Turner, *Antitrust Law*, 1980, §§ 1300-1302.

* Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOUE* n° C. 31, 5.2.2004, p. 5.

28 L. Flochel, *Les effets concurrentiels des prises de participations minoritaires*, *Concurrences* n° 1-2012, 16-17 ; D. Spector, *Some economics of minority shareholdings*, *Concurrences* n° 3-2011, p. 14.

29 OFT 1218, *Minority interests in competitors: A research report prepared by DotEcon Ltd*, 2010, pp. 60-63.

30 Sociétés anonymes : Système de jetons de présence, alloués à chaque membre selon sa participation aux comités, et sur la base d'un montant total déterminé annuellement. Article L. 225-45 du code de commerce.

31 OCDE, *Antitrust Issues Involving Minority Shareholding and Interlocking Directorates*.

32 Competition Commission Report, *Ryanair Holdings plc/Aer Lingus group plc*, 28 August 2013, § 7.178 and 7.180.

33 Pour une revue d'autres effets négatifs des cumuls, v. p. ex. E. M. Fich and L. J. White, *CEO Compensation and Turnover: The Effects of Mutually Interlocked Boards*, *Wake Forest Law Review*, 2009, 38, 93.

3. Gain d'efficacité des cumuls

18. Une analyse complète de l'effet de ces pratiques sur la concurrence nécessite la prise en compte des bénéfices éventuels conférés par le cumul de mandats entre entreprises concurrentes. La réduction de l'incertitude permise par ce cumul peut, dans certaines conditions, être source de gains d'efficacité contribuant à l'accroissement du bien-être économique des consommateurs³⁴. La présence d'un concurrent au sein d'un conseil d'administration offre le bénéfice d'une expertise et d'une expérience pouvant en améliorer la prise de décision. Par ailleurs, l'échange d'informations peut créer des synergies dans le contrôle et la gestion des entreprises faisant face à de similaires enjeux techniques et économiques. Une entreprise peut aussi bénéficier de la réputation d'un administrateur indépendant et en faire usage dans des situations où l'asymétrie d'informations peut être un obstacle aux négociations de financement avec les investisseurs et les banques. De même, l'expertise et la réputation d'un administrateur concurrent peuvent faciliter le succès de négociations contractuelles avec des fournisseurs et clients – en particulier au sein des petites entreprises³⁵.

II. Traitement du cumul des mandats par le droit des sociétés et les principes de gouvernance d'entreprise

1. Droit des sociétés

19. Ayant trait à l'organisation de la gouvernance d'entreprise, la problématique du cumul de mandats d'administrateur relève tout d'abord du droit des sociétés des États membres. En France, le code de commerce encadre différents aspects de la composition et du fonctionnement des conseils d'administration de sociétés anonymes³⁶. La question du cumul des mandats est ainsi évoquée à l'article L. 225-94-1 du code de commerce, limitant à cinq le nombre de mandats de directeur général, de membre du directoire, de directeur général unique, d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance de sociétés anonymes (non cotées) pouvant être simultanément exer-

cés, à l'exception des mandats exercés dans des sociétés contrôlées. Il s'agit d'un plafond global de cinq mandats exécutifs qui fait figure de principe.

20. Par ailleurs, la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 dite "loi Macron" est venue limiter à trois le nombre de mandats sociaux cumulables pouvant être exercés au sein de sociétés cotées. Autrement dit, un dirigeant mandataire social d'une société cotée – le dispositif semblant ignorer les mandats détenus dans des sociétés d'autres formes que les sociétés anonymes – ne pourra pas exercer, outre son mandat exécutif, plus de deux autres mandats d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance dans des sociétés cotées extérieures au groupe auquel il appartient³⁷. L'article 211 de la loi Macron, codifié à l'article L. 225-94-1, alinéa 1, du code de commerce, rend cette règle applicable à condition que la société cotée comporte soit au moins 5000 salariés permanents dans la société et ses filiales en France, soit au moins 10000 salariés dans la société et ses filiales en France et à l'étranger. Cet article consacre légalement l'article 19 du code AFEP-MEDEF, jusqu'ici recommandation inspirée de la *soft law*, en vertu duquel "*un dirigeant mandataire social ne doit pas exercer plus de deux autres mandats d'administrateur dans des sociétés cotées extérieures à son groupe, y compris étrangères*". Les titulaires de mandats exécutifs concernés par le plafond de trois mandats (directeurs généraux, membres du directoire et directeurs généraux uniques) devront se conformer à ce nouveau plafond réduit dans un délai d'un an à compter de la date de publication de la loi (7 août 2015), soit à compter du 7 août 2016 au plus tard³⁸. Faute de s'y conformer, les intéressés seront réputés démissionnaires d'office de tous leurs mandats et devront restituer les rémunérations perçues après l'expiration du délai de mise en conformité. Les délibérations auxquelles ils auraient participé dans l'intervalle ne seront, en revanche, pas remises en cause.

21. Aux Pays-Bas, le code de gouvernance d'entreprise (contraignant) interdit toute situation de conflits d'intérêts et limite elle aussi le nombre de mandats pouvant être cumulés³⁹. Par ailleurs, l'approbation du conseil d'administration est requise pour toute transaction pouvant être à l'origine d'un conflit d'intérêts entre les membres du conseil et l'entreprise. En Allemagne, les actionnaires des sociétés à part sociales (*Aktiengesellschaft (AG)*) membres du conseil de surveillance sont cantonnés dans un rôle de nomination des directeurs, lesquels n'ont pas à leur rendre de comptes, tandis que les actionnaires sont soumis à un contrôle strict de leur droit d'accès aux informations sensibles de la société dans le cas où cet accès risquerait de porter atteinte à la société. S'agissant des sociétés à responsabilité limitée (*GmbH*), le directeur général est en mesure de refuser aux actionnaires l'accès à

34 OFT 1218, *Minority interests in competitors: a research report prepared by DotEcon Ltd*, 2010, pp. 60-63.

35 OFT 1218, *Minority interests in competitors: a research report prepared by DotEcon Ltd*, 2010, § 6.11.

36 Art. L. 225-17 et s. du code de commerce.

37 On signalera également la dérogation prévoyant que l'exercice de la direction générale par un administrateur est décompté pour un seul mandat et qu'elle devrait s'appliquer indifféremment pour l'application du plafond global de cinq mandats et du plafond réduit de trois ans pour les sociétés cotées. V. D. Gallois-Cochet, *Cumul des mandats dans les SA cotées*, *Droit des sociétés* n° 10, oct. 2015, 169.

38 Loi n° 2015-990, 6 août 2015, art. 211, II.

39 Dutch Corporate Governance Code, art. III.3.5.

une information s'il considère que sa diffusion fait courir un risque à la société, ce qui permet de limiter les risques de diffusion d'informations menant à des comportements anticoncurrentiels de la part d'administrateurs croisés⁴⁰.

22. Seule l'Italie présente une réglementation spécifique intitulée "Protection de la concurrence et liens structurels croisés dans les marchés de la banque et de la finance"⁴¹ afin de saisir les effets anticoncurrentiels découlant du cumul de mandats entre entreprises concurrentes. En 2011, à la suite d'un rapport de l'autorité de la concurrence faisant état de problèmes de gouvernance d'entreprise et de concurrence dans le secteur financier, l'Italie a adopté une série de mesures économiques spécifiques en la matière⁴². Celles-ci interviennent dans un but d'accroissement de la concurrence et d'éthique de gouvernance dans des secteurs dont la faible performance économique semblait être expliquée par la multitude de liens interpersonnels existant entre les organes de gouvernance des entreprises⁴³. Cette réglementation interdit à toute personne détenant un mandat de directeur, superviseur ou auditeur au sein d'une entreprise membre des industries bancaires et financières, et notamment du secteur des assurances, d'occuper un mandat de même nature chez un concurrent. Les personnes détenant deux (ou plus) mandats de ce type disposent d'un délai de 90 jours pour choisir lequel des deux mandats elles souhaitent exercer, renonçant ainsi aux autres. En cas d'absence de décision, il est prévu que soit mis fin à l'ensemble des mandats exercés, soit par l'entreprise dont est issu l'administrateur, soit par le régulateur national⁴⁴.

23. Hormis en Italie, dans le secteur financier, les limitations relatives aux cumuls ne concernent pas spécifiquement les entreprises concurrentes. Ces outils, n'existant qu'au niveau national de certains États membres, offrent des solutions hétérogènes et s'avèrent d'un apport limité dans l'hypothèse d'opérations d'envergure européenne ou internationale.

2. Principes de gouvernance d'entreprise : L'exemple français

24. Il convient de se demander, au travers de l'exemple français, si les diverses obligations incombant aux dirigeants et administrateurs envers leurs entreprises peuvent limiter les risques anticoncurrentiels liés aux cumuls. À ce sujet, la Cour de cassation affirme, de manière constante, l'existence d'un devoir de loyauté à la charge du dirigeant envers la société et les associés⁴⁵ qui pourrait, théoriquement, s'appliquer aux mandats d'administrateur croisés en vertu des risques d'acquisition d'informations sensibles en présence d'un dirigeant siégeant aux conseils d'administration de sociétés rivales. De même, tout administrateur a le devoir d'agir dans l'intérêt social de l'entreprise, sa mission devant être accomplie en toute indépendance et dans le respect des obligations de confidentialité⁴⁶. Ainsi, en vertu de ces obligations, un administrateur ne peut transmettre des informations sensibles à une entreprise concurrente dans laquelle il détient un mandat. De plus, le devoir d'indépendance est censé garantir que les décisions sont prises indépendamment des intérêts tiers et, par conséquent, des concurrents. Dans les faits, il semble difficile d'imaginer que les devoirs de loyauté et d'indépendance puissent être remplis de manière simultanée sans qu'un conflit d'intérêts soit en jeu ; ce qui permet de douter de leur capacité à limiter les risques anticoncurrentiels des cumuls.

25. Néanmoins, une décision récente de la Cour de cassation est venue renforcer le champ d'application du devoir de loyauté du dirigeant, en jugeant que l'obligation de loyauté pesant sur ce dernier lui interdit "de négocier, en qualité de gérant d'une autre société, un marché dans le même domaine d'activité"⁴⁷. Si cette décision envisage la possibilité de comportements anticoncurrentiels de la part de mandataires de sociétés rivales, elle n'appréhende ces comportements que dans un cadre restreint : celui de "négocier (...) un marché dans le même domaine d'activité" et ne s'applique donc pas à l'ensemble des risques induits, tels que les échanges d'informations. Par ailleurs, il faut noter que les limitations posées par l'article L. 225-94-1 du code de commerce ne concernent que les dirigeants (et non tous les administrateurs) du territoire national⁴⁸.

26. Par ailleurs, le code AFEP-MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées (non contraignant) préconise une pratique déontologique de la part de l'administrateur, en recommandant une "obligation de faire part au conseil de toute situation de conflit d'intérêts même

40 J. Buhar et L. Lesur, Participations minoritaires et droit de la concurrence : Une réforme européenne nécessaire ? *Concurrences* n° 4-2013, p. 68.

41 V. Falce, Interlocking Directorates: An Italian Antitrust Dilemma, *Journal of Competition Law and Economics*, 2013, 9, 6. "The Italian legislator has enacted a new regulation expressly banning interlocking directorates on the assumption that overboarding constitutes a vehicle to reinforce structural ties in the financial sectors and, in turn, a mean to hinder the establishment of genuine competition on the downstream markets for services."

42 Article 36 "Protection of competition and personal cross shareholdings in the credit and financial markets" of the Law Decree N° 201/2011, converted by Law N° 214/2011.

43 V. Falce, Interlocking Directorates: An Italian Antitrust Dilemma, *Journal of Competition Law and Economics*, 2013, 9.

44 F. Ghezzi, Interlocking directorates in the financial sector: the Italian job (art. 36 law 214/2011) – An antitrust perspective, Università Bocconi, 2012. Document mis en ligne par l'auteur à l'adresse suivante : https://www.academia.edu/7274778/Interlocking_directorates_in_the_Italian_banking_and_financial_sector.

45 Cass. com., 27 février 1996, *JCP G* 1996, II, 22665, note J. Ghestin.

46 Code de gouvernement d'entreprise, AFEP-MEDEF, sections 6 et 12.

47 Cass. com., 15 novembre 2011, n° 10-15049. Champ d'application qui ne cesse de s'étendre : v. Cass. com., 18 décembre 2012, n° 11-24.305 (obligation du dirigeant de révéler aux associés les informations pertinentes qu'il détient sur une opération qui les intéresse directement) ; Cass. com., 12 mars 2013, n° 12-11.970 ("manque à son devoir de loyauté le dirigeant social qui s'abstient d'informer l'associé cédant de circonstances de nature à influencer sur son consentement" s'agissant du prix auquel ses titres devaient être vendus).

48 J. Buhart et L. Lesur, Participations minoritaires et droit de la concurrence : Une réforme européenne nécessaire ? *Concurrences* n° 4-2013, p. 67.

potentiel et [de] s'abstenir de participer au vote de la délibération correspondante"⁴⁹. Le code AFEP-MEDEF reste toutefois étonnement silencieux sur la question des conflits d'intérêts pouvant émaner d'administrateurs communs entre entreprises concurrentes et est, en ce sens, d'un intérêt négligeable pour le droit de la concurrence. Par ailleurs, dans le cadre de ses "recommandations sur le gouvernement d'entreprise" publiées en 2015, l'Association française de gestion financière se dit défavorable à l'existence d'administrateurs réciproques mandataires sociaux dirigeants et aux participations croisées, "sauf si celles-ci résultent d'une alliance stratégique se situant dans un projet économique commun déclaré. En dehors de ce cas, cette pratique constitue un obstacle à la transparence et à l'indépendance de décision de la société".

27. Les principes de gouvernance d'entreprise, bien que d'un renfort marginal sur la question des mandats, n'ont qu'une portée limitée eu égard à la valeur non contraignante des codes et des limitations quasi inexistantes du nombre de cumuls en droit des sociétés, rendant difficile le respect même des devoirs clés incombant aux administrateurs.

III. Traitement par le droit de la concurrence des risques anticoncurrentiels liés aux cumuls de mandats d'administrateur

1. Une prise de conscience limitée de ces risques

28. Les risques anticoncurrentiels spécifiques nés des cumuls sont rarement évoqués par les autorités de concurrence : au niveau européen, les rares mentions relatives aux effets des mandats croisés sont à trouver dans les lignes directrices sur les concentrations horizontales⁵⁰. Dans les États membres, outre l'exception italienne, l'autorité de la concurrence suédoise a publié un rapport sur les man-

datés croisés d'administrateur⁵¹. Ce rapport, dont on peut regretter qu'il n'ait pas été suivi de mesures concrètes, se polarise sur les risques accrus de coordination entre concurrents engendrés par les pratiques de croisement des administrateurs. Il traduit l'intérêt renouvelé de la Suède pour la prévention des dangers potentiellement induits par de telles pratiques⁵². En France, l'Autorité de la concurrence n'a que timidement évoqué les dangers liés à la présence des mêmes administrateurs au sein des conseils d'administration d'entreprises verticalement intégrées. Dans son avis n° 13-A-14 du 4 octobre 2013 relatif au projet de loi portant réforme ferroviaire, l'Autorité recommande "afin de limiter les risques de prise d'intérêts croisés et de circulation d'informations commercialement sensibles entre le gestionnaire d'infrastructure et l'opérateur historique de transport (...) que les mêmes personnes ne puissent siéger aux conseils d'administration de SNCF Réseau et de SNCF Mobilités"⁵³. À cette recommandation visant explicitement à empêcher des pratiques anticoncurrentielles dans le cadre d'une intégration verticale s'ajoute la suggestion de rendre plus explicite l'article L. 2111-16-1 du projet de loi pour étendre à "tous les membres du conseil d'administration de SNCF Réseau [la] prise d'intérêts ou de responsabilités dans une entreprise ferroviaire, une filiale ou une société contrôlant une entreprise ferroviaire"⁵⁴ et ne plus limiter cette interdiction au seul président du conseil d'administration de SNCF Réseau. Ces recommandations de l'Autorité, si elles se cantonnent à un avis, attestent des dangers que peut représenter le cumul de mandats d'administrateur au sein de concurrents directs et d'entreprises verticalement intégrées.

29. Les risques des cumuls entre concurrents sont aussi directement identifiés par le régulateur européen du football professionnel, l'Union des associations européennes de football (UEFA) qui prohibe les cumuls de fonctions de direction ou d'administration entre concurrents : "Pour assurer l'intégrité des compétitions interclubs de l'UEFA (...) [aucun club ne peut] détenir un quelconque pouvoir dans la gestion, l'administration et/ou les activités sportives de tout autre club participant à une (...) compétition interclubs de l'UEFA"⁵⁵. Cette interdiction semble nécessaire pour garantir l'efficacité et l'intégrité du processus de concurrence entre les différents acteurs d'une même compétition sportive.

49 Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, AFEP-MEDEF, mis à jour en novembre 2015.

50 Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE n° C. 31, 5.2.2004, § 20.

51 L. Bohman, Svenska aktiebolags styrelsenätverk, Konkurrensverket – Swedish Competition Authority, Uppdragsforskningsrapport, 2012.

52 C. Wik, Report Published by the Swedish Competition Authority Shows that Interlocking Directorates Open the Door for Cooperation, *Roschier Monthly Brief*, 26 July 2012.

53 Aut. conc., avis n° 13-A-14 du 4 octobre 2013 relatif au projet de loi portant réforme ferroviaire, 179.

54 *Ibid.*, 178.

55 Règlements de l'UEFA Champions League Cycle 2015-18, Saison 2015/16, article 5: Intégrité de la compétition. http://fr.uefa.org/MultimediaFiles/Download/Regulations/uefaorg/Regulations/02/23/69/57/2236957_DOWNLOAD.pdf.

2. Portée du droit de la concurrence

30. Faute de législation spécifique, le droit de la concurrence de l'UE peut s'appliquer, dans certains cas, aux effets anticoncurrentiels attachés aux cumuls⁵⁶. Il convient d'en examiner concrètement la portée.

2.1 Application des articles 101 et 102 TFUE

2.1.1 Application de l'article 101

31. Une première question est de savoir si la nomination d'un administrateur au conseil d'administration peut constituer un accord entre entreprises au sens de l'article 101. La nomination unilatérale d'un administrateur par l'assemblée générale des actionnaires ne semble pas pouvoir constituer un accord entre entreprises⁵⁷. Néanmoins, si elle découle d'un pacte d'actionnaires, cette nomination peut constituer un tel accord entre parties et tomber dans le champ d'application matériel de l'article 101 TFUE⁵⁸. En l'absence d'accord entre entreprises, il est possible de se placer sur le terrain d'une pratique concertée entre entreprises, lesquelles, en coordonnant leurs pratiques sans aller jusqu'à conclure un accord formel, peuvent sciemment opter pour une coopération pratique plutôt que de s'exposer aux risques d'un marché concurrentiel⁵⁹. Ainsi, la CJUE a par exemple rappelé dans l'affaire *Suiker Unie* que l'article 101 TFUE s'oppose "à toute prise de contact directe ou indirecte entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet, soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché"⁶⁰. Par ailleurs, elle a également rappelé dans la décision *Hüls* que la présomption de prise en compte des informations échangées est d'autant plus grande que "la concertation a lieu sur une base régulière au cours d'une longue période"⁶¹. La politique actuelle poursuivie par la Commission en matière d'échange d'information entre concurrents est résumée dans les Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale. En dehors d'un contexte d'entente, l'échange d'information entre concurrents peut en lui-même constituer une restriction de la concurrence par objet, si le flux concerne des informations individualisées portant sur des prix ou des quantités futures⁶².

32. La question centrale tient dans la détermination de l'existence d'une concordance de volontés dans l'échange d'informations résultant de la présence d'administrateurs croisés au sein des conseils d'administration, car la procédure de nomination peut être un acte unilatéral de la part d'un actionnaire⁶³. Si, en principe, cette pratique peut être qualifiée de pratique concertée, il semble difficile que les flux d'information intervenant dans le cadre d'un conseil d'administration, réunion interne à la société, puissent à eux seuls permettre d'établir une pratique concertée. À notre connaissance, il n'existe aucune affaire dans laquelle une pratique concertée aurait été identifiée dans le strict contexte d'un conseil d'administration, ceci reflétant la difficulté pratique pour une autorité de la concurrence de produire des éléments tangibles propres à démontrer une pratique concertée à partir d'une situation de cumuls de mandats d'administrateur. Les effets unilatéraux des cumuls sur l'affaiblissement de la concurrence échappent quant à eux aux dispositions de l'article 101 dans la mesure où la restriction de la concurrence n'interviendrait pas dans un cadre de concours des volontés.

33. Aussi, la Commission est historiquement intervenue sur le fondement de l'article 101 pour se saisir des effets anticoncurrentiels attachés aux liens structurels, avant l'introduction du contrôle des concentrations en 1989, et dans le cadre de notifications d'accords auprès de la Commission aux fins d'obtenir leur exemption au titre de l'article 101(3) TFUE avant 2002. La possibilité d'appliquer l'article 101 aux liens structurels entre concurrents a été expressément ouverte lors de l'affaire *Philip Morris*⁶⁴, dans laquelle la CJUE a reconnu qu'une prise d'intérêts chez un concurrent pouvait servir à influencer le comportement de ce dernier⁶⁵, notamment lorsqu'elle attestait de l'existence d'une politique d'entente⁶⁶. La Commission a considéré que le raisonnement suivi dans cette affaire était toujours applicable en dépit de l'introduction du contrôle des concentrations (EUMR) en 1990⁶⁷. La Commission a appliqué ce raisonnement dans le cadre d'une procédure de notification d'un accord aux fins d'obtenir son exemption, lors de l'affaire *BT/MCI*⁶⁸, dans laquelle l'acquisition par British Telecommunications plc (BT) de 20 % du capital de MCI Communication Corpora-

56 J.-P. Schmidt, Germany: Merger control analysis of minority shareholdings – A model for the EU? *Concurrences* n° 2-2013, pp. 31-36.

57 T. Staahl Gabrielsen, E. Hjelmgang and L. Sorgard, Rethinking Minority Share Ownership and Interlocking Directorships – The Scope for Competition Law Intervention, *European Law Review*, 2011, 36839, 856-8.

58 D'après le jugement dans *Philip Morris*.

59 CJUE, arrêt du 14 juillet 1972, *ICI*, aff. 48/69, *Rec.* 619.

60 CJUE, arrêt du 16 décembre 1975, *Suiker Unie v. EC Commission*, aff. 40/73, § 174.

61 CJUE, arrêt du 8 juillet 1999, *Hüls AG v. Commission of the European Communities*, aff. C-199/92, § 162.

62 Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, *JOUE* n° C. 11, 14.1.2011.

63 Toutefois, la réception passive d'informations peut suffire à qualifier une concertation entre les parties dans la mesure où l'acceptation de cette information est mutuelle. V. not. Trib UE, arrêt du 15 mars 2000, *Cimenteries CBR SA*, aff. jtes T-25/95 et autres, § 18. "La notion de pratique concertée suppose l'existence de contacts caractérisés par la réciprocité (...) Cette condition est satisfaite lorsque la divulgation, par un concurrent à un autre, de ses intentions ou de son comportement futurs sur le marché a été sollicitée ou, à tout le moins, acceptée par le second."

64 CJUE, arrêt du 17 novembre 1987, *British American Tobacco Company Limited and R. J. Reynolds Industries Inc. v. European Commission* ("Philip Morris"), aff. 142/85, 156/84.

65 *Philip Morris*, 38.

66 *Philip Morris*, 40.

67 F. E. González-Díaz, Minority Shareholdings and Interlocking Directorships: The European Union Approach, *CPI Antitrust Chronicle*, January 2012(1), p. 10, citant les affaires *BT/MCI* et *Olivetti/Digital*.

68 F. E. González-Díaz, Minority Shareholdings and Interlocking Directorships: The European Union Approach, *CPI Antitrust Chronicle*, January 2012(1), p. 10, citant les affaires *BT/MCI* et *Olivetti/Digital*.

tion (MCI) lui donnait notamment droit à “une représentation proportionnelle à sa participation” au conseil d’administration de cette dernière⁶⁹. Dans ce dossier, la Commission a apprécié “dans quelle mesure la représentation de BT au conseil d’administration de MCI pouvait entraîner une coordination du comportement concurrentiel des deux entreprises” en raison notamment de la possibilité pour le représentant de BT d’obtenir des informations confidentielles lors des réunions du conseil d’administration de MCI⁷⁰. La Commission a tenu compte du fait que la législation américaine en droit des sociétés et la législation antitrust empêcherait l’utilisation d’informations obtenues par BT via le conseil d’administration de MCI⁷¹. Elle a reconnu l’importance que peut revêtir le droit des sociétés dans le contrôle des risques anticoncurrentiels que fait peser la présence d’administrateurs croisés au sein des conseils d’administration⁷². Mais le fait, pour la Commission, d’invoquer le droit américain et notamment son volet antitrust comme garantie de contrôle des échanges d’informations est un aveu de faiblesse qui démontre l’insuffisance de ses propres instruments juridiques. La présence d’administrateurs croisés et les risques d’échanges d’informations ont également été spécifiquement appréciés dans l’affaire *Olivetti Digital*⁷³ par la Commission qui a considéré que la présence d’administrateurs croisés ne présentait pas ici de risque de coordination, motif pris de la fréquence limitée des réunions et du faible degré d’implication dans la fixation des prix du conseil d’administration⁷⁴.

2.1.2 Article 102

34. Les risques coordonnés peuvent théoriquement être pris en compte pour analyser la possible infraction de l’article 102 TFUE dans le cadre d’une situation de dominance collective⁷⁵. Dans ce cadre, la question est de savoir si la nomination unilatérale d’un administrateur est de nature à renforcer les liens économiques entre entreprises de manière à établir l’existence d’une situation de dominance collective⁷⁶. Dans l’affaire *Irish Sugar*, une situation d’abus de position dominante collective a été établie sur la base d’une combinaison de liens économiques

et structurels entre deux entreprises, dont l’existence d’administrateurs croisés⁷⁷. Néanmoins, l’enjeu tient au fait de savoir si, en l’absence de prises de participation ou de liens économiques, les effets coordonnés des cumuls pourraient être analysés sous l’angle de la position de dominance collective. Le fait qu’*Irish Sugar* constitue le seul cas d’abus de position dominante collective trouvé dans une relation verticale, et ce, au regard des faits de l’espèce, restreint sensiblement la vocation du texte à se saisir des effets anticoncurrentiels des cumuls de mandats croisés.

35. L’article 102 pourrait théoriquement s’appliquer aux effets unilatéraux si une des sociétés détient une position dominante sur le marché pertinent affecté par l’affaiblissement de la concurrence et que cette entreprise utilise sa représentation au sein du conseil d’administration pour affecter négativement la position de son concurrent. Il reviendrait alors à la Commission de prouver que la situation de cumul serait de nature à exclure un concurrent aussi efficace, et ce, au détriment du consommateur⁷⁸. En pratique, il est permis de douter de la possibilité que les effets unilatéraux des cumuls identifiés, typiquement associés à un affaiblissement de l’intensité de la concurrence, puissent avoir des conséquences telles que les conditions de l’existence d’un abus soient remplies.

2.2 Contrôle des concentrations

36. Les cumuls de mandats sont souvent conjoints à des acquisitions de participations entre entreprises. À ce titre, le contrôle des concentrations peut se saisir des risques potentiels que ces liens structurels présentent pour le droit de la concurrence⁷⁹. Ainsi, la Commission prend en compte, parmi d’autres facteurs, les risques posés par les cumuls de mandats dans son évaluation de la compatibilité des concentrations avec le marché commun. Ainsi, dans l’affaire *Thyssen/Krupp*, la Commission a retenu l’influence qu’octroyait une représentation de Krupp au conseil d’administration d’un de ses principaux rivaux, Kone, adossée à une participation de 10% sur la concurrence entre Thyssen et Kone. La Commission a conclu que ces liens structurels, notamment en raison d’un accès aux informations sensibles qu’ils permettaient via le conseil d’administration, avait la capacité d’affaiblir l’indépendance des concurrents dans leurs décisions commerciales. La suppression du droit de représentation au conseil d’administration de Kone fut ainsi ordonnée pour rendre la fusion compatible avec le marché commun⁸⁰. Dans *AXA/GRE* encore, un des engagements pris en vue de limiter les risques anticoncurrentiels de la concentration *AXA/GRE* était la démission d’un dirigeant d’AXA du conseil d’admini-

69 *BT/MCI*, 2.

70 *BT/MCI*, 44.

71 *Id.*

72 F. E. González-Díaz, *Minority Shareholdings and Interlocking Directorships: The European Union Approach*, *CPI Antitrust Chronicle*, January 2012(1), p. 11.

73 Commission, déc. du 11 novembre 1994, *Olivetti-Digital*, aff. IV/34.410.

74 *Olivetti-Digital*, 25.

75 F. E. González-Díaz, *Minority Shareholdings and Interlocking Directorships: The European Union Approach*, *CPI Antitrust Chronicle*, January 2012 (1), p. 12. Pour une définition du concept de position dominante collective, voir F. Marty, “*Abus de position dominante collective: L’Autorité de la concurrence sanctionne un abus de position dominante collective et rend obligatoires des engagements proposés par un Groupement d’Intérêt Économique permettant de garantir l’accès de matières premières essentielles aux opérateurs concurrents (Secteur des agrégats et des marchés aval à Saint-Pierre-et-Miquelon)*”, 26 janvier 2012, *Concurrences* n° 2-2012, art. n° 45622, pp. 69-71.

76 T. Staahl Gabrielsen, E. Hjelmeng and L. Sorgard, *Rethinking Minority Share Ownership and Interlocking Directorships – The Scope for Competition Law Intervention*, *European Law Review*, 2011, 36 839, 854.

77 Commission, déc. du 14 mai 1997, *Irish Sugar*, aff. 97/624, § 112.

78 Communication de la Commission – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l’application de l’article 82 du traité CE aux pratiques d’éviction abusives des entreprises dominantes.

79 Lignes directrices sur l’appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOUE* n° C. 31, 5.2.2004, § 20.

80 Comm. CE, déc. du 2 juin 1998, *Thyssen/Krupp*, aff. IV/M.1080.

nistration de GRE⁸¹. De même, la Commission a exigé qu'un terme soit mis à tous les liens personnels, dont les administrateurs communs, pour autoriser la concentration entre AGF et Allianz⁸². Ainsi, la Commission européenne a, à plusieurs reprises, examiné les risques anticoncurrentiels posés par un cumul de mandats d'administrateur, dans le cadre du contrôle des concentrations. En France, le rachat de SFR par Numericable a été autorisé après des engagements de réduction des liens structurels existant entre Vivendi et Numericable au vu des risques d'affaiblissement de la concurrence sur les marchés de l'édition et de la commercialisation de chaînes et de la fourniture d'accès à Internet. Il a été admis que Vivendi ne doit pas accéder à des informations sensibles sur des marchés où il est concurrent avec le groupe et que les représentants de Vivendi devraient quitter la réunion s'il était fait état d'informations sensibles lors du conseil d'administration. De plus, le groupe Numericable s'est engagé à ne pas nommer de représentants de Vivendi dans la plupart de ses comités⁸³. La création de *Chinese Walls* est un des moyens du droit de la concurrence pour limiter les risques anticoncurrentiels des cumuls de mandats. Or il est permis de douter de la mise en œuvre de ces remèdes qui ne viennent pas efficacement délier les liens structurels problématiques entre entreprises concurrentes.

37. Lorsque des liens structurels sont établis entre concurrents en dehors d'une acquisition, les effets anticoncurrentiels peuvent faire l'objet d'un examen seulement s'ils induisent un "*changement durable du contrôle*" de l'entreprise, déterminant l'existence d'une concentration au sens de l'article 3 du règlement (CE) n° 139/2004 du 20 janvier 2004. Alors que la définition du changement de contrôle ne sera pas détaillée, il est important de noter qu'une acquisition de moins de 50 %, mais associée à des contrats ou moyens donnant la possibilité d'exercer une "*influence déterminante*" sur l'activité de l'entreprise, suffit à remplir la condition d'acquisition de contrôle⁸⁴. Cependant, il semble difficile d'établir que la présence d'un administrateur indépendant puisse, à elle seule, conférer une influence déterminante si elle n'est pas assortie d'une prise de participation ou d'autres contrats. Ainsi, le lien structurel créé par un cumul de mandats échappera au contrôle des concentrations quand bien même le cumul permettrait à une entreprise d'exercer une influence sur son concurrent.

81 Comm. CE, déc. du 8 avril 1999, *AXA/GRE*, aff. COMP/M.1453, § 34.

82 Comm. CE, déc. du 8 mai 1998, *Allianz/AGF*, aff. COMP/M 1082.

83 Aut. conc., déc. du 30 octobre 2014 n° 14-DCC-160 relative à la prise de contrôle exclusif de SFR par le groupe Altice, §§ 876-878.

84 Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises [2004] JO n° L. 24/1, art. 3(2).

2.3 Conclusion sur la portée du droit de la concurrence

38. En définitive, les effets coordonnés des cumuls ne pourront être examinés dans le cadre de l'article 101 que si l'existence d'une concordance de volontés est établie, preuve qui peut s'avérer difficile à apprécier si cette concordance intervient dans le cadre d'une réunion du conseil d'administration. Les effets unilatéraux ont vocation à échapper à tout examen sur le fondement du règlement (CE) n° 139/2004 du 20 janvier 2004, à moins que le cumul ne soit attaché à une transaction d'acquisition, donnant lieu à un changement durable de contrôle. Enfin, l'article 102 semble d'un apport limité, tant le cadre d'analyse de l'établissement d'un abus est étroit et inadéquat, pour capter les effets unilatéraux liés aux cumuls de mandats.

Conclusion

39. Les cumuls de mandats d'administrateur au sein de mêmes secteurs d'activité, répandus en Europe, sont susceptibles de poser de sérieux problèmes de concurrence et de gouvernance d'entreprise. Le droit de la concurrence, comme le droit des sociétés ou le droit boursier, apportent des réponses sinon ponctuelles du moins incomplètes pour mitiger les risques d'une concurrence moins intense et d'éventuels conflits d'intérêts dans des secteurs caractérisés par de multiples interconnexions entre entreprises. Faute de convergence entre ces matières dans l'appréhension des liens structurels et des situations de cumul de mandats d'administration, la prévention et la sanction des risques anticoncurrentiels auxquels ils donnent prise restent largement inopérantes tant à l'échelon national qu'à l'échelon européen. Tant que les risques unilatéraux d'un affaiblissement de la concurrence demeureront en dehors du champ d'application matériel des textes européens (et sauf à ce qu'une entreprise soit en position dominante ou que la situation de cumul des mandats soit attachée à une opération d'acquisition contrôlable), les solutions existantes se heurteront aux questions pratiques d'application du cadre juridique sur les pratiques anticoncurrentielles aux échanges d'information émanant des réunions de conseils d'administration. La question des remèdes pouvant être prescrits affaiblit davantage la portée pratique de l'article 101 dans sa vocation à limiter les risques coordonnés des cumuls. Les limitations apportées par le droit des sociétés et le droit boursier sont rares et sporadiques en Europe (France, Pays-Bas) et la diversité des éventuelles solutions ne permet pas non plus de régler de manière satisfaisante les problèmes posés à l'échelle européenne. L'existence d'un vide juridique entourant la question des cumuls de mandats d'administrateur est donc réelle, et l'intérêt de la résoudre, pressant.

40. Pour ce faire, il convient de définir la nature de la réponse à apporter aux problèmes relevés et d'identifier le niveau d'intervention national ou européen qui serait le plus approprié. Si le droit des sociétés des États membres semble pouvoir fournir des solutions *ex ante* au

problème, celui-ci poursuit des objectifs spécifiques comparativement à ceux que s'assigne le droit de la concurrence. Il faut veiller aux conséquences susceptibles de résulter de solutions nationales qui, bien qu'opportunes, pourraient s'avérer contradictoires avec l'adoption d'une réglementation ambitieuse et harmonisée. Si l'introduction au niveau européen d'une interdiction du cumul de mandats d'administrateur entre concurrents à l'instar de ce qui se pratique en droit américain semble être difficilement envisageable, une limitation raisonnée de ces cumuls, assise sur une discussion approfondie, pourrait constituer une première pierre à porter à l'édifice d'un

système de régulation. Un système visant à juguler cette pratique mériterait toute l'attention des régulateurs en ce que ses implications peuvent largement excéder les limites du droit de la concurrence pour investir les sphères du droit des sociétés et du droit boursier, ayant trait à la gouvernance d'entreprise. Une analyse empirique et systématique des réseaux d'entreprises en Europe, de la nature des liens structurels et des risques que ces liens présentent pour l'économie doit être le préalable nécessaire à toute discussion de réformes. Elle est, en tout état de cause, indispensable à l'évaluation de l'impact des différentes options envisagées. ■

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

Editoriaux

Jacques Attali, Elie Cohen, Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester, Eleanor Fox, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet, Hubert Legal, Mario Monti, Margrethe Vestager, Bo Vesterdorf, Louis Vogel, Denis Waelbroeck, Marc van der Woude...

Interviews

Sir Christopher Bellamy, Thierry Dahan, Jean-Louis Debré, John Fingleton, François Hollande, Frédéric Jenny, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Emmanuel Macron, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy, Christine Varney...

Dossiers

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, David Bosco, Murielle Chagny, John Connor, Damien Gérardin, Assimakis Komninos, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Robert Saint-Esteben, Jacques Steenbergen, Florian Wagner-von Papp, Richard Whish...

Articles

Guy Canivet, Emmanuelle Claudel, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Nathalie Homobono, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Luc Peeperkorn, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Joseph Vogel, Wouter Wils...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

International

Germany, Belgium, Canada, China, Hong-Kong, India, Japan, Luxembourg, Switzerland, Sweden, USA...

Droit & économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné, Laurent Flochel, Frédéric Jenny, Gildas de Muizon, Jorge Padilla, Penelope Papandropoulos, Anne Perrot, Etienne Pfister, Francesco Rosati, David Sevy, David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Ludovic Bernardeau, Anne-Sophie Choné Grimaldi, Michel Debroux, Etienne Thomas

PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric Marty, Anne-Lise Sibony, Anne Wachsmann

PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Frédéric Buy, Muriel Chagny, Valérie Durand, Jean-Louis Fourgoux, Jean-Christophe Roda, Rodolphe Mesa, Marie-Claude Mitchell

DISTRIBUTION

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré, Didier Ferrier, Anne-Cécile Martin

CONCENTRATIONS

Olivier Billard, Jean-Mathieu Cot, Ianis Girgenson, Jacques Gunther, Sergio Sorinas, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel, Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Laurent Binet, Hubert Delzangles, Emmanuel Guillaume, Jean-Paul Tran Thiet

MISE EN CONCURRENCE

Bertrand du Marais, Arnaud Sée

SECTEUR PUBLIC

Jean-Philippe Kovar, Francesco Martucci, Stéphane Rodrigues

JURISPRUDENCES

EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

Karounga Diawara, Pierre Kobel, Silvia Pietrini, Jean-Christophe Roda, Per Rummel, Julia Xoudis

POLITIQUE INTERNATIONALE

Sophie-Anne Descoubes, Marianne Faessel, François Souty

Livres

Sous la direction de Stéphane Rodrigues

Reuves

Christelle Adjémian, Mathilde Brabant, Emmanuel Frot, Alain Ronzano, Bastien Thomas

> **Revue Concurrences** | **Review Concurrences**

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	515,00 €	618,00 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	538,00 €	567,59 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + e-archives)</i>	804,00 €	964,80 €

> **e-Bulletin e-Competitions** | **e-Bulletin e-Competitions**

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	719,00 €	862,80 €
--	----------	----------

> **Revue Concurrences + e-Bulletin e-Competitions** | **Review Concurrences + e-Bulletin e-Competitions**

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Review (print version + e-Bulletin + e-archives)</i>	866,00 €	1039,20 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Review (online version + e-Bulletin + e-archives)</i>	924,00 €	1108,80 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Review (print & electronic versions + e-Bulletin + e-archives)</i>	1040,00 €	1248,00 €

Renseignements | **Subscriber details**

Nom-Prénom | *Name-First name*

e-mail

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

Code postal | *Zip Code* Pays | *Country*

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)*

Formulaire à retourner à | **Send your order to:**

Institut de droit de la concurrence

21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - France | contact: webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de Concurrences et l'accès électronique aux Bulletins ou articles de e-Competitions ont lieu dès réception du paiement complet. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Concurrences hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping outside France