



Concurrences

Revue des droits de la concurrence

Sanction des cartels en droit
communautaire : Définition et
conséquences d'une "responsabilité
de groupe"

Doctrines | *Concurrences* N° 1-2008

Michel DEBROUX

mdebroux@hhlaw.com

■ Avocat à la Cour



Institut de droit
de la concurrence

THOMSON
—★—
TRANSACTIVE

Michel DEBROUX

mdebroux@hhlaw.com

Avocat à la Cour

Abstract

In most recent EU cartel cases, the EU Commission has applied a systematic policy of attributing liability to parent companies for infringements by their subsidiaries. Consequences of such policy are far-reaching and may represent an increase of several million euros in the amount of the fine. But the consequences are not limited to one case, as they may result in very significant fine increase in future cartel cases, through the mechanism of repeat offence (“recidivism”). In implementing this systematic group liability policy, the Commission relies heavily on the presumption that subsidiaries are not autonomous on the market and essentially follow their parent’s instructions, unless proved otherwise. This presumption – even though it remains theoretically refutable – provides the Commission with a powerful tool that it uses widely, at the risk of clashing with the principle of individuality of penalties. This article discusses the scope and uncertainties of the capital ownership presumption and reviews the consequences of the Commission’s catch-all liability policy. In particular, the article discusses some discrepancies in the CFI case law and the ways in which the presumption can be rebutted, at least in theory.

Depuis plusieurs années, la Commission européenne pratique une politique systématique d'imputabilité à la société mère des pratiques anticoncurrentielles de ses filiales. Cette politique peut entraîner des conséquences extrêmement pénalisantes pour les entreprises en cause. Au-delà des conséquences financières immédiates, liées notamment à la prise en compte d'un effet dissuasif plus importants pour les grands groupes, les conséquences futures résultants des risques associés à la récidive peuvent être majeures. Cette politique soulève toutefois de réelles interrogations juridiques, car elle repose sur une “présomption capitaliste” dont la Commission fait une lecture particulièrement extensive. Or la définition et la portée de cette présomption capitaliste ne sont pas totalement dépourvus d'ambiguïtés, illustrées notamment par des options jurisprudentielles divergentes au sein même du Tribunal de Première Instance des Communautés européennes. En outre, bien que théoriquement réfutable, cette présomption paraît souvent en pratique quasiment irréfutable. Cet article passe en revue la pratique décisionnelle récente de la Commission ainsi que la jurisprudence du Tribunal et de la Cour, détaille les quelques interrogations entourant la notion de présomption capitaliste ainsi que les conditions auxquelles elle peut – en théorie du moins – être réfutée, et examine enfin l'ensemble des conséquences de ce qu'il est possible d'appeler une “responsabilité de groupe” en matière d'ententes.

Sanction des cartels en droit communautaire : Définition et conséquences d'une “responsabilité de groupe”

1. “On choisit ses amis, on ne choisit pas sa famille.” Au vu de la politique systématique d'imputabilité aux sociétés mères des pratiques anticoncurrentielles de leurs filiales mise en œuvre par la Commission européenne depuis quelques années¹, l'adage semble également s'appliquer aux groupes² de sociétés. Et l'on ne compte plus les groupes ayant réalisé à leurs dépens que les turpitudes d'une lointaine filiale pouvaient avoir une incidence majeure sur l'ensemble des sociétés composant le groupe.

2. Au regard de la pratique décisionnelle de la Commission³, la responsabilité des sociétés mères pour les pratiques des filiales semble en effet n'avoir guère de limite, qu'il s'agisse de l'étendue de cette responsabilité ou de la période pendant laquelle elle peut être mise en cause. Cette politique extensible présente certes des avantages pratiques évidents pour les autorités de concurrence, notamment parce qu'elle assure une meilleure effectivité de la sanction et en renforce le caractère dissuasif. En outre, cette politique transfère *de facto* aux services juridiques des grands groupes une partie de la charge de prévention et de détection des ententes qui pèse sur les autorités de la concurrence, de telle sorte qu'il n'est pas exagéré de parler ici d'un phénomène de “décentralisation”, voire de privatisation de l'application du droit de la concurrence, plus discret et informel, mais tout aussi significatif que celui qui a résulté de l'entrée en vigueur du règlement 1/2003⁴.

3. Sur le strict terrain de l'efficacité de la politique communautaire de lutte contre les ententes anticoncurrentielles, l'intérêt d'une conception particulièrement extensible de la responsabilité des sociétés mères, défendue et mise en œuvre par la Commission, est donc sans doute indéniable.

4. Mais la recherche de l'efficacité permet-elle toutes les libertés ? Sur le terrain des principes juridiques en effet, l'ampleur et le caractère systématique de cette politique soulèvent de réelles difficultés et interrogations, que la jurisprudence récente du Tribunal ne permet pas totalement de dissiper. En matière de concurrence et

1 La lutte contre les “cartels” est le champ d'application privilégié de cette politique d'imputation systématique. Bien que dépourvu de signification juridique précise en langue française, le terme “cartel” est entré dans le vocabulaire courant du droit de la concurrence et sera utilisé dans le présent article dans son sens le plus répandu, à savoir celui d'une entente horizontale secrète entre concurrents directs, portant le plus souvent sur des pratiques de fixation de prix en commun et/ou de partages de marchés ou de clientèle.

2 Une autre précision terminologique s'impose : davantage que le “groupe”, le droit de la concurrence connaît et parfois sanctionne l’“entreprise”, notion qui recouvre toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement (cf. *infra*, § 6-7). Dans cet article, la notion de groupe sera comprise au sens le plus large (ensemble de sociétés juridiquement distinctes soumises à une même unité de décision économique). Le groupe n'a pas de personnalité morale, il n'est pas un sujet de droit. Mais sa prise en compte est croissante en droit de la concurrence (v. Brigitte Brun, La prise en compte toujours accrue des groupes de sociétés en droit de la concurrence, *Droit des sociétés* n° 6, juin 2006, étude 13) et concourt généralement à une aggravation de l'appréciation des comportements ou des actes de ses membres (v. Laurence Idot, La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel, *Mélanges en l'honneur d'Antoine Pierovano*, éd. Frison Roche, nov. 2003).

3 Le présent article ne porte que sur la pratique et la jurisprudence communautaires. Pour un aperçu en droit français, citons parmi d'autres sources, l'étude de Brigitte Brun précitée (*supra*, note n° 2) ou, plus complète mais plus ancienne, l'étude thématique consacrée par le Conseil de la concurrence au thème de l'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles en 2001 (*Rapport annuel 2001*, p. 126 et s.).

4 Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 déc. 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (*JO L1* du 4 janv. 2003, p. 1-25).

singulièrement de cartels, la responsabilité des grands groupes intégrés pour les pratiques de filiales est-elle indéfiniment extensible, dans le temps comme dans l'espace ? La notion d'"entreprise" en droit de la concurrence est-elle malléable au point de permettre peu ou prou de vider de sa substance la notion de "personne" destinataire d'une sanction de nature quasi-pénale ? Quelle est la portée de la présomption de responsabilité tirée du contrôle capitalistique, et à quelles conditions cette présomption peut-elle être renversée ? Le contrôle capitalistique est-il systématiquement synonyme d'exercice effectif d'une influence déterminante sur la politique industrielle ou commerciale d'une filiale ?

5. Telles sont quelques-unes des questions récurrentes que cet article se propose d'aborder⁵, en examinant tout d'abord (I) la définition et les conditions de mise en œuvre de ce que l'on peut appeler une "responsabilité de groupe" en matière d'ententes, résultant d'une présomption capitalistique dont certains contours restent flous, et ensuite (II) les conséquences particulièrement importantes de cette responsabilité de groupe⁶.

I. Définition et conditions de mise en œuvre de la responsabilité de groupe en matière de cartels

1. La notion d'entreprise en droit communautaire de la concurrence

6. Rappelons tout d'abord quelques principes. De jurisprudence constante, le droit communautaire de la concurrence, pragmatique et souple par essence, vise les activités des entreprises⁷, notion économique qui s'affranchit des structures juridiques pour s'attacher à identifier "toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement"⁸.

7. La Commission a ainsi exposé, notamment dans sa décision *PVC II*, sa conception de la notion d'entreprise, qui peut recouvrir plusieurs situations en fonction des faits de l'espèce : "Dans le cadre des règles de concurrence de la Communauté,

les sujets de droit sont les entreprises, notion qui ne se confond pas avec celle de la personnalité juridique au sens des législations nationales. Le terme « entreprise » n'est pas défini dans le traité. Il est applicable à toute entité exerçant des activités de nature commerciale et, s'il s'agit d'un grand groupe industriel, il peut être approprié (selon les circonstances) de l'appliquer à une société mère ou à une filiale ou à l'unité économique constituée par la société mère et les filiales"⁹.

8. Mais si les "sujets de droit" en matière de concurrence sont des entreprises, ces dernières n'en sont pas moins dépourvues de la personnalité juridique. Or les sanctions en matière de droit de la concurrence sont de nature "au moins quasi-pénale" selon les termes de l'avocat général Kokott et ne peuvent par conséquent être infligées qu'à des personnes. Ce principe de personnalité des peines "trouve sa source dans le principe de l'État de droit et le principe de la faute", souligne encore l'avocat général, qui relève que "dans les ordres juridiques des États membres également, le principe de la responsabilité personnelle est en règle générale la prémisse de l'imputation des ententes"¹⁰. Abondant dans ce sens, la Cour a récemment rappelé dans un arrêt *ThyssenKrupp* que l'entité destinataire de la décision ne peut être "sanctionnée que pour les faits qui lui sont individuellement reprochés", et qu'"une personne morale ne doit être sanctionnée que pour les faits qui lui sont spécifiquement reprochés"¹¹.

9. En tant que telle, l'"entreprise" ne peut donc être destinataire d'une décision de la Commission. Du reste, une nécessité technique va dans le même sens. En effet, une décision doit pouvoir être exécutée le cas échéant, et l'article 256, § 1, du traité CE, prévoit que "les décisions du Conseil ou de la Commission qui comportent, à la charge des personnes autres que les États, une obligation pécuniaire forment titre exécutoire". Ce sont bien des "personnes" qui sont visées par le texte, et le Tribunal de première instance a confirmé, dans son arrêt *PVC* de 1999, qu'il était nécessaire "pour l'application et l'exécution des décisions, d'identifier une entité dotée de la personnalité juridique qui sera destinataire de l'acte"¹². Cette obligation d'identifier le ou les destinataires de l'acte s'impose, qui plus est, dès le stade de la notification de griefs, ainsi que l'a jugé la Cour dans son arrêt *Arbed* de 2003¹³.

5 Sur le même sujet, v. notamment : G. Decocq, La responsabilité en droit des pratiques anticoncurrentielles des sociétés mères du fait de leurs filiales, *Rev. Jur. Com.*, juill.-août 2007, n° 4, p. 281. ; J. Briggs et S. Jordan, Presumed Guilty: Shareholder Liability for a Subsidiary's Infringement of Article 81 Treaty, *Business Law International*, Vol. 8, n° 1, janv. 2007 ; A. Montesa et A. Givaja, When Parents Pay for their Children's Wrongs: Attribution of Liability for EC Antitrust Infringements in Parent-Subsidiary Scenarios, *World Competition*, 2006, vol. 29, issue 4, p. 555.

6 La problématique, proche mais distincte, de la transmission de la responsabilité de pratiques anticoncurrentielles au travers de cessions ou de restructurations, ne sera pas abordée ici. Signalons sur ce sujet le récent arrêt rendu par la CJCE (Grande Chambre) sur une question préjudicielle posée par l'Autorità Garante delle Concorrenza e del Mercato (CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-280/06) et les conclusions de l'avocat général Julian Kokott présentées le 3 juill. 2007.

7 CJCE 11 déc. 2007 (grande chambre), *Autorità Garante delle Concorrenza e del Mercato*, aff. C-280/06, non encore publié au Recueil, point 39.

8 Voir, notamment, CJCE, 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri e.a./Commission*, aff. jointes C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, Rec. p. I-5425, point 112; du 10 janv. 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*, C-222/04, Rec. p. I-289, point 107, ainsi que du 11 juill. 2006, *FENIN/Commission*, C-205/03 P, Rec. p. I-6295, point 25.

9 Décision de la Commission du 27 juill. 1994 – *PVC II*, point 41.

10 Conclusions sous l'arrêt *Autorità Garante*, 3 juill. 2007, CJCE C-280/06 (cf. *supra*, note n° 7) ; voir en particulier les § 71-73 et la note n° 56.

11 CJCE, 14 juill. 2005, *ThyssenKrupp c. Commission*, aff. jointes C-65/02 P et C-73/02 P (extra d'alliage), non encore publié au Recueil, § 82 et 88 (souligné par l'auteur).

12 TPICE, 20 avril 1999, aff. jointes T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 et T-335/94, (*PVC*), Rec. p. II-00931, point 978.

13 CJCE 2 oct. 2003, *Eurofer c. Commission*, aff. C-179/99 P, Rec. p. I-10725.

10. Par conséquent, dans l'hypothèse – fréquente – où l'“entreprise” susceptible de faire l'objet d'une sanction ne se résume pas à une seule entité juridique, la Commission a l'obligation de démontrer que les différentes entités destinataires de la décision font partie, au-delà de leur personnalité juridique distincte, d'une même “entreprise”, c'est-à-dire qu'elles adoptent un comportement de marché déterminé par un pouvoir de direction unique. C'est en ces termes que se pose la question de l'autonomie de la filiale par rapport à sa société mère.

11. Là encore, les principes sont anciens. Dans son arrêt *ICI*¹⁴ de 1972, la Cour a affirmé le principe que pour retenir la responsabilité d'une société mère pour le comportement illégal d'une filiale, il fallait établir que cette filiale “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”. Dans un arrêt *AEG* de 1983, la Cour a par ailleurs établi la présomption qu'une filiale détenue à 100 % par une société mère applique nécessairement la politique déterminée par cette dernière¹⁵ (c'est cette présomption que nous désignerons sous les termes “présomption capitalistique” dans le présent article).

2. Définition de la présomption capitalistique : Deux conceptions antagonistes

12. La présomption capitalistique est au cœur de la question de l'imputabilité à la société mère des pratiques de sa (ou ses) filiale(s). Dans plusieurs arrêts postérieurs aux arrêts *ICI* et *AEG* précités, le Tribunal et la Cour ont tenté de progressivement préciser la portée et les limites de cette présomption, sans parvenir toutefois à lever toutes les ambiguïtés et interrogations qui s'y attachent.

13. Par nature, une société mère détenant la totalité ou la quasi-totalité du capital d'une filiale est en mesure d'exercer une forme d'influence, plus ou moins prononcée, sur sa filiale. Ce constat d'évidence ne devrait en principe pas suffire à imputer à la société mère toutes les pratiques commerciales de ses filiales puisque, dès l'arrêt *ICI* cité ci-dessus, la Cour soulignait qu'il fallait établir que la filiale n'avait pas un comportement autonome “sur le marché”, mais au contraire appliquait les instructions de sa société mère. Ce qui est en cause ici n'est donc pas l'influence générique que toute société mère détient par définition sur sa filiale, en vertu du droit des sociétés. Il s'agit spécifiquement de l'influence que la société mère peut exercer sur le comportement et les pratiques commerciales de la

filiale sur le marché. Cette dernière notion n'est toutefois pas exempte d'ambiguïté elle-même, et la ligne de partage est souvent ténue entre une intervention de la société mère limitée à la définition des grandes orientations stratégiques de la filiale, et la définition plus intrusive des méthodes permettant d'atteindre les objectifs ainsi définis. L'autonomie d'une filiale à l'égard de sa société mère n'est pas un concept monolithique, qui n'obéirait qu'à une logique binaire (“oui/non”) mais au contraire une relation complexe régie par un équilibre subtil et rarement figé entre autonomie et contraintes. C'est donc sur la nature, la portée et les limites de l'influence exercée par une société mère sur le comportement de marché de sa filiale que les débats les plus nourris ont eu lieu.

14. Sans surprise, deux conceptions s'opposent, à savoir d'une part l'approche très opportuniste de la Commission qui assimile aussi largement que possible – parfois au risque de l'absurde – l'influence générique de toute société mère sur sa filiale à une influence déterminante sur les pratiques commerciales de cette dernière, et d'autre part l'approche généralement défendue par les sociétés mises en cause, qui défendent une lecture très restrictive de la notion d'influence, visant à imposer à la Commission la charge de la preuve d'une influence de la société mère sur la politique commerciale *stricto sensu* de la filiale.

15. Illustrons ces difficultés avec deux exemples récents, tirés des décisions *Bitumes aux Pays-Bas*¹⁶ et *commutateurs à isolation gazeuse*¹⁷. Dans la première, Total SA argumentait qu'elle ne remplissait auprès de sa filiale néerlandaise mise en cause que des fonctions assez classiques de holding, à savoir en substance (a) la gestion de la politique de ressources humaines du groupe, (b) la consolidation du chiffre d'affaires et la politique fiscale du groupe, (c) la supervision de sujets juridiques, environnementaux, institutionnels, financiers, d'assurances, etc. et (d) la supervision des principaux investissements de la filiale. En réponse, la Commission a considéré que ces fonctions étaient “exactement le genre d'indication démontrant que le groupe Total opère comme une entreprise unique, dirigée par Total SA, et que ce dernier exerce une influence déterminante concernant les orientations de base du comportement des filiales sur le marché”¹⁸.

16 Décision COMP/F/38.456 *Bitumes Pays-Bas*, 13 sept. 2006.

17 Décision COMP/F/38.899 *Commutateurs à isolation gazeuse*, 24 janv. 2007.

18 “Total SA further claimed that it only acted as a holding company for the group and that its functions were limited to: 1) the general human resource policy of the group; 2) consolidation of the turnover of the group and the fiscal policy of the group; 3) supervision of issues such as institutional relations, industrial security, environment and sustainable development, insurance, financial and legal functions of the group; and 4) review of the major investment projects of the subsidiaries. The Commission considers that the fact that the parent company Total SA was not itself involved in the production and sale of road pavement bitumen in the Netherlands is not determinant for the question whether it should be considered to constitute a single economic unit with the operational units in the group that were directly involved in the production and sale of road pavement bitumen in the Netherlands. The functions mentioned by Total SA in support of its argument that it only acted as a holding company are exactly the kind of indications that demonstrate that the Total group operates as a single undertaking, headed by Total SA, and that the latter exerts decisive influence as regards the basic orientations of the subsidiaries' operations on the market.” (Décision *Bitumes NL*, point 248, souligné par l'auteur)

14 CJCE, 14 juill. 1972, *ICI*, aff. 48/69, Rec. 1972, p. 619, point 133.

15 “AEG n'ayant pas contesté qu'elle pouvait influencer de manière déterminante la politique de distribution et de prix de ses filiales, il reste à examiner si elle a effectivement fait usage de ce pouvoir. Une telle vérification apparaît cependant superflue dans le cas de TFR qui, étant une filiale à 100 % d'AEG, suit nécessairement une politique tracée par les mêmes organes statutaires qui fixent la politique d'AEG” (CJCE, 25 oct. 1983, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG contre Commission des Communautés européennes*, Rec. p. 03151, aff. 107/82, point 50).

16. La même conception large de l'influence déterminante a été retenue par la Commission dans sa décision *commutateurs à isolation gazeuse* du 24 janvier 2007. Cette décision contient en particulier d'intéressants développements sur la transmission de la responsabilité de deux sociétés mères successives (Alsthom et Areva) d'une filiale ayant commis des pratiques anticoncurrentielles, mais c'est sur un autre point que cette décision nous intéressera.

17. En l'espèce, la société directement impliquée dans des pratiques initialement mises en œuvre en 1988, avait été cédée par Alsthom à sa nouvelle société mère Areva T&D SA en janvier 2004, et l'infraction avait pris fin en mai 2004, soit à peine quatre mois plus tard. Malgré la brièveté de cette période, Areva T&D SA a été considérée par la Commission comme ayant exercé une influence déterminante sur la filiale en question, quelles qu'aient pu être les arguments contraires avancés par Areva, en particulier à l'égard d'un secteur économique qui lui était jusque-là étrangère. Areva argumentait-il que le maintien du management antérieur, à l'exception d'un dirigeant nommé par la nouvelle maison mère, illustre l'absence d'influence sur le comportement de la filiale ? La Commission en tirait la conclusion que cette seule nomination illustre précisément l'exercice par Areva de son influence sur la filiale, tout en affirmant par ailleurs qu'en toute hypothèse, le maintien en place de l'ancien management n'aurait pas signifié l'absence d'influence¹⁹. ...Surprenant raisonnement, qui tire une conclusion identique des deux branches antinomiques d'une alternative.

18. À l'analyse, sauf à considérer que cette conception particulièrement large de la notion d'influence déterminante n'est guidée que par les considérations purement opportunistes décrites ci-dessus (*supra*, § 2-3), elle ne peut que heurter, tant il est vrai qu'à l'aune d'une telle conception, aucun groupe intégré ne semble en mesure d'échapper à une conception aussi extensive de l'imputabilité. Seuls, peut-être, les stricts holdings de portefeuille, adoptant à l'égard de leurs filiales une logique de pure participation financière, pourraient éventuellement échapper à cette curieuse approche, mais alors au prix de la perte de toute synergie de groupe, un prix singulièrement élevé en termes d'efficacité économique.

19. Le Tribunal semble toutefois soucieux de faire preuve de davantage de rigueur dans l'analyse, et d'examiner concrètement les domaines de l'action de la filiale dans lesquels s'exerce l'influence "déterminante" de la société mère pour conclure ou non sur l'imputabilité à cette dernière des pratiques de la filiale. Ainsi le Tribunal s'est-il livré, dans le récent arrêt *Akzo*²⁰ à un recensement des sujets dans lesquels peut s'exercer cette influence pour caractériser une mise en œuvre de la responsabilité de la société mère :

20. "[...] il convient d'indiquer que, dans le cadre de l'analyse de l'existence d'une entité économique unique entre plusieurs sociétés faisant partie d'un groupe, le juge communautaire a

examiné si la société mère pouvait influencer la politique des prix (voir, en ce sens, arrêts de la Cour du 14 juillet 1972, ICI/Commission, 48/69, Rec. p. 619, point 137, et Geigy/Commission, 52/69, Rec. p. 787, point 45), les activités de production et de distribution (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 6 mars 1974, Istituto Chemioterapico Italiano et Commercial Solvents/Commission, 6/73 et 7/73, Rec. p. 223, points 37 et 39 à 41), les objectifs de vente, les marges brutes, les frais de vente, le « cash flow », les stocks et le marketing (arrêt du Tribunal du 12 janvier 1995, Viho/Commission, T-102/92, Rec. p. II-17, point 48). Toutefois, il ne saurait en être déduit que seuls ces aspects relèvent de la notion de la politique commerciale d'une filiale aux fins de l'application des articles 81 CE et 82 CE à l'égard de sa société mère.

Il ressort, au contraire, de cette jurisprudence, lue en combinaison avec les considérations figurant aux points 57 et 58 ci-dessus, qu'il incombe à la société mère de soumettre à l'appréciation du Tribunal tout élément relatif aux liens organisationnels, économiques et juridiques, entre sa filiale et elle-même et qu'elle considère de nature à démontrer qu'elles ne constituent pas une entité économique unique. Il en résulte également que, lors de son appréciation, le Tribunal doit tenir compte de l'ensemble des éléments qui lui sont soumis par les parties, dont le caractère et l'importance peuvent varier selon les caractéristiques propres à chaque cas d'espèce." (souligné par l'auteur)

21. Ayant ainsi souligné le caractère éminemment factuel de l'analyse et la nécessité de procéder à un examen concret au cas par cas²¹, le Tribunal passe minutieusement en revue la nature et le contenu de "programmes de direction" établi par Akzo pour conclure finalement qu'en l'espèce la société mère n'avait pas réussi à démontrer l'autonomie de sa filiale. Le texte de l'arrêt est d'une lecture et d'une interprétation difficiles, car la suppression des secrets d'affaires prive le commentateur des éléments de fait précis sur lesquels le Tribunal a fait porter son analyse. On devine toutefois à la lecture de l'arrêt que la société mère avait mis en place une organisation et des règles de *reporting* lui permettant d'intervenir "de manière significative sur plusieurs aspects e atégie des filiales en question, en se réservant la décision à l'égard d'une série de sujets définissant leur ligne d'action sur le marché" (§ 82)

3. Nature de la présomption capitalistique : Une présomption simple, du moins en théorie

22. La présomption capitalistique est-elle simple ou irréfragable ? En théorie, la réponse est simple : il résulte d'une jurisprudence constante qu'il s'agit d'une présomption "simple" ou "réfutable", comme l'a encore récemment affirmé le Tribunal dans l'arrêt *Akzo* précité : "dans le cas particulier

19 Décision *Commutateurs à isolation gazeuse*, § 370, souligné par l'auteur.

20 TPICE, 12 déc. 2007, *Akzo c. Commission*, non encore publié au Recueil, aff. T-112/05, point 64.

21 Par opposition, nous semble-t-il, avec l'approche très générale et théorique adoptée par la Commission dans sa décision *Bitumes Pays-Bas*, cf. *supra*, § 15.

où une société mère détient 100 % du capital de sa filiale auteur d'un comportement infractionnel, il existe une présomption simple selon laquelle ladite société mère exerce une influence déterminante sur le comportement de sa filiale [...], et qu'elles constituent donc une seule entreprise au sens de l'article 81 CE'.

23. Mais au-delà de l'affirmation de principe, la présomption paraît en réalité particulièrement difficile à renverser au regard de l'objet de la preuve qu'il incombe aux parties en cause d'apporter. Il ne s'agit certes ni de prouver l'absence d'implication effective et directe de la société mère dans l'entente en question, ni à l'inverse, de démontrer l'impossibilité théorique pour la société mère d'intervenir dans la conduite des affaires de sa filiale. Ces deux démonstrations apparaîtraient au demeurant impossibles, s'agissant pour la première d'un fait négatif et pour la seconde d'une démonstration contraire au droit des sociétés.

24. Bien qu'évitant ces deux écueils, l'objet dont la preuve doit être rapportée par les entreprises n'en demeure pas moins extrêmement délicat en pratique. L'analyse menée par le Tribunal porte en effet sur "l'existence d'une influence de la part d'Akzo Nobel sur la politique commerciale de ses filiales et non à la question de savoir si Akzo Nobel est intervenue auprès de celle-ci spécifiquement au sujet de l'infraction en question." (§ 80). Comment, dès lors, prouver l'absence d'influence de la société mère sur les pratiques commerciales de sa filiale. Même si dans l'arrêt *Akzo*, l'objet de la démonstration apparaît plus étroitement défini que dans la pratique de la Commission, il n'en demeure pas moins que l'exercice est très ardu dans le cadre de groupes intégrés soucieux de mettre en œuvre un minimum de synergies intra-groupes. La lecture de l'arrêt montre que c'est l'analyse détaillée des processus de décision et de *reporting* internes, décrits dans les "programmes de direction" en vigueur au sein du groupe Akzo, qui a emporté la conviction du Tribunal, lequel a conclu que les requérantes n'étaient pas parvenues à renverser la présomption.

25. Peut-on alors renverser la présomption par le biais de délégations de pouvoir ? Cette possibilité théorique semble elle aussi hasardeuse en pratique, à la lecture de la décision *commutateurs à isolation gazeuse* précitée. La Commission y rappelle, en citant l'arrêt *Musique Diffusion Française* de 1983, qu'une simple délégation de pouvoir à des niveaux hiérarchiques subalternes ne suffit pas à libérer la société mère de son éventuelle responsabilité. Au contraire, l'acte de délégation lui-même pourrait être interprété comme un indice de l'influence déterminante de la société mère sur la filiale, puisque les actes d'une personne autorisée à agir pour l'entreprise suffisent²².

22 The Court of Justice has already disregarded the argument that the Commission is required to show that the partners or managers of a company committed the infringement intentionally or negligently. In order to attribute liability, it is not necessary "for there to have been action by, or even knowledge on the part of the partners or principal managers of the undertaking concerned; action by a person who is authorized to act on behalf of the undertaking suffices". (Décision *commutateurs* préc., § 352, citant l'arrêt CJCE du 7 juin 1983, aff. 100-103/80, *SA Musique Diffusion Française c. Commission* Rec. 1983, p. 1825, § 96-98)

26. Il semblerait toutefois possible à la société mère de dégager sa responsabilité en démontrant que le délégataire a outrepassé ses pouvoirs²³. Mais cette formulation est elle-même ambiguë et ne semble pas permettre de mettre la société mère à l'abri de toute mise en cause : ainsi par exemple, le délégataire qui userait d'un pouvoir délégué (exemple : déterminer les prix des produits) dans un but qui lui aurait spécifiquement été interdit (mettre en œuvre une entente) aurait-il "outrepassé" ses pouvoirs ou les aurait-il simplement détournés à des fins prohibées ? Le débat peut sembler excessivement sémantique, mais au regard des enjeux, il n'en demeure pas moins qu'a minima, une rédaction particulièrement explicite des délégations de pouvoir doit être privilégiée par les entreprises.

27. On le voit, la présomption est certes théoriquement "simple" et réfutable, mais il y a loin de la théorie à la pratique. Il reste à examiner un dernier sujet, qui n'est pas sans lien avec le thème de la charge de la preuve et des conditions auxquelles la présomption capitalistique peut être renversée. Il s'agit de la question de la nécessité ou non de corroborer la présomption capitalistique avec d'autres éléments factuels, issus du dossier.

4. La présomption suffit-elle par elle-même ou doit-elle être corroborée par d'autres éléments : Des divergences de vue au sein du Tribunal ?

28. Sur cette question, il semble qu'il y ait une réelle divergence d'appréciation au sein même du Tribunal, tant les solutions retenues diffèrent en fonction des chambres au sein desquelles sont rendus les arrêts. Quant à la Cour, la formulation qu'elle a retenue dans l'arrêt *Stora*²⁴ n'est pas dépourvue d'ambiguïté et n'a pas permis de mettre fin aux incertitudes.

29. Dans ses conclusions rendues dans l'arrêt *Stora*, l'avocat général Misho adoptait clairement la position que la présomption capitalistique ne pouvait suffire et devait être corroborée par d'autres éléments. En d'autres termes, l'existence de cette présomption pouvait alléger la charge de la preuve incombant à la Commission, mais non la supprimer : d'autres éléments restaient nécessaires, fussent-ils de simples indices. Il nous semble utile de citer longuement ces conclusions, qui nous semblent fournir un cadre d'analyse simple, rigoureux et équilibré :

"Peut-on conclure [...] que, en l'absence de la preuve d'instructions données par la société mère à sa filiale, il n'est pas possible d'imputer à la société mère les infractions

23 Ibid. : "According to the same caselaw, ALSTOM should have supported its allegations with evidence showing that the managers of the T&D division/sector exceeded the powers bestowed on them". (souligné par l'auteur)

24 CJCE, 16 nov. 2000, *Stora Kopparbergs Bergslags AB c. Commission*, aff. C-286/98 P, Rec. p. 1-9925

commises par sa filiale ? Je pense que ce serait aller trop loin et que la preuve de telles instructions ne saurait être exigée. Ceci dit, je suis cependant d'avis que la simple détention d'une participation de 100 % ne suffit pas, à elle seule, pour établir la responsabilité de la société mère.

[...][Dans l'arrêt attaqué,] le Tribunal ne s'est pas limité à déclarer qu'une filiale à 100 % suit nécessairement la politique de la société mère. Il ajoute que, « en tout état de cause, Stora n'a invoqué aucun élément de preuve de nature à étayer ses affirmations, selon lesquelles sa filiale aurait exercé son activité sur le marché du carton comme une entité juridique autonome déterminant sa politique commerciale en grande partie par elle-même et aurait possédé son propre conseil d'administration avec des représentants extérieurs ».

Le Tribunal a-t-il voulu dire par là que c'est sur Stora que reposait la charge de démontrer l'indépendance de comportement de sa filiale ? La requérante interprète ce passage en ce sens, et si tel était le cas, je ne pourrais pas être d'accord avec le Tribunal. Mais, ainsi qu'il résulte du point 72 de l'arrêt attaqué, c'est Stora elle-même qui avait, d'abord, fait ces affirmations. Le Tribunal ne fait donc que constater que celles-ci n'ont pas été prouvées. Toutefois, en énonçant cette constatation à cet endroit de son raisonnement (c'est-à-dire au point 80 de l'arrêt attaqué), il admet implicitement qu'une détention de 100 % du capital ne règle pas définitivement la question. À ce stade, je vous propose de retenir que, si c'est bien sûr la Commission que repose la charge de démontrer que la société mère a effectivement exercé une influence déterminante sur le comportement de sa filiale, cette charge se trouve cependant allégée dans le cas d'un contrôle à 100 %. Un élément supplémentaire par rapport au taux de participation reste nécessaire, mais il peut être constitué par des indices de preuve.”

30. Dans son arrêt, la Cour n'a pas suivi les recommandations de l'avocat général, mais ne l'a pas pour autant clairement désavoué, en semblant rechercher une voie médiane qui, à l'analyse, n'est guère satisfaisante car porteuse d'ambiguïté. La Cour approuve certes le Tribunal pour avoir, dans un cas de détention par la société mère de 100 % du capital de sa filiale, “légitimement supposé [...] que la société mère exerçait effectivement une influence déterminante sur le comportement de sa filiale”, mais elle précise que cette analyse s'est effectuée dans un contexte particulier, puisque c'est “particulièrement après avoir constaté, au point 85 de l'arrêt attaqué, que la requérante s'était présentée lors de la procédure administrative « comme étant, pour ce qui était des sociétés du groupe Stora, le seul interlocuteur de la Commission au sujet de l'infraction concernée ». Dans ces conditions, il incombait à la requérante de renverser cette présomption par des éléments de preuve suffisants”²⁵.

31. La question cruciale est de savoir si les éléments de fait propres à l'espèce auxquelles se réfère la Cour (la société mère

se présentant spontanément comme l'interlocutrice de la Commission pour les pratiques de sa filiale) sont purement circonstancielles et n'ont été guidées que par le souci d'être factuellement exhaustif, ou au contraire si elles sont une condition nécessaire pour affranchir la Commission de l'obligation d'apporter des éléments complémentaires au soutien de la présomption capitalistique. La rédaction adoptée par la Cour ne nous semble pas permettre de trancher franchement dans un sens ou dans un autre, et c'est sans doute la raison pour laquelle la jurisprudence ultérieure du Tribunal a pu emprunter des voies divergentes sur ce point.

32. Ainsi, à la suite de l'arrêt *Stora*, plusieurs arrêts du Tribunal sont allés dans le sens que préconisait l'avocat général Misho, imposant à la Commission de fournir d'autres éléments corroborant la présomption tirée de la détention du capital. On peut citer deux arrêts rendus en ce sens par la cinquième chambre, à savoir l'arrêt *Daimler Chrysler* où le Tribunal affirme que “la détention de 100 % du capital de la filiale ne saurait à elle seule suffire à démontrer l'existence d'un tel contrôle par la société mère. L'imputation à la société mère du comportement de la filiale dépend toujours de la constatation de l'exercice effectif d'un pouvoir de direction” (point 218)²⁶, et le récent arrêt *Bolloré*, où la même cinquième chambre précise que l'élément relatif à la détention de la totalité du capital de la filiale par la société mère, “s'il constitue un indice fort de l'existence, dans le chef de la société mère, d'un pouvoir d'influence déterminant sur le comportement de la filiale sur le marché, ne suffit pas, à lui seul, pour permettre d'imputer la responsabilité du comportement de la filiale à la société mère. [...] Un élément supplémentaire par rapport au taux de participation reste nécessaire, mais il peut être constitué par des indices. Cet élément supplémentaire ne doit pas forcément résider dans la preuve d'instructions effectivement données par la société mère à la filiale pour que celle-ci participe à l'entente” (§ 132)²⁷.

33. Par contraste, la deuxième chambre adopte une position nettement moins stricte à l'égard de la charge de la preuve incombant à la Commission. Dans son arrêt *Tokai Carbon* du 15 juin 2005 (graphites spéciaux)²⁸, la deuxième chambre du Tribunal rappelle que “selon une jurisprudence bien établie de la Cour et du Tribunal”²⁹, la Commission peut, en substance, 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”, mais après ce rappel “en substance”, n'impose nullement à la Commission de corroborer la présomption par d'autres éléments.

26 TPICE, 15 sept. 2005, *Daimler Chrysler c. Commission*, Rec. p. II-03319, aff. T-325/01.

27 TPICE, 26 avril 2007, *Bolloré c. Commission*, non encore publié au Recueil, aff. T-109/02 (souligné par l'auteur).

28 TPICE, 15 juin 2005, *Tokai Carbon c. Commission*, Rec. p. II-00010, aff. T-71/03.

29 Le TPICE cite l'arrêt du Tribunal du 14 mai 1998, *Stora Kopparbergs Bergslags/Commission*, T-354/94, Rec. p. II-2111, point 80, confirmé par l'arrêt de la Cour du 16 nov. 2000, *Stora Kopparbergs Bergslags/Commission*, C-286/98 P, Rec. p. I-9925, points 27-29.

25 CJCE, 16 nov. 2000, *Stora Kopparbergs Bergslags AB c. Commission*, aff. C-286/98 P, Rec. p. I-9925, point 29 (souligné par l'auteur).

34. De même, dans le récent arrêt *Akzo* du 12 décembre 2007 précité, le Tribunal (deuxième chambre) interprète l'arrêt *Stora* dans le sens où les circonstances propres à cette affaire n'avaient été évoquées par la Cour que de façon circonstancielle, et non comme une condition nécessaire pour que soit alléguée la charge de la preuve incombant à la Commission : “dans le cas particulier où une société mère détient 100 % du capital de sa filiale auteur d'un comportement infractionnel, il existe une présomption simple selon laquelle ladite société mère exerce une influence déterminante sur le comportement de sa filiale [...], et qu'elles constituent donc une seule entreprise au sens de l'article 81 CE. Il incombe, dès lors, à la société mère contestant devant le juge communautaire une décision de la Commission de lui infliger une amende pour un comportement commis par sa filiale de renverser cette présomption en apportant des éléments de preuve susceptibles de démontrer l'autonomie de cette dernière. [...] À cet égard, il y a lieu de souligner que, s'il est vrai que la Cour a évoqué aux points 28 et 29 de l'arrêt *Stora*, point 60 *supra*, hormis la détention de 100 % du capital de la filiale, d'autres circonstances, telles que la non-contestation de l'influence exercée par la société mère sur la politique commerciale de sa filiale et la représentation commune des deux sociétés durant la procédure administrative, 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 sa société mère. Partant, le fait que la Cour a confirmé l'appréciation du Tribunal dans cette affaire ne saurait avoir pour conséquence de modifier le principe consacré au point 50 de l'arrêt AEG/Commission, point 60 *supra*. Dans ces conditions, il suffit que la Commission prouve que la totalité du capital d'une filiale est détenue par sa société mère pour conclure que cette dernière exerce une influence déterminante sur sa politique commerciale. La Commission sera en mesure, par la suite, de tenir la société mère solidairement responsable pour le paiement de l'amende infligée à sa filiale, sauf si cette société prouve que sa filiale n'applique pas pour l'essentiel les directives qu'elle émet et se comporte, dès lors, de façon autonome sur le marché³⁰.”

35. L'approche retenue par la 3^{ème} chambre, dans l'arrêt *Avebe* déjà cité, est assez proche de celle évoqué ci-dessus, bien qu'énoncée en termes moins tranchés³¹. En substance, le Tribunal synthétise ainsi les quatre étapes du raisonnement :

La Commission ne peut se contenter d'énoncer qu'une entreprise avait la possibilité d'exercer une influence déterminante sur le comportement d'une autre entreprise pour sanctionner la première,

30 Souligné par l'auteur.

31 TPICE, 27 sept. 2006, *Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA c. Commission*, T-314/01, Rec. p. II-03085, point 136

...mais elle doit au contraire démontrer l'exercice effectif d'une telle influence déterminante sur la base d'éléments factuels contenus dans le dossier,

...sauf en cas de détention par la société mère de la totalité du capital de la filiale, auquel cas il existe une présomption réfutable selon laquelle ladite société mère exerçait une influence déterminante sur le comportement de sa filiale,

...ce qui implique qu'en pareil cas, il incombe à la société mère d'apporter des éléments de preuve susceptibles de démontrer l'autonomie de sa filiale.

36. La question n'est donc pas tranchée à ce jour. La cinquième chambre soutient que la présomption ne suffit pas par elle-même (“l'élément relatif à la détention de la totalité du capital de la filiale par la société mère ne suffit pas, à lui seul, pour permettre d'imputer la responsabilité du comportement de la filiale à la société mère”), alors que la deuxième chambre adopte la position inverse, tout en admettant que la présomption, pour être suffisante, n'en n'est pas moins simple et peut donc être renversée (“Dans ces conditions, il suffit que la Commission prouve que la totalité du capital d'une filiale est détenue par sa société mère pour conclure que cette dernière exerce une influence déterminante sur sa politique commerciale [...] sauf si cette société prouve que sa filiale n'applique pas pour l'essentiel les directives qu'elle émet et se comporte, dès lors, de façon autonome sur le marché”.

37. Face à cette incertitude, on comprend la prudence qu'affiche la Commission dans la plupart de ses décisions. Tout en invoquant la présomption capitalistique aussi souvent que possible³², elle prend bien soin de corroborer celle-ci avec d'autres éléments à chaque fois que les éléments du dossier le lui permettent. Sans prétendre à l'exhaustivité, les quelques exemples ci-dessous illustrent le type d'élément complémentaire que la Commission a pu mettre en avant dans ses décisions :

– Rôle actif de la société mère dans la procédure devant la Commission (décision *Stora* du 13 juillet 1994³³),

– Identité de directeurs entre la société mère et la filiale (décision *Frais bancaire en Allemagne* du 11 décembre 2001³⁴ ; décision *Bolloré* du 20 décembre 2001³⁵),

– Présence d'un membre des services juridiques de la société mère lors des vérifications entreprises par la Commission dans les locaux de la filiale (décision du 24 juillet 2002, *gaz industriels et médicaux*³⁶),

32 Bien que sa pratique en la matière ne se caractérise pas par la plus grande cohérence, cf. *infra*, § 42.

33 Décision de la Commission 94/601/CE du 13 juill. 1994

34 Décision de la Commission 2003/25/CE du 11 déc. 2001 – COMP/E-1/37.919 (ex. 37.391)

35 Décision de la Commission 2004/337/CE du 20 déc. 2001 – COMP/E-1/36.212 – *Papier autocopiant*

36 Décision de la Commission 2003/207/CE du 24 juill. 2002 – COMP/E-3/36.700 – *Gaz industriels et médicaux*

– Coordination des conseils d’administration et de gestion de la mère avec ceux des filiales (décision du 16 décembre 2003, *tubes industriels*³⁷),

– Participation directe et autonome de la société mère à l’entente (décision *Bolloré* du 20 décembre 2001³⁸),

– Participation parallèle de plusieurs filiales à l’entente (décision *Souris – Topps* du 26 mai 2004³⁹).

II. Les conséquences d’une politique systématique de mise en jeu de la responsabilité de groupe

38. Poursuivant et amplifiant la tendance amorcée en 2005, l’année 2007 a vu les sanctions imposées par la Commission en matière de cartels établir un nouveau record. Avec seulement huit décisions, la Commission a sanctionné un total de 44 entreprises pour un montant global d’amendes supérieur à 3,3 milliards d’euros.

39. Au-delà de cette activité record, dont rien n’indique qu’elle pourrait fléchir en 2008⁴⁰, il est frappant de constater que tout ou partie des sanctions infligées dans la quasi-totalité des décisions en question⁴¹ l’ont été, à des degrés divers, conjointement et solidairement aux filiales et aux sociétés mères, en application de la politique systématique décrite ci-dessus⁴². La seconde partie de cet article envisage à présent les conséquences d’une telle politique.

37 Décision de la Commission 2004/421/CE du 16 déc. 2003 (Affaire C.38.240 – *Tubes industriels*)

38 Décision de la Commission 2004/337/CE du 20 déc. 2001 – COMP/E-1/36.212 – *Papier autocopiant*

39 Décision de la Commission 2006/895/CE du 26 mai 2004 – COMP/C-3/37.980 – *Souris/Topps*

40 Pour preuve, rappelons que la Commission a par ailleurs, toujours en 2007, confirmé publiquement avoir mené des inspections dans six affaires et avoir envoyé cinq communications de griefs ; ces chiffres ne peuvent être considérés comme reflétant la totalité de l’activité de la Commission en la matière, puisque la Commission ne communique pas systématiquement sur les inspections ou les notifications de griefs, même si cette pratique est de plus en plus répandue.

41 Pour autant que l’on puisse en juger à la seule lecture des communiqués de presse, parfois peu explicites sur ce point.

42 “La Commission a pour pratique d’adresser ses décisions à toutes les entités juridiques responsables du comportement illégal. Conformément à une jurisprudence constante, si la société mère d’un groupe exerce une influence déterminante sur le comportement commercial de ses filiales, les deux font partie de la même entité économique. Il y a lieu de présumer qu’une société mère exerce une influence déterminante sur sa filiale à 100 %. La responsabilité juridique de l’infraction et l’amende qui y est liée peuvent être imputées à la fois à la filiale qui a effectivement pris part à l’entente et à la société ou aux sociétés mères qui ont exercé une influence déterminante sur le comportement commercial de cette filiale pendant la période considérée.” Décision “fermetures” (COMP/E-2/39.168 du 19 sept. 2007, IP/07/1362).

1. Conséquences sur le montant de la sanction infligée dans la décision où l’imputabilité est retenue

40. Au-delà d’une solidarité imposée dans le paiement de l’amende, la politique d’imputabilité systématique des pratiques de la filiale à la société mère affecte-t-elle directement le montant de ladite amende ? On le sait, tant sous l’empire des anciennes lignes directrices “amendes”⁴³ que des actuelles⁴⁴, les principaux facteurs de détermination de la sanction pécuniaire sont liés à la situation propre de la ou des entités directement engagée(s) dans les pratiques anticoncurrentielles : parts de marché, durée de la participation, chiffre d’affaires réalisé sur le ou les marché(s) objets des pratiques, rôle de meneur ou de suiveur, etc. Il ne faudrait toutefois pas en déduire que l’imputabilité des pratiques de la filiale à la société mère se limite à une simple responsabilité conjointe et solidaire dans le paiement d’une sanction qui n’aurait été calculée qu’en fonction des seuls facteurs propres à sa filiale. En d’autres termes, les conséquences de l’imputabilité ne se limitent pas à la possibilité, pour la Commission, de solliciter une “poche profonde”, même si naturellement elle n’est pas insensible à cette possibilité.

41. En effet, l’implication de la société mère constitue par elle-même un facteur susceptible d’affecter le montant de la sanction. Dans le régime des anciennes lignes directrices “amendes”, cet impact n’intervenait en principe ni au stade de la détermination du degré de gravité de l’infraction ni de l’établissement des catégories regroupant les membres du cartel, puisque l’appréciation de ces deux facteurs tenait compte d’éléments non liés à la taille du groupe global (nature intrinsèque de l’infraction, parts de marché). De même, dans le cadre des nouvelles lignes directrices, c’est le chiffre d’affaires du marché directement affecté par les pratiques qui servira à la détermination du montant de base. En revanche, la prise en compte de l’effet de groupe peut affecter le montant de la sanction aux stades (i) de la prise en compte d’un facteur multiplicateur visant à assurer à la sanction un effet dissuasif (ii) et du plafond maximal de la sanction.

1.1. L’effet dissuasif

42. Dans sa décision *AMCA* du 19 janvier 2005⁴⁵, la Commission a majoré le montant de base de la sanction infligée à l’égard de l’une des sociétés en cause, Arkema, par un coefficient multiplicateur de 250 % lié à la nécessité de tenir compte de la taille globale de sa société mère (Elf

43 directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l’article 15, § 2, du règlement n° 17 et de l’article 65, § 5 du traité CECA (*JO C* 9 du 14 janv. 1998, p.3).

44 Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l’article 23 § 2 sous a) du règlement (CE) n° 1/2003 (*JO C* 210 du 01 sept. 2006).

45 COMP/E-1/37.773 – *AMCA*. L’auteur de ces lignes représente l’une des sociétés mises en cause dans cette décision, qui a fait l’objet d’un recours actuellement pendant devant le TPICE (aff. T-168/05).

Aquitaine). En l'absence de prise en compte de la société mère, le facteur multiplicateur lié à l'effet dissuasif n'aurait été "que" de 150 %. On le voit, l'impact est direct et chiffrable⁴⁶.

43. Il faut toutefois souligner que la pratique de la Commission à cet égard n'est ni cohérente ni constante. Ainsi par exemple dans la décision Peroxydes Organiques, adoptée à peine un peu plus d'un an avant la décision *AMCA* et impliquant également Arkema dans des circonstances largement identiques, la Commission n'a pas mis en cause sa maison mère, sans fournir la moindre explication. En outre, lorsque l'effet dissuasif est pris en compte, la méthode de calcul n'est pas uniforme selon les décisions. Il est ainsi arrivé que la Commission aggrave l'amende au nom de l'effet dissuasif mais uniquement pour la période pendant laquelle la société mère était supposée exercer le contrôle de la politique de sa filiale⁴⁷, alors que dans d'autres décisions plus récentes, le facteur multiplicateur lié à l'effet dissuasif et tiré de la taille globale du groupe a été appliqué à la totalité de la période, c'est-à-dire même lorsque la filiale n'était pas intégrée au groupe, au motif que l'effet dissuasif joue pour le futur et doit donc être appréciée à l'aune de la taille du groupe telle qu'elle résulte des données les plus récentes par rapport à la date de la décision⁴⁸.

1.2. Le plafond de la sanction

44. Dans l'arrêt *Akzo* précité, le Tribunal a écarté l'argument présenté par l'une des parties, qui soutenait que le plafond prévu par l'article 23, § 2, du règlement n° 1/2003 ne s'applique pas individuellement à chacune des sociétés mises en cause, et confirmé que ce plafond doit au contraire "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"⁴⁹.

2. Conséquences sur le paiement de l'amende

45. Lorsque la Commission impute à la société mère les pratiques d'une ou plusieurs filiales, elle adresse la décision à l'ensemble des personnes juridiques ainsi mises en cause et retient leur responsabilité conjointe et solidaire dans le paiement de l'amende. Bien que le premier cas de responsabilité conjointe et solidaire soit déjà ancien (1972)⁵⁰,

ce n'est que depuis le début des années 2000 que la pratique s'est généralisée, à la suite de l'arrêt *Metsä-Serla Oyj*⁵¹. En pratique, hormis les cas parfois complexes qui peuvent se présenter dans des hypothèses de transmission de responsabilité à la suite de cession ou de restructuration (cf. *supra*, note n° 6), c'est la conséquence qui soulève le moins d'interrogations théoriques ou de difficultés pratiques en règle générale.

46. On soulignera que la responsabilité conjointe et solidaire est souvent partielle, lorsque la société mère n'a détenu le capital de la société auteur de l'infraction que pendant une période plus courte que la durée totale de l'infraction. Ce fut le cas par exemple pour Total dans la décision "bitumes" de la Commission, où les pratiques de la filiale néerlandaise ne furent imputées que partiellement à Total SA dans la mesure où les pratiques avaient eu lieu entre le 1er avril 1994 et le 15 avril 2002, mais Total n'avait pris le contrôle de la filiale néerlandaise, via l'acquisition du groupe belge Petrofina, qu'en novembre 1999 (voir aussi *supra*, § 15).

3. Conséquences à moyen ou long terme, sur des décisions futures : La notion de récidive

47. Il s'agit sans doute ici de la conséquence financière potentiellement la plus dévastatrice pour les entreprises. Cette facette des multiples conséquences de la politique extensive d'imputabilité est d'ailleurs parfois imparfaitement appréhendée pour la double raison qu'elle n'est susceptible de produire ses effets que dans le futur, et que le facteur déclenchant peut être non seulement une décision antérieure de la Commission, mais aussi – et c'est l'une des innovations des lignes directrices "amendes" de 2006⁵² – une décision d'une autorité nationale de concurrence, pour autant qu'elle ait été adoptée sur le fondement des articles 81 ou 82 du traité CE.

48. Aux termes des lignes directrices "amendes" de 2006, le montant de base de l'amende peut être augmenté jusqu'à 100 % par infraction constatée, lorsqu'une "entreprise" poursuit ou répète une infraction identique ou similaire. La notion d'entreprise étant particulièrement malléable en droit communautaire de la concurrence (cf. *supra*, § 6-7), toute pratique sanctionnée dans le chef d'une filiale est ainsi susceptible, dès lors que la responsabilité de la société mère est mise en cause, de démultiplier l'effet d'une sanction ultérieure, éventuellement mise en œuvre par une autre filiale, dans un autre pays et sur un autre marché.

49. Et puisque l'on sait depuis l'arrêt *Danone*⁵³ qu'il n'existe pas de prescription dans l'appréciation de l'état de récidive, solution au demeurant très critiquable dans sa généralité, ce

46 Depuis son introduction en bourse en mai 2006, Arkema est une entreprise indépendante.

47 Décision de la Commission 2006/897/CE: du 19 janv. 2005 (Affaire C.37.773 – *AMCA*), note n° 222.

48 Décision de la Commission COMP/F/38.456 "Bitumes" du 13 sept. 2006, point 324.

49 TPICE, 12 déc. 2007, *Akzo c. Commission*, aff. T-112/05, non encore publié au Recueil, point 90.

50 Décision de la Commission du 14 déc. 1972, aff. IV/26.911, *Zoja/CSC-ICI*.

51 CJCE, 16 nov. 2000, aff. c-294/98 P, points 33-34.

52 Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23 § 2 sous a) du règlement (CE) n° 1/2003 (*JOC* 210 du 1er sept. 2006).

53 TPICE, 25 oct. 2005, *Groupe Danone c. Commission*, aff. T-38/02, *Rec.* p. II-0447.

risque particulièrement important oblige les grands groupes à multiplier les précautions et à adopter une attitude particulièrement active et volontariste dans la prévention et la détection de comportements potentiellement dangereux. C'est en ce sens qu'il ne paraît pas exagéré de parler d'une "deuxième décentralisation" du droit de la concurrence – voire, en l'occurrence, d'une forme de privatisation –, faisant suite à la décentralisation en direction des autorités nationales, opérée par l'adoption du règlement 1/2003. Après le succès de sa politique dite de "clémence" (un terme qui sonne décidément mieux aux oreilles que celui de "dénonciation"), la Commission a-t-elle ici trouvé la martingale lui permettant de procéder à une meilleure allocation de ses ressources, en transférant aux directions juridiques des grands groupes de société une part de ses responsabilités en matière de prévention et de détection des pratiques anticoncurrentielles ?

4. Autres conséquences

50. Nous mentionnerons brièvement, par souci d'exhaustivité, le fait que les conséquences d'une conception large de la présomption capitaliste ne se limitent pas aux aspects liés aux sanctions pécuniaires imposées par des autorités de concurrence, même si ces dernières sont les plus importantes.

51. *En termes d'indemnisation privée du préjudice subis du fait de pratiques anticoncurrentielles.* Dans ce domaine, les conséquences paraissent limitées, du moins en droit français. Le régime de l'indemnisation étant national par nature, les conséquences le seront aussi. En effet, en droit français, le principe d'indemnisation du préjudice causé par des pratiques anticoncurrentielles est, en substance, limité au dommage direct et démontrable. L'on connaît les limites du mécanisme⁵⁴, mais dans le contexte de la discussion sur l'imputabilité des pratiques, on se contentera de relever que la mise en cause de la société mère n'est pas, en principe, susceptible d'influencer le montant des dommages susceptibles d'être obtenus. En revanche, la mise en cause de la responsabilité conjointe et solidaire de la société mère aux fins de garantir le paiement des dommages éventuellement obtenus est déjà une pratique courante dans les actions privées, et celle-ci ne peut qu'être renforcée par la pratique extensive de la Commission dans le champ de la répression publique des ententes.

52. *En termes d'atteinte à l'image.* Bien qu'immatérielle et donc difficilement quantifiable, cette conséquence est loin d'être négligeable pour des groupes attachés à leur nom et à leur réputation. La Commission en est d'ailleurs parfaitement consciente et il suffit, pour s'en convaincre, de lire les communiqués de presse diffusés à l'occasion des décisions mettant en cause de grands groupes.

III. Conclusions

53. Les conséquences d'une conception "extensive" de la responsabilité d'un groupe de société en matière de cartels sont particulièrement lourdes, tant à court terme qu'à long terme, par le biais de la notion de récidive.

54. Dans ce contexte, l'analyse de la pratique décisionnelle de la Commission montre que cette dernière est déterminée à utiliser la présomption capitaliste autant que possible, en dépit des incertitudes entourant sa portée et son interprétation. Une clarification des conditions d'application de cette présomption serait la bienvenue, sauf à considérer que le principe de personnalité des sanctions, auquel toute exception devrait en principe être exceptionnelle et interprétée restrictivement, peut être aisément contourné ou vidé de son sens.

55. En pratique, les sociétés mères de groupes de sociétés n'ont aujourd'hui guère de marge de manœuvre, tant la Commission est prompte à invoquer le moindre élément de contrôle, même potentiel, au soutien de sa conception extensive de la responsabilité de groupe. Certes, l'analyse du récent arrêt *Akzo* tend à montrer que le Tribunal s'attache à rechercher avec davantage de rigueur les indices concrets de l'autonomie ou absence d'autonomie commerciale de la filiale.

56. Mais il n'en demeure pas moins que puisque la charge de cette preuve incombe à l'entreprise⁵⁵, la tâche semble en pratique extrêmement ardue, au point de permettre aujourd'hui de s'interroger sur le sens concret que peut encore avoir le principe de personnalité des peines en droit communautaire des ententes, au-delà de l'affirmation de principe. ■

⁵⁴ Pour un bref aperçu de ce sujet, qui dépasse le cadre du présent article, citons parmi une abondante bibliographie : Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles (actes du colloque organisé par Paris I et le cabinet DS Avocats, 29 avril 2004, *Petites Affiches* n° 14, 20 janv. 2005 ; La réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle en France et à l'étranger, Actes du colloque organisé le 17 oct. 2005 à la Cour de cassation, disponibles sur le site www.courdecassation.fr ; D. Fasquelle et R. Méza, Livre vert de la Commission sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, *Concurrences* n° 1-2006, p. 33.

⁵⁵ ...à tout le moins dans le courant jurisprudentiel selon lequel la Commission peut se contenter d'invoquer la présomption capitaliste, sans avoir à fournir d'autres éléments corroborant celle-ci.

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

CONCURRENCES

Editorial

Jean-Bernard Blaise, Nicolas Charbit, Laurent Cohen-Tanugi, Claus-Dieter Ehlermann, Laurence Idot, Hubert Legal, Claude Lucas de Leyssac, Denis Waelbroeck...

Interview

Sir Christopher Bellamy, Dr. Ulf Böge, Nadine Calvino, Frédéric Jenny, Neelie Kroes, Mario Monti, Mustafa Parlak, Dominique Voillemot...

Tendances

Jean-François Bellis, Guillaume Cerutti, John Davies, Céline Gauer, Damien Gérardin, Pierre Kirch, Christophe Lemaire, Irène Luc, Jorge Padilla, Emil Paulis, Richard Whish...

Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe, Serge Durande, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Laurence Idot, Bruno Lasserre, Stanislas Martin, Caroline Montalcino, Catherine Prieto, François Souty...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la pratique des engagements, Données publiques et concurrence, Droit pénal et concurrence...

Horizons

Allemagne, Belgique, Canada, Japon, Luxembourg, Suisse, USA...

Droit et économie

Penelope PAPANDROPOULOS, David SPECTOR

Chroniques

Ententes

Emmanuelle CLAUDEL
Michel DEBROUX
Cyril SARRAZIN

Pratiques unilatérales

Laurent FLOCHEL
Catherine PRIETO
Anne WACHSMANN

Pratiques restrictives et concurrence déloyale

Daniel FASQUELLE
Jean-Patrice de la LAURENCIE
Marie-Claude MITCHELL

Concentrations

Jean-Mathieu COT
Jérôme PHILIPPE
Stanislas MARTIN

Aides d'État

Jean-Yves CHÉROT
Jacques DERENNE
Christophe GIOLITO

Procédures

Valérie MICHEL-AMSELLEM
Chantal MOMÈGE
Fabien ZIVY

Régulations

Denis LESCOPE
Jean-Paul TRAN THIET
Thierry TUOT

Secteur public

Bertrand du MARAIS
Stéphane RODRIGUES
Jean-Philippe KOVAR

Politique internationale

Frédérique DAUDRET-JOHN
François SOUTY
Stéphanie YON

Revue des revues

Christelle ADJÉMIAN
Umberto BERKANI
Alain RONZANO

Bibliographie

Centre de Recherches sur l'Union Européenne
(Université Paris I – Panthéon-Sorbonne)



Comité scientifique

Laurence IDOT

Professeur à l'Université Paris II – Panthéon-Assas

Jean-Bernard BLAISE

Professeur émérite de l'Université Paris II

Christian BOVET

Professeur à l'Université de Genève

Guy CANIVET

Membre du Conseil constitutionnel

Emmanuel COMBE

Professeur à l'Université Paris I

Damien GÉRADIN

Directeur du Global Competition Law Center
Collège d'Europe, Bruges

David GERBER

Professeur au Kent College of Law, Chicago

Marie-Dominique HAGELSTEEN

Conseiller d'état, ancienne Présidente
du Conseil de la concurrence

Bruno LASSERRE

Président du Conseil de la concurrence

Hubert LEGAL

Juge au Tribunal de première instance
des Communautés européennes

Koen LENAERTS

Juge à la Cour de justice
des Communautés européennes

Aristide LÉVI

Directeur du Centre de Recherches
sur le Droit des Affaires - CCIP

Claude LUCAS DE LEYSSAC

Professeur à l'Université Paris I

Bruno PARENT

Directeur général, DGCCRF

Emil PAULIS

Directeur de l'unité Politique de concurrence
et coordination, DG Concurrence
Commission européenne

Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO

Professeur à l'Université de Toulouse I

Damaso RUIZ JARABO COLOMER

Avocat général à la Cour de justice
des Communautés européennes

Christine SCHURMANS

Magistrate, Cour d'appel de Bruxelles

Louis VOGEL

Président de l'Université Paris II

Richard WHISH

Professeur à King's College
London University

Comité international

Frédéric JENNY

Président du Comité de concurrence de l'OCDE
Conseiller à la Cour de cassation en service extraordinaire

Christopher BELLAMY

Ancien président du Competition Appeal Tribunal
Londres

Josef DREXL

Professeur à l'Institut Max Planck, Munich

Claus-Dieter EHLERMANN

Ancien Directeur général DG Concurrence

Philippe GUGLER

Professeur à l'Université de Fribourg

Barry HAWK

Professeur à Fordham University, New-York

Bill KOVACIC

Professeur à George Mason University Washington

Santiago MARTINEZ LAGE

Avocat, Madrid

Abel MATEUS

Président de l'Autorité portugaise de concurrence

Thomas SHARPE

Avocat - QC, Londres

Karel VAN MIERT

Président de l'Université de Nyenrode
Ancien Commissaire en charge de la politique
de concurrence

Comité de rédaction

Nicolas CHARBIT

Directeur de la rédaction

Pierre KIRCH

Avocat à la Cour et au barreau de Bruxelles

Alain RONZANO

Rédacteur de la lettre d'information
"Creda-Concurrence" - CCIP

François SOUTY

Chargé de mission pour les affaires internationales,
DGCCRF,
Professeur associé à l'Université de La Rochelle

e-Competitions est un bulletin d'actualité électronique couvrant en anglais l'actualité des droits nationaux de la concurrence dans les États européens. Tous les quinze jours, le bulletin analyse les décisions nationales d'application du droit communautaire de la concurrence et/ou les textes et décisions des droits nationaux de la concurrence.

e-Competitions

> Décisions nationales d'application du droit communautaire de la concurrence

Avec l'entrée en vigueur du Règlement n° 1/2003, les décisions nationales d'application du droit communautaire de la concurrence sont devenues une nouvelle source d'information. Ces décisions sont encore peu nombreuses et difficiles à recenser, les juridictions nationales n'alimentant pas encore régulièrement le site de la Commission. Grâce à son réseau de correspondants, *e-Competitions* offre à ses abonnés un accès en avant-première à ces décisions.



> Droits nationaux de la concurrence des États européens



Le bulletin *e-Competitions* couvre également les nouvelles dispositions nationales de concurrence, ainsi que les décisions d'application des droits internes de la concurrence dès lors qu'elles présentent un lien direct avec les articles 81 ou 82 CE.

e-Competitions présente et commente les principaux textes nationaux destinés à la mise en œuvre par les autorités de concurrence et les juridictions nationales des pouvoirs prévus par le Règlement n° 1/2003.

Accès aux textes originaux

Chaque commentaire est accompagné de la décision ou du texte en langue originale.

Des liens hypertextes renvoient aux textes et décisions communautaires cités (Commission européenne, arrêts de la Cour de justice, règlements, directives, livres verts, working papers...). Le bulletin est rédigé en anglais. *e-Competitions* est à ce jour la seule base de données systématique sur l'application du droit communautaire de la concurrence dans chacun des États membres. Plus de 600 décisions ou textes commentés au 15 mai 2007 par 250 auteurs de 30 États membres.



Les partenaires de e-Competitions

Cabinets

- | Allen & Overy
- | Debevoise & Plimpton
- | Freshfields
- | LECC
- | Lovells
- | RBB Economics
- | Roschier
- | White & Case...

Universités

- | Global Competition Law Center (Collège d'Europe)
- | King's College London
- | K.U. Leuven (ICL/CT)
- | Université Queen Mary London (ICC)
- | Université Paris I – Panthéon-Sorbonne (CRUE)
- | Université du Maine (CRDA)
- | Université de Liège (IEJE)
- | University College London
- | University of East Anglia (CCP)...

| | HT <i>Without tax</i> | TTC <i>Tax included (France only)</i> |
|--|---------------------------------|---|
| Revue Concurrences Review Concurrences | | |
| <input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i> | 398 € | 406,36 € |
| <input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + accès libre aux e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + free access to e-archives)</i> | 490 € | 500,29 € |
| <input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique accès libre aux e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + free access to e-archives)</i> | 580 € | 592,18 € |
| <input type="checkbox"/> 1 numéro (version papier) <i>1 issue (print version)</i> | 100 € | 102,10 € |
| <input type="checkbox"/> Crédit de 5 articles (version électronique sur concurrences.com) <i>Pack of 5 articles (electronic version on concurrences.com)</i> | 110 € | 131,56 € |
| <input type="checkbox"/> 1 article (version électronique sur concurrences.com) <i>1 article (electronic version on concurrences.com)</i> | 30 € | 35,88 € |

| | | |
|---|-------|----------|
| Bulletin électronique e-Competitions e-bulletin e-Competitions | | |
| <input type="checkbox"/> Abonnement annuel multi-postes + accès libre aux e-archives <i>1 year subscription with multi PC access + free access to e-archives</i> | 498 € | 595,68 € |
| <input type="checkbox"/> Crédit de 5 articles <i>Pack of 5 articles</i> | 90 € | 107,64 € |
| <input type="checkbox"/> 1 article <i>1 article</i> | 20 € | 23,92 € |

| | | |
|---|-------|----------|
| Revue Concurrences + bulletin e-Competitions Review Concurrences + e-bulletin e-Competitions | | |
| <input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique) + e-bulletin <i>1 year subscription to the review (online version) and to the e-bulletin</i> | 695 € | 831,22 € |
| <input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique) + e-bulletin <i>1 year subscription to the review (print & electronic versions) + e-bulletin</i> | 780 € | 932,88 € |

Renseignements | Subscriber details

Nom-Prénom | *Name-First name* : e-mail :
 Institution | *Institution* :
 Rue | *Street* : Ville | *City* :
 Code postal | *Zip Code* : Pays | *Country* :
 N° TVA intracommunautaire/ *VAT number (EU)* :

Païement | Payment details

Vous pouvez payer directement sur www.concurrences.com (accès immédiat à votre commande) ou bien utiliser ce formulaire :
For instant access to your order, pay on-line on www.concurrences.com. Alternatively :

- Veuillez m'adresser une facture d'un montant de €
Please bill me for the sum of €
- Veuillez débiter ma carte MasterCard/Visa/American Express d'un montant de €
Please debit the sum of € from my MasterCard/Visa/American Express

Numéro de carte/ *Card n°* :
 Date d'expiration/ *Expiry date* :
 Nom-Prénom/ *Name-First name* :

Signature

- J'ai transféré au compte bancaire dont références ci-dessous la somme de € à la date du
I have transferred the sum of € to the bank account below on (date)

| | |
|--|----------------------------|
| IBAN (International Bank Account Number) | BIC (Bank Identifier Code) |
| FR76 3000 4007 9900 0255 3523 060 | BNPAFRPPPO |

Bank : BNP - Agence Opéra | 2, Place de l'Opéra - 75 002 Paris - France

Formulaire à retourner à | Send your order to

Transactive – A Thomson subsidiary

1 rue Saint-Georges | 75 009 Paris – France | *contact: information@transactive.fr*

Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de *Concurrences* et l'accès électronique aux bulletins ou articles de *e-Competitions* ont lieu dès réception du paiement complet. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Concurrences hors France : 18 € | *18 € extra charge for sending hard copies outside France*