1

L'autonomie de la filiale en droit des pratiques anticoncurrentielles

Frédérique CHAPUT,
avocate associée Cabinet Racine

En faisant prévaloir la notion d'unité économique, le droit de la concurrence permet de dépasser le cloisonnement juridique qu'implique la personnalité morale pour ériger en sujets de droit des ensembles d'entités réunies sous un contrôle commun. Si le contrôle centralisé peut être une nécessité de gestion cohérente du groupe de sociétés, il n'en demeure pas moins un danger lorsqu'il permet d'imputer à l'entité contrôlante des faits délictueux commis par l'entité contrôlée. Il en résulte, pour les sociétés tête de groupe et leurs dirigeants, une nécessité d'arbitrer entre avantages et inconvénients de l'autonomie des filiales.

Introduction

1 - **Positionnement du problème.** – La question de l'autonomie de la filiale doit être envisagée au regard de deux problématiques du droit des ententes. Le premier enjeu de cette question est de déterminer si des sociétés d'un même groupe de sociétés peuvent, entre elles, régir leurs rapports en toute liberté et conclure en toute impunité des accords qui, s'ils étaient conclus avec des tiers, seraient justiciables du droit des ententes : une mère peut-elle opérer une répartition des marchés géographiques entre ses filiales ? Une mère peut-elle dicter à ses filiales les prix des produits et services qu'elles seront amenées à lui livrer ? Leur dicter leur stratégie commerciale ? Leur politique financière ? Leur politique de réponse aux appels d'offres ?

2 - Le second enjeu concerne l'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles commises par une entité membre d'un groupe de sociétés. En principe, la société qui commet un acte anticoncurrentiel devrait répondre seule de ses agissements. Il est néanmoins évident qu'une filiale n'a pas toujours la liberté d'agir de manière pleinement autonome, sans aucun contrôle de la société de tête. Dans certains cas, même, la filiale ne fera qu'appliquer les directives de sa mère, voire d'une autre société du groupe dont elle fait partie. Dans de tels cas, les autorités de concurrence n'hésitent pas à franchir l'obstacle que pourrait représenter la personnalité morale de la filiale et l'autonomie juridique qu'elle implique, pour aller rechercher la responsabilité de l'entité qui contrôle la filiale fautive. En sens inverse, les autorités de concurrence peuvent faire « descendre » l'imputation de la mère vers la filiale, voire même de la société vers une simple division territoriale, ce qu'elle fera – très rarement, il est vrai – chaque fois qu'il lui sera démontré que le pouvoir de décision est décentralisé au profit d'une entité plus petite, fût-elle dépourvue de la personnalité morale.

3 - Pour s'affranchir des frontières dessinées par la personnalité morale, les autorités ont recours à la notion d'entreprise, notion spécifique au droit de la concurrence qui traduit une approche totalement factuelle et concrète des notions de « contrôle » et, à l'inverse, « d'autonomie ».

4 - **La notion d'entreprise** relève d'une approche économique. La « société-personne morale », est en effet une notion restrictive qui ne permet pas d'appréhender son appartenance à un ensemble plus vaste composé d'entités, avec lesquelles elle a des liens capitalistiques et/ou contractuels. Pour pouvoir tenir compte de la réalité économique, les autorités vont appliquer les règles de la concurrence à « l'entreprise » définie comme « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement » [1]. Cette notion de droit communautaire est reprise à l'identique en droit interne, le Conseil visant dans ses décisions les arrêts de principe des juridictions communautaires.

5 - De cette approche fonctionnelle résulte la présomption selon laquelle « la maison mère est présumée responsable des pratiques commises par sa filiale à 100 %, sauf pour elle à renverser cette présomption en démontrant que la filiale disposait d'une autonomie de décision, de sorte que les deux entreprises ne peuvent être poursuivies pour entente, faute d'indépendance économique » [2].

6 - **Les enjeux de l'autonomie**, en matière d'entente, sont multiples. Comme on l'a relevé plus haut, l'absence de l'autonomie de la filiale est le moyen de positionner les accords intragroupes en dehors du champ d'application du droit des ententes anticoncurrentielles. Le Conseil de la concurrence rappelait ainsi, dans son rapport pour 2006 : « Aux fins de l'application des règles de la concurrence, la séparation formelle entre deux sociétés, résultant de leur personnalité juridique distincte, n'est pas déterminante, ce qui importe étant l'unité ou non de leur comportement sur le marché. Si deux sociétés ayant des personnalités juridiques distinctes forment ou relèvent d'une seule et même entreprise ou entité économique qui déploie un comportement unique sur le marché, les accords conclus entre elles ne constituent pas des ententes illicites, dès lors qu'elles ne disposent pas d'autonomie commerciale (...). Ainsi, aucune entente ne peut être constituée entre deux filiales non autonomes du même groupe, entre une filiale non autonome et sa maison mère ou encore entre deux entreprises liées par un contrat d'agence. L'entente ne pourra exister qu'entre entreprises autonomes au sens du droit de la concurrence ; les accords intragroupes entre la maison mère et sa filiale ne relèveront du droit des ententes que si la filiale est autonome » [3].

7 - En dehors du cadre strictement intragroupe et donc en présence d'ententes impliquant des tiers, la notion d'entreprise et la caractérisation de l'absence d'autonomie de la filiale, seront le moyen de sanctionner l'entreprise contrôlante plutôt que la filiale (du moins en droit français) et d'étendre l'assiette de la sanction au chiffre d'affaires réalisé par une entité plus vaste.

8 - Certaines pratiques, enfin, empruntent à ces deux catégories en ce qu'elles présentent des aspects intragroupe, tout en étant dirigées vers les tiers : c'est la problématique des réponses à appel d'offres effectuées, de manière plus ou moins autonomes, par plusieurs entités d'un même groupe.

1. *CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH : Rec. CJCE 1991, I, p. 1979.*
2. *CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, préc.*
3. *Extrait Rapp. annuel Cons. conc. 2006 : Études thématiques : la preuve des accords de volontés constitutifs d'entente, p. 77et s.*

1. L'autonomie de la filiale : présomption et autres preuves

9 - Le contrôle d'une entité sur une autre se décline en réalité en deux questions : la société potentiellement contrôlante est-elle en mesure d'exercer une « influence déterminante » sur une autre ? Exerce-t-elle effectivement cette influence déterminante ? En réalité, les autorités de concurrence feront souvent l'économie de la démonstration, grâce au jeu de la présomption tirée de la détention, par la mère, de la totalité ou de la quasi-totalité du capital de la filiale (A). Lorsque le pourcentage de détention ne suffit pas, par le jeu de cette présomption, à établir l'absence d'autonomie de la filiale, les autorités de concurrence devront rechercher d'autres indices de la preuve de l'absence d'autonomie de la filiale (B). Dans tous les cas, la présomption d'exercice effectif d'une influence déterminante de la mère est – au moins en principe – une présomption simple, que l'entreprise peut renverser. Force est toutefois de constater que le standard de preuve contraire est très élevé, spécialement en droit communautaire (C).

A. - Le contrôle capitalistique et le jeu de la présomption d'influence déterminante

10 - Le contrôle du capital est, en droit communautaire, un indice majeur – et parfois quasi irréfragable – non seulement de l'existence du contrôle, mais également de l'exercice de ce contrôle, par la mère. Le droit national est un peu moins rigoureux ; même si elle a fait sienne la présomption d'influence déterminante sur les filiales détenues à 100%, l'Autorité française de la concurrence veille le plus souvent à conforter la preuve tirée de cette présomption par la démonstration d'éléments supplémentaires.

1° La présomption d'influence déterminante en droit communautaire

11 - La présomption selon laquelle une filiale à 100 % est nécessairement dépourvue d'autonomie a été clairement énoncée par la CJCE il y a plus de 25 ans dans une affaire AEG : « TFR, étant une filiale à 100 %, elle suit nécessairement une politique tracée par les mêmes organes statutaires qui fixent la politique d'AEG » [4]. Il faut insister sur le fait que le jeu de la présomption dispense la Commission de devoir rapporter deux preuves distinctes : celle du contrôle, mais également celle de l'exercice effectif du contrôle, ainsi que rappelé par le TPICE à plusieurs reprises [5]. Et parce qu'il n'est pas nécessaire que la mère exerce effectivement son contrôle, il est a fortiori parfaitement indifférent que l'autorité de concurrence ne rapporte pas la preuve de la participation de la mère à l'infraction ou la connaissance que celle-ci avait de l'infraction. La solution a encore été rappelée récemment par la CJCE [6].

12 - On précisera que la présomption de responsabilité s'applique que le contrôle soit direct ou indirect [7].

13 - Enfin, si certaines décisions prennent encore la peine de relever des indices supplémentaires de l'absence d'autonomie de la filiale, ce n'est que pour conforter la présomption, qui se suffit à elle-même, ainsi que l'indiquent notamment deux décisions récentes du TPICE [8] et la décision de la Cour du 10 septembre 2009 [9].

2° La présomption d'influence déterminante en droit français

14 - L'autorité de concurrence nationale semble appliquer la présomption d'influence déterminante avec plus de scrupules. Certes, elle en reconnaît le principe. Ainsi le Conseil de la concurrence écrivait-il, dans son rapport pour 2006 : « Les autorités de concurrence peuvent présumer qu'une filiale à 100 % applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par sa société mère, sans devoir vérifier si la société mère a effectivement exercé ce pouvoir » [10]. Mais la mise en œuvre de cette présomption heurte une autre présomption, selon laquelle « les pratiques mises en œuvre par une société filiale sont imputables à celle-ci pour autant qu'elle soit en mesure de définir sa propre stratégie commerciale, financière et technique, et de s'affranchir du contrôle hiérarchique du siège de la société dont elle dépend » [11]. Sans être nécessairement incompatibles, on comprend bien que ces deux présomptions ne vont pas dans le même sens, sauf à considérer que le domaine de la première est le contrôle à 100 % et celui de la seconde, le contrôle partiel du capital. Toutefois, force est de constater que la frontière entre les deux présomptions n'est pas si clairement définie puisque l'autorité a pu, même en présence d'une filiale à 100 %, décider de n'imputer qu'à elle seule les pratiques incriminées.

15 - De fait, la recherche de la responsabilité potentielle de la mère à 100% n'est pas systématique, ainsi que le démontre l'affaire NEOPOST [12], dans laquelle, bien que la notification des griefs ait relevé que les sociétés NEOPOST et SATAS étaient toutes deux filiales à 100 % du Groupe NEOPOST, et qu'elles détenaient ensemble une position dominante sur le marché, le Conseil de la concurrence n'a pas appliqué la présomption et a conduit son analyse au niveau des seules filiales.

En outre, lorsque l'autorité retient pour preuve de l'absence d'autonomie de la filiale le fait que celle-ci est contrôlée à 100 %, l'examen de ses décisions montre qu'elle ne se contente pas de ce constat et s'attache à relever d'autres preuves de l'absence d'autonomie. Ainsi par exemple, dans la décision n° 00-D-67 [13], le Conseil de la concurrence précise que la filiale était détenue à « plus de 99 % » par la mère et « que son conseil d'administration était pour l'essentiel composé de dirigeants de la société mère ». Plus significative encore, la décision n°06-D-03bis [14] qui impliquait une filiale à 100 %, dans laquelle le Conseil a pris soin de relever également que la mère et la fille « [avaient] le même président du conseil d'administration ainsi qu'un administrateur sur trois », que la filiale n'était que « l'usine de fabrication du groupe », que « la stratégie commerciale [n'était] pas définie par chacune des filiales mais de manière globale à l'échelle du groupe » et qu'enfin, « l'adresse commerciale figurant sur les contrats de distribution » de la filiale était celle de la maison mère. Dans la même affaire mais pour un autre groupe, le Conseil de la concurrence a imputé à la société mère les pratiques de deux de ses filiales en soulignant qu'outre la détention par la société mère de 100 % de leur capital, le président de la mère était également le président du conseil d'administration de l'une des filiales et le cogérant de l'autre tandis que l'autre cogérant de la seconde filiale était également administrateur de la première filiale. Il était par ailleurs relevé le fait que

4. *CJCE, 25 oct. 1983, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG c/ Commission CE, aff. C-107/82 : Rec. CJCE 1983 p. 03151.*
5. *TPICE, 15 juin 2005, aff. jtes T-71/03, T-74/03, T-87/03 et T-91/03, Tokai Carbon c/ Commission : Rec. CJCE 2005, II, p. 1711. – TPICE, 27 sept. 2006, aff. T-314/01, Avebe c/ Commission : Rec. CJCE 2006, II, p. 3085. – TPICE, 12 déc. 2007, aff. T-112/05, AkzoNobel c/ Commission : Contrats, conc. consom. 2008, comm. 47.*
6. *CJCE 10 sept. 2009 C-97/08 P, Akzo Nobel c/ Commission.*
7. *TPICE, 18 déc. 2008, aff. T-85/06, General Quimica SA, Repsol SA, Repsol YPF SA c/ Commission CE, att. n° 81 et 82.*
8. *TPICE, 31 mars 2009, ArcelorMittal Luxembourg SA, ArcelorMittal Belval & Differdange SA, ArcelorMittal International SA c/ Commission CE, aff. T-405/06 n° 90 à 99 ; Contrats, conc. consom. 2009, comm. 137. – TPICE, 30 avr. 2009, Itochu Corp. c/ Commission CE, aff. T-12/03, pt 51 : Contrats, conc. consom. 2009, comm. 172.*
9. *CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-97/08 P, Akzo Nobel c/ Commission.*
10. *Cf. Rapp. Cons. conc. 2006, préc. note 3.*
11. *Cons. conc., déc. n° 03-D-17, 31 mars 2003 relative à des pratiques sur le marché de la distribution des carburants sur autoroute : BOCC 2003, p. 655.*
12. *Cons. conc., déc. n° 05-D-49, 28 juill. 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location entretien des machines d'affranchissement postal.*
13. *Cons. conc., déc. n° 2000-D-6, 13 févr. 2001, pratiques constatées dans le secteur de la vente d'espaces publicitaires télévisuels : BOCC 2001, p. 166.*
14. *Cons. conc., déc. n° 06-D-03 bis, 9 mars 2006, relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie, climatisation : BOCC 26 janv. 2007, p. 12 ; Contrats, conc. consom. 2007, comm. 89.*

le contrat de location-gérance conclu entre la société mère et ses deux filiales montrait que la première exploitait les fonds de commerce des deux autres qui, par conséquent, ne disposaient pas « d'une autonomie commerciale sur le marché puisque la stratégie commerciale de ces deux filiales (était) déterminée par leur société mère (...) en tant que locataire-gérant ».

B. - Les preuves additionnelles

16 - Trois types de situations peuvent conduire les autorités de la concurrence à rechercher d'autres preuves de l'absence d'autonomie de la filiale pour attraire d'autres entités dans la notion d'entreprise : soit parce que, comme exposé ci-dessus, l'autorité estime que la détention de 100 % du capital n'est pas un indice suffisant pour imputer les pratiques de la fille à la mère (ce cas ne se présente qu'en droit français), soit encore parce que le pourcentage de détention du capital est moindre, de telle manière que la présomption d'influence déterminante ne peut trouver application, soit enfin parce que les entités n'ont pas de relations de capital, ce qui sera notamment le cas lorsque les membres de l'entreprise sont des entités parentes, aucune n'étant pour autant la filiale de l'autre. Ces preuves additionnelles peuvent être apportées de diverses manières.

1° Les preuves additionnelles en droit communautaire

17 - Dans toutes les hypothèses où la présomption ne suffit pas à démontrer l'absence d'autonomie de la filiale, il appartient à la Commission de rapporter la preuve du contrôle de l'entité tierce, cette preuve étant au surplus à deux niveaux, puisqu'il lui faudra démontrer non seulement l'existence des moyens de contrôle, mais au surplus l'exercice effectif de ce contrôle. Les éléments pris en compte pour conclure à l'existence du contrôle sont multiples, parmi lesquels on retrouve régulièrement :

- l'existence d'un pouvoir de décision au sein de la structure présumée contrôlée,
- l'identité des dirigeants,
- la définition de la stratégie commerciale,
- l'émission de directives par la société mère,
- l'obligation de reddition de comptes,
- la connaissance que l'entité potentiellement contrôlante avait des actes anticoncurrentiels de la fille, voire – mais avec d'autres conséquences, sa participation aux dits actes.

18 - Dans tous les cas, l'analyse conduite est une analyse *in concreto*, menée en fonction des faits de chaque cas d'espèce. Ainsi, la Cour a pu préciser dans l'arrêt du 10 septembre 2009 « qu'afin de déterminer si une filiale détermine de façon autonome son comportement sur le marché, il convient de prendre en considération (...) l'ensemble des éléments pertinents (...), lesquels peuvent varier selon les cas et ne sauraient donc faire l'objet d'une énumération exhaustive » [15].

19 - De manière générale, le fait pour une mère d'occuper l'essentiel ou l'ensemble des postes de direction de sa filiale est un indice fréquemment retenu d'absence d'autonomie de cette dernière. Ainsi, dans une affaire Sea Containers [16], bien que la participation capitalistique ne fût que de 55%, la Commission a pu considérer que deux sociétés constituaient « en fait une même entité économique » car, notamment, elles avaient « le même secrétaire et les mêmes administrateurs ».

20 - Le contrôle peut ne pas s'exercer au niveau de la gouvernance, mais au niveau opérationnel. Ainsi, le fait que la mère contrôle « les objectifs de vente, les marges brutes, les frais de vente, le cash flow et les stocks », via une équipe régionale désignée par elle [17] ou le fait qu'elle exige de sa filiale une reddition de comptes sur ses opérations et sa politique économique [18] sont des indices de l'absence d'autonomie de la filiale. Bien évidemment, la solution sera identique si la mère a dicté sa conduite commerciale à la filiale incriminée. Mais le fait que la conduite litigieuse ait été dictée par la mère n'est nullement une condition nécessaire : il suffit qu'aient été mis en place des mécanismes de contrôle ou de direction lui permettant d'avoir une influence sur son comportement commercial en général [19].

21 - Un arrêt de 2006 mérite une mention particulière en ce qu'il a estimé qu'une entité pouvait contrôler une société sœur [20], et ceci alors même que les deux sociétés étaient toutes deux contrôlées à 100 % par une même société mère, dès lors qu'il ressortait des faits de l'espèce que c'était bien cette société sœur et non la holding de tête qui dirigeait l'activité des sociétés du groupe.

22 - Bien évidemment, le fait que la mère ait participé aux pratiques incriminées est un élément à prendre en considération dans l'appréciation de l'autonomie de la filiale. Mais une telle participation directe de la mère aux pratiques anticoncurrentielles de la fille fondera plus souvent deux condamnations distinctes, chacune des entités répondant alors de son chef, de sa faute personnelle.

2° Les preuves additionnelles en droit français

23 - La pratique décisionnelle nationale va dans le même sens, si ce n'est le fait qu'elle semble plus exigeante dans la démonstration qui doit être faite de l'absence d'autonomie de la filiale. Selon le Conseil de la concurrence, « il convient d'examiner plusieurs paramètres, parmi lesquels l'importance de la participation financière de la société mère dans le capital de la société contrôlée, les nominations au sein des organes de direction, la possibilité pour les organes dirigeants de la société filiale de déterminer librement une stratégie industrielle, financière et commerciale pleinement autonome » [21]. Ainsi pour juger que l'autonomie de la filiale n'était pas établie, le Conseil a-t-il pris soin de relever (*Déc. n° 00-D-50* [22], le fait que la filiale « n'avait, au moment des faits, aucune autonomie par rapport à sa maison-mère, avec laquelle elle réalisait 60 % de son chiffre d'affaires ; que cette dernière, qui disposait alors de 90 % du capital de la (filiale), pouvait mettre à la disposition de (sa filiale) des avances de trésorerie prélevées sur ses excédents, à hauteur de 20 millions de francs, rémunérées au taux moyen du marché monétaire au cours de la période considérée ; que la plupart des dirigeants de la (société mère) exerçaient également des responsabilités au sein de la (filiale) (...) ; qu'enfin, et surtout, la gestion de la filiale et la détermination de sa stratégie commerciale étaient étroitement contrôlées par la société mère ».

24 - De la même manière, l'intervention de la mère dans les affaires de la fille est un critère fort du contrôle. Il en va notamment ainsi de l'intervention de la société mère dans la passation des contrats conclus entre la filiale et les tiers, soit qu'elle rédige elle-même les contrats, soit qu'elle se réserve la faculté de valider les engagements pris par sa filiale avant signature, soit qu'elle intervienne dans les négociations entre sa filiale et les tiers [23].

25 - L'absence d'autonomie de la filiale peut également être recherchée dans des considérations financières, telles que le fait que la mère mette à disposition de la filiale des liquidités [24] ou lui octroie de crédits, consacrant ainsi une gestion centralisée des ressources financières, ressources indispensables à l'autonomie.

15. *CJCE, 10 sept. 2009 C-97/08 P, Akzo Nobel c/ Commission.*
16. *Comm. CE, déc. n° 94/19/CE, 21 déc. 1993, Sea Containers c/ Stena Sealink : JOCE 18 janv. 1994.*
17. *CJCE, 24 oct. 1996, aff. C-73/95 P, Viho Europe c/ Commission.*
18. *TPICE, 1er avr. 1993, aff. T-65/89.*
19. *TPICE, 12 déc. 2007, aff. T-112/05 Akzo Nobel, préc. note 5, § 83.*
20. *TPICE, 27 sept. 2006, aff. T-43/02, Jungbunzlauer Ag c/ Commission, att. n° 122 à 130.*
21. *Cons. conc., déc. n° 07-D-12, 28 mars 2007.*
22. *Cons. conc., déc. n° 2000-D-50, 5 mars 2001, pratiques mises en œuvre par la société Française des Jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir : BOCC 2001, p. 343.*
23. *Cons. conc., déc. n° 96-D-44, 18 juin 1996, Secteur de la publicité : BOCC 1996, p. 564.*
24. *Cons. conc., déc. n° 2000-D-50, 5 mars 2001, préc. note 22.*

C. - La démonstration de la preuve contraire

26 - Face à l'application de la présomption et/ou à la mise en avant de preuves complémentaires, la mère peut-elle démontrer l'absence de contrôle exercé sur la filiale, ou la filiale, son autonomie ? Force est de constater que la preuve contraire n'est pas facile à administrer, spécialement en droit communautaire.

1° Le standard de preuve

27 - Lorsque le capital est détenu à 100%, la preuve contraire est en réalité impossible car selon la Cour, « Il suffit que la Commission prouve que la totalité du capital est détenu par sa société mère pour présumer que cette dernière exerce une influence déterminante sur la politique commerciale de cette filiale » [25]. On ne saurait dire plus nettement que la preuve est, en réalité irréfragable, spécialement si l'on considère que dans cette espèce, les parties alléguaient la détention de plus de 1000 filiales, décentralisées au sein de 20 unités commerciales régionales, disposant chacune d'un directeur général, d'une équipe de direction et de services généraux [26].

28 - Plus la part de capital détenue par la mère est importante, plus la preuve de l'autonomie de la filiale sera difficile à rapporter de l'autonomie de la filiale. Il est aujourd'hui acquis que beaucoup d'arguments usuellement mis en avant par les sociétés incriminées sont systématiquement jugés insuffisants, tant par les autorités nationales que par les autorités communautaires, pour renverser la présomption et en particulier :

- le fait que la société mère ait interdit à ses filiales tous comportements anticoncurrentiels,
- le fait qu'elle n'ait pas participé au comportement incriminé,
- le fait qu'elle n'en ait pas été informée.

29 - Les arguments qui sont susceptibles d'être pris en compte doivent tendre à démontrer l'autonomie totale de la filiale, cette autonomie devant être démontrée non pas seulement au regard de la pratique incriminée, mais de manière générale, dans tous les aspects de sa vie quotidienne. Ainsi, comme le précise la Cour dans l'arrêt du 10 septembre 2009, « afin de déterminer si une filiale détermine de façon autonome son comportement sur le marché, il convient de prendre en considération (...) l'ensemble des éléments pertinents relatifs aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent cette filiale à la société mère » [27].

30 - Enfin, il a été jugé que le fait que la société mère n'exerce aucune influence sur « le domaine spécifique ayant fait l'objet de l'infraction » (en l'espèce, la politique de prix) était inopérant à démontrer l'autonomie de la filiale [28].

31 - Deux cas particuliers peuvent néanmoins encore prêter à discussion : celui des holdings et celui des délégations de pouvoir.

2° Le cas des holdings

32 - les autorités nationales réservent le cas de la holding. Ainsi, dans la décision *Pierre Fabre* [29], le Conseil de la concurrence a mis hors de cause la société mère d'une filiale à 99,91 % après avoir relevé que la société holding « [n'intervenait] pas dans la détermination des politiques commerciales et financières de sa filiale, qui [définissait] seule ses orientations stratégiques ». La solution ne peut qu'être approuvée car il est clair qu'une véritable société holding, non opérationnelle par définition, n'est pas supposée intervenir dans la gestion de sa filiale et que de fait, la plupart des holdings n'exercent aucun contrôle sur les opérations de leurs filiales. Les autorités communautaires ont un temps adopté la même position en jugeant que si la holding ne détenait qu'un simple placement financier [30], ou que si le groupe de sociétés n'était constitué qu'à des fins d'optimisation fiscale [31], alors la filiale pouvait être considérée comme autonome. Les décisions les plus récentes ont toutefois abandonné cette position et la Commission européenne, comme le TPICE, considèrent aujourd'hui que le fait que la société mère soit une société holding n'est pas suffisant pour faire échec au jeu de la présomption d'influence déterminante [32].

3° Le cas des délégations

33 - Le cas des délégations participe de la même logique. Lorsque la délégation a pour objet de transférer à l'entité délégataire les pleins pouvoirs de gestion, sans obligation de référer et sans obligation de rendre compte, l'indépendance de cette entité, qu'elle soit filiale ou pas de l'entité délégante, pourrait, au moins en principe, être soutenue. Mais pour donner lieu au transfert de responsabilité d'une société vers ses structures locales, l'autonomie invoquée doit être telle qu'elle permette à la structure locale « de définir sa propre stratégie commerciale, financière et technique et de s'affranchir du contrôle hiérarchique du siège » [33]. En revanche, la délégation partielle, qui ne transfère qu'une partie du pouvoir décisionnel ne permet pas de conclure à l'autonomie de l'entité délégataire.

34 - Ces principes ont été posés par la Cour de cassation en 1995 en ces termes : « Mais attendu que l'arrêt, après avoir analysé la délégation écrite donnée au directeur régional Est et Centre de Dijon par la société L'Entreprise industrielle, a constaté que si cette délégation lui donnait le pouvoir d'agir dans les domaines juridique et technique, elle ne comportait aucune précision sur l'autonomie financière et économique de l'agence locale qu'il dirigeait permettant de l'assimiler à une entreprise ; qu'en l'absence de tous autres éléments de preuve, que devait lui fournir la société, permettant à la cour d'appel de vérifier de façon concrète l'existence de cette autonomie, il ne peut lui être reproché de ne pas avoir procédé à cette recherche » [34]. Dans le même sens, on citera un autre arrêt de la Cour de cassation : « Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir retenu que la délégation de pouvoirs concédée aux chefs de centre de l'entreprise J ne leur laissait pas d'initiative pour définir leur domaine d'activité, leur stratégie commerciale et décider des financements, la cour d'appel (...) fait l'exacte application du texte invoqué en décidant que lesdits chefs d'agence, demeurant soumis aux directives et contrôle de la société, ne disposaient pas d'une autonomie réelle, ce dont il résulte que les centres concernés ne pouvaient être considérés comme des entreprises distinctes de l'entreprise à laquelle elles se trouvaient rattachées » [35].

2. Les conséquences de l'absence d'autonomie de la filiale

A. - Le débiteur de l'amende

35 - En droit interne, l'Autorité de la concurrence qui constate le contrôle déterminant de la mère se refuse à imputer l'infraction aux deux sociétés, mère et filiale. Dans son rapport pour 2008, elle indique en effet : « Ainsi, au sein d'un groupe, une pratique

25. *CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-97/08 P, § 61.*
26. *TPICE, 12 déc. 2007, aff. T-112/05, Akzo Nobel, préc. note 5, § 33 s.*
27. *CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-97/08 : JOUE n° C 267, 7 nov. 2009, p. 17.*
28. *TPICE, 12 déc. 2007, aff. T-112/05, Akzo Nobel, préc. note 5, § 83 s.*
29. *Cons. conc, déc. n° 08-D-2, 29 oct. 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques : Contrats, conc. consom. 2008, comm. 271.*
30. *Comm. CE, déc. n° 72/457/CEE, 14 déc. 1972, Zoja c/ CSC-ICI : JOCE 31 déc. 1972.*
31. *TPICE, 6 avr. 1995, aff. T-141/89, Tréfileurope Sales SARL c/ Commission : Europe 1995, comm. 220, obs. L. Idot.*
32. *TPICE, 18 déc. 2008, aff. T-85/06, General Quimica SA, Repsol SA, Repsol YPF SA c/ Commission CE, att. n° 7 : Contrats, conc. consom. 2009, comm. 54. – TPICE, 8 juill. 200, aff. T-69/048, Schunk GmbH et Schunk Kohlenstoff-Technik GmbH/CommissionCE, att. n° 53.*
33. *Cons. conc, déc. n° 01-D-14, 4 mai 2001 relative à des pratiques relevées lors de marchés de fabrication et de mise en œuvre d'enrobés bitumeux sur les routes départementales de l'Isère.*
34. *Cass. com., 3 mai 1995, n° 93-17.144 : BOSP, n° 10, 20 juill. 1995, p. 275.*
35. *Cass. com., 4 juin 1996, n° 94-17.065 : BOSP n° 12, 27 juill. 1996, p. 349.*

d'entente sera imputée, soit à une filiale en raison de son rôle effectif dans la réalisation de la concertation, soit à la société mère, si la filiale ne fait qu'exécuter des décisions prises par cette dernière », hormis bien sûr si les deux sociétés ont participé à la pratique. De même, l'Autorité de la concurrence s'est toujours, jusqu'à présent, refusée à prononcer des sanctions solidaires, le montant de la sanction appliquée à chaque entité membre de l'entreprise étant fixé de manière individualisée.

36 - En droit européen, en revanche, si la filiale est contrôlée par la mère, les deux sociétés seront condamnées, et au surplus, de manière solidaire. Le droit communautaire considère en effet que « si la société mère fait partie de cette unité économique, qui (...) peut être constituée de plusieurs personnes juridiques, cette société mère est considérée comme solidairement responsable avec les autres personnes juridiques constituant cette unité des infractions au droit de la concurrence. » [36].

B. - Calcul de l'amende

37 - Le fait que la pratique anticoncurrentielle ait été commise par une société faisant partie d'un groupe peut être une circonstance de nature à aggraver la sanction, et ceci à deux titres.

38 - Concernant tout d'abord le plafond de l'amende, l'article L. 464-2, I, alinéa 4 du Code de commerce issu de la loi NRE, dispose que « *Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante.* » Le fait que la filiale incriminée soit jugée autonome et que de ce fait, elle constitue à elle seule l'entreprise au sens du droit de la concurrence, ne permet donc pas de limiter le plafond de la sanction à son seul chiffre d'affaires, dès lors que la société mère établit des comptes consolidés. C'est d'ailleurs ainsi que le Conseil de la Concurrence s'est prononcé en 2008 dans l'affaire n° 08-D-30 [37], décision confirmée en appel [38]. L'enjeu de la démonstration de l'autonomie est donc limité, sur le terrain du plafond de la sanction, à la seule société autonome dont les comptes n'ont pas été consolidés.

39 - En droit européen « le plafond de 10 % (...) doit être calculé sur la base du chiffre d'affaires cumulé de toutes les sociétés constituant l'entité économique unique agissant en tant qu'entreprise au sens de l'article 81 CE, puisque seul le chiffre d'affaires cumulé des sociétés composantes peut constituer une indication de la taille et de la puissance économique de l'entreprise en question » [39]. Il en résulte que si la filiale est jugée autonome, seul son chiffre d'affaires sera pris en considération pour le calcul du plafond.

40 - Concernant ensuite le montant même de l'amende, rappelons qu'en droit français il est fixé en fonction de la gravité des pratiques, de l'importance du dommage causé à l'économie, de la situation de l'entreprise et, le cas échéant, de son appartenance à un groupe ainsi que d'une éventuelle situation de récidive*(C. com., art. L. 464-2, al. 3)*. Faisant application de ces dispositions, l'Autorité de la concurrence considère que « Dans certains cas particuliers, il est considéré que l'importance du dommage dépasse le seul marché pertinent directement affecté par les pratiques et qu'il convient de prendre en compte les répercussions des pratiques sur des marchés connexes et sur l'économie en général. C'est notamment le cas (...) lorsque la pratique est mise en œuvre par un grand groupe, aux activités diversifiées – qui opère sur des marchés mondiaux ou de multiples marchés géographiques – ce qui lui donne un caractère plus dommageable que si elle était mise en œuvre par une entreprise mono-activité réalisant le même chiffre d'affaires que le groupe sur l'activité concernée » [40].

C. - Autres enjeux de l'imputabilité

41 - Indépendamment des enjeux financiers, le fait d'imputer à une mère les agissements de ses filiales a, en termes d'image, les conséquences que l'on imagine. Il peut également avoir pour conséquence de multiplier les situations de récidive, ce qui sera également de nature à aggraver la sanction puisque la réitération de l'infraction est l'un des éléments pris en considération dans la fixation de la sanction, tant en application de l'article L. 464-2 I, alinéa 3 du Code de commerce qu'en application des Lignes directrices de la Commission européenne.

D. - La possibilité de concourir aux appels d'offres

42 - Un autre enjeu de l'autonomie de la fille doit être envisagé en matière d'appels d'offres. Il arrive en effet, spécialement dans les grands groupes, que plusieurs sociétés soient en mesure de répondre à un même appel d'offres, que leurs réponses portent ou non sur des lots différents. Mais encore faut-il, pour ce faire, que les offres soient réellement des offres concurrentes, établies en toute autonomie et sans concertation par chacune des deux entités candidates. Mais comment, dès lors, apprécier cette autonomie ?

43 - Il semble que de manière pragmatique, les autorités de concurrence aient pu retenir un standard de preuve moins rigoureux en matière d'appel d'offres et qu'elles apprécient l'autonomie de manière plus spécifique, au regard de l'autonomie d'action sur le marché concerné par l'appel d'offres. Ainsi, dans la décision NEOPOST précitée, le Conseil a considéré que les sociétés NEOPOST et SATAS, toutes deux filiales à 100 % du Groupe NEOPOST, pouvaient soumissionner de manière concurrente à des appels d'offres car de fait, ces deux filiales d'un même groupe étaient perçues par les entreprises clientes et par les concurrents comme se livrant une réelle concurrence.

Conclusion

44 - Le temps semble révolu où le Conseil de la Concurrence indiquait « toutes les ententes supposent un concours de volontés quelle que soit la forme de cet accord, même s'il ne se formalise pas réellement » [41]. Le droit des ententes s'est dématérialisé, d'une manière dont on peut se féliciter si l'on admet que « renforcer l'effet dissuasif » est un objectif prioritaire, voire une fin en soi. Les entreprises seront bien évidemment d'un tout autre avis et l'on peut, d'une voix discordante, regretter que « si l'on ne peut s'entendre avec soi-même », on puisse couramment, en revanche, « s'entendre sans savoir, sans le vouloir et sans avoir rien fait », au risque de sanctions toujours plus lourdes.

Mots-Clés : Pratiques anticoncurrentielles - Notion d'entreprise - Autonomie des filiales

36. *CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-97/08 : JOUE n° C 267, 7 nov. 2009, p. 17.*
37. *Cons. conc., déc. n° 08-D-30, 4 déc. 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés des Pétroles Shell, Esso SAF, Chevron Global Aviation, Total Outre Mer et Total Réunion : Contrats, conc. consom. 2009, comm. 56 ; Cons. conc. rapp. p. 206.*
38. *CA Paris, 24 nov. 2009 (cf. site de l'ADLC).*
39. *TPICE, 12 déc. 2007, aff. T-112/05 Akzo Nobel, préc. note 5, pts 90-9.*
40. *Rapp. Cons. conc. pour 2005, Étude thématique.*
41. *Rapp. Cons. conc. pour 1980, p. 223.*