



Droit des affaires

Regard sur le transfert transfrontalier du siège des sociétés : une avancée

Par Catherine CATHIARD, Didier PORACCHIA et Thomas BIERMEYER

Sort des créances déclarées en cas de résolution d'un plan

Par Jean-Luc VALLENS

L'indication du TEG sur les copies informatiques des décomptes

Par Jamel DJOUDI

Précisions sur les conditions d'appréciation d'une pratique commerciale déloyale au sens de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005

Par Adrien BASCOULERGUE

Mandat extérieur à l'entreprise et bénéfice du statut protecteur contre le licenciement

Par Isabelle CORNESSE

ÉTUDES

La médiation dans le domaine de la consommation

Par Jean-Pierre PIZZIO

Succursales étrangères et *pools* bancaires à l'épreuve de l'information annuelle des cautions

Par Alex BEBE EPALE

DOSSIER SPÉCIAL

À la recherche d'une présomption de responsabilité des sociétés mères en droit français

Par Christine CARPENTIER, Julien CHEVAL, Emmanuel DAOUD, Julie FERRARI, César GHRENASSIA, Clarisse LE CORRE et Caroline RONIN

Collection
LAMY
DROIT DES
AFFAIRES

RIDA 4334

Par Clarisse
LE CORRE
Juriste



et Emmanuel
DAOUD
Avocat à la Cour
VIGO Cabinet d'avocats



La présomption d'influence déterminante : l'imputabilité à la société mère des pratiques anticoncurrentielles de sa filiale

Le droit interne et communautaire de la concurrence fait peser une présomption d'influence déterminante sur les sociétés mères, aux termes de laquelle la société mère qui détient la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale auteur de pratiques anticoncurrentielles est présumée exercer une influence déterminante sur le comportement de sa filiale. Cette présomption de responsabilité peut toutefois être renversée par la société mère en démontrant que sa filiale détermine de façon autonome sa ligne d'action sur le marché.

En droit interne et communautaire de la concurrence, le comportement d'une filiale au sein d'un groupe de sociétés peut être imputé à la société mère notamment lorsque la filiale, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société mère.

Cette solution jurisprudentielle, établie depuis les années 1970 (CJCE, 14 juill. 1972, aff. 48/69, Imperial Chemical Industries Ltd, Rec. CJCE, p. 619), est fondée sur le fait qu'en l'absence d'autonomie de la filiale par rapport à la société mère, ces deux sociétés font partie d'une seule et même entité économique et, partant, forment une entreprise au sens du droit de la concurrence.

La jurisprudence communautaire a ainsi défini un régime de la preuve spécifique pour apprécier l'autonomie de comportement d'une filiale par rapport à sa société mère, régime en vertu duquel la société mère qui détient la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale auteur du comportement infractionnel est présumée exercer une influence déterminante sur le comportement de sa filiale.

Il incombe alors à la société mère de renverser cette présomption d'influence déterminante en rapportant des éléments de preuve susceptibles de démontrer que sa filiale détermine de façon autonome sa ligne d'action sur le marché.

La définition en droit de la concurrence d'une telle simplification probatoire conduit nécessairement à s'interroger sur la manière dont le droit communautaire et interne de la concurrence a appréhendé et structuré ce régime d'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles d'une filiale à sa société mère, s'agissant notamment des conditions de la mise en œuvre de la présomption d'influence déterminante (I) et de la portée de son caractère réfragable (II). L'application de la présomption par les autorités de concurrence, et surtout la fermeté de leur position en la matière, comportent des conséquences pratiques significatives, en particulier eu égard au montant des sanctions pécuniaires prononcées, traduisant de ce fait une politique de renforcement de la dimension dissuasive du droit de la concurrence (III).

I. – LES CONDITIONS DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA PRÉSUMPTION D'INFLUENCE DÉTERMINANTE

A. – L'entité économique résultant du défaut d'autonomie de la filiale

La question de l'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles au sein d'un groupe de sociétés doit avant tout s'analyser à la lumière de la notion d'entreprise en droit de la concurrence. Il sera en effet rappelé que les dispositions prohibant les pratiques anticoncurrentielles, tant en droit communautaire avec les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qu'en droit interne avec les articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce, font référence à des infractions commises par des entreprises.

La notion d'entreprise en droit de la concurrence désigne toute entité économique autonome, dotée de moyens matériels et humains, qui exerce une activité commerciale sur un marché donné, indépendamment du statut juridique de cette dernière et de son mode de financement (CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH, Rec. CJCE, I, p. 979 ; cf. également CJCE, 24 oct. 1996, aff. C-73/95 P., Viho, Rec. CJCE, I, p. 5457 ; CJCE, 12 juill. 1984, aff. 170/83, Hydrotherm Gerätebau, Rec. CJCE, p. 2999. Le Conseil de la concurrence a repris cette notion d'entreprise propre au droit communautaire de la concurrence, considérant que « constitue une entreprise toute entité économique autonome, privée ou publique, comprenant un ensemble de moyens matériels et humains concourant à son activité », in Cons. conc., déc. n° 95-D-76, 29 nov. 1995, relative à des pratiques constatées à l'occasion de marchés de grands travaux dans le secteur du génie civil).

Une société mère et sa filiale sont qualifiées d'« entreprise » lorsque la filiale est dépourvue d'autonomie, c'est-à-dire qu'elle n'est pas en mesure de définir sa propre stratégie commerciale, financière et technique, et ne peut s'affranchir du contrôle hiérarchique du siège dont elle dépend (Cons. conc., déc. n° 03-D-17, 31 mars 2003, relative à des pratiques sur le marché de la distribution des carburants sur autoroutes). La notion d'entreprise au sens du droit de la concurrence s'applique alors à l'unité économique que forment la société mère et sa filiale, justifiant la soumission de la société mère aux règles de concurrence.

La circonstance qu'une filiale ait une personnalité morale distincte ne suffit pas à écarter la possibilité que son comportement soit imputé à la société mère, lorsque la filiale ne détermine pas son comportement de façon autonome et applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société mère (CJCE, 15 juill. 1972, Imperial Chemical Industries, préc. ; CJCE, 21 févr. 1973, aff. 6/72, Europemballage e.a., Rec. CJCE, p. 215 ; CJCE, 24 oct. 1996, Viho, préc. ; CJCE, 24 sept. 2009, aff. C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P et C-137/07 P, Erste Group Bank AG e.a., Rec. CJCE, I, p. 8681 ; Trib. UE, 17 mai 2011, aff. T-299/08, >

Elf Aquitaine SA et Trib. UE, 17 mai 2011, aff. T-343/08, Arkema France). Il est en effet considéré que « la séparation formelle entre ces sociétés, résultant de leur personnalité juridique, ne pourrait s'opposer à l'unité de leur comportement sur le marché, aux fins de l'application des règles de concurrence » (CJCE, 15 juill. 1972, Imperial Chemical Industries, préc.). L'examen des règles d'imputabilité en droit de la concurrence montre ainsi un dépassement du « cloisonnement juridique qu'implique la personnalité morale » de la filiale, pour rechercher la responsabilité de l'entité qui contrôle cette dernière et « ériger en sujets de droit des ensembles d'entités réunies sous un contrôle commun » (Chaput F., L'autonomie de la filiale en droit de la pratique anticoncurrentielle, Contrats, conc., consom. 2010, étude n° 1).

Il en résulte que les comportements anticoncurrentiels d'une filiale sont imputables à la société mère lorsque la filiale ne détermine pas de façon autonome sa ligne d'action sur le marché et, corrélativement, que les liens entre ces deux dernières ne sauraient être qualifiés d'entente (CJCE, 15 juill. 1972, Imperial Chemical Industries, préc., pt. 133 : « lorsque la filiale ne jouit pas d'une autonomie réelle dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché, les interdictions édictées par l'article 85, paragraphe 1, peuvent être considérées comme inapplicables dans les rapports entre elle et la société mère, avec laquelle elle forme une unité économique ». Pour un exemple en droit interne : Cons. conc., déc. n° 03-D-01, 14 janv. 2003, relative au comportement de sociétés du groupe L'Air Liquide dans le secteur des gaz médicaux, pt. 123 : « en l'absence d'autonomie commerciale et financière, les différentes sociétés du groupe forment alors une unité économique au sein de laquelle les décisions et accords ne peuvent relever du droit des ententes »).

B. – Une présomption fondée sur la détention capitalistique de la filiale

1. – En droit communautaire

La présomption d'influence déterminante établie par la jurisprudence communautaire repose sur la détention capitalistique de la filiale par la société mère. La société mère qui détient, directement ou indirectement par le biais d'une société interposée, la totalité ou la quasi-totalité du capital social de sa filiale, est présumée de façon réfragable exercer effectivement une influence déterminante sur son comportement sur le marché (CJCE, 25 oct. 1983, aff. C-107/82, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG, Rec. CJCE, p. 03151 ; cf., pour un rappel de ce principe, CJCE, 22 mai 2008, aff. C-266/06, Evonik Degussa ; TPICE, 30 avr. 2009, aff. T-12/03, Itochu Corporation, Rec. CJCE, II, p. 883 ; TPICE, 18 déc. 2008, aff. T-85/06, General Química SA, Repsol SA, Repsol YPF SA, Contrats, conc., consom. 2009, comm. n° 54 ; TPICE, 31 mars 2009, aff. T-405/06, Arcelor-Mittal, Contrats, conc., consom. 2009, comm. n° 137). Il est en effet considéré qu'en raison d'une

telle détention capitalistique, la filiale ne détermine pas de façon autonome sa ligne d'action sur le marché et constitue de ce fait avec la société mère une seule et même entreprise au sens du droit de la concurrence.

Jusqu'à récemment, des incertitudes demeuraient toutefois quant à la force de la présomption définie par le juge communautaire, incertitudes relatives à la marge de manœuvre de ce dernier dans l'appréciation de la responsabilité au sein d'un groupe de sociétés. En effet, si la plupart des précédents jurisprudentiels semblaient conforter l'idée que la détention de l'intégralité du capital d'une filiale était un indice suffisant pour établir l'influence déterminante de la société mère sur celle-ci, l'arrêt *Stora* semblait avoir initié un fléchissement de la jurisprudence, la Cour ne se fondant pas uniquement sur le fait que la société mère détenait la totalité du capital de sa filiale, et prenant également en compte des indices additionnels, tels que l'absence de contestation de l'influence exercée par la société mère sur la politique commerciale de sa filiale et la représentation commune des deux sociétés durant la procédure administrative (CJCE, 16 nov. 2000, aff. C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslags*, Rec. CJCE, I, p. 9925). De même, le juge communautaire avait, dans l'affaire *Bolloré*, considéré que « l'élément relatif à la détention de la totalité du capital de la filiale, s'il constitue un indice fort, ne suffit pas à lui seul pour permettre d'imputer la responsabilité à la société mère » (TPICE, 26 avr. 2007, aff. T-109/02, *Bolloré*, Rec. CJCE, II, p. 947 ; la CJCE est cependant revenue sur cette solution dans un arrêt du 3 septembre 2009, *Papierfabrik August Koehler*, aff. jointes C-322/07 P, C-327/07 P et C-338/07 P, Rec. CJCE, I, p. 7191).

Par l'arrêt *Akzo*, la CJCE confirme avec fermeté la position stricte du juge communautaire en la matière, considérant que le simple fait que la filiale soit intégralement détenue par la société mère suffit pour retenir la responsabilité de cette dernière, la mise en œuvre de la présomption n'étant pas subordonnée à la production d'indices supplémentaires relatifs à l'exercice effectif d'une influence de la société mère (CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-97/08, *Akzo Nobel e.a.*, Rec. CJCE, I, p. 8237, pts. 60 à 62). La présomption d'influence déterminante se suffit à elle-même et dispense de devoir établir une double preuve : celle du contrôle sur la filiale, d'une part, et celle de l'exercice effectif du contrôle, d'autre part. Il n'est pas nécessaire de rapporter des éléments complémentaires établissant l'influence effective et déterminante de la société mère sur le comportement de sa filiale (« La Commission, pour

déclencher la présomption d'influence déterminante, peut se fonder sur la seule constatation de la détention par la société mère de la quasi-totalité du capital social de sa filiale et n'a pas à corroborer cet indice par des éléments additionnels » : Trib. UE, 17 mai 2011, aff. T-299/08, *Elf Aquitaine SA*, préc. ; et Trib. UE, 17 mai 2011, aff. T-343/08, *Arkema France*, préc. Cf. également CJUE, 20 janv. 2011, *Repsol Química SA e.a.*, préc.). Il sera d'ailleurs souligné que les erreurs commises par les autorités de concurrence dans l'appréciation de la portée des indices additionnels ne sont pas de nature à remettre en cause la présomption posée.

Lorsque la société mère ne détient ni la totalité ni la quasi-totalité du capital social de sa filiale et que, partant, les conditions d'application de la présomption ne sont pas réunies, le juge communautaire procède à la recherche de preuves additionnelles de l'absence d'autonomie de la filiale. Il s'agit dès lors de conduire une analyse *in concreto* fondée sur un faisceau d'indices, c'est-à-dire l'ensemble des éléments pertinents propres aux circonstances de l'espèce, relatifs aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent la filiale à la société mère (Trib. UE, 27 oct. 2010, aff. T-24/05, *Alliance One International*, pt. 171). Parmi les indices retenus figurent notamment les sujétions financières de la filiale, l'identité des dirigeants, l'émission de directives par la société mère, l'influence de la société mère en matière de politique des prix (CJCE, 14 juill. 1972, Imperial Chemical Industries, préc., pt. 137) et d'objectifs de vente (TPICE, 12 déc. 2007, aff. T-112/05, *Akzo Nobel e.a.*, Rec. CJCE, II, p. 5049) ou, plus largement, l'influence sur la gestion et la stratégie commerciale de la filiale (CJCE, 24 oct. 1996, *Viho*, préc., pt. 48). Les preuves additionnelles doivent nécessairement démontrer que la société mère exerce de manière effective une influence déterminante sur le comportement de sa filiale sur le marché, et non se contenter de constater qu'elle est en mesure d'exercer une telle influence (Trib. UE, 27 oct. 2010, *Alliance One International*, préc., pt. 126).

2. – En droit français

Le régime d'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles de la filiale ainsi défini par le juge communautaire est également mis en œuvre en droit interne par l'autorité française de concurrence et les juridictions de contrôle (cf. notamment Cons. conc., déc. n° 00-D-50, 5 mars 2001, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Française des Jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir, Cons. conc., déc. n° 09-D-06, 5 févr. 2009, relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne ; cf. notamment, pour les décisions des juridictions

de contrôle, Cass, com., 4 juin 1996, n° 94-17.065, Bull. civ. IV, n° 160, Jean Lefebvre ; et CA Paris, 1^{re} ch., sect. H, 25 mars 2008, Cemex Bétons Sud-Est), en vertu de la nécessaire homogénéité des règles d'imputabilité et d'un standard de preuve unique. L'Autorité de la concurrence rappelle à ce titre que « le régime de la preuve institué par la jurisprudence communautaire (s'impose) à l'Autorité de la concurrence lorsqu'elle fait application des stipulations des articles (...) 101 et 102 TFUE. En effet, la notion d'entreprise et les règles d'imputabilité relèvent des règles matérielles du droit communautaire de la concurrence. L'interprétation qu'en donnent les juridictions communautaires s'impose donc à l'autorité nationale de concurrence lorsqu'elle applique le droit communautaire, ainsi qu'aux juridictions qui la contrôlent » (Aut. conc., déc. n° 11-D-02, 26 janv. 2011, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques, pt. 595).

Le standard de preuve retenu par le juge français pour établir le défaut d'autonomie de la filiale est toutefois plus exigeant qu'au niveau communautaire. En effet, « même si elle a fait sienne la présomption d'influence déterminante sur les filiales détenues (en totalité ou en quasi-totalité), l'Autorité de la concurrence veille le plus souvent à conforter la preuve tirée de cette présomption par la démonstration d'éléments supplémentaires » (Chaput F., préc.). À ce titre, même en présence d'une filiale contrôlée à 100 % par la société mère, le juge national s'attache à relever d'autres indices de l'absence d'autonomie, considérant qu'« il convient d'examiner plusieurs paramètres, parmi lesquels l'importance de la participation financière de la société mère dans le capital de la société contrôlée, les nominations au sein des organes de direction, la possibilité pour les organes dirigeants de la société filiale de déterminer librement une stratégie industrielle, financière et commerciale pleinement autonome » (Cons. conc., déc. n° 07-D-12, 28 mars 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du chèque-cinéma, pt. 88 ; Aut. conc., déc. n° 11-D-02, 26 janv. 2011, préc., pt. 601 [l'Autorité de la concurrence prenant le soin de relever que le défaut d'autonomie résulte en l'espèce non seulement des liens juridiques et capitalistiques unissant les filiales à la société mère, mais également du contrôle exercé sur les filiales par les conseillers du président de la société mère et de la coordination de la stratégie commerciale du groupe]).

Aussi la recherche de la responsabilité de la société mère n'est-elle pas systématique en droit interne : « l'imputation des pratiques d'une filiale à sa société mère, qui ne constitue qu'une faculté, peut intervenir lorsque la filiale ne détermine pas de façon autonome sa ligne

d'action sur le marché » (CA Paris, 28 oct. 2010, confirmant Aut. conc., déc. n° 10-D-04, 26 janv. 2010, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des tables d'opération). Il a ainsi pu être jugé que des pratiques anticoncurrentielles étaient exclusivement imputables à la filiale qui disposait d'une autonomie commerciale et financière, bien que celle-ci soit détenue en totalité ou quasi-totalité par la société mère (Cons. conc., déc. n° 05-D-49, 28 juill. 2005, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location entretien des machines d'affranchissement postal, pts. 52 et 53 ; Cons. conc., déc. n° 08-D-25, 29 oct. 2008, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques).

II. – LE RENVERSEMENT DE LA PRÉSUMPTION D'INFLUENCE DÉTERMINANTE

A. – Les conditions du renversement de la présomption

En théorie, la société mère peut renverser la présomption simple d'absence

L'imputabilité des pratiques à la société mère ne résulte pas de sa participation matérielle à l'infraction.

d'autonomie de sa filiale en démontrant que celle-ci fixe sa ligne d'action sur le marché de manière autonome (cf., en ce sens, CJCE, 30 avr. 2009, Itochu Corporation, préc. ; TPICE, 30 sept. 2009, aff. T-161/05, Hoechst, Rec. CJCE, II, p. 3555 ; TPICE, 30 sept. 2009, aff. T-175/05, Akzo Nobel NV e.a.). Ce caractère réfragable traduit l'intention de ne pas définir une attribution automatique de la responsabilité à la société détenant la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale, conformément au principe de la responsabilité personnelle sur lequel repose le droit de la concurrence de l'Union (CJUE, 20 janv. 2011, General Química SA e.a., préc.).

Pour ce faire, la société mère doit produire tout élément relatif aux liens organisationnels, économiques et juridiques entre la société mère et sa filiale de nature à démontrer qu'elles ne constituent pas une seule entité économique ou entreprise et que la filiale est en mesure de définir de façon autonome son comportement sur le marché (TPICE, 30 sept. 2009, Hoechst, préc. ; TPICE, 30 sept. 2009, Akzo Nobel NV e.a., préc. ; Trib. UE, 17 mai 2011, Elf Aquitaine SA, préc. ; Trib. UE, 17 mai 2011, Arkema France, préc., Cf., en droit interne, CA Paris, 1^{re} ch., sect. H, 25 mars 2008, Cemex Bétons Sud-Est).

B. – Vers une présomption irréfragable en droit communautaire ?

En pratique, la présomption d'influence déterminante tirée de la détention capitalistique est très difficile à renverser car elle implique de rapporter la preuve d'un fait négatif, c'est-à-dire l'absence de contrôle effectif exercé par la société mère sur le comportement de sa filiale. Rares sont les exemples jurisprudentiels qui retiennent l'autonomie de la filiale et mettent hors de cause la société mère détenant la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale (cf. notamment TPICE, 27 sept. 2006, aff. T-43/02, Junghunzlauer, Rec. CJCE, II, p. 3435).

Aussi, sont systématiquement jugés, sinon indifférents, du moins insuffisants, par les autorités de concurrence, les arguments tenant au fait que la société mère ait interdit à ses filiales tout comportement anticoncurrentiel (CJUE, 20 janv. 2011, Repsol Química SA e.a., préc.), qu'elle n'ait pas participé au comportement incriminé ou qu'elle n'ait pas connaissance de l'infraction (CJCE, 10 sept. 2009, Akzo Nobel NV e.a., préc.), qu'elle n'exerce aucune influence sur le domaine spécifique ayant fait l'objet de l'infraction (TPICE, 12 déc. 2007, Akzo Nobel, préc.), que la filiale dispose du pouvoir de contracter sans autorisation préalable ou encore qu'elle présente une autonomie financière.

De tels arguments sont considérés inopérants car « la responsabilité de la société mère du fait de sa filiale n'est pas fondée sur une relation d'instigation de l'infraction ou d'implication dans celle-ci, mais sur le fait qu'elles constituent une seule entreprise au sens du droit de la concurrence » (TPICE, 30 sept. 2009, Hoechst, préc.). L'imputabilité des pratiques à la société mère ne résulte pas de sa participation matérielle à l'infraction. Sa qualification d'auteur repose uniquement sur les liens économiques et juridiques qui l'unissent à sa filiale et qui lui permettent de déterminer le comportement de cette dernière sur le marché considéré. Dès lors, la responsabilité de la société mère peut être engagée quand bien même elle n'aurait pas utilisé de manière effective les prérogatives qui lui permettaient d'agir sur sa filiale. Ce principe a été rappelé par la Cour de justice des communautés européennes dans l'arrêt Akzo : « le fait qu'une société mère et sa filiale constituent une seule entreprise au sens de l'article 81 CE permet à la Commission d'adresser une décision imposant des amendes à la société mère, sans qu'il soit requis d'établir l'implication personnelle de cette dernière dans l'infraction » (CJCE, 10 sept. 2009, Akzo Nobel NV e.a., préc., pts. 58 et 59).

La fermeté de la position du juge communautaire n'est pas exempte de critiques car si le contrôle capitalistique est vraisemblablement de nature à conférer à la société mère un pouvoir d'orientation stratégique sur les décisions de sa filiale, « *le pouvoir de décision en assemblée générale ne signifie pas ipso facto que la société mère détermine directement la politique et la stratégie* » de celle-ci (Champaud C., Danet D., Groupe de Sociétés, Responsabilité de la société mère pour les infractions aux règles de concurrence commises par ses filiales, RTD com. 2010, p.144). Le fait que l'argument tiré du pourcentage de participation détenu par la société mère soit opposé dogmatiquement à tous les éléments fondés sur la réalité de la répartition du pouvoir au sein du groupe contribue à systématiser l'imputabilité de la pratique anticoncurrentielle à la société mère et à rendre la présomption de facto quasi-irréfragable.

III. – LES CONSÉQUENCES DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA PRÉSUMPTION D'INFLUENCE DÉTERMINANTE

A. – Le débiteur de l'amende : l'engagement de la responsabilité conjointe et solidaire de la société mère et de sa filiale

Les autorités de concurrence se réservent le droit de retenir la responsabilité individuelle de la société mère et de la filiale ou leur responsabilité conjointe et solidaire (LexisNexis, Études thématiques, Concurrence et Contrat, p. 73 et s., disponible sur <http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/3_etudes_thematiques_ra09.pdf> ; Ancelin-Menais O., L'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles, JCP E 2008, 1428).

L'engagement de la responsabilité individuelle, tout d'abord, implique que la société mère et sa filiale ne peuvent être tenues solidairement responsables. Lorsque la filiale est jugée dépourvue d'autonomie, seule la société mère est considérée comme étant à l'origine de l'acte incriminé et sa responsabilité individuelle est retenue. Cette position était, jusqu'à récemment, celle de l'Autorité de la concurrence, qui refusait d'imputer l'infraction anticoncurrentielle conjointement à la société mère et sa filiale, à moins que les deux sociétés aient participé à la pratique incriminée, considérant qu'« *à l'intérieur d'un groupe de sociétés, les pratiques, lorsqu'elles sont mises en œuvre par une société filiale, ne sont imputables à cette filiale que pour autant qu'elle dispose d'une autonomie de décision par rapport à la société mère. Au cas contraire, les pratiques doivent être imputées à la maison mère* » (Cons. conc., déc.

n° 04-D-32, 8 juill. 2004, relative à la saisine de la société More group France contre les pratiques du groupe Decaux, point 167, décision confirmée par CA Paris, 1^{re} ch., sect. H, 22 févr. 2005 ; Cons. conc., déc. n° 04-D-56, 15 nov. 2004, relative à des pratiques mises en œuvre par le groupe La Dépêche du Midi et des commissaires-priseurs de Toulouse, point 80 ; Cons. conc., déc. n° 05-D-38, 5 juill. 2005, relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du transport public urbain de voyageurs, pt. 297 ; décision confirmée par CA Paris, 1^{re} ch., sect. H, 7 févr. 2006, Transdev, cassation partielle par Cass. com., 9 oct. 2007, n° 06-12.446, Veolia). L'Autorité de la concurrence refusait à ce titre de prononcer des sanctions solitaires et fixait de manière individualisée le montant de la sanction appliquée à chaque entité membre de l'entreprise (Chaput F., préc.).

La jurisprudence communautaire opte toutefois pour l'engagement de la responsabilité conjointe et solidaire des sociétés, conformément au principe de cohésion du groupe vis-à-vis des autorités de concurrence. La société mère et sa filiale formant une unité économique

L'imputation à la société mère des agissements de sa filiale comporte des enjeux financiers significatifs.

en raison du défaut d'autonomie de la filiale, l'organisation interne du groupe n'est pas opposable aux autorités de la concurrence. C'est bien l'entité économique que constitue l'entreprise au sens du droit de la concurrence qui doit, lorsqu'elle enfreint les règles de concurrence, répondre globalement des infractions commises, conformément au principe de la responsabilité personnelle (CJCE, 10 sept. 2009, Akzo Nobel e.a., préc., pt. 58). Ainsi, les différentes personnalités juridiques impliquées dans la pratique anticoncurrentielle sont conjointement et solidairement responsables (CJCE, 10 sept. 2009, Akzo Nobel NV e.a., préc. ; CJUE, 20 janv. 2011, Repsol Quimica SA e.a., préc. ; Trib. UE, 17 mai 2011, Elf Aquitaine SA, préc. ; et Trib. UE, 17 mai 2011, Arkema France, préc.). La Commission rappelle à ce titre que « *la responsabilité d'une société mère pour le comportement de sa filiale, lorsqu'elle est établie, ne saurait en aucune manière exonérer la filiale de sa propre responsabilité. La filiale demeure en effet individuellement tenue des pratiques anticoncurrentielles auxquelles elle a pris part. La responsabilité de la société mère vient s'ajouter, le cas échéant, en raison de l'influence et du contrôle qu'elle exerce sur sa filiale* » (Déc. Comm. CE, 30 nov. 2005, COMP/38354, Sacs industriels, pt. 588). L'Autorité de la concu-

rence a finalement adopté cette position, conformément au caractère contraignant de l'interprétation des règles d'imputabilité par les juridictions communautaires, en prononçant une sanction conjointe et solidaire à l'encontre d'une société mère et de sa filiale (Aut. conc., 9 déc. 2009, déc. n° 09-D-36, relative à des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, la Guadeloupe et la Guyane, pt. 423).

B. – Les conséquences sur le calcul de l'amende

L'imputation à la société mère des agissements de sa filiale comporte des enjeux financiers significatifs s'agissant tout d'abord de la fixation du plafond de l'amende, en ce que la mise en œuvre de la présomption permet d'étendre l'assiette de la sanction pécuniaire au chiffre d'affaires réalisé par une entité plus vaste (Ancelin-Menais O., préc.).

Le plafond de l'amende encourue pour une infraction aux règles de concurrence, tant en droit français qu'en droit communautaire, est égal à 10 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes de l'entreprise (C. com., art. L. 464-2, I ; Règl. Cons. CE n° 1/2003, 16 déc. 2002, art. 23) depuis le relèvement du plafond des sanctions opéré en droit interne par la loi n° 2001-420 sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 et, en droit communautaire, par la révision des lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, a), du règlement CE n° 1/2003. Le droit français précise que le chiffre d'affaires pris en compte pour le calcul de ce plafond est le chiffre d'affaires consolidé dès lors que les comptes de l'entreprise ayant mis en œuvre la pratique anticoncurrentielle sont eux-mêmes consolidés (C. com., art. L. 464-2, I, al. 4). En dépit de l'absence de dispositions similaires au sein du règlement CE, le juge communautaire procède lui aussi à un élargissement de l'assiette de la sanction, considérant que « *si plusieurs destinataires constituent l'entreprise au sens de l'entité économique responsable de l'infraction sanctionnée, et ce encore à la date d'adoption de cette décision, (...) le plafond peut être calculé sur la base du chiffre d'affaires global de cette entreprise, c'est-à-dire de toutes ses composantes cumulées* » (TPICE, 15 juin 2005, aff. T-71/03, Tokai Carbon, Rec. CJCE, II, p. 10 ; TPICE, 12 déc. 2007, Akzo Nobel, préc. : « *le plafond de 10 % (...) doit être calculé sur la base du chiffre d'affaires cumulé de toutes les sociétés constituant l'entité économique unique agissant en tant qu'entreprise au sens de l'article 81 CE, puisque seul le chiffre d'affaires*

