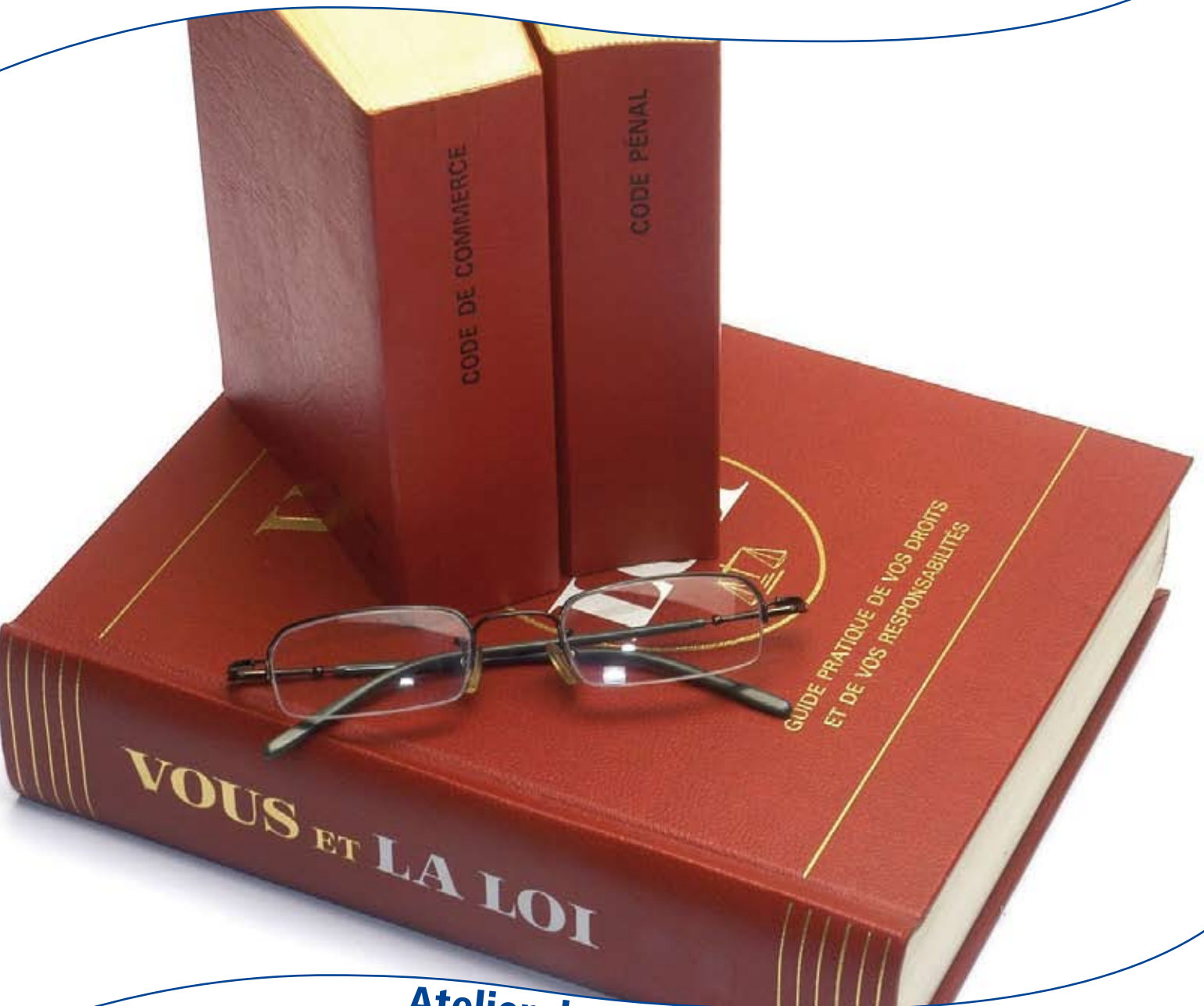
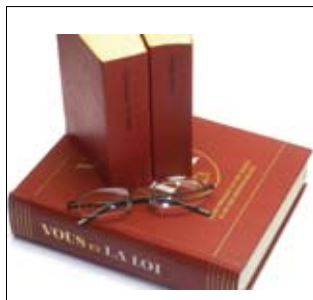


Les actes des ateliers

Imputabilité, sanctions, groupe



Atelier du 30 mars 2010



Imputabilité, sanctions, groupe

Atelier du 30 mars 2010

Présidé par: Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié, *avocat à la cour*

Accueil	3
Nathalie Homobono , <i>directrice générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes</i>	
Introduction	4
Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié , <i>avocat à la cour (Jeantet Associés, AARPI)</i>	
La responsabilité de la société-mère du fait des agissements de sa filiale : une présomption devenue irréfragable ?	4
Linda Arcelin , <i>maître de conférences à l'université de La Rochelle</i>	
La méthode de calcul de la sanction d'une filiale d'un groupe par la cour d'appel de Paris	8
Thierry Fossier , <i>magistrat, président de la Chambre de la régulation économique de la cour d'appel de Paris</i>	
Débat	11
L'allocation de la responsabilité du point de vue économique : incitations et coûts	13
François Lévêque , <i>professeur d'économie, centre d'économie industrielle (CERNA), MINES Paris Tech</i>	
Le principe de la responsabilité personnelle est-il en péril en droit de la concurrence ?	15
Bernard Bouloc , <i>professeur agrégé à l'université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)</i>	
Débat	19
Conclusion	20
Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié , <i>avocat à la cour</i>	

Accueil

Nathalie Homobono

directrice générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

Mesdames et Messieurs, je suis évidemment extrêmement heureuse de vous souhaiter la bienvenue dans ces locaux du ministère de l'Économie et de vous retrouver nombreux pour le thème de ce matin, concernant l'imputabilité, les sanctions et les groupes.

Ce thème recouvre une problématique qui n'est pas nouvelle. Elle consiste d'une part à se demander à qui imputer la responsabilité de pratiques anticoncurrentielles, à la société mère ? à la filiale ? ou aux deux. Elle consiste également à s'interroger sur le niveau des sanctions.

D'autres questions préciseront davantage cette problématique. Les pratiques anticoncurrentielles d'une filiale doivent-elles jeter la suspicion sur tout le groupe ? Est-il justifié de présumer que la société-mère est inévitablement informée des agissements de sa filiale ? Quelles conséquences en matière de sanctions ?

Avant d'aborder le cœur du sujet, je vous propose de faire ensemble un point de situation extrêmement rapide sur cette problématique, d'abord en France, et ensuite, au niveau européen.

En France tout d'abord, lorsque le thème de l'atelier a été choisi, il y a plus d'un an, il n'y avait pas d'actualité particulièrement forte sur ce sujet.

Depuis, tout récemment, le ministère de l'Économie a confié à une mission composée de trois personnalités un sujet qui n'est pas sans lien avec cette problématique, mais la dépasse largement : les sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles.

Je me devais d'évoquer devant vous l'existence de cette mission, même si nous n'y reviendrons pas spécialement dans la suite.

Ceci rappelé, deux mots sur la question de la responsabilité de la société-mère et du plafond de la sanction.

Quand considérer que la société mère est responsable des agissements de la filiale ?

Si l'on regarde les règles classiquement appliquées en droit français, la société-mère d'un groupe n'est pas responsable des agissements de sa filiale, dès lors que celle-ci dispose d'une autonomie de décision suffisante.

À cet égard, l'Autorité de la concurrence impute la responsabilité des pratiques à celle des sociétés qui les a mises en œuvre.

Autrement dit, l'Autorité impute la responsabilité des pratiques à la filiale, si cette dernière dispose d'une autonomie de décisions par rapport à la société-mère du groupe.

Sinon, l'autorité impute la responsabilité des pratiques à la société-mère, à moins que chacune des deux sociétés, tant la mère que la filiale, n'ait personnellement participé aux pratiques, auquel cas, l'Autorité impute la responsabilité des pratiques aux deux.

Qu'en est-il en matière de plafond des sanctions ?

Pour une entreprise, le plafond de la sanction est fondé sur le chiffre d'affaires consolidé du groupe, quand le chiffre d'affaires de l'entreprise à laquelle sont imputées les pratiques est lui-même consolidé.

Ces dispositions, inscrites dans le Code de commerce, sont issues de la loi NRE de mai 2001 qui a élargi l'assiette au chiffre d'affaires mondial consolidé du groupe, pour faire échec aux stratégies d'évasion de certaines entreprises qui, au cours de la procédure, cherchaient à réduire le plafond légal de la sanction.

Aussi, aujourd'hui, la loi autorise l'Autorité de la concurrence à établir le plafond maximum de la sanction en se fondant sur le chiffre d'affaires consolidé du groupe et non pas simplement sur le chiffre d'affaires de l'entreprise responsable des pratiques.

Ceci peut conduire, au moins en théorie, à une double difficulté à laquelle peuvent être confrontées des entreprises, lorsque les pratiques sont imputables à une filiale qui dispose d'une autonomie de décision par rapport à la société-mère.

Cette double difficulté est la suivante : d'un côté, la société-mère peut ne pas se voir notifier les griefs ; de l'autre, les sanctions prononcées à l'encontre de la filiale à laquelle les griefs ont été notifiés peuvent dépasser largement 10 % de son propre chiffre d'affaires. Sur le premier aspect, l'Autorité de la concurrence semble avoir récemment changé sa pratique, en notifiant maintenant les griefs à la fois à la société-mère et à la filiale.

Qu'en est-il maintenant au niveau communautaire ? La Commission européenne retient, pour sa part, une base légale différente. Elle s'appuie sur l'article 23 du règlement communautaire du Conseil qui précise que pour chaque entreprise ou association d'entreprises participant à l'infraction, l'amende n'excède pas 10 % du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent.

En pratique, la Commission impute les pratiques et donc notifie les griefs à la filiale auteur des pratiques et à la société-mère, si celle-ci est détentrice de la filiale à 100 %. Elle les déclare alors solidairement et conjointement responsables.

Cette analyse a été réaffirmée dans un arrêt récent de la Cour de justice européenne, du 10 septembre 2009, qui a eu un grand retentissement au sein de la communauté du droit de la concurrence. Dans cet arrêt, la Cour de justice de la Commission européenne exprime avec force sa position, qui consiste à tenir la société-mère pour responsable des agissements de sa filiale, dès lors que cette filiale est détenue à 100 % et ceci, sans qu'il ne soit requis d'établir l'implication personnelle de la société mère dans la pratique reprochée.

Ainsi, l'arrêt pose la présomption qu'une société-mère qui détient à 100 % le capital de sa filiale exerce une influence déterminante sur le comportement de cette dernière. La théorie de l'unité économique permet alors de considérer que la société-mère et la filiale ne font qu'un.

En droit communautaire, si le plafond légal de la sanction est calculé par rapport au chiffre d'affaires de la société-mère, celle-ci peut se défendre, dans la mesure où, comme sa filiale, elle est destinataire de la communication des griefs. La procédure communautaire va également permettre, de manière plus aisée, à l'une ou l'autre des sociétés, en fonction de l'évolution des structures du groupe en cause, mais aussi en fonction des responsabilités réelles de chacune et de leur solvabilité, de se retourner les unes contre les autres.

Cependant, la réalité n'est pas aussi simple, puisque la présomption établie par la Cour de justice des Communautés européennes apparaît dans la pratique quasiment irréfragable.

Comme ce fut le cas dans l'affaire Akzo, compte tenu des exigences posées par la Cour de justice des communautés européennes, pour démontrer l'autonomie décisionnelle de la filiale, la société-mère a très peu de chances d'apporter les preuves qui permettraient de renverser cette présomption.

En résumé, quand on compare les systèmes français et communautaire, les avantages et les inconvénients de chacun des deux méritent que l'on débattre de façon plus approfondie des règles d'imputabilité et du plafond légal, et c'est évidemment l'objet de notre débat de ce matin.

Pour aborder les différentes facettes de cette question, Loraine Donnedieu de Vabres, qui a accepté de préparer et présider cet atelier, a réuni des intervenants de très haute qualité, qui ont beaucoup réfléchi à ces questions et qui vont nous livrer la teneur de leur réflexion.

Je la remercie évidemment très chaleureusement, ainsi que les intervenants qui m'entourent, d'avoir accepté de nous consacrer du temps pour aborder ces questions et en débattre.

Ceux d'entre vous qui sont familiers de ces ateliers auront noté que le format d'aujourd'hui est un petit peu différent, dans la mesure où seules quatre interventions vont venir structurer et préparer la discussion. Il s'agit de quatre interventions extrêmement solides qui vont planter très complètement le décor, pour un débat que j'espère extrêmement nourri avec la salle.

Je vais maintenant céder la parole à Me Donnedieu de Vabres et je vous remercie tous de votre attention.

Introduction

Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié

avocat à la Cour, Jeantet Associés, AARPI

Bonjour à toutes et à tous.

Comme vient de vous le dire Nathalie Homobono, nous avons souhaité donner une dimension académique à cet Atelier.

C'est la raison de la présence de Linda Arcelin, du Professeur Bernard Bouloc et du Professeur François Lévêque. Ils traiteront les aspects européens, pénaux et économiques.

Nous avons souhaité également donner une dimension judiciaire à cette question, d'où la présence du président de la Chambre de régulation de la cour d'appel de Paris, Thierry Fossier.

Nous allons les entendre dans l'ordre suivant : Linda Arcelin débutera avec le volet européen, et sera suivie du président Thierry Fossier.

Je propose que nous introduisions le débat à la suite de ces deux interventions.

Nous ferons ensuite une pause de quelques minutes, puis nous reprendrons avec l'intervention du Professeur François Lévêque, suivie de l'intervention du Professeur Bernard Bouloc.

Après un dernier débat, je tenterai d'ouvrir des perspectives prenant en compte l'ensemble des échanges.

La responsabilité de la société-mère du fait des agissements de sa filiale : une présomption devenue irréfragable

Linda Arcelin

maître de conférences à l'université de La Rochelle

Je tiens tout d'abord à vous remercier de m'avoir conviée à cette réflexion sur un thème que j'affectionne tout particulièrement, l'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles, et de m'avoir donné pour mission de réfléchir à la présomption d'influence déterminante de la société-mère sur sa filiale à 100 % en droit communautaire.

Le droit de la concurrence est fondé sur des concepts et des raisonnements économiques qui malmènent parfois les principes juridiques. Il en va ainsi du concept économique d'entreprises confrontées aux principes juridiques de responsabilité personnelle.

Le Professeur Bouloc approfondira la question dans un instant, mais l'on peut d'ores et déjà rappeler que ce principe impose que toute personne qui commet une infraction, en particulier concurrentielle, doit être tenue personnellement responsable. Elle doit faire l'objet de poursuites, de sanctions et ne peut pas transférer cette sanction à une autre personne.

Cependant, ce principe fait l'objet d'une lecture toute particulière en droit de la concurrence, en raison du sujet même de ces règles. En effet, le droit de la concurrence a pour sujet l'entreprise et non pas son support juridique. L'entreprise, on commence à bien la connaître, en droit communautaire.

Depuis 1991, sa définition n'a pas changé : c'est une entité exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique, de son mode de financement, et qui est autonome sur le marché. Ce destinataire particulier, fort malléable, commande de ne pas s'arrêter à l'auteur formel de l'infraction, mais de rechercher le véritable contrevenant économique au droit de la concurrence.

Je vous rassure, dans la plupart des cas, il n'y a pas de difficulté majeure, puisqu'il y a juxtaposition entre la personne juridique et l'entité économique, l'entreprise. Des difficultés apparaissent en revanche, lorsque l'auteur formel de l'infraction est pris dans des liens étroits comme l'est l'agent à l'égard du commettant ou comme l'est la filiale à l'égard de la société-mère et c'est bien entendu sur ce dernier cas que l'on va se pencher.

Dans un groupe de sociétés, chaque membre a une personnalité juridique distincte, et est censé être libre de déterminer sa politique, sa stratégie, notamment commerciale. C'est ce dernier élément, plutôt que la personnalité juridique et la participation formelle à la pratique, qui fonde sa culpabilité en droit de la concurrence : qui n'est libre ou autonome de déterminer sa politique commerciale, ne peut être considéré comme l'entreprise contrevenante, cette responsabilité remontant au centre de décisions promouvant un intérêt supérieur, autrement dit, le groupe via la société mère.

Les autorités communautaires privilégient cette analyse économique, plutôt qu'une analyse juridique, depuis les années 1970. Plus précisément, dans un arrêt de 1972 « matières colorantes », la Cour de justice affirme : « La circonstance que la filiale a une personnalité juridique distincte ne suffit pas à écarter la possibilité que son comportement soit imputé à la société-mère. Tel peut être le cas, 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 imparties par la société-mère ».

Les autorités tirent deux conséquences de cette analyse.

En premier lieu, le principe de responsabilité personnelle

n'est pas violé, puisque la société mère, qui n'a pas participé formellement à l'entente est certes personnellement condamnée, mais pour une infraction qu'elle est censée avoir commise elle-même, en raison des liens qui l'unissent à sa filiale.

En second lieu, l'assiette de la sanction est étendue au chiffre d'affaires du groupe de sociétés et non limitée à celui de la filiale, auteur formel de l'infraction. Il y a la volonté de rendre la sanction plus effective et plus dissuasive. C'est la finalité de toute cette démarche, plus on frappe fort, plus le contrevenant est découragé (ou pas !).

Une véritable bataille juridique s'est développée autour de cette autonomie économique de la filiale et partant de ces modalités de preuve. De par sa personnalité juridique distincte, la société contrôlée devrait être présumée autonome d'un point de vue économique. Et c'est le cas, les autorités devant alors apporter la preuve de l'absence d'indépendance.

Cependant, l'expérience montrant que plus on se rapproche des 100 % de détention, plus la subordination de la filiale est importante, les autorités ont posé une présomption d'influence déterminante lorsque la société-mère détient 100 % du capital social de sa filiale. C'est affirmé sans ambages dans l'arrêt AEG de 1983. On peut en relever quelques traces auparavant, mais l'arrêt le plus explicite est celui-ci.

Depuis, les autorités nous répètent à l'envi que, dans le cas particulier où une société-mère contrôle à 100 % sa filiale auteur d'un comportement infractionnel, il existe une présomption réfutable, selon laquelle ladite société-mère exerce effectivement une influence déterminante sur le comportement de sa filiale et constitue donc, avec celle-ci, une seule entreprise au sens du Traité.

Ce n'est pas la première fois que les autorités ont recours à des présomptions. Le droit de la concurrence fourmille de présomptions fondées sur des raisonnements économiques.

Là, c'est un peu différent, parce que cette présomption, si elle repose bien sur une analyse empirique, n'est absolument pas fondée sur une analyse économique. Alors, les autorités se veulent quand même un peu rassurantes, parce qu'il est vrai que les présomptions sont parfois suspectées de contrarier le principe de sécurité juridique.

Donc, les sociétés-mères sont bien généreusement autorisées à renverser cette présomption par toute preuve contraire. C'est une présomption réfragable, selon les juges communautaires.

Mais qu'en est-il dans les faits ? À bien regarder la jurisprudence et son évolution, on s'aperçoit que les requérantes échouent inlassablement à renverser cette présomption d'influence déterminante, quels que soient les arguments avancés. Si bien que d'une présomption simple, il semble bien que l'on soit passé à une présomption irréfutable d'influence déterminante de la société mère sur sa filiale à 100 %.

En d'autres termes, aujourd'hui, la détention totale de la filiale suffit à prouver l'absence d'autonomie économique de celle-ci. Or, la présomption irréfutable va bien au-delà d'un

simple renversement de la charge de la preuve. Elle vaut preuve et, on le verra, confine même parfois à une fiction juridique.

La présomption a été développée à partir des années 1980 et l'on s'aperçoit que la jurisprudence n'a eu de cesse d'étendre son champ d'application, avec une certaine souplesse. Aujourd'hui, cette détention totale est le seul critère qui fonde la présomption – même si l'on relève une certaine ambiguïté de la jurisprudence – et la présomption a également été étendue quant à la façon de comprendre et d'assimiler la détention.

Cette extension de l'application de la présomption se manifeste aussi bien dans la forme de la détention que dans son pourcentage et dans le moment de la détention du capital social. Sur la forme de la détention, tout d'abord, pendant des années, les autorités ont répété que selon une jurisprudence bien établie (et on cite l'arrêt *Stora*), la Commission peut présumer qu'une filiale à 100 % applique pour l'essentiel les directives de la société-mère. Et puis, on a retenu que sa détention pouvait être directe ou indirecte.

Voilà déjà un premier point traduisant cette extension : une détention indirecte est admise. Cela apparaît dans l'arrêt *Itochu* du 30 avril 2009, du tribunal de première instance, dans lequel la Commission comme le TPICE, nous font observer que la société litigieuse était détenue par la société-mère, mais aussi par des filiales à 100 % de cette société-mère et que, par conséquent, la société litigieuse était considérée comme une filiale à 100 % de la société-mère.

C'est un raccourci pour le moins hasardeux. D'une part, jusqu'où peut aller ce caractère indirect ? Est-ce qu'on présuamera toujours l'influence déterminante d'une société arrière-grand-mère sur sa filiale ? Au contraire, est-ce que l'influence déterminante ne peut pas être diluée au fil des relations, ce qui rendrait la présomption moins forte, voire inapplicable ?

D'autre part, dans ce cas de figure, suffit-il à la société-mère de prouver que ses filiales directes à 100 % sont autonomes ou bien faut-il également qu'elles prouvent qu'elles n'exercent aucune influence sur ces sociétés petites-filles ou arrière-petites-filles ? Au regard de l'esprit de la jurisprudence communautaire, je crains que la réponse ne soit dans cette seconde option.

La deuxième extension concerne le pourcentage de détention du capital social. Normalement, c'est 100 %. Les autorités l'évoquent clairement dans la jurisprudence et dans les décisions.

Pourtant, ce principe souffre de quelques entorses.

Tout d'abord, la détention par deux sociétés-mères de la moitié chacune, du capital d'une filiale commune, n'empêche pas l'application de la présomption d'influence déterminante. Les deux sociétés-mères sont présumées exercer une influence déterminante sur leur filiale commune. Là encore, ce n'est peut-être pas si simple, parce qu'il y a certes, 50/50, mais la répartition des pouvoirs peut ne pas être égalitaire et faire échouer la présomption d'influence déterminante.

D'autre part, à la détention totale, doit être assimilée la

détention quasi totale. L'arrêt *Lafarge* évoque ce point. La société-mère *Lafarge* détenait, il est vrai, 99,99 % de la filiale. On est presque à 100 %. Mais, néanmoins, *Lafarge* s'était interrogée de façon tout à fait pertinente. Elle avait posé comme question : « Une société ne détenant que rarement 100 % du capital de sa filiale, se poserait la question de savoir à partir de quel seuil cette présomption jouerait ».

Et là, on est en plein dans le principe de sécurité juridique. Jusqu'où peuvent aller les autorités pour appliquer cette présomption ? L'affaire *Wanadoo* va plus loin. Pour mémoire, *Wanadoo* avait été sanctionnée pour des pratiques de prix prédateurs en 2003 par la Commission européenne.

À l'époque, *Wanadoo* était une filiale de *France Télécom* à 70 % et avait été considérée comme l'entreprise autonome contrevenante. Par la suite, en 2004, la Commission s'était livrée à des inspections, auprès de *France Télécom*, pour des pratiques postérieures de la part de *Wanadoo* et *France Télécom* s'était un petit peu ému de cette inspection, en se demandant bien pourquoi elle était destinataire de ces mesures.

La Commission s'était directement référée à la présomption d'influence déterminante, mais en se fondant sur une détention de 95 % du capital social. Donc, parce que *France Télécom* détenait 95 % du capital social de *Wanadoo*, la présomption d'influence déterminante de la société-mère sur la filiale s'appliquait et justifiait l'inspection.

La société-mère était présumée impliquée dans l'infraction, tels sont les termes de la Commission. Le TPICE n'a pas poursuivi cette analyse. Il a simplement confirmé que c'était la seule qualité de société-mère de *Wanadoo* qui justifiait l'inspection. Mais, il ne s'est pas réfugié derrière cette présomption d'influence déterminante. Seule la Commission l'avait fait.

Concernant toujours cette affaire *Wanadoo* – elle est décidément assez embarrassante – regardons maintenant le moment de la détention. Dans cette affaire, *France Télécom* faisait remarquer devant le tribunal de première instance, que lors de l'infraction commise par *France Télécom* en 2004, elle ne détenait pas du tout les 100 % du capital social de cette filiale.

À l'époque, elle disait n'en détenir que 70 %. La Commission répondait « peu importe qu'au moment des faits, elle ne détenait pas les 100 % du capital social ». La réponse de la Commission est tout à fait intéressante et montre bien sa volonté d'étendre cette présomption : « Bien que l'argumentation de la participation de la requérante dans le capital de *Wanadoo* n'ait pas encore été effective lors des infractions, les marchés se seraient attendus à une réintégration de *Wanadoo* au sein du groupe *France Télécom*. La Commission aurait légitimement pu supposer que le processus d'intégration de *Wanadoo* était déjà au moins au stade de la préparation, lorsque les nouvelles offres ont été lancées et qu'à ce stade, la requérante avait un intérêt à contrôler de plus près les décisions de sa filiale, en matière de tarification. Par ailleurs, il serait probable que, après une décision déclarant illégale la politique de prix d'une filiale, sa société mère s'implique plus étroitement dans la fixation des prix de celle-ci ».

Pour la Commission européenne, l'appréciation du degré de participation dans le capital de la filiale ne s'opère pas forcément au moment de l'infraction, mais plutôt au moment de la décision de la Commission.

Finalement, le raisonnement de la Commission n'a pas fait l'objet d'une attention particulière de la part du tribunal. Mais l'on voit bien que la Commission cherche à étendre le champ d'application de cette présomption, en lui donnant en l'espèce une sorte de caractère rétroactif. Et là, on est en plein dans une fiction juridique.

La présomption est donc fondée sur un critère de détention totale du capital social de la filiale, largement entendu et également unique, malgré toute l'ambiguïté de la jurisprudence, sans cesse relevée par les requérantes. Elle vient des arrêts *Stora* et *Bolloré*.

Dans l'arrêt *Stora* de 2000, la Cour explique que la Commission ne s'est pas fondée uniquement sur la détention totale du capital social, mais aussi sur le comportement de la filiale pendant la procédure administrative. Cela rejoignait les conclusions de l'avocat général Mischo, qui proposait que lorsque la filiale est détenue à 100 %, la Commission s'appuie sur sa détention, mais qu'elle apporte également la preuve, par d'autres indices, d'une influence déterminante.

En d'autres termes, la présomption d'influence déterminante reposerait sur deux éléments : la détention totale et des indices supplémentaires, au rang desquels figure cette position, ce comportement de la société-mère, pendant la procédure administrative.

Cette position est confirmée dans plusieurs affaires. Je citerai juste l'affaire *Bolloré* de 2007, où le TPICE affirme sans ambages que l'élément relatif à la détention totale du capital social n'est pas suffisant à lui seul, pour permettre d'imputer la responsabilité de la filiale à la société-mère. Alors, il est évident que les requérantes se sont engouffrées dans cette faille.

Mais, le juge communautaire a essayé de recadrer les choses et aux arguments des requérantes, la Cour comme le tribunal, aujourd'hui, répondent par une formule extrêmement ambiguë : « Si dans l'arrêt *Stora*, la Cour s'est fondée sur d'autres circonstances, il n'en demeure pas moins que lesdites circonstances n'ont été relevées par la Cour que dans le but d'exposer l'ensemble des éléments sur lesquels le tribunal avait fondé son raisonnement, pour conclure que celui-ci n'était pas fondé uniquement sur la détention de la totalité du capital de la filiale par la société-mère ».

Elle est extrêmement complexe et laisse sans voix. On a l'impression que la présomption est bel et bien fondée sur la détention totale du capital social, mais qu'il faut d'autres éléments pour l'appliquer.

La dernière jurisprudence que Madame Homobono rappelait tout à l'heure, *Akzo Nobel* du 30 septembre 2009 est tout aussi embarrassante. Le TPICE conclut que la Commission a apporté des éléments de preuve additionnels confirmant l'influence déterminante de la société-mère, indépendamment de la présomption tirée de la détention totale du capital social.

On a cette présomption et des indices additionnels dont on ne sait pas finalement quel est leur rôle.

Alors, quelle est la position des requérantes dans cette démarche ? Elles vont bien sûr tenter de renverser la présomption. Mais, c'est peine perdue, parce qu'aujourd'hui, les autorités communautaires exigent une autonomie totale de la filiale. Par le passé, elles appréciaient l'autonomie de la filiale par rapport aux secteurs litigieux, à l'entreprise qui avait souffert de l'infraction, et il pouvait aussi être admis qu'une filiale pouvait être autonome dans un territoire donné et pas dans un autre.

Il y avait donc une recherche d'autonomie suffisante de la filiale. Ce n'est plus le cas. Les autorités communautaires apprécient aujourd'hui l'autonomie totale de l'entreprise. Ceci, en regardant la politique commerciale, bien sûr, mais c'est une politique commerciale appréciée de façon très large et en appréciant les liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent la société-mère et sa filiale.

Dans certaines décisions et dans certains arrêts, on a une affirmation, noir sur blanc, que la filiale doit être totalement indépendante. Dans ces conditions, il est certain que la filiale ne sera jamais autonome, puisqu'il est de l'essence même du groupe d'avoir ce droit de regard sur la filiale. Il y aura toujours des indices d'intervention de la société-mère sur sa filiale. Alors, la tentative de renversement de la présomption apparaît pour ainsi dire vaine.

Le fait, par exemple, d'invoquer que la société-mère est une simple holding financière, qui n'a plus aucune activité économique ou industrielle, donc qui n'est même plus une entreprise au sens du droit de la concurrence, est indifférent. Le fait de démontrer que l'organisation est décentralisée, que la société est multisectorielle : ce sont là encore des éléments indifférents. Le comportement de la société-mère pendant la procédure administrative est tout aussi inopérant pour les autorités communautaires. Donc, on a bien le sentiment qu'il est impossible de renverser cette présomption.

Au final, les instances communautaires ont-elles sacrifié le principe de responsabilité personnelle sur l'autel de la dissuasion ? Le Professeur Bouloc nous en parlera dans un instant. Pour ma part, je distinguerai deux choses. Si on a bien l'impression que ce n'est pas la bonne personne qui a été sanctionnée, la raison n'est pas à rechercher dans le raisonnement du juge communautaire.

Celui-ci est pour le moins logique. À partir du moment où la filiale n'est pas autonome sur le plan économique, elle ne peut être considérée comme l'entreprise contrevenante, cette qualité revenant au groupe placé sous l'autorité de la société-mère. Il ne saurait non plus y avoir de responsabilité sans faute, puisque la société-mère est condamnée pour une faute qu'elle est censée avoir commise pour le groupe.

En revanche, la majeure partie de cette sorte de syllogisme a évolué au fil du temps et a été déformée par les autorités communautaires. Le glissement qui s'est opéré vers l'exigence d'une autonomie totale de la filiale renforce la présomption.

Il est impossible qu'il n'y ait aucun lien entre la filiale et la société-mère, ne serait-ce que des liens capitalistiques de propriété, qui supposent un droit de regard, que l'on doit isoler de l'influence déterminante.

Or, l'existence de ces liens est par là-même suspecte pour les autorités communautaires. L'avocat général Kokott, dans l'affaire Akzo de 2009, nous dit : « C'est à juste titre que la Commission ajoute que même le simple fait d'appartenir à un groupe peut influencer le comportement d'une société sur le marché ». C'est un aveu de la façon dont la Commission entend le groupe.

Trois séries de remarques finales peuvent être formulées.

En premier lieu, les dispositions sur la procédure de transaction communautaire trahissent bien la pensée de la Commission européenne. Lorsqu'il est dit dans la communication de 2008, que si plusieurs entreprises appartiennent à un même groupe, elles doivent proposer une représentation juridique unique, on voit que de l'unité économique à la représentation juridique unique, il y a un fossé que la Commission n'a pas hésité à franchir.

Deuxièmement, cette position a des répercussions procédurales importantes, au regard de la réitération, du principe « non bis in idem »¹ ou encore par rapport à l'imputabilité des infractions en cas de restructuration de l'entreprise.

En troisième lieu et enfin, la présomption irréfragable conduit à une atteinte au principe de responsabilité personnelle et à la présomption d'innocence. La société-mère est automatiquement responsable des agissements de sa filiale. Or, ces présomptions irréfragables sont combattues par le droit européen.

Dans l'affaire Salabiaku contre France du 7 octobre 1998, la Cour européenne des droits de l'homme impose un caractère raisonnable aux présomptions. Le droit européen ne s'oppose pas aux présomptions, mais exige qu'elles aient un caractère raisonnable. Or, ce n'est pas le cas en droit communautaire.

Donc, pour respecter ce caractère raisonnable, il faudrait tout d'abord une mise au point claire sur le critère unique de détention totale du capital social. Il faudrait aussi abandonner l'exigence d'une autonomie totale de la filiale, pour se concentrer comme auparavant, sur son indépendance dans le secteur concerné, par rapport à l'infraction. Cela permettrait de redonner à la présomption son caractère simple et également de rendre la jurisprudence communautaire plus acceptable.

1. Textuellement « pas deux fois pour la même chose », ce qui signifie qu'un individu ne doit pas être condamné deux fois pour le même fait.

La méthode de calcul de la sanction d'une filiale d'un groupe par la cour d'appel de Paris

Thierry Fossier

magistrat, président de la Chambre de la régulation économique de la cour d'appel de Paris

Je commencerai par quelques précautions d'usage.

Je ne peux évidemment m'engager sur ce que nous ferons, mais uniquement sur ce que nous avons fait jusqu'à présent et encore, à condition qu'il ne s'agisse pas d'arrêts frappés de pourvois.

Cela étant dit, je crois qu'en présence d'un groupe, la cour d'appel se trouve spécialement confrontée aux quatre objectifs qu'elle se fixe habituellement en matière de sanctions, c'est-à-dire que les difficultés ordinaires de la matière sont redoublées en présence d'un groupe.

Le premier objectif ou la première difficulté que nous devons résoudre à la Cour est le fait de rattacher, dans toute la mesure du possible, le prononcé de la sanction à un droit commun procédural, c'est-à-dire à une exigence très forte de motivation.

J'espère pouvoir démontrer pourquoi nous avons cette exigence particulière de motivation par rapport à la décision de l'Autorité de la concurrence ; une exigence procédurale donc, mais également une exigence de fond par rapport au droit commercial national, et par rapport au droit répressif, dans la mesure où c'est une matière identifiée.

Je crois qu'elle commence à l'être et le Professeur Bouloc nous en dira davantage tout à l'heure, c'est un ensemble de règles essentiellement nées et dérivées du droit pénal, mais n'y ressemble pas tout à fait, puisque ce droit répressif recouvre l'ensemble du domaine des sanctions. Je pense par exemple au droit répressif de la santé, de l'environnement et pas seulement de la concurrence ou des marchés financiers. Ce droit répressif, dont l'identité n'est plus niable maintenant, apporte un certain nombre de principes généraux dont on verra ce que nous en avons tiré jusqu'à présent et ce que l'on pourra en tirer pour l'avenir.

La deuxième difficulté à laquelle est confrontée la cour d'appel est celle de la prévisibilité de la sanction. C'est également un objectif largement partagé par l'Autorité de la concurrence. La prévisibilité de la sanction est un élément fondamental de l'efficacité de la sanction.

C'est-à-dire que les sanctions erratiques ne sont pas intégrées par les entreprises avant qu'elles soient contrevenantes

et à ce moment-là, c'est une sorte de pile ou face qui s'installe, qui n'est pas du tout favorable au respect de la loi. La prévisibilité fait partie de l'efficacité de la sanction. On pourrait considérer qu'elle n'est pas l'affaire d'une cour d'appel, puisque cette dernière ne rend pas d'arrêt de règlement. Elle ne cherche pas à poser des jalons valables pour d'autres affaires que celle qui lui est soumise au moment où elle tranche. Néanmoins, en matière de régulation, cette précaution est en bonne partie oratoire.

C'est d'ailleurs ce qui est renvoyé à la cour d'appel. À partir du moment où elle essaie de fixer des principes un petit peu visibles ou lisibles, immédiatement, elle s'entend dire qu'elle se mêle de ce qui ne la regarde pas et qu'elle joue au législateur. Cela ne remonte pas à la période récente, il en a toujours été ainsi. Pour ma part, je dirais que la cour d'appel peut contribuer à un travail de prévisibilité des sanctions. Pour éviter néanmoins les reproches graves qui pourraient être faits à ce sujet, nous avons une technique détournée, maintenant bien reçue par les entreprises et qui sera sans doute reçue par l'Autorité de la concurrence : cette technique consiste à faire en sorte que, dans toute décision de l'Autorité (nous ne pourrions pas nous le permettre, quant à nous, dans les arrêts de la cour d'appel ou peut-être dans une échéance lointaine), il puisse y avoir des comparaisons avec des sanctions prononcées dans des hypothèses identiques ou similaires ou qui peuvent être rapprochées de celle qui est résolue par l'Autorité dans la décision concernée.

Je ne sais pas si c'est une piste qui peut intéresser l'Autorité de la concurrence. Quoi qu'il en soit, les entreprises qui se présentent devant la cour d'appel pratiquent maintenant de cette façon, c'est-à-dire qu'elles font des tableaux de ce qui a été prononcé, y compris bien entendu dans des affaires qui ne les concernaient pas, mais dont elles veulent tirer des exemples.

L'autre moyen, pour nous, d'atteindre cet objectif de prévisibilité, consiste à rechercher un écho qui pourrait être donné à nos décisions. Nous ne les distribuons pas aux revues juridiques. Nous n'avons d'ailleurs pas à nous donner cette peine, puisque les commentateurs nous font l'honneur de s'occuper de notre travail.

Les choix sont parfois, sinon étonnants, du moins pas forcément ceux qui nous rendent le plus service du point de vue de cette recherche de prévisibilité. Je prends deux exemples récents : l'arrêt « acier », l'arrêt qui fâche, a reçu un écho à mon avis en partie démesuré ; et un arrêt qui a été rendu la semaine suivante et qui pose très exactement les mêmes questions, en tout cas pour ce qui nous intéresse aujourd'hui, c'est-à-dire celles de la sanction, qui est l'arrêt « travail temporaire », n'a reçu aucun écho, alors que je considère quant à moi, qu'il était plus important et peut-être plus intéressant, en tout cas sous cet angle de la sanction.

Dernière chose sur la prévisibilité, les organisateurs de la cour d'appel, c'est-à-dire son chef actuel, futur et les plus anciens, se sont orientés vers un système d'une chambre unique avec trois personnes – toujours les mêmes – et je crois que

cela peut contribuer à une certaine prévisibilité de la sanction, en tout cas, je ne crois pas que sur le plan organisationnel, on puisse mieux faire.

Le troisième objectif que poursuit la cour d'appel dans le domaine des sanctions et qui fait qu'en effet, en présence d'un groupe, nous avons une difficulté supplémentaire, c'est qu'il faut sanctionner ce qui mérite de l'être. C'est peut-être là que je commence à souffler sur les espoirs, c'est-à-dire que nous ne sommes pas spécialement « peu répressifs » ou « très répressifs ».

Nous ne nous situons pas de cette façon et nous n'avons pas une politique de concurrence à mener quant à nous, ni au contraire, une politique de relâchement par rapport à des objectifs qu'il ne nous appartient pas de déterminer. Nous regrettons souvent – bien que nous ayons compris le pourquoi juridique – de ne pas pouvoir aggraver les sanctions.

À certains égards, ce serait plus protecteur pour les entreprises et, à tout hasard et sans que cela ait un quelconque sens statistique, dans une affaire sur deux, nous aurions sans doute été plus sévère que ne l'a été le Conseil de la concurrence autrefois, l'Autorité de la concurrence maintenant.

Notre quatrième objectif, également renforcé en présence d'un groupe, est que sur le montant de la sanction – je ne dirais pas la même chose sur l'imputabilité – nous travaillons sans filet. Ainsi, il est improbable que la Cour de cassation exerce un contrôle sur le montant des sanctions. Elle ne s'est pas livrée à cet exercice jusqu'à présent et on ne voit pas bien par quel biais elle pourrait le faire. Donc, nous sommes particulièrement attentifs.

Encore une fois, il faut comprendre ou imaginer que ces difficultés, constantes dans le domaine, sont redoublées en présence d'un groupe. Le groupe, nous le rencontrons dans les alinéas 3 et 4 de l'article 462-2 et il faut que les sanctions soient proportionnées à la situation du groupe.

Nous voici au cœur du problème d'individualisation de la sanction. L'alinéa suivant indique que le montant maximum est le chiffre d'affaires, etc., de l'entreprise consolidante.

Jusqu'à présent, la cour d'appel ne s'est pas spécialement échinée à faire la différence entre ces deux aspects des choses. C'est la raison pour laquelle je ne le ferai pas davantage. Des juristes un peu pointilleux pourraient s'étonner de ce que le vocabulaire soit modifié d'un alinéa à l'autre et en tirent la conclusion qu'il ne s'agit pas de la même notion et de la même démarche intellectuelle. Je ne le ferai pas, sauf à en discuter en débat. Une affaire « France Telecom » qui sera jugée cet été par la cour devrait permettre d'affiner notre approche.

Quatre points sur lesquels je voudrais insister, en essayant de montrer les difficultés que nous avons à affronter lorsqu'un groupe nous est déféré.

Le premier concerne l'imputabilité. Globalement, le droit interne est dans la ligne du droit communautaire.

Le deuxième est la difficulté du maximum de la sanction en présence d'un groupe, de l'attachement que nous avons à l'idée d'un maximum légal et de son fonctionnement en présence d'un groupe.

Le troisième sera celui de la base chiffrée de ce maximum, c'est-à-dire le chiffre d'affaires, ce que cela peut signifier en présence d'un groupe et comment nous le manipulons.

Le quatrième point concernera l'individualisation de la sanction et la forme qu'elle peut prendre en présence d'un groupe.

L'imputabilité est peut-être la seule question sur laquelle la Cour de cassation exerce un contrôle complet. Nous ne devons pas faire d'erreur. Nous ne sommes pas appointés pour cela, mais de toute façon, la moindre erreur sur l'imputabilité fonderait un pourvoi.

C'est peut-être la raison pour laquelle nous sommes réceptifs – et l'Autorité de la concurrence également – face aux évolutions actuelles du droit communautaire. Cela nous pose néanmoins un certain nombre de difficultés.

La première touche au fond de l'imputabilité, c'est-à-dire à la recherche du ou des fautifs. L'effort intellectuel qui consiste à rechercher une imputabilité doit constamment être distingué de l'autre effort qui nous est demandé par les entreprises et qui concerne le calcul de la sanction. Le glissement est constant, ou en tout cas très fréquent, et nous devons en permanence éviter le mélange des deux plans de raisonnement.

L'imputabilité de la faute à une entreprise est une chose, qui conditionne notamment l'énoncé des griefs et le déroulement de l'instruction ; l'imputabilité de la sanction au groupe auquel appartiendrait cette entreprise en est une autre et nous avons à nous garder du mélange des deux.

Une autre difficulté est de type plus procédural. Elle relève par exemple du droit commun que j'évoquais au tout début de mon introduction. Nous avons généralement devant nous, du moins dans l'état actuel des choses, l'entreprise qui est auteur direct, principal, de la pratique anticoncurrentielle. Nous n'avons pas toujours le groupe.

Si tel est le choix de l'Autorité de la concurrence et si les entreprises n'y voient pas d'inconvénient, pourquoi pas. Cela ne nous gêne pas, puisque, encore une fois, nous sommes dans une recherche d'imputabilité, dont on peut dire qu'elle a été considérablement simplifiée par le biais du droit communautaire, comme vous venez de nous l'expliquer.

Pourquoi pas ! Néanmoins, un jour, on nous soulèvera peut-être au visa du Code de procédure civile qui, lui, s'impose à la cour d'appel, de faire intervenir devant la cour d'appel, une entreprise (le groupe) qui n'a pas été présente devant l'Autorité de la concurrence et là, cela nous posera des problèmes réels, puisque cette personne juridique appelée à la cause devant la cour d'appel, n'aura pas eu le bénéfice des débats devant l'Autorité de la concurrence. Je ne sais pas comment nous pourrions résoudre cette difficulté, si elle nous était soumise.

Le troisième problème est celui de la sanction et de la faculté contributive. En ce qui concerne la sanction, il est évident que nous cherchons, non pas à ne pas dépasser le maximum légal – ce dernier est tellement élevé que généralement, nous n'avons pas trop de souci à ce stade du raisonnement - mais à faire en sorte que la sanction soit globalement adaptée à la personne à qui l'on impute le comportement de la pratique anticoncurrentielle.

C'est un exercice extrêmement difficile, délicat et qui nécessite, de la part de l'Autorité de la concurrence, puis de la cour d'appel, un effort de motivation particulier. Je pense que c'est là-dessus que la Cour de cassation serait la plus sévère s'il y avait des pourvois à ce sujet.

Un dernier mot sur l'imputabilité : il y a des situations dans lesquelles plusieurs entreprises appartenant à un même groupe sont poursuivies pour des comportements anticoncurrentiels parallèles, encore que le terme soit un peu dangereux.

Or, ces comportements ne sont pas forcément superposables. Certaines entreprises du groupe seront plus impliquées que d'autres. C'est une situation difficile à explorer, à exploiter et à motiver sur le plan matériel, de façon plausible, afin que la décision soit acceptée. Car, il faut bien le dire, c'est une situation un peu contraire à cette espèce d'imputabilité géante, générale, qui constitue la position actuelle du droit communautaire.

Si l'on remonte au groupe, a priori, cela devrait être « le même tarif pour tous ». Mais, telle n'est pas la réalité économique. Telle n'est pas la réalité des comportements anticoncurrentiels. Donc, là aussi, nous avons parfois un peu de mal à motiver pour que la décision soit comprise.

Après l'imputabilité, et beaucoup plus rapidement, qu'est-ce qu'un maximum légal ? Ce n'est pas seulement un moyen d'écrêtement d'une sanction qui aurait été prononcée.

C'est-à-dire que ce n'est pas une sorte de preuve par neuf ; sinon, la vérification serait faite d'avance dans la totalité des dossiers, le maximum légal étant quand même, en droit national, extrêmement élevé. Le maximum légal, qui relève du droit constitutionnel, est la base de raisonnement du juge.

C'est un principe général sur lequel nous ne céderons pas, sauf bien entendu si la législation ou la réglementation devaient évoluer. Le maximum légal, c'est notre point de départ, lorsque nous calculons le montant de la sanction. C'est-à-dire qu'à partir de ce maximum légal, on érode, on épluche, jusqu'à ce que l'on atteigne le montant de la sanction appropriée.

Je ne sais pas si c'est précisément le raisonnement de l'Autorité de la concurrence. Peut-être un de ses représentants, tout à l'heure, acceptera de le dire. Très franchement, je ne le crois pas. Je ne pense pas que cela soit la façon dont raisonne l'Autorité de la concurrence, mais, et pour rejoindre ce que je disais tout à l'heure sur le retour du droit commun, qui est l'une des missions de la cour d'appel, je crois que nous tiendrons bon là-dessus, sauf évolution des textes.

Et si je le dis, ce n'est pas pour parler de la sanction en général, mais parce que le problème se pose plus encore en présence d'un groupe, lorsque le chiffre d'affaires de référence est extrêmement élevé, qu'en présence d'une entreprise isolée. De surcroît, en droit de la concurrence, le problème d'un maximum légal est variable selon le sujet de droit déféré à la juridiction. Cela ne se voit pas en droit pénal, sauf sur les jours-amendes.

Sinon, il n'y a pas de maximum légal qui varie en fonction d'un individu, en fonction notamment du patrimoine, puisque c'est de cela qu'il s'agit, d'un individu ou des ressources d'un individu. C'est un mécanisme tout à fait exceptionnel, marginal et sur lequel, peut-être, il y aurait lieu de réfléchir, en termes de droit constitutionnel.

Les choses pourraient être différentes si, à travers des lignes directrices dont la cour d'appel tiendrait compte autant que le TPI et la CJ tiennent compte des lignes directrices de la Commission, ou à travers une modification législative ou réglementaire, il y avait l'introduction dans notre droit national d'un montant de base ou d'un montant moyen. À ce moment-là, nous pourrions peut-être raisonner autrement ; mais dans l'état actuel des textes, je ne crois pas que ce que je viens de dire soit véritablement contournable.

Troisième point : les bases chiffrées du maximum, ou que faire d'un chiffre d'affaires lorsqu'il s'agit du chiffre d'affaires d'un groupe ? Quelle signification peut bien avoir le chiffre d'affaires d'un groupe par rapport à un comportement anticoncurrentiel, à une pratique anticoncurrentielle donnée ? Quel est le rapport de philosophie du droit entre l'un et l'autre ? Ou l'on considère que cette référence à un chiffre d'affaires est en réalité un moyen comme un autre de fixer un plafond.

À ce moment-là, cela n'a pas plus d'importance que cela. Ou l'on considère qu'en effet, il faut rechercher toujours que les décisions, celles de l'Autorité d'abord, les arrêts de la cour d'appel éventuellement ensuite, soient comprises par les entreprises qui en sont destinataires. Pour ne pas exagérer le temps qui m'est imparti, je dois dire que pour ma part, je n'ai pas trouvé de solution satisfaisante. Donc, j'applique la loi et mes collègues aussi, mais je ne suis pas convaincu par cette référence au chiffre d'affaires.

Les entreprises ne sont pas forcément convaincues, si j'en juge par ce qui nous est plaidé. On nous demande très souvent de nous référer aux recettes effectives ou au chiffre d'affaires du marché considéré et non au chiffre d'affaires global, encore moins au chiffre d'affaires d'un groupe, etc.

Quatrième et dernier point : toujours en présence d'un groupe, les facteurs défavorables de l'individualisation sont très fréquemment réunis. Lorsqu'à partir d'un maximum légal, nous érodons progressivement ce montant jusqu'à arriver à la sanction adéquate, nous recherchons des facteurs favorables ou défavorables à l'entreprise contrevenante.

Les groupes réunissent structurellement la quasi-totalité des facteurs défavorables. Donc, ils ont une tendance toujours structurelle à être sanctionnés proportionnellement plus sé-

vèrement que les entreprises isolées et nous sommes peut-être amenés à éviter cela, ou en tout cas, à ne pas tout à fait jouer le jeu de la loi, compte tenu de cette considération.

Quels sont ces facteurs ?

Le groupe est très souvent le meneur de la pratique anticoncurrentielle, lorsqu'il s'agit d'une pratique plurielle et c'est naturel, compte tenu de son poids économique et de ses moyens. Le groupe a aussi souvent une notoriété nationale, qui est de tout temps et dans toutes les décisions de la cour d'appel, un facteur sinon aggravant, en tout cas défavorable dans l'individualisation de la sanction. Le groupe dispose aussi tout naturellement d'infrastructures juridiques et économiques dont ne disposent pas toujours ou dont disposent peu d'entreprises isolées et cela aussi coûte cher.

Le groupe peut être également le lieu fréquent de la réitération de manquements de pratiques anticoncurrentielles, plus facilement que pour une entreprise isolée. C'est un fait que nous devons être vigilants sur cet aspect des choses. Les groupes sont surexposés à certains égards.

On peut dire que cela est bien fait, qu'après tout, puisque cela est structurel, il est naturel qu'ils soient sanctionnés proportionnellement plus sévèrement que les entreprises isolées. Je ne crois pas que ce message soit reçu de façon parfaitement claire et indiscutée par les groupes en question.

En conclusion, un grand auteur a dit que le droit de la concurrence est un droit barbare et que dans l'aspect sanction – et notamment en présence d'un groupe – il est particulièrement dénué d'esprit de finesse. Peut-être cela peut-il évoluer ?

Je ne crois pas que la cour d'appel soit en mesure d'en susciter l'évolution. Elle s'adapte aux textes existants. On ne lui demande pas autre chose. Néanmoins, je ne peux pas m'empêcher de considérer que le droit de la concurrence n'est pas mature sur cet aspect de sanctions.

Qu'on en juge à ce qui existe en droit pénal, à la palette de sanctions qui existe en droit pénal et surtout, au raffinement du juge pénaliste, lorsqu'il prononce la sanction qui est, somme toute, « la fin de la course », c'est-à-dire l'essentiel. Merci de votre attention.

Débat

Monique Pateloup interroge Monsieur Fossier sur les bases chiffrées qu'il retient s'agissant du chiffre d'affaires d'un groupe. S'agit-il du chiffre d'affaires figurant au total des déclarations CA 3 ?

Thierry Fossier répond qu'à sa connaissance, il n'y a pratiquement jamais eu de discussion à ce sujet. Généralement, le montant du chiffre d'affaires tel que visé par l'Autorité de la concurrence n'est pas discuté devant la cour d'appel et correspond au chiffre d'affaires global figurant dans le total des CA 3.

Irène Luc veut savoir pourquoi le président Fossier pense que quand il est saisi d'un recours de plein contentieux sur une décision de l'Autorité, il ne peut pas augmenter les sanctions, alors que le tribunal de première instance des communautés européennes le fait.

Thierry Fossier répond que l'autorité de poursuite n'est pas appelante et que par conséquent, le seul auteur du recours est l'entreprise condamnée, très rarement le ministère. Il n'y a donc pas de possibilité que l'appel tourne en sa défaveur. Il en va de même sur l'autorité des marchés financiers.

Irène Luc parle du cas où le recours devant la cour n'est pas un véritable appel, mais un recours de plein contentieux.

Thierry Fossier explique que la question s'est posée, puisque la Cour de cassation a eu à trancher en la matière. Cette dernière a répondu que la cour d'appel ne pouvait aggraver la peine en cas de recours d'une entreprise condamnée.

Robert Saint-Esteben a l'impression qu'au vu de l'arrêt Akzo, on a tendance à interpréter par une sorte d'a contrario et peut-être à aller au-delà de ce qui est écrit dans l'arrêt. Il semble surprenant que la juridiction communautaire puisse affirmer qu'il y a une présomption réfragable et en même temps dire, par d'autres propos, qu'elle ne l'est pas.

Or, il lui semble que beaucoup pensent que cela signifie qu'il ne faut pas de lien économique, organisationnel, etc. Ce n'est pas ce qui est écrit. Il est écrit qu'il convient d'examiner les liens qui existent entre la société-mère et ses filiales, pour voir s'il n'y a pas eu une influence suffisante pour ce comportement.

Aussi, regrette-t-il l'absence d'un chef d'entreprise à la tête d'un groupe pour dire concrètement, aujourd'hui, la variété de l'organisation des groupes, ce que sont des liens, l'absence de liens ou des liens modérés sur les plans organisationnels, économiques, etc. Selon lui, le tribunal a voulu dire qu'il fallait regarder cela.

Aux avocats de démontrer si, au-delà de l'intervention dans la politique commerciale ou même sur le marché, il n'y a pas des éléments qui permettront de dire que dans ce cas, il n'y a pas d'imputabilité. C'est pour cela qu'il souhaite personnellement que la cour d'appel mène une réflexion là-dessus.

Linda Arcelin confirme que les autorités communautaires sont moins brutales qu'elle ne l'a présenté et laissent la porte ouverte au renversement de cette présomption, en permettant aux requérantes de démontrer l'autonomie de leur filiale par rapport aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui les unissent.

La porte est donc ouverte. Mais, en parallèle, on exige une autonomie totale de la filiale et ainsi, un élément pourra toujours venir trahir l'influence déterminante. Elle a donc l'impression que les arguments que pourra apporter la requérante seront toujours insuffisants pour la Commission.

D'un point de vue formel, en apparence, il s'agit bien d'une présomption simple, réfragable. On entend les arguments des

requérantes, on les laisse montrer que ces liens existent bien, mais qu'il n'y a pas eu d'influence dans le secteur, etc. Mais, au final, un seul élément peut faire tomber toute l'argumentation de la requérante.

Thierry Fossier ajoute qu'en ce qui concerne l'imputabilité au sens de recherche du fautif, la cour d'appel est d'une docilité que d'aucuns peuvent considérer comme regrettable. Il propose qu'on lui apporte des arguments ; ainsi, peut-être, la Cour finira-t-elle par évoluer... Le terrain est extrêmement flou, glissant, mal préparé, pas mature. Aussi, il est plus aisé pour le moment de prendre le problème en aval, en réutilisant la notion d'imputabilité dans l'individualisation de la sanction.

Irène Luc indique qu'à la suite de l'arrêt Akzo et de l'arrêt T-Mobile, qui invitent « les autorités nationales des États membres et les juridictions des États membres à interpréter l'article 81 du Traité de la même façon que la Cour de justice », dans une décision récente, Orange Caraïbe, l'Autorité de la concurrence a fait application de l'arrêt Akzo et a donc mis en cause solidairement France Télécom et sa filiale. Les deux entreprises ont reçu les griefs et ont été solidairement condamnées. Cette affaire fait l'objet d'un appel pendant devant la cour d'appel de Paris. Jusqu'à présent, la pratique consistait à choisir entre l'une et l'autre des maisons à poursuivre, mais pas les deux solidairement. C'est la raison pour laquelle le grief n'était notifié qu'à l'une ou l'autre.

L'article L. 464-2 qui prévoit le mode de calcul de sanctions permettait toutefois de prendre en compte le chiffre d'affaires du groupe. C'est ce qu'ils soutiennent devant la cour d'appel, même si ce groupe n'est pas attrait dans la procédure.

Lorraine Donnedieu de Vabres-Tranié revient à la jurisprudence communautaire : s'il semble que la porte soit bien ouverte en droit, en pratique, elle reste extrêmement étroite. Lorsque l'on examine l'ensemble des arguments soulevés par les plaideurs, on se demande encore aujourd'hui ce qu'il serait possible d'apporter comme preuves pour renverser cette présomption.

Martine Behar-Touchais s'interroge sur ce qu'il convient de faire, au regard des règles d'imputabilité, quand une filiale à 100 % fait une offre de couverture, pour couvrir la soumission de sa société-mère dans un marché public.

Linda Arcelin confirme que la position de l'Autorité est de sanctionner et de reconnaître une entente.

Martine Behar-Touchais en appelle à la nécessité de poursuivre ce comportement, qui est en réalité plus un comportement d'abus de droit, notion qui n'existe pas ici comme en matière fiscale.

Eric Cuziat, rapporteur général adjoint de l'Autorité de la concurrence, explique que dans le cas présent, on joue sur le fait que les entreprises, à savoir dans cet exemple, la filiale et la mère, se sont elles-mêmes présentées comme des entités indépendantes vis-à-vis du marché. C'est pour cela qu'à ce moment-là, on les considère chacune comme participant à l'infraction.

Il revient sur les questions d'imputabilité à la mode communautaire.

L'intérêt principal, pour les autorités de concurrence et la politique de concurrence, c'est surtout d'assurer l'effectivité de la sanction, le fait que le cas échéant, on puisse imputer solidairement l'infraction à une filiale et à la société-mère, pour éviter que d'une manière ou d'une autre, les entreprises échappent au paiement effectif de la sanction, puisque, à la limite, une filiale pourrait être mise en faillite, ne pas être soutenue par son groupe, sa société-mère, dans le cadre du paiement d'une sanction. Il convient bien de distinguer ce qui tend à assurer l'effectivité de la sanction (référence au chiffre d'affaires mondial du groupe ou mises en cause solidaire d'une filiale et de sa société-mère) de ce qui concerne le niveau de dissuasion des sanctions.

En pratique, l'Autorité n'est jamais partie du plafond légal des sanctions pour calculer une sanction, même si les décisions sont relativement cohérentes les unes avec les autres ; c'est toujours le chiffre d'affaires de l'activité concernée qui est pris en compte ; après, il convient de prendre en compte l'importance du dommage à l'économie.

Peut-être en effet, cela peut-il conduire à des pourcentages de sanctions par rapport au chiffre d'affaires des filiales concernées qui sont très élevés. Il s'agit alors de savoir si les instruments de sanction ou de réparation sont suffisants.

Linda Arcelin revient sur les propos de Martine Behar-Touchais, s'agissant de l'instrumentalisation du groupe et de l'application des principes à géométrie variable. En ce qui concerne les restructurations d'entreprise, le principe veut que lorsqu'une activité a été cédée, la personne juridique qui exploitait ce secteur reste responsable, sauf dans le cas d'un groupe avec la jurisprudence Aalborg de 2004, qui précise que la sanction peut être imputée à une autre personne que la personne juridique initiale, support de l'entreprise.

Là encore, on va rechercher l'effectivité de la sanction, lorsque le premier support n'est plus qu'une simple holding sans chiffre d'affaires, et donc, dans le groupe, la société qui détient le secteur et qui peut payer une amende conséquente. C'est bien une instrumentalisation et une application du principe à géométrie variable.

L'allocation de la responsabilité du point de vue économique : incitations et coûts

François Lévêque

professeur d'économie, Centre d'économie industrielle (CERNA), MINES Paris Tech

La sanction contre les cartels à visée économique fait l'objet d'un consensus entre économistes et juristes. Les économistes préfèrent toutefois la prévention ou la dissuasion alors que les juristes mettent l'accent sur la réparation ou la compensation. Quels sont les bénéfices et les coûts de la prévention ? Les premiers sont très élevés, puisque le cartel se traduit par un prix plus élevé pour le consommateur, de l'ordre de 20 % environ. Les seconds sont en revanche relativement faibles au regard des premiers.

Pourquoi ?

En premier lieu, parce qu'un programme de clémence ne coûte pas très cher. 55 personnes à la Commission européenne s'occupent des cartels et rapportent plus de 1 % du montant du budget de l'Union européenne. En second lieu parce que les programmes de compliance ne sont pas très chers. Ainsi, les économistes se trouvent dans une situation assez rare : celle pour laquelle il n'y a pas à chercher un équilibre entre le bénéfice d'un effort supplémentaire en matière de prévention et le coût de cet effort.

Dès lors que les coûts de prévention sont très faibles comme ici, il y a toujours un bénéfice à entreprendre un effort supplémentaire de prévention. Contrairement à beaucoup d'autres délits et crimes, l'économiste pense ici qu'il faut prévenir la formation de tous les cartels (contrairement aux délits portant atteinte à l'environnement, par exemple, où l'économiste prône d'arrêter la prévention à partir du moment où le coût de la prévention est supérieur au coût du dommage environnemental, on n'a pas ici cette circonstance).

Le niveau des amendes contre les cartels est-il trop élevé ?

Il s'est considérablement élevé au cours des dernières années. Ce mouvement étant récent, les économistes ne peuvent pas établir un diagnostic sûr sur le fait que l'on s'acheminerait ou que l'on serait déjà dans une situation où le niveau de sanction permet de dissuader la formation de cartels.

Donc, le diagnostic n'est pas certain car les décisions sur les quatre dernières années n'offrent pas un recul suffisant.

Les travaux quantitatifs d'économistes portent sur l'ensemble des décisions prises au cours des dix ou quinze dernières années.

C'est le cas des travaux d'Emmanuel Combe qui montre dans une étude portant sur 65 décisions que, dans un cas sur deux, l'amende serait inférieure aux gains estimés du cartel. On serait très en dessous de la dissuasion, puisqu'on serait même en dessous de la compensation et cette proportion tombe à 10 % si l'on change l'hypothèse en termes d'élasticité de la demande au prix.

L'étude montre également que 2 % des amendes seulement sont supérieures au niveau de dissuasion.

Rappelons que l'analyse économique de la criminalité est carrée dans ses principes. D'abord, il faut dissuader celui qui s'apprête à commettre le crime. Pour ce faire, dès lors que le criminel obéit à la rationalité économique, la sanction du crime doit être supérieure au bénéfice espéré (i.e., bénéfice divisé par la probabilité d'être condamné).

Deuxième principe général, il vaut mieux dissuader celui qui est le mieux à même d'empêcher le délit, parce que l'économie est toujours soucieuse de minimiser les coûts.

Troisième principe : faire en sorte que les sanctions soient efficaces, mais qu'elles le soient au moindre coût.

Je rappelle que les économistes sont en général très défavorables à la prison et à l'emprisonnement comme mode de sanction, parce qu'il est beaucoup plus coûteux que la sanction financière. On verra portant plus loin qu'en ce qui concerne les dirigeants d'entreprises impliqués dans les cartels, les économistes sont assez favorables à l'idée d'emprisonnement.

Faut-il sanctionner l'actionnaire, le dirigeant ou les deux ?

Le raisonnement économique conduit à la conclusion qu'il faut sanctionner les deux. Il faut dissuader les dirigeants de s'entendre avec leurs concurrents et les responsabiliser pour dissuader leurs collaborateurs et subalternes de le faire. Il faut également sanctionner l'actionnaire car bénéficiant de l'action de cartélisation du dirigeant, il pourrait fermer les yeux, voire inciter le dirigeant à cartéliser en lui promettant de le dédommager de sa sanction s'il est poursuivi par les autorités de la concurrence.

La mère doit être sanctionnée comme les autres actionnaires

Les juristes sont d'accord pour que l'entreprise soit sanctionnée en cas de participation à un cartel. Pour un économiste, sanctionner l'entreprise revient à sanctionner l'actionnaire.

En premier lieu parce que l'actionnaire est considéré comme le propriétaire de l'entreprise ; ensuite, lorsqu'une entreprise doit payer une amende, ce sont les actionnaires qui sont es-

sentiellement mis à contribution.

La controverse entre juristes et économistes ne porte donc pas sur le fait que l'actionnaire ne doit pas être sanctionné. Elle porte plutôt sur le statut particulier de la mère.

Je ne comprends pas pourquoi des entreprises, des groupes, des filiales, des organisations différentes paieraient des niveaux d'amende différents. Pour un économiste, la mère, c'est l'actionnaire et il faut sanctionner l'actionnaire, pour qu'il dissuade le dirigeant de participer à un cartel.

Il n'y a donc pas de raison de ne pas la sanctionner et de faire en sorte que s'il y a un plafond, le plafond ne la concerne pas. Ma conclusion sur l'imputabilité de la mère est donc très tranchée. Mais j'apporte quand même un bémol en ajoutant qu'il ne faut pas que l'amende dépasse la valeur de la fille.

Les économistes comme les juristes sont très attachés au principe de responsabilité limitée. S'il y a un plafond sur un chiffre d'affaires qui porte notamment sur le groupe, on peut être dans une situation – je ne sais pas si elle s'est jamais réalisée – où en fait, l'amende est supérieure à la valeur de la fille.

Dans un tel cas de figure, on se retrouve dans une situation où un actionnaire doit payer plus que le capital qu'il a engagé, perdre plus que la valeur de ses actions. Ce n'est pas une bonne chose.

Quel montant au plafond de l'amende ?

Il semble qu'il y ait un sentiment d'injustice de la part d'entreprises condamnées à de fortes amendes. Il peut s'expliquer par le fait que les coupables ne sont souvent plus là, les dirigeants sont partis, et parfois même, les actionnaires sont nouveaux.

Une autre raison tient à ce que des concurrents qui ont participé au même cartel avec le même degré d'implication ne se voient pas infliger le même montant d'amende parce qu'ils ne sont pas organisés de la même façon en groupe ou en société holding.

Quelques mots sur le seuil de 10 %. Ce tableau indique le niveau des amendes en pourcentage du chiffre d'affaires global. C'est une statistique que j'ai recueillie sur le site de la Commission européenne, dans la partie cartel.

Vous cliquez sur statistiques et vous voyez apparaître un document de cinq à six pages, à la fin duquel se trouvent ces données, qui portent sur les 75 décisions les plus récentes. La grande majorité (environ 40 cas) correspond un niveau d'amende inférieur à 1 % du chiffre d'affaires global.

Mais, à l'autre extrême, pour 9 cas, l'amende a été comprise entre 9 et 10 % du chiffre d'affaires global. Le plafond est donc parfois atteint dans un nombre de cas significatif.

[Illustration par l'exemple](#)

À propos du plafond, je reprendrai les réflexions du Président Fossier mais avec un point de vue différent. Pour un écono-

miste, il y a une logique à l'existence d'un plafond mais ce n'est pas la prévisibilité. L'idée est plutôt que les autorités de la concurrence, comme n'importe quelles autorités administratives, sont opportunistes et imparfaites.

Elles peuvent commettre des erreurs parce qu'elles ne disposent pas de l'ensemble des informations ou parce qu'elles sont opportunistes. On ne peut pas exclure qu'une autorité de la concurrence ou qu'un président de l'Autorité de la concurrence cherche à contribuer modestement – ou pas si modestement que cela – à alimenter les caisses de l'État, par un niveau d'amende élevé.

C'est un raisonnement brutal, qui vous choque sans doute, mais c'est le raisonnement des économistes. Les agents, les individus, pour un économiste, sont opportunistes.

D'où l'idée d'un plafond dont la rationalité est de limiter le pouvoir discrétionnaire de l'Autorité de la concurrence et de réduire la sur-dissuasion. Cette dernière a en effet un coût.

Malheureusement en l'état actuel de la recherche économique, il n'y a pas de travaux présentant des arguments solides permettant de dire que le plafond de 10 % du chiffre d'affaires devrait être révisé à la hausse ou à la baisse. Est-il trop élevé ou trop bas ? Je ne sais pas.

J'ai toutefois l'idée, et là encore, je reprends une partie des propos du Président Fossier, que le chiffre d'affaires ne me paraît pas un très bon critère pour fixer un plafond. Peut-être faudrait-il tenir compte de la valeur de la société. Et là, je reprends ce que j'ai indiqué précédemment sur la responsabilité limitée. Il me semble que, pour ce qui concerne la dissuasion de l'actionnaire, un bon plafond serait la valeur de l'entreprise, plutôt que le chiffre d'affaires.

Que se passerait-il si le plafond ne s'appliquait pas au groupe ?

Admettons pour simplifier que le seuil du montant de l'amende permettant de dissuader la formation des cartels soit égal à deux fois le chiffre d'affaires réalisé sur le marché concerné (ce niveau correspond aux hypothèses suivantes : durée de cartel de six ans, probabilité de détection de 25 %, élasticité de prix de 0,7).

Sur le tableau ci-dessous, vous avez en ordonnées, le niveau des amendes par rapport à la taille du marché affecté (i.e., chiffres d'affaires de l'activité cartelisée). En abscisse, est indiquée la durée du cartel. Chaque point bleu correspond à une décision : il y en a 65 en tout. Vous remarquerez qu'il y a moins de dix points bleus au-dessus de la ligne correspondant à une amende supérieure à deux fois les recettes annuelles.

En d'autres termes et en supposant notre hypothèse toujours juste, la sur-dissuasion ne serait pas très fréquente, et donc les amendes pas systématiquement trop élevées. Inversement, on peut aussi observer que de nombreux points sont bien en dessous de la barre de deux fois le chiffre d'affaires et conclure

alors que dans la plupart des décisions les amendes n'auraient pas été dissuasives.

Illustration par l'exemple

Je voudrais revenir en conclusion sur la question de l'équilibre à trouver entre la dissuasion du dirigeant et la dissuasion de l'actionnaire. Imaginons que le niveau des amendes jugé aujourd'hui trop élevé par les entreprises et leurs conseils se mette à baisser en tendance.

Pour maintenir un niveau de dissuasion égal à celui d'aujourd'hui, il faudrait introduire des sanctions contre les dirigeants (interdiction d'exercice, ou à l'instar des États-Unis, des peines de prison).

En résumé, l'actionnaire doit être incité à décourager le dirigeant de participer à un cartel. Il doit aussi empêcher ses employés de s'y engager. L'actionnaire doit également être sanctionné, et non le seul le dirigeant.

La mère étant l'actionnaire, il n'y a pas de raison économique à exonérer sa responsabilité en matière d'amende, puisque d'un point de vue économique, la mère est vue comme un actionnaire. En revanche, la valeur de l'amende ne devrait pas dépasser la valeur de la fille.

Enfin, pour maintenir le même niveau de dissuasion qu'aujourd'hui, mais avec un niveau de sanction financière plus faible à l'égard de l'actionnaire, il serait nécessaire d'augmenter le niveau de la sanction à l'égard du dirigeant.

Merci de votre attention.

Le principe de la responsabilité personnelle est-il en péril en droit de la concurrence ?

Bernard Bouloc

professeur agrégé à l'université de Paris I (Panthéon Sorbonne)

Un comportement peut apparaître comme non conforme au droit. Il est alors susceptible d'entraîner des investigations ou une enquête dont l'objet est de déterminer celui ou ceux qui y ont participé car, actuellement, il ne peut y avoir responsabilité qu'en cas de relation entre une action (ou mission) et une personne déterminée, physique ou mentale.

Dans les temps anciens, on a pu retenir la responsabilité d'un animal, d'une chose ; mais, dans les temps modernes, seules des personnes peuvent être des délinquants, et cela que l'on soit en matière proprement pénale ou dans d'autres

domaines « sanctionneurs » que l'on pourrait dénommer « para-pénaux », parce qu'ils relèvent d'autorités ou d'administration et non du juge correctionnel classique.

De temps en temps, apparaît cependant la tentation d'une recherche sociale du responsable, ce qui explique – mais ne peut à mes yeux justifier – quelques prises en compte du fait collectif ou du fait d'autrui.

Nous le savons, il y a eu la loi dite « anticasseurs » en 1970, qui a été abrogée. Et puis, de temps en temps, l'on revoit apparaître la responsabilité du fait des groupes et donc, je trouve que tout cela, c'est « à la louche, à la barbare », mais il vaut mieux l'éviter. Parce que l'on peut parfaitement, sur des fondements de solidarité ou de garantie, voire de risque anormal, faire peser sur quelqu'un, la charge d'une indemnisation ou d'une responsabilité civile.

Mais, une responsabilité pénale ne peut peser que sur l'auteur de l'agissement prohibé. Aussi, dès lors que dans les sociétés modernes, à côté des personnes physiques menant des activités individuelles, artisanales, se sont développées des sociétés à capitaux ou non, l'idée de les faire entrer dans le champ pénal a été envisagée puis retenue. Tel est le cas en France avec le nouveau Code pénal de 1992, entré en vigueur en 1994.

Néanmoins, tirant les conséquences d'un principe que la Cour de cassation avait dégagé à la fin du 19^e siècle et qu'elle avait rappelé en 1956, « nul n'est passible de peine qu'à raison de son fait personnel », le nouveau Code pénal a tenu, dans le premier article consacré à la responsabilité pénale, à affirmer que « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ». Et cela vaut tant pour les individus que pour les personnes morales.

Une société ayant la personnalité morale répondra donc des agissements réalisés par l'un de ses organes ou l'un de ses représentants, encore que, sur le mot « représentants », je ne suis pas totalement d'accord avec ce que décide la chambre criminelle. Mais, elle ne saurait être déclarée coupable des actions réalisées par une autre société : celle-ci exercerait-elle une activité proche de la première, ou dépendrait-elle du même président ou aurait-elle des capitaux en liens étroits avec telle autre société ?

On rappellera d'ailleurs qu'en France, le groupe de sociétés n'a pas la personnalité morale. Les travaux qui avaient été menés, en 1970, sur le groupe de sociétés, aboutissaient à l'idée qu'il ne fallait pas faire comme les Allemands qui, depuis 1965, ont une législation sur les groupes de sociétés. Finalement, tout cela s'est enlisé. Les projets Sanders et autres, etc. Il y a eu un autre retour, vers 1978, qui n'a pas abouti. Actuellement, en France, le groupe de sociétés n'est pas une personne morale.

C'est hors du droit pénal, puisque seules les personnes morales peuvent répondre pénalement des agissements commis par leurs organes ou leurs représentants. Mais, s'il n'a pas la personnalité morale, il n'y a pas de responsabilité pénale, pour un groupe de sociétés.

La seule chose que l'on voit, c'est ce qu'a décidé la Cour de cassation en 1985, dans l'arrêt Rosemblum, c'est-à-dire que le groupe de sociétés est un fait justificatif d'un abus de biens sociaux². Mais, à ma connaissance, sur le plan pénal, c'est le seul cas où l'on retient le groupe de sociétés : justification, on puise dans la caisse de l'une pour en alimenter une autre, sous réserve de certaines conditions que la Cour de cassation a fixées dans cet arrêt du 4 février 1985. Il n'y en a pas d'autre.

On l'a bien vu dans des cas de banqueroute. On a dit : « Regardez la banqueroute, tout cela est voisin de l'abus de biens, puisque le détournement d'actifs et l'abus des biens dépendent de la date de cessation des paiements. La Cour de cassation a dit non. Ici, chacun pour soi, pas d'effet de groupe. Le groupe, cela ne marche que pour l'abus de biens sociaux, pour justifier l'acte et non pour punir.

Il est vrai que lors de la préparation du nouveau Code pénal, et du fait de l'apparition des évolutions consistant à faire rentrer les personnes morales, certains ont pensé que le droit français, en ne connaissant que l'auteur et le complice, était peut-être un petit peu pauvre.

Car, dans certaines législations, on retient l'auteur immédiat, comme c'est le cas de celui qui fournit une aide directe en fournissant l'arme ; mais aussi, celui qui, de plus loin, suggère la mise en place ou la mise en œuvre d'un projet criminel, ce que l'on appelle, dans ces législations, l'auteur média. Ici, cela devient un peu plus compliqué et j'ai vu cela en droit pénal suisse.

Il avait été proposé de déclarer pénalement responsable le décideur. C'est une idée de Mme Delmas-Marty. Sans doute voulait-on ainsi rechercher celui qui, au sein par exemple d'un groupe de sociétés, aurait suggéré la commission de telle ou telle infraction. Mais, encore aurait-il fallu trouver des indices d'une action matérielle. Car, traditionnellement, le droit français ne réprime pas, heureusement, les mauvaises pensées, les simples idées ou la résolution de commettre une infraction.

Pour qu'il y ait infraction, il faut que cette résolution ou cette volonté se soit manifestée extérieurement par un fait ou un acte. C'est d'ailleurs ainsi que l'on a des solutions en matière d'associations de malfaiteurs ou d'infractions commises en bande organisée.

Et puis, l'on peut se poser la question : est-ce que la complicité par provocation n'est pas suffisante pour atteindre le prétendu décideur ?

L'article 121-7 du Code pénal retient comme complice celui qui par ordre, menace, abus d'autorité de pouvoir, aurait provoqué une infraction, donné des instructions pour la commettre.

Aussi bien les parlementaires ont-ils, lors du vote du nouveau Code pénal, écarté la notion de décideur qui, d'une part, était trop imprécise et d'autre part, n'apportait pas à

2. Crim. 4 fév. 1985, Bull. n°54, Rev. sociétés 1985. 649 M. Boulloc, D1985, 478 note D. OHL.

leurs yeux, un complément utile à la notion de complicité par provocation.

Donc, ce que l'on peut dire, c'est que l'on n'a pas eu d'évolution, mais l'on peut se poser la question de savoir si l'on ne devrait pas s'en inspirer - puisque le droit de la concurrence est quand même para pénal, puisqu'il punit, que les sanctions sont lourdes - et raisonner par rapport au cas de la complicité, pour en déduire peut-être la responsabilité de la société-mère ou grand-mère. Par rapport au droit pénal, c'est ainsi que l'on devrait plutôt faire cette recherche, et non dire : « Dès l'instant que vous avez 99,8 % du capital, vous êtes responsable.

Car, s'il y a vraiment des liens capitalistiques forts, cela ne veut pas nécessairement dire que l'on a donné des instructions pour faire ceci ou cela et d'ailleurs, dans certains cas, il arrive que si le dirigeant de la filiale a mal fait son travail, c'est-à-dire n'a pas fait tout à fait ce qu'on lui demandait, on le renvoie, avec un quitus !

Il faut, dès lors, se demander si le principe de la responsabilité personnelle est bien respecté en droit de la concurrence, tant en ce qui concerne l'imputabilité que la sanction.

Sur l'imputabilité

En principe, on n'est responsable que de ce que l'on a fait ou omis de faire. On ne peut répondre des actes de ses enfants, même mineurs ou des personnes dont on vous a confié la garde.

Par extension, on doit dire la même chose : la société-mère détiendrait-elle l'intégralité du capital, ce n'est pas une raison suffisante pour qu'elle soit responsable. Il faut voir si elle a accompli des actes précis qui sont de nature à justifier l'action incorrecte faite par la filiale ou la petite-fille.

Par ailleurs, on sait bien qu'en ce qui concerne les personnes physiques, le délinquant qui meurt avant qu'un jugement définitif ne soit intervenu meurt innocent. Ses héritiers ou ses successeurs ne seront pas punis à sa place, même si au titre de l'action civile, les héritiers peuvent être amenés à indemniser la ou les victimes.

La question peut paraître plus délicate pour les personnes morales, car l'article 6 de notre Code de procédure pénale vise la mort du prévenu, tandis que l'article 133-1 du code pénal évoque la dissolution de la personne morale comme cause d'empêchement ou d'arrêt de l'exécution de la peine.

Le même texte ajoute qu'il peut être procédé au recouvrement de l'amende et à l'exécution de la confiscation, après le décès du condamné ou après la dissolution de la personne morale, jusqu'à la clôture des opérations de liquidation.

On peut en déduire qu'une personne morale peut être responsable tant qu'elle a la personnalité, c'est-à-dire jusqu'à l'achèvement des opérations de liquidation. Mais, après, on ne pourra plus exécuter une sanction pécuniaire, amende ou confiscation.

De ces textes, on peut déduire qu'une personne morale peut être responsable tant qu'elle a la personnalité, mais qu'une fois la clôture survenue, aucune sanction ne pourra plus être exécutée.

C'est finalement ce qu'a décidé la Chambre criminelle, à propos de sociétés qui avaient été absorbées par d'autres. La cour d'appel de Bastia avait considéré que la société absorbante devait être pénalement punie à la place de la société absorbée qui avait commis un accident de travail mortel, hélas.

On avait considéré qu'il y avait lieu de punir la société absorbante. Et la Chambre criminelle a censuré : « Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait » et elle a invoqué l'article 121-1 du Code pénal³. La solution doit donc être approuvée parce que l'action reprochable à une personne morale ne peut être que le fait d'un de ses organes.

Dans l'arrêt de 2000, la Cour de cassation avait dit qu'il ne restait plus rien. Elle avait même oublié qu'il y avait possibilité d'indemniser la victime. Dans l'arrêt de 2003, elle a rectifié le tir sur ce point⁴.

En revanche, en matière de sanctions en droit boursier, le conseil d'État a estimé qu'il était possible de faire supporter à la société absorbante, la sanction pécuniaire provenant d'une action de la société absorbée.

En matière de concurrence, on sait que les textes communautaires ou de droit interne visent les entreprises, sans en donner la définition. La Cour de Justice a pu considérer qu'une entreprise était toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement.

Il suffit que l'entité exerce une activité impliquant des échanges économiques. Ce peut être un inventeur qui cède la licence de ses brevets, un club professionnel de sportifs ou un groupe de sociétés, qui peut constituer une unité économique comprenant la société-mère et ses filiales.⁵

En droit interne, le Conseil de la Concurrence et les juges judiciaires ont adopté le même raisonnement. L'entreprise est entendue de manière très large. Tout au plus, la cour d'appel de Paris a-t-elle exprimé un point de vue différent, en exigeant qu'au moins un des participants à l'entente soit « un acteur actif sur un marché ».⁶

Toutefois, en ce qui concerne les groupes, le Conseil ou l'Autorité recherche si une entreprise dispose d'une certaine autonomie ou si les pratiques mises en œuvres par les filiales proviennent d'un mouvement coordonné par la maison mère⁷.

Dans l'hypothèse d'une restructuration ou d'un transfert d'entreprises, on devrait se prononcer comme en droit pé-

3. Crim. 20 juin 2000, Bull. n° 237, D.200 T. 853.

4. Crim. 14 oct. 2003, Bull. n°189.

5. Lamy droit économique 2010, n°972.

6. Paris 29 fév. 2000, D. Aff. 2010.182 ; Cour 15 janvier 2002, Bull.civ IV n°15, D.2002.720 Obs. Chevrier.

7. Aff. Decaux. Cons. Con. 04-D.32 du 8 juillet 2004, BOCCRF 9/12 p. 757.

nal interne. Seule l'entité ayant commis une faute doit être responsable. Mais, en matière d'ententes, la dominante est économique.

Aussi bien, dès 1986, la Commission de Bruxelles a estimé qu'en cas de perte d'existence juridique de l'entreprise entre l'infraction et la poursuite, il convenait de localiser l'ensemble des éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction pour ensuite identifier la personne devenue responsable de l'exploitation de cet ensemble.

Si la personne morale demeure, elle reste responsable même si elle a cédé des éléments d'exploitation. Et si l'acquéreur accepte d'être responsable des agissements, il doit bénéficier des droits de la défense, et faire l'objet d'une notification de griefs.

Se référant à cette conception, le Conseil de la Concurrence et la cour d'appel de Paris ont estimé qu'il convenait de retenir comme responsable l'entreprise disposant de moyens matériels et humains ayant encouru à l'infraction⁸. Il n'y aurait pas, selon la cour, atteinte à la personnalité des peines, puisque celles-ci sont applicables aux « entreprises auteurs des pratiques ». Aussi bien, en cas de fusion absorption, la société absorbante devra être imputée, du fait du transfert des biens et obligations⁹.

La Cour de Cassation a retenu cette conception, en décidant que les pratiques anticoncurrentielles sont imputées à toute entreprise, indépendamment de son statut juridique et sans considération de la personne l'exploitant¹⁰.

Si la société, en se séparant de certains éléments, conserve sa personnalité, elle répondra des actes. Ce sera le cas pour une filialisation, la holding demeurant en charge de la gestion et détenant des titres de participation, restera responsable.

Toutefois, en cas de procédure collective, le repreneur ne pourra se voir imputer les infractions « rattachées » aux éléments matériels et humains, car il est impossible de lui imposer d'autres charges que celle prévues dans le plan de cession.

Que penser de toutes ces situations ?

Que le droit de la concurrence veut sanctionner des pratiques anticoncurrentielles en les mettant à la charge de ceux qui les ont réalisées.

Si l'on était en matière de responsabilité civile, les dettes d'une entreprise absorbée pourraient être acquittées par la société absorbante. Mais, même si les sanctions sont des « sanctions pécuniaires » et non des amendes, la matière de la concurrence entre bien dans la matière pénale au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Il conviendrait dès lors de prendre en compte le principe fondamental de la responsabilité personnelle. Sans doute pourrait-on craindre que, du fait de fusion/absorption, on rende inutile toute recherche de responsabilité.

Mais on pourrait réserver l'hypothèse de la fraude, comme l'avait admis la chambre commerciale, ou bien dire que les opérations engagées à partir de l'engagement d'une enquête ou d'une notification de griefs seraient inefficaces.

Car il faut trouver un juste équilibre entre la nécessité de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles et la liberté d'action des entreprises. « Nul n'est responsable que de son propre fait » devrait être un principe constitutionnel, car en 1789, les groupements étaient rares et surtout mal aimés.

En attendant les évolutions à venir, qui devraient exclure toute responsabilité en cas de détention de capital, il convient de se demander si le principe de la responsabilité personnelle n'est pas non plus en péril, au regard de la sanction encourue.

Les sanctions

La sanction résulte de l'article L. 464-2 du code du commerce ; en matière communautaire, c'est l'article 23 § 5 du règlement 1-2003. Les montants sont assez importants.

Ce qui m'a étonné, c'est la manière dont j'ai entendu tout à l'heure le Président Fossier nous dire qu'il partait du maximum. En Cour d'assises, oui, puisqu'on est exposé au maximum et donc, on commence toujours par cela. Mais, on commence aussi d'abord par dire si la personne est coupable.

Et si on n'a pas trouvé de cadavre, si on n'a pas de preuve, il ne peut pas y avoir de peine. Pour nous, c'est à peu près la même chose. C'est pour cela que l'imputabilité est importante. En 1994, lors d'un colloque, j'ai dit que je regrettais qu'on n'ait plus une fourchette comme avant, avec un minimum et un maximum, parce que cela donne un cadrage.

Ensuite, c'est aux juges de voir, en fonction des objectifs, s'il s'agit de punir pour ce que l'on a fait hier, ou punir pour éviter que cela ne recommence... Quelle est l'importance du dommage à l'économie ? Il faut éviter la réitération. Et on sait aujourd'hui que dans un certain nombre de cas, notre législateur est préoccupé par la récidive. Ici, en droit de la concurrence, on dit réitération, mais cela revient à peu près au même.

Les chiffres sont assez importants. J'avoue que là-dessus, la peine ne doit être supportée que par celui qui a commis l'infraction et, en tenant compte du chiffre d'affaires mondial, on peut mettre en péril un groupe, car le chiffre d'affaires n'est pas nécessairement le bénéfice réalisé, lequel peut être parfois très faible.

J'ai le souvenir d'une étude, faite par un futur professeur, qu'il avait intitulée : « La peine de la malice ». Il avait pris les abus de confiance, l'escroquerie et regardé le montant des amendes dans un certain nombre de tribunaux, prononcées par rapport aux dommages causés à la victime. Et il avait remarqué un certain parallélisme.

8. Paris 19 sept 1992, BOCCRF 4 décembre 1992.

9. Paris 22 sept 1993, BOCCRF 4 décembre 1993 ; Paris 23 oct 2007, Res. Lamy De la Concurrence 2008/14 p°977.

10. Com. 28 janvier 2006, R Lamy conc. 2006/8 n°550 obs v.S.

C'est un peu le dommage à l'économie... Il serait plus juste de partir de ce chiffre, du profit que l'on a retiré par l'opération et de voir s'il faut multiplier par deux, par trois, à la manière des dommages et intérêts punitifs, en quelque sorte. C'est une idée qui mériterait d'être retenue : regarder d'abord par rapport au profit.

Parce que, prendre un chiffre comme cela, très élevé, c'est intéressant par les temps que nous traversons, parce qu'il n'y a plus d'argent dans les caisses, mais ce n'est pas une raison pour rendre nos entreprises totalement exsangues, puisque l'on veut au contraire qu'elles se développent un tout petit peu pour retrouver de l'emploi. Il faut donc rester raisonnable.

Ceci étant, en matière communautaire, l'amende ne peut excéder 10 % du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice précédent. Mais ce plafond doit être apprécié au moment de la décision et non au jour de l'infraction. Et s'il s'agit d'un groupe, le chiffre d'affaires est celui de toutes les sociétés constituant l'entité économique, comme l'a indiqué la décision du TPI CE du 12 décembre 2007, dans l'affaire Akzo Nobel.

Dans l'hypothèse d'une restructuration, il est tenu compte du chiffre d'affaires du dernier exercice connu avant la restructuration, afin que l'amende garde un caractère dissuasif.

En tenant compte du chiffre d'affaires mondial des sociétés constituant l'entité économique, le règlement et les juridictions communautaires ne prennent pas en compte le principe de proportionnalité attaché à la règle de la personnalité de la sanction.

Une peine ne doit être supportée que par celui qui a commis l'infraction. Tenir compte du chiffre d'affaires mondial peut mettre en péril un groupe, car le chiffre d'affaires n'est pas le bénéfice réalisé. Le droit interne, depuis la loi NRE, retient aussi 10 % du chiffre d'affaires mondial hors taxe, le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis celui précédant la mise en œuvre des pratiques (art. L. 464-2 al. 2).

De plus, si les comptes sont consolidés, le chiffre d'affaires retenu est celui figurant dans les comptes consolidés.

Le maximum est donc très élevé, par rapport au 5 % du chiffre d'affaires réalisé en France au cours du dernier exercice clos, comme l'indiquait la loi avant 2001. S'agissant des comptes consolidés, on rappellera qu'ils concernent des entreprises n'étant pas sous contrôle exclusif, puisque l'on peut retenir des entreprises sous influence notable, ce qui peut s'entendre de la détention de 20 % des droits de vote.

Il faudrait peut-être aussi regarder d'un peu plus près vers les textes européens, nos textes internes. Tout à l'heure, Madame Arcelin a parlé de l'affaire Salabiaku, en disant qu'il s'agissait d'un miracle. Je connais bien cette histoire, une histoire de trafic de stupéfiants. Une personne est arrêtée à Roissy avec une valise de drogue. Détenteur, elle a été punie et condamnée.

À Strasbourg, la douane avait peur que l'on ne dise que l'atteinte à la présomption d'innocence était encourue parce

qu'elle était simplement détenteur et disait que ce n'était pas sa valise. La cour a jugé que la règle sur la détention était valable dès lors que les enjeux sont importants (la drogue), que l'on ait la possibilité de s'exprimer (inverser la charge de la preuve) et que les juges motivent sérieusement les raisons pour lesquelles ils condamnent.

La Cour de cassation, s'inspirant de l'arrêt Salabiaku, a dit qu'en matière de droit de la presse - où nous avons la fameuse responsabilité dite en cascade et où le directeur de la publication est responsable au premier rang de toutes les dif-famations que peuvent commettre les journalistes - on avait la possibilité de riposter.

Tout cela fait que des questions seront peut-être posées sur la présomption d'innocence. Elle figure dans la Déclaration des Droits de l'homme, et donc, on pourrait peut-être demander si le groupe peut être responsable d'une amende, parce qu'ici, on porte atteinte à la présomption d'innocence.

C'est une question pour le Conseil constitutionnel.

En ce qui concerne la sanction, ce n'est pas aller trop loin, notamment quand des sociétés absorbantes se voient condamnées à des amendes tenant compte de leur dernier chiffre d'affaires, alors que c'est la société absorbée qui avait fait la faute ?

Est-ce qu'ici on ne va pas trop loin ? Est-ce que l'on tient compte de l'article 7 de la Convention européenne des Droits de l'homme selon lequel « ne doit pas être exposé à une peine plus forte que celle existant au jour de l'action coupable » ?

Et alors, si c'est la société absorbée, pourquoi va-t-on tenir compte du chiffre d'affaires de la société absorbante ? Car finalement en imputant la responsabilité à celle-ci, on fait comme si elle avait organisé la pratique anticoncurrentielle.

En droit, on manie parfois des fictions, mais dans le domaine de la responsabilité et des sanctions, il faut être très mesuré et juste. Il semble en tout cas que le Conseil Constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'Homme pourraient apporter des précisions sur l'application du principe de la responsabilité personnelle en droit de la concurrence.

Débat

Thierry Fossier revient sur la notion de maximum légal. Il ne saurait en décrire le mode de raisonnement dans le secret du délibéré. C'est sur la motivation qu'il indique ne pouvoir faire autrement, dans l'état actuel des textes, que de se référer au maximum légal. Du point de vue du droit constitutionnel comme du droit répressif, il faut s'en tenir à ce qui existe dans la loi.

Pascal Durand-Barthez apporte une précision en tant qu'ancien directeur juridique d'un grand groupe. Dans la vraie vie, la réalité de l'intervention du groupe ou de la structure de la mère dans l'activité commerciale de la filiale consiste généra-

lement à fixer les objectifs. Charge à la filiale de se débrouiller pour réaliser ces objectifs, parfois irréalistes.

Deuxièmement, une bonne façon d'observer cela est de regarder la composition relative des directions commerciales ou du marketing des sociétés-mères et des directions financières. Généralement, les directions commerciales des sociétés-mères sont des structures extrêmement légères, parce que la réalité de la définition du marché se fait dans les filiales.

Troisièmement, on prend en compte le comportement du groupe pendant la procédure administrative et à ce moment-là, on voit arriver dans le débat les troupes de la société-mère. C'est vrai dans tous les contentieux, en particulier en droit de la concurrence. Le juriste interne en droit de la concurrence reste relativement rare. Et il est normal de se placer au niveau du groupe et non de la filiale. L'intervention dans un contentieux et en particulier en droit de la concurrence, c'est forcément au niveau de la structure de la mère.

Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié le remercie d'autant plus qu'aucun représentant d'entreprise n'a accepté de participer à ce débat.

Jean-Jérôme Yung, DGCCRF, revient sur les principes du droit pénal : le droit de la concurrence n'est pas du droit pénal et sa fonction essentielle n'est pas la punition d'un responsable pour les faits commis. D'un point de vue économique, il a été souligné que l'on souhaitait l'effectivité pour éviter la réitération. Or, quand on rentre dans les affaires, pour une société importante, cela ne pourra passer que par une sanction financière lourde qui lui fera apprécier, sous la forme d'un bilan coûts/avantages, ce qu'elle peut faire ou non.

Dans le problème de l'imputabilité, lorsque l'on parle de filiale, on regarde les structures de groupes.

S'agissant des structures capitalistiques en général, on peut bien individualiser les filiales par rapport aux sociétés-mères, mais se superposent généralement, et particulièrement dans les grands groupes, des organigrammes fonctionnels, dans lesquels on retrouve des responsables de filiale à des postes de responsabilité stratégique au niveau du groupe, ce qui milite en faveur de la responsabilité de l'ensemble du groupe, puisque la stratégie sera bien définie dans des comités qui ne sont pas forcément des conseils d'administration, mais des comités stratégiques ou autres structures plus ou moins officielles dans lesquelles l'ensemble de la stratégie des filiales sera définie. Ces éléments militent pour que l'on conserve la responsabilité des sociétés-mères.

Bernard Bouloc répond qu'à Strasbourg, il prend en compte l'article 6 de la Convention européenne, et la Cour de cassation en a tiré les conséquences. C'est bien une matière pénale au sens de l'article 6.

S'agissant des cas d'organisations qui font que l'on trouve le directeur untel au comité stratégique, cela rejoint son propos selon lequel, c'est par rapport à une certaine complicité et pas uniquement le fait de détenir 100 % du capital. La société-mère ne peut être imputée que dans la mesure où elle a fait quelque chose de positif.

Conclusion

Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié avocat à la Cour

Pour amorcer cette conclusion, il me semblait important de souligner que le problème de l'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles aux groupes de sociétés, du fait des agissements de leurs filiales, n'est pas limité au droit de la concurrence mais s'étend également à d'autres branches du droit.

La mise en cause des groupes est, en effet, de plus en plus fréquente. Le Président de la République expliquait ainsi, le 25 octobre 2007, dans son discours de clôture du Grenelle de l'environnement : « Il n'est pas admissible qu'une maison-mère ne soit pas tenue pour responsable des atteintes portées à l'environnement par ses filiales. Il n'est pas acceptable que le principe de la responsabilité limitée devienne un prétexte à une irresponsabilité illimitée. Quand on contrôle une filiale, on doit se sentir responsable, en l'occurrence, des catastrophes écologiques qu'elle peut causer. On ne peut pas être responsable le matin et irresponsable l'après-midi ».

Cette question est également abordée dans deux projets qui ont pour objectif d'impliquer financièrement les sociétés mères pour les dommages causés par leurs filiales.

L'article 84 du projet de loi portant engagement national pour l'environnement – dit Grenelle II – adopté par le Sénat et enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 9 octobre 2009 reprend la proposition numéro 68 du rapport de madame Corinne Lepage qui suggère de formuler, au cœur du Code civil, un principe général de responsabilité des sociétés-mères du fait de leurs filiales, pour les dommages causés à l'environnement.

L'avant-projet Catala, de réforme du droit des obligations en date du 22 septembre 2005 ensuite, proposait d'enrichir le Code civil, à l'article 1360, alinéa 2, d'une nouvelle responsabilité du fait d'autrui, celle des sociétés-mères, du fait de leurs filiales : « Est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son propre compte, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation directe avec l'exercice du contrôle ».

Les réactions sur ce projet de réforme n'ont toutefois pas tardé, notamment en provenance d'un groupe de travail de la Cour de cassation en date du 15 juin 2007 : « Sur un plan plus juridique, la disposition appliquée à la société-mère responsable du fait de ses filiales, méconnaît l'autonomie de la personnalité morale, dont est dotée chacune des sociétés du groupe, alors que le groupe lui-même n'est consacré, dans notre droit, que de manière encore très marginale » (point 79).

Vous avez souligné, vous aussi, monsieur le professeur **Bernard Bouloc**, qu'un système de responsabilité ne peut être bâti sur ce fondement. Un régime de responsabilité de la société-mère du fait de ses filiales méconnaît, en effet, le principe de l'autonomie de la personnalité morale.

En droit de la concurrence, un tel régime de responsabilité des sociétés-mères du fait des agissements de leurs filiales s'est pourtant largement généralisé.

La jurisprudence et la pratique décisionnelle communautaire posent, en effet, une présomption de responsabilité des sociétés-mères du fait des agissements de leurs filiales à 100% (ou quasi 100 %).

Linda Arcelin nous a fort bien exposé ce matin l'état de la jurisprudence européenne en matière d'imputabilité mère-filiale, et notamment l'importance du fameux arrêt « Akzo » de la Cour de justice du 10 septembre 2009 qui n'a pas fini de faire couler de l'encre. Il a, en effet, durci le régime d'imputabilité mère-filiales, là où l'arrêt « Stora »¹¹, rendu dix ans avant, posait des conditions plus favorables dans lequel les justiciables avaient placé beaucoup d'espoir.

On ne peut que regretter que cet arrêt « Akzo » ait encore durci le régime de l'imputabilité mère-filiale.

Cette jurisprudence de la CJCE est d'ailleurs très contagieuse. Elle est même à l'origine d'une pratique nouvelle à l'Autorité de la concurrence, qui consiste à impliquer les sociétés-mères solidairement aux côtés de leurs filiales.

J'ai ainsi noté dans une décision récente « SNCF/ Expedia »¹², confirmée par la cour d'appel de Paris le 23 février 2010¹³, la mise en cause de la société SNCF pour les infractions commises par ses filiales, VFE-commerce, VSC et iDTGV.

La contagion ne se limite d'ailleurs pas au droit français. À titre d'illustration, je vous invite ainsi à examiner une décision de l'Office of Fair Trading (OFT) toute récente, en date du 21 septembre 2009.

Cette décision de 1 945 pages, relative au secteur de la construction, contient un très long argumentaire sur la notion d'entreprise et d'imputabilité des pratiques mère-filiale, là encore très clairement inspiré de la jurisprudence communautaire¹⁴.

Le sujet est donc d'une totale actualité. Nous ne nous doutions pas, il y a un an, lorsque que nous l'avions retenu avec le professeur Laurence Idot au sein des comités de pilotage de la DGCCRF, que le Parlement européen adopterait le 9 mars 2010, une résolution sur le rapport relatif à la politique de concurrence 2008 invitant la Commission européenne et les États membres (donc la DGCCRF et l'Autorité de la concurrence) à « définir des critères spécifiques selon lesquels les sociétés-mères doivent être solidairement tenues pour responsable des comportements de cartel de leurs filiales ».

11. Arrêt de la CJCE du 16 novembre 2000, affaire C-286/98 P, « Stora Kopparbergs Bergslags AB c/ Commission européenne ».

12. Décision de l'Autorité de la concurrence n°09-D-06 du 5 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne, §§ 154 et s.

13. Sans toutefois que le débat de l'imputabilité mère-fille n'ait, à ma connaissance, été soulevé dans le cadre du recours.

14. Decision of the Office of Fair Trading, No. CA98/02/2009 - Bid rigging in the construction industry in England, 21 September 2009 (Case CE/4327-04).

De nombreuses questions ont été abordées ce matin, s'agissant tant de l'imputabilité à la société-mère des agissements de sa filiale (1°) que des conséquences en termes de sanctions (2°). Quelles sont, dans ces conditions, les perspectives ? (3°).

1°) Imputabilité mère/filiale : imprévisibilité et atteinte aux droits fondamentaux

En termes d'imputabilité à la société mère des agissements de sa filiale, deux grandes catégories de difficultés sont apparues : l'imprévisibilité à laquelle doivent faire face les groupes tout d'abord, et l'atteinte aux droits fondamentaux ensuite.

L'imprévisibilité à laquelle doivent faire face les groupes de sociétés du fait de la pratique de l'imputabilité aux sociétés mères des agissements de leurs filiales

S'agissant de l'imprévisibilité, vous vous êtes référé, Monsieur le Professeur Bernard Bouloc, à l'article 7 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'homme (CEDH) dont l'alinéa 1 dispose que l'infraction doit être « clairement définie par la loi »¹⁵.

C'est au visa de cet article que la CEDH a jugé, dans deux arrêts S.W et C.R c/ Royaume Uni en date du 22 novembre 1995, que « cette condition [l'infraction est clairement définie] se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale » (...) « notion qui englobe le droit écrit comme non écrit et implique des conditions qualitatives, entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité ».

Les travaux de l'International Competition Network (ICN) appellent également à plus de prévisibilité.

Un rapport du groupe de travail cartel de l'ICN relatif aux « méthodes de sanction¹⁶ des cartels dans les juridictions de l'ICN » expose ainsi que « la problématique de la transparence est liée aux bonnes pratiques, mais également à d'autres facteurs tels que la relation entre la prédictibilité des sanctions et la dissuasion »¹⁷.

Or, comme nous l'avons constaté ce matin, les groupes font face à deux niveaux d'imprévisibilité :

– l'absence de connaissance des critères permettant de renverser la présomption de responsabilité ;

15. Article 7 § 1 CESDH « Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national et international. De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise » ; Décision de la CEDH, S.W et C.R c/ Royaume Uni en date du 22 novembre 1995.

16. Au sens large et non limitées aux seuls groupes.

17. Conférence de l'ICN de Kyoto, avril 2008.

– l'absence de connaissance des critères d'imputabilité des pratiques à la société-mère et / ou à la filiale.

L'absence de connaissance des critères permettant de renverser la présomption de responsabilité

Linda Arcelin a posé ce matin la question de savoir s'il fallait aller jusqu'à la présomption d'autonomie de la filiale.

Aucun argument, en effet, ne trouve grâce aux yeux des juridictions pour renverser cette présomption de responsabilité des groupes. Vous avez parlé, Madame Linda Arcelin, de requêtes inlassables des plaideurs.

En effet, quand on liste les arguments soulevés, il est manifeste qu'aucun d'entre eux ne trouve grâce aux yeux des juridictions :

- la holding n'est pas opérationnelle ;
- la filiale définit de façon autonome ses orientations stratégiques et commerciales et les transmet à la société-mère en vertu des dispositions légales applicables ;
- la filiale dispose du pouvoir de contracter sans autorisation préalable ;
- la holding n'est pas intervenue pour donner des instructions ;
- la holding n'intervient pas dans les engagements de sa filiale ;
- les sociétés agissent sous des marques distinctes ;
- la filiale n'informe pas la holding de la situation du marché affecté par la pratique ;
- le personnel ayant participé occupe des postes hiérarchiques peu élevés ;
- la holding n'avait pas connaissance de l'infraction commise par la filiale ;
- la société-mère se présente, dans la procédure, comme indépendante de sa filiale.

La définition, dans ses conditions, de « critères spécifiques selon lesquels les sociétés-mères doivent être solidairement tenues pour responsables des comportements de cartel de leurs filiales » n'est-elle pas vaine ?

L'absence de connaissance des critères d'imputabilité à la société mère et / ou à la filiale

Sont alternativement retenues, dans la pratique décisionnelle des autorités de concurrence, notamment française, l'imputabilité des pratiques à la société-mère, à la filiale, ou aux deux solidairement, sans explication sur le choix de mettre en cause ou non le groupe.

En droit français, les cas de mise en cause de la société-mère pour les agissements de sa filiale étaient isolés. On en dénombre trois :

- décision n° 00-D-50 du Conseil de la concurrence du 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 ;
- décision n° 00-D-67 du 13 février 2001 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la vente d'espaces publicitaires visuels ;
- décision n° 04-D-32 du 8 juillet 2004 relative à la saisine de la société More group France contre les pratiques du groupe Decaux.

On assiste toutefois aujourd'hui à une évolution de la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence, en droite ligne avec la jurisprudence Akzo, et qui condamne les sociétés-mères conjointement et solidairement aux côtés de leurs filiales : décisions de l'Autorité de la concurrence « Orange Caraïbes »¹⁸ et « SNCF/Expédia »¹⁹.

Et nous comprenons de vos propos, madame Irène Luc, que l'Autorité de la concurrence s'engage effectivement dans cette voie.

Quant au droit communautaire dont on pouvait penser qu'il était plus prévisible en ce que la responsabilité conjointe et solidaire était retenue depuis longtemps, il s'avère qu'en réalité tel n'est pas toujours le cas. On citera à titre d'exemple le cas du groupe Total (anciennement Elf Aquitaine) : dans une première affaire dite « Peroxydes organiques », sa filiale a été seule mise en cause²⁰ (le groupe Elf Aquitaine n'a pas été attrait dans la procédure), tandis que dans une seconde affaire « AMCA », c'est la société-mère²¹ qui a été mise en cause dans la procédure, sans explication de la part de la Commission européenne à ce sujet.

Pourtant, dans le communiqué de presse faisant suite à sa décision²² dans une autre affaire, celle du cartel du « Bitume aux Pays-Bas »²³, la Commission avait pris le soin d'expliquer pourquoi la société-mère avait été poursuivie au titre des agissements de sa filiale à 100 %.

Dans l'affaire « Bolloré » du 3 septembre 2009²⁴, on observera que le groupe Bolloré, a vu sa responsabilité engagée

18. Décision n° 09-D-36 du 9 décembre 2009 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, de la Guadeloupe et de la Guyane.

19. Précitée.

20. Décision de la Commission européenne du 10 décembre 2003 COMP/E-2/37.857, « Peroxydes organiques ».

21. Décision de la Commission européenne du 19 janvier 2005 COMP/E-2/37.857, « AMCA ».

22. Décision de la Commission européenne du 13 septembre 2006, COMP / 38.456 – Bitumen – NL.

23. Competition: Commission fines companies for road bitumen cartel in The Netherlands – frequently asked questions; MEMO/06/324 dated 13 September 2006.

24. CJCE, Papierfabrik August Koeler c/ Commission, 3 septembre 2009, affaires jointes C-322/07P, C- 327/07P et C-338/07P.

en tant que société-mère, c'est-à-dire détenant à 100 % le capital de sa filiale (la société Copigraph), mais également en raison de son implication personnelle dans l'entente. Seule la société-mère avait été condamnée, sans que sa filiale le soit également à ses côtés pour les agissements qui lui étaient reprochés.

Au-delà, on peut se poser la question de savoir s'il devrait y avoir une différence de traitement, en termes de sanction, entre les sociétés-mères condamnées pour leur participation à l'entente et celles simplement condamnées en tant que société-mère d'une filiale non autonome ?

Bernard Bouloc répond que dans un cas, l'on reproche la participation et donc une action, dans l'autre cas, un manque de surveillance de la filiale.

Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié approuve, mais regrette l'absence d'indication en la matière.

Bernard Bouloc ajoute qu'en droit pénal interne, le meurtre, qui est une action volontaire, est plus puni que l'homicide involontaire.

Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié expose que cette imprévisibilité a un coût pour le groupe. Pèse en effet sur lui, une obligation de conformité au droit de la concurrence. Elle rappelle que Monsieur le Professeur François Lévêque, a dit qu'elle n'était pas coûteuse.

François Lévêque répond avoir parlé par rapport aux bénéficiaires.

Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié rappelle que certains auteurs sont allés jusqu'à exposer que ce risque d'imputabilité qui pèse sur les groupes opère un transfert de facto au groupe de la charge de la prévention et de la détection des pratiques anticoncurrentielles qui pèsent normalement sur les autorités de concurrence²⁵. Cela était connu en matière de clémence, la même problématique se pose ici en raison de l'imprévisibilité du principe de l'imputabilité mère-filiale.

La pratique de l'imputabilité mère-filiale constitue une atteinte aux droits fondamentaux tels qu'édictees par la CESDH.

S'agissant de l'atteinte aux droits fondamentaux, la question prend une dimension nouvelle à la lumière de l'adhésion de l'Union européenne à la CESDH, prévue à l'article 6 § 2 du Traité consolidé sur l'Union européenne : « L'Union européenne adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ».

Le protocole de ratification de la Convention européenne des Droits de l'homme n'a toutefois pas encore été signé par l'Union européenne, mais cela ne saurait tarder.

De nouvelles questions, fondées sur cette nouvelle disposition, devraient donc être posées aux juridictions de concu-

rence.

Parmi ces questions, l'une concerne plus particulièrement la procédure d'instruction. À quel stade cette mise en cause de la société-mère interviendra-t-elle ?

Comment ne pas voir dans la mise en cause de la société au stade de la communication des griefs, comme c'est le cas à Bruxelles, une atteinte aux droits de la défense du fait d'une instruction nécessairement réduite. La conduite d'investigations au stade de l'enquête, pourrait en effet permettre de déceler si la société mère est impliquée ou non dans la mise en œuvre des pratiques.

Cette question mérite un examen sérieux.

2°) Imputabilité mère/filiale : conséquences en termes de sanctions

Les conséquences, en termes de sanction, de l'imputabilité à la mère des agissements de sa filiale, ont été abordées par monsieur le président **Thierry Fossier**.

Deux points me semblent néanmoins importants, au-delà de l'assiette plus large retenue pour le calcul de la sanction, de la responsabilité solidaire et de la récidive.

Le premier point, concerne le coefficient multiplicateur lié à l'importance du chiffre d'affaires du groupe qui figure dans les lignes directrices communautaires de 2006 sur le calcul des amendes²⁶, au paragraphe 30 : « La Commission porte une attention particulière aux entreprises dont le chiffre d'affaires est particulièrement important. »

En d'autres termes, à l'échelle communautaire, un coefficient multiplicateur lié à l'importance du chiffre d'affaires s'additionne à la mise en cause de la responsabilité de la société-mère du fait des agissements de sa filiale.

Ce fut le cas dans sept affaires²⁷ entre 1998 et 2006, dans lesquelles, en plus d'impliquer la société-mère pour les agissements de sa filiale – ce qui implique un élargissement de l'assiette de la sanction, la Commission européenne a appliqué un coefficient multiplicateur au montant de base, du seul fait qu'il s'agissait d'un groupe. Il s'agit là d'une véritable « double peine » vivement critiquable.

26. Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n°1/2003, Journal officiel n° C 210 du 01/09/2006 p. 2 – 5.

27. Décision de la Commission européenne en date du 21 octobre 1998, Pre-Insulated Pipes, affaire IV/35.691/E-4 ; Décision de la Commission européenne en date du 20 décembre 2001, Papier carbone, affaire COMP/E-1/36.212 § 412 ; Décision de la Commission européenne en date du 5 décembre 2001, Acide citrique, affaire COMP/E-1/36 § 246 ; Décision de la Commission européenne en date du 21 novembre 2001, Vitamines, affaire COMP/E-1/36.490 § 698 ; Décision de la Commission européenne en date du 18 juillet 2001, Graphite Electrodes, affaire COMP/E-1/36.490 § 153-154 ; Décision de la Commission européenne en date du 19 janvier 2005, AMCA, affaire COMP/E-1/37.773 ; Décision de la Commission européenne en date du 13 septembre 2006, Bitumes, affaire COMP/F/38.456, § 324.

25. Michel DEBROUX, « Sanction des cartels en droit communautaire : définition et conséquence d'une responsabilité de groupe », Concurrences, n° 1-2008.

Le second point concerne les risques civils attachés aux éventuelles actions en dommage et intérêt encouragées par la Commission européenne.

La question qui se pose est de savoir si la mise en cause de la mère du fait des agissements de sa filiale risque d'aggraver la responsabilité civile encourue par les groupes.

Le livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante du 2 avril 2008²⁸ y apporte un début de réponse : la société-mère pourrait dans ce cas être considérée comme l'« auteur de l'infraction ».

Encore un débat qui n'a pas fini de faire couler de l'encre.

3°) Perspectives

Que retenir des réflexions menées par nos intervenants ce matin ?

– **Linda Arcelin**, sans aller jusqu'à réclamer une présomption d'autonomie de la filiale, propose de revenir aux anciens critères de mise en cause de la société-mère ;

– le professeur **François Lévêque** propose, dans l'hypothèse d'une sanction plus faible de l'actionnaire, de sanctionner les dirigeants ;

– le président **Thierry Fossier** expose quant à lui, la méthode de calcul de la sanction suivie par la cour d'appel de Paris au regard des textes actuels ;

– le professeur **Bernard Bouloc**, enfin, souhaite revenir aux principes fondamentaux de la matière pénale, non pas qu'elle s'applique directement, mais qu'elle inspire notre matière répressive.

Comment faire cohabiter, s'agissant des groupes, ces différents paramètres, avec la politique de dissuasion récemment réaffirmée par le nouveau commissaire européen, Joaquin Almunia, et le Président de l'Autorité de la concurrence ?

Je vous propose six pistes de réflexions.

• La première piste, bien sûr, c'est de répondre favorablement à l'invitation du Professeur Bernard Bouloc, et de revenir aux principes fondamentaux en instaurant un principe de responsabilité personnelle. La responsabilité de la société-mère ne serait retenue que dans les cas où elle est elle-même impliquée dans la mise en œuvre des pratiques, soit en raison de sa participation directe à l'entente, soit en raison de sa connaissance des pratiques. Cette solution a le mérite d'être simple.

• Je qualifierai la deuxième piste d'« espagnole ». Le texte de loi espagnol (Article 61 de la « Ley de defensa de la competencia »), prévoit en effet expressément, que la société qui peut être poursuivie est l'entreprise qui détient le contrôle. En

France, une telle disposition pourrait faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité, le principe de la personnalité des peines étant un principe constitutionnel.

• Une solution intermédiaire pourrait consister à modifier les lignes directrices de la Commission européenne pour le calcul des amendes²⁹, en indiquant précisément les critères admissibles pour renverser la présomption de responsabilité et les critères selon lesquels les sociétés-mères doivent être solidairement tenues responsables des comportements de leurs filiales.

Je retiens également la proposition du professeur **François Lévêque** d'instaurer une responsabilité limitée de la société mère en ne lui faisant pas payer plus que la valeur de la filiale.

• La quatrième piste serait une modification des textes, notamment de l'article L. 464-2 du Code de commerce qui prévoit un plafond fixe pour la sanction, et dont beaucoup d'entreprises se sont émues. Au-delà de la question de la proportionnalité, ce texte crée une inégalité de traitement entre les sociétés filiales de groupes et les autres.

En théorie, une telle différence de traitement peut s'expliquer par l'objectif de la loi ou par l'intérêt général. Mais il est difficile de concevoir, en droit français comme en droit communautaire, que les groupes se voient imposer une sévérité particulière et que cela rentre dans les objectifs de la loi.

• La cinquième piste pourrait être la sanction des dirigeants dans l'hypothèse d'une sanction plus faible de l'actionnaire.

Cette solution existe déjà, notamment au Royaume Uni par le biais des « *disqualification orders* ». Aux termes de la section 9A du Company Directors Disqualification Act de 1986, l'Office of Fair Trading (OFT) peut, en effet, demander à la *High Court* qu'un dirigeant soit interdit de gérer pendant une période pouvant aller jusqu'à quinze ans si l'entreprise a violé les règles de concurrence et si la Cour considère que le dirigeant est impropre à exercer cette fonction.

Cette solution radicale, doit toutefois être envisagée avec la plus grande prudence. La sanction du dirigeant, ne doit-elle pas être le seul fait de l'actionnaire ?

Tel est semble-t-il le message que la commissaire Nelly Kroes a souhaité faire passer à l'occasion du communiqué de presse concernant le cartel des « produits chimiques »³⁰ : « Les cartels sont un fléau. Je veillerai à ce qu'ils continuent d'être décelés, poursuivis, sanctionnés. Avec cette dernière décision, j'envoie un message très fort aux dirigeants d'entreprise, pour qu'ils sachent que les cartels ne seront pas tolérés et aux actionnaires pour qu'ils se montrent attentifs à la manière dont sont gérées les entreprises dont ils sont propriétaires. »

28. Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, 2 avril 2008 - COM/2008/0165 final.

29. Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003, (2006/C 210/02), Journal officiel n° C 210 du 01/09/2006 p.2 -5.

30. Communiqué de presse de la Commission européenne, IP/05/1656 du 21 décembre 2005.

Dernière solution : définir une politique de sanction à l'égard des groupes de sociétés et « faire des propositions sur la méthode pour améliorer la prévisibilité du montant des sanctions et leur dissuasion ».

Il s'agit de la mission confiée par madame Lagarde, ministre chargée de l'Économie, à monsieur Jean Martin Folz, monsieur Christian Raysseguier et monsieur Alexander Schaub. Nous serions heureux que la question de l'imputabilité à la société-mère des agissements de sa filiale soit incluse dans cette réflexion en matière de prévisibilité des sanctions, de telle sorte que l'on ne lise plus, dans la doctrine, que la Commission européenne cherche à financer le budget de l'Union européenne par la mise en cause des sociétés-mères³¹. Nous ne pouvons, en effet, que déplorer ce type de constat.

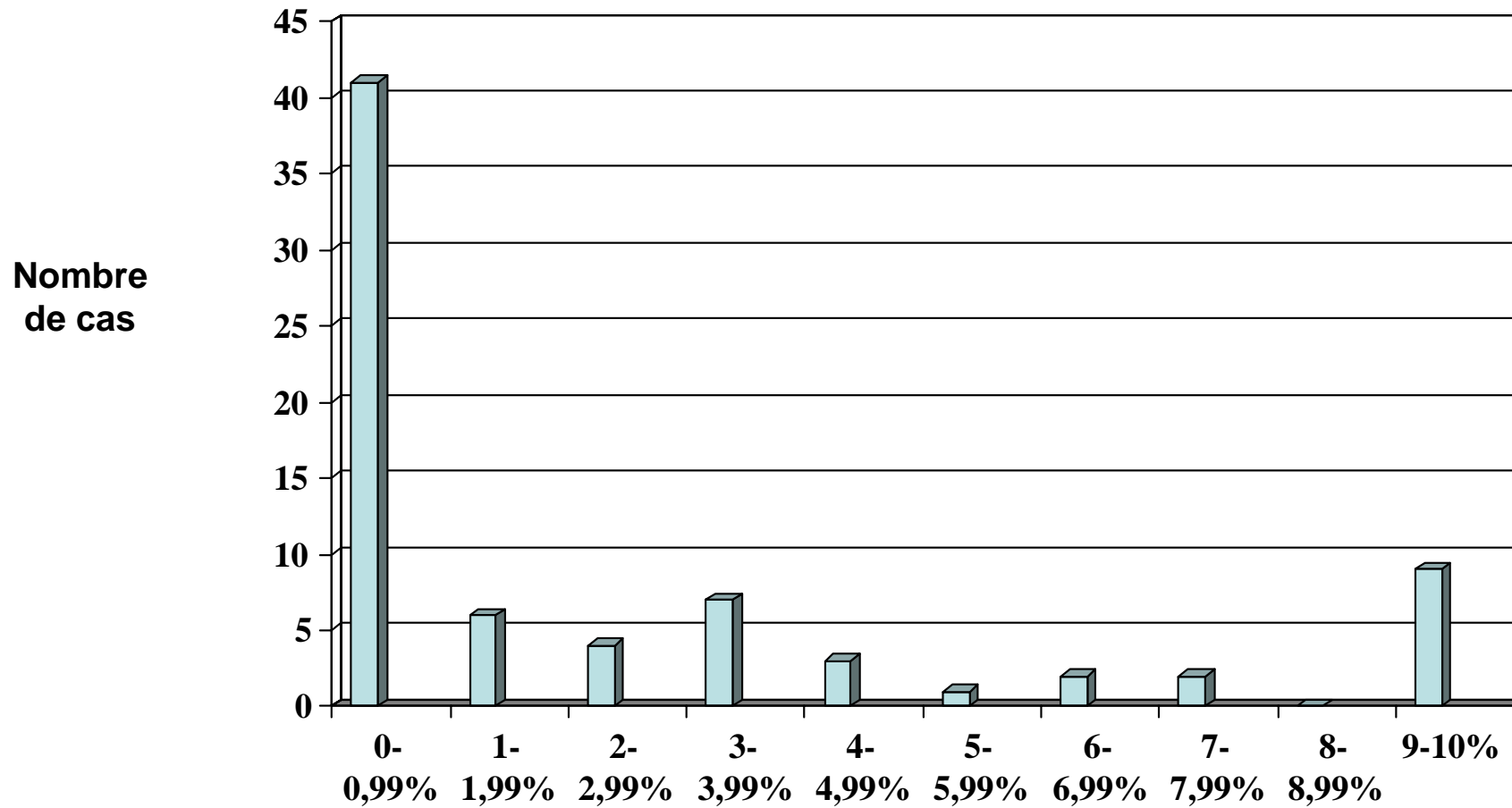
En définitive, ce débat devrait inciter les autorités à réfléchir et à prendre des mesures. Le ministre chargé de l'Économie nous a invités à réfléchir ensemble. C'est ce que nous avons fait, de la façon la plus objective possible.

C'est l'objectif des ateliers de la DGCCRF : réfléchir ensemble et proposer des solutions. Je vous remercie personnellement et très chaleureusement d'y avoir participé.

31. John D Briggs et Sarah Jordan, « Presumed Guilty: Shareholder Liability for a Subsidiary's Infringements of Article 81 EC Treaty, paru dans *Business law international* », volume 8 n° janvier 2007.

Amendes en pourcentage du chiffres d'affaires global

Source : <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>



Que se passerait-il si le plafond ne s'appliquait plus au groupe ?

