

Droit de la concurrence interne et européen

Leçon 6 : La notion d'entreprise

Linda ARCELIN

Table des matières

Section 1 : La définition de l'entreprise.....	p. 3
§ 1 : Le statut juridique, critère indifférent.....	p. 3
§ 2 : L'activité économique, critère déterminant.....	p. 4
A - Une offre ou une demande intermédiaire.....	p. 4
B - La nature économique de l'activité.....	p. 5
1. La caractérisation de la nature économique de l'activité.....	p. 5
a) Les modalités d'exercice de l'activité économique.....	p. 5
- L'existence d'une contrepartie.....	p. 5
- L'absence de prérogatives de puissance publique.....	p. 6
b) Les secteurs inclus.....	p. 7
c) Les secteurs exclus.....	p. 8
2. La méthode déductive de qualification d'une activité économique.....	p. 10
Section 2 : L'imputabilité de l'infraction à l'entreprise.....	p. 11
§ 1 : L'imputabilité de l'infraction commise par une filiale d'un groupe de sociétés.....	p. 11
A - La détention totale ou quasi-totale du capital social de la filiale par la société mère.....	p. 13
1. La présomption d'influence déterminante de la société mère sur sa filiale.....	p. 14
a) Champ d'application de la présomption.....	p. 14
b) Modalités d'application de la présomption.....	p. 14
2. Le renversement de la présomption.....	p. 15
B - La détention partielle du capital social de la société contrôlée par la société mère.....	p. 16
§ 2 : L'imputabilité de l'infraction en cas de restructuration d'entreprise.....	p. 16
A - Survie de la personne juridique support originaire de l'entreprise contrevenante.....	p. 17
1. Principe de responsabilité de la personne juridique support originaire de l'entreprise contrevenante.....	p. 18
2. Exceptions au principe.....	p. 18
B - Disparition de la personne juridique support originaire de l'entreprise contrevenante.....	p. 19
1. Principe d'imputation de l'infraction au successeur juridique ou économique de l'entreprise contrevenante.....	p. 19
2. Modalités d'application du principe.....	p. 20

Le droit des pratiques anticoncurrentielles appréhende l'entreprise soit au titre des ententes soit à celui des abus de domination. L'article 101, paragraphe 1, du TFUE, prévoit que « *sont incompatibles avec le Marché commun et interdits tous accords entre **entreprises**, toutes décisions **d'associations d'entreprises**, et toutes pratiques concertées...* » tandis que l'article 102 dispose qu'« *est incompatible avec le Marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour **une ou plusieurs entreprises** d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le Marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci* ». En droit interne, si l'article [L. 420-2](#) du Code de commerce sanctionnant les abus de position dominante s'adresse directement à l'entreprise ou au groupe d'entreprises, l'article [L. 420-1](#) relatif aux ententes anticoncurrentielles est impersonnel. Il se borne à prohiber « *même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions...* ». Néanmoins, une lecture combinée de l'article [L. 464-2](#) fixant les sanctions encourues par le contrevenant qui est une entreprise, permet de déduire que l'article L. 420-1 a également pour sujet principal l'entreprise. Le droit des concentrations économiques entend lui contrôler les fusions de « *deux ou plusieurs **entreprises** antérieurement indépendantes* », les prises de contrôle **d'entreprises** et les **entreprises communes** (Cons. UE, Rgl. n° [139/2004](#), 20 janv. 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, art. 3. – C. com., art. [L. 430-1](#)). Enfin, le droit des aides d'Etat vise lui aussi l'entreprise, l'article 107 du TFUE interdisant les aides « *qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines **entreprises** ou certaines productions* ».

Le choix de ce « sujet du droit de la concurrence » n'est pas anodin. Comme l'expose la Cour de justice, « *le choix des auteurs des traités a été d'utiliser la notion d'entreprise pour désigner l'auteur d'une infraction au droit de la concurrence, susceptible d'être sanctionné en application des articles 81 CE et 82 CE, désormais articles 101 TFUE et 102 TFUE, et non la notion de société ou de personne morale, utilisée à l'article 48 CE, actuellement l'article 54 TFUE. C'est à cette dernière disposition que se rattache le droit dérivé cité par les requérantes et qui n'est, dès lors, pas pertinent pour déterminer l'auteur d'une infraction au droit de la concurrence* » (CJUE, 18 juill. 2013, aff. [C-501/11 P](#), Schindler, pt. 102. V. aussi, CJUE, 17 septembre 2015, aff. [C-597/13 P](#), Total SA, pt. 32). L'entreprise est en effet un concept malléable qui permet d'une part, par sa définition, d'étendre le champ d'application du droit de la concurrence (Section 1) et d'autre part, d'imputer l'infraction au véritable contrevenant (Section 2).

Remarque

Le sujet entreprise s'apprécie de façon identique dans l'ensemble des branches du droit de la concurrence (V. pour les aides d'Etat : CJUE, 7 novembre 2019, aff. [C-687/17 P](#), *Aanbestedingskalender BV, Negometrix BV, CTM Solution BV, Stillpoint Applications BV et Huisinga Beheer BV c/ Commission*. – Trib. UE, 20 septembre 2019, aff. [T-696/17](#), *Havenbedrijf Antwerpen et Maatschappij van de Brugse Zeehaven c/ Commission*). La notion d'entreprise et les règles d'imputabilité font par ailleurs l'objet d'une harmonisation au plan européen. Comme le rappelle encore très récemment l'Autorité de la concurrence, « *la notion d'entreprise et les règles d'imputabilité relèvent des règles matérielles du droit de la concurrence de l'Union européenne. Bien que l'interprétation qu'en donnent les juridictions de l'Union ne s'impose pas à l'autorité nationale de concurrence et aux juridictions nationales lorsqu'elles appliquent les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce, l'Autorité retient cette interprétation afin d'assurer la cohérence de sa pratique décisionnelle en matière d'imputabilité* » (ADLC, déc. n° [16-D-02](#), 27 janvier 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport scolaire par autocar dans le Bas-Rhin, pt. 152). Comme on le constate à la lecture de cette décision qui ne fait que confirmer une jurisprudence constante, la notion d'entreprise et les règles d'imputabilité relèvent du droit matériel de la concurrence. Au stade procédural, la notion d'entreprise a un contenu différent comme l'a affirmé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2015-510 QPC du 7 janvier 2016, *Association Expert-comptable média association* (L. Arcelin, « Les notions d'entreprise en droit de la concurrence français », *RLC* n° 48/2016, p. 18) : « *au stade de la détermination du montant de la sanction pécuniaire infligée et pour son individualisation, le législateur a, en se référant à la notion d'entreprise, entendu distinguer les personnes condamnées en fonction de la nature de leurs facultés contributives respectives ; il a ainsi fixé un montant maximum de la sanction pécuniaire proportionné au montant du chiffre d'affaires pour celles qui sont constituées selon l'un des statuts ou formes juridiques propres à la poursuite d'un but lucratif et fixé en valeur absolue le montant de ladite sanction pour les autres contrevenants* » (V. ensuite Cass. com., 8 février 2017, n° [15-15005](#)). Alors que le but lucratif n'est pas pris en compte dans la définition de l'entreprise au stade matériel, il l'est au stade procédural

Remarque

L'entreprise n'est pas le seul sujet du droit de la concurrence. A côté, figure "l'association d'entreprises", destinataire expressément visé en droit européen à l'article 101 § 1 TFUE, et qui concerne par exemple des ordres professionnels, des associations, fédérations... L'ordonnance n° [2021-649](#) du 26 mai 2021 relative à la transposition de la directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur (Directive ECN +), a introduit en droit français la notion d'association d'entreprises en remplacement de la notion d'organisme. L'Autorité de la concurrence en tient compte dans la révision de son communiqué sanction.

Section 1 : La définition de l'entreprise

La jurisprudence européenne a permis au fil des décennies de construire une définition stable de la notion d'entreprise. Celle-ci repose exclusivement sur le critère matériel de l'activité économique (§ 2), rendant progressivement le critère du statut juridique indifférent (§ 2).

§ 1 : Le statut juridique, critère indifférent

Les premières définitions de l'entreprise reposaient sur un critère juridique : l'entreprise était une personne physique ou morale.

Exemple

Dans le cadre de l'application du Traité CECA, V. CJCE, 22 mars 1961, aff. [42 et 49/59](#), Société nouvelle des usines de Pontlieue – Aciéries du Temple (SNUPAT) c/ Haute Autorité : *Rec. CJCE*, 1961, p. 101. – 13 juill. 1962, aff. [17 et 20/61](#), Klöckner-Werke A.G. et Hoesch A.G. c/ Haute Autorité : *Rec. CJCE*, 1962, p. 615. – 13 juill. 1962, aff. [19/61](#), Mannesmann A.G. c/ Haute Autorité : *Rec. CJCE*, 1962, p. 675. – 16 juin 1966, aff. [50/65](#), Accierie e fierriere di Solbiate c/ Haute autorité : *Rec. CJCE* 1966, p. 214. – Dans le cadre de l'application du Traité CEE, V. CJCE, 13 juill. 1966, aff. [C-32/65](#), Gouvernement de la République italienne c/ Conseil et Commission de la CEE : *Rec. CJCE* 1966, p. 563. – 13 juill. 1966, aff. jointes. 56 et 58-64, Etablissements Constens SARL et Grundig-Verkaufs GmbH c/ Commission : *Rec. CJCE* 1966, p. 429.

On justifiait cette assimilation par des considérations d'ordre procédural : la notification des griefs, les amendes et astreintes devant être adressées à des personnes juridiques, il fallait que l'entreprise, sujet des règles de concurrence, soit elle-même un sujet de droit.

Cette analyse formelle de l'entreprise a peu à peu été abandonnée tant il est évident que les actes des entités dépourvues de la personnalité juridique, tel que surtout le groupe de sociétés, ne peuvent être exclus du rayonnement du droit de la concurrence. Cette nécessité implique que le concept de personne juridique ne soit plus utilisé pour définir l'entreprise. La jurisprudence a progressivement tenu compte de ces remarques en abandonnant le critère juridique de définition de l'entreprise et, par conséquent, en la dissociant du sujet de droit.

Dans son arrêt *Hydrotherm*, la CJCE indique ainsi que « **la notion d'entreprise, placée dans un contexte de droit de la concurrence, doit être comprise comme constituant une unité économique du point de vue de l'objet de l'accord en cause même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales** » (CJCE, 12 juill. 1984, aff. [170/83](#), *Hydrotherm c/ Compact*). C'est surtout en 1991, à l'occasion de l'arrêt *Höfner* que la CJCE posera la définition de la notion inchangée depuis : « **dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement** » (CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, *Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH* : *Rec. CJCE* 1991, I, p. 1979 – TPICE, 22 oct. 1997, aff. jtes [T-213/95](#) et [T-18/96](#), *Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf (SCK) et Federatie van Nederlandse Kraanverhuurbedrijven (FNK) c/ Commission*).

Peuvent ainsi être saisies par le droit de la concurrence non seulement des personnes physiques et morales, mais aussi des entités dépourvues de la personnalité juridique (« *la notion d'entreprise au sens des dispositions du traité en matière de concurrence n'exige pas que l'unité économique concernée soit dotée de la personnalité juridique* » : CJCE, 28 juin 2005, aff. [C-189/02](#) P, *Dansk Rorindustri A/S*) tels que le groupe de sociétés ou l'établissement d'une société comme une succursale, une agence locale ou un établissement (v. cependant, ADLC, déc. n° [12-D-25](#) du 18 décembre 2012 des pratiques d'abus de position dominante de la part de la SNCF et CA Paris, 6 nov. 2014 : « *les pratiques constatées ont été mises en œuvre par la division Fret SNCF, division dépourvue de personnalité morale de l'EPIC SNCF, l'argument de la SNCF selon lequel sa division Fret serait « autonome » étant sans portée à cet égard. C'est donc l'EPIC SNCF, qui dispose pour sa part d'une telle personnalité morale, d'une part, et qui était à l'époque et demeure aujourd'hui l'entreprise responsable de l'exploitation de cette division, d'autre part, qui doit être tenu pour responsable de l'ensemble des infractions en cause* »). Cette extension vaut à la fois pour le droit européen et le droit interne de la concurrence

En savoir plus : Entreprise, entente et contrat

V. ADLC, Rapport pour 2009, Etude thématique. Concurrence et contrat.

§ 2 : L'activité économique, critère déterminant

A - Une offre ou une demande intermédiaire

Si l'entreprise est perçue, de façon traditionnelle, comme un offreur sur le marché, le droit européen peut dans certaines hypothèses qualifier un demandeur d'entreprise (v. TPICE, 17 déc. 2003, aff. [T-219/99](#), *British Airways*). Seulement, pour conclure à l'applicabilité ou pas du droit de la concurrence, il faut vérifier dans quel cadre s'inscrit cette demande. Le juge européen considère en effet qu'« *il n'y a pas lieu de dissocier l'activité d'achat du produit de l'utilisation ultérieure qui en est faite aux fins d'apprécier la nature de cette activité d'achat et que le caractère économique ou non de l'utilisation ultérieure du produit acheté détermine nécessairement le caractère de l'activité d'achat* » (11 juill. 2006, aff. [C-205/03 P](#), *FENIN c/ Commission*, *RLC* n° 2006/9, n° 625, obs. L. Arcelin ; *RLC* n° 2006/9, n° 642, obs. S. Destours ; *Contrats, conc., consom.* 2006, comm. n° 225, obs. M. Bazex ; O. Guezou, « Certains demandeurs sont des offreurs comme les autres », *CP-ACPP*, n° 25, sept. 2003, p. 59 ; R. Kovar, « Les acheteurs institutionnels et le droit communautaire de la concurrence », *Contrats – Marchés publ.* 2007, Etude 1 ; L. Idot, « Activité d'achat et application du droit des pratiques anticoncurrentielles », *Europe* 2006, comm. n° 288). Autrement dit, l'achat ne peut être déconnecté de l'utilisation ultérieure du produit ou du service qui sera faite (TPICE, 12 déc. 2006, aff. [T-155/04](#), *SELEX Sistemi Integrati SpA c/ Commission*).

B - La nature économique de l'activité

Au terme de l'article [L. 410-1](#) du Code de commerce, le droit interne de la concurrence s'applique « *aux entreprises entendues comme les entités, quelle que soit leur forme juridique et leur mode de financement qui exercent une activité de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* ».

Bien que ne comportant pas de disposition identique, le droit européen retient une approche similaire.

Si pour beaucoup d'activités la nature économique ne soulève guère de doute (1), d'autres suscitent davantage d'hésitations. Les autorités européennes plus spécifiquement ont dégagé alors une méthode déductive reposant sur l'idée qu'à partir du moment où l'activité litigieuse se trouve concurrencée ou sur un marché, elle se pare du manteau économique (2).

1. La caractérisation de la nature économique de l'activité

L'activité économique se réalise sur un marché et se situe donc au cœur de cette rencontre de l'offre et de la demande. L'offreur répond à une demande et cette dernière est en mesure de payer le prix fixé. L'entreprise ne poursuit pas forcément un but lucratif, mais raisonne au moins selon le principe d'exclusion : elle ne répond qu'à la demande solvable. Aussi les modalités d'exercice de l'activité (a) permettent-elles de dessiner la ligne de démarcation entre les activités économiques et celles qui ne le sont pas (b).

a) Les modalités d'exercice de l'activité économique

- L'existence d'une contrepartie

La Cour de justice a reconnu qu'« *un organisme à but non lucratif ... est une entreprise au sens des articles 85 et suivants du Traité* ».

Exemple

CJCE, 16 nov. 1995, aff. [C-244/94](#) *Fédération française des sociétés d'assurance* : *Rec. CJCE* 1995, I, p. 4013 ; *D.* 1996, jur. p. 317, note M.-C. Bergeres ; *AJDA* 1996, p. 273, chron. H. Chavrier, E. Honorat et G. de Bergues ; *Dr. soc.* 1996, p. 82, note Ph. Laigre ; *RJS* 1995, n° 1306 ; *RAE* 1996, n° 2, obs. J.-B. Blaise et C. Robin ; *D. affaires* 1996, p. 21 ; *Contrats, conc., consom.* 1995, comm. n° 206, obs. L. Vogel ; *JDI* 1996, p. 529, obs. M.-A. Hermitte. – Conseil d'État, 8 nov. 1996 : *Fédération française des sociétés d'assurance* : *RJS* 1997, p. 83, concl. M. Bonichot ; *D.* 1997, jur. p. 281, note F.-H. Briard ; *Contrats, conc., consom.* 1995, comm. n° 206, obs. L. Vogel.

Par conséquent, des associations, des coopératives ou des mutuelles entrent dans le champ d'application des droits interne et européen de la concurrence.

En revanche, l'existence d'une contrepartie, versée par le bénéficiaire direct de l'activité, est essentielle. Cela se comprend. Le marché est un lieu d'échanges : l'entreprise propose ses produits, biens ou services à un consommateur ou à un usager qui verse le prix pour en bénéficier. L'activité de l'entreprise s'adresse aux demandeurs qui peuvent en payer le prix. En d'autres termes, l'entreprise exerce son activité selon le principe d'exclusion : elle ne se préoccupe que de la demande solvable.

- L'absence de prérogatives de puissance publique

La soumission des activités publiques au droit de la concurrence est encore aujourd'hui un thème sensible. Il n'y a guère de difficulté lorsque l'activité litigieuse est exercée sur un marché concurrentiel et n'a aucun lien avec les tâches régaliennes confiées à l'exploitant.

Exemple

Cons. conc., déc. n° [05-D-75](#), 22 déc. 2005, relative à des pratiques mises en œuvre par la Monnaie de Paris : *RLC* 7/2006, p. 36, obs. S. Destours.

La gestion d'un service public industriel et commercial et même éventuellement d'un service public administratif.

Exemple

« Le droit de la concurrence s'applique à toute activité économique, indépendamment du statut et des conditions de financement d'un opérateur, ce qui conduit à ne pas exclure par principe qu'un service public administratif puisse intervenir comme opérateur économique sur un marché. » : Cons. conc., avis n° [08-A-13](#), 10 juill. 2008, relatif à une saisine du syndicat professionnel UniCiné portant sur l'intervention des collectivités locales dans le domaine des salles de cinéma. – déc. n° [97-D-92](#), 16 déc. 1997, relative à des pratiques mises en œuvre par la régie municipale des pompes funèbres de Marseille) entrent également dans le champ d'application du droit de la concurrence.

En revanche, une activité exercée à l'aide de prérogatives de puissance publique est exclue du champ d'application du droit de la concurrence. Le principe est clair en droit européen (CJCE, 19 janv. 1994, aff. [C-364/92](#), *SAT Fluggesellschaft c/ Eurocontrol* : *D.* 1995, jur. p. 33, note G. Lhuillier ; *Europe* 1994, comm. n° 114, obs. L. Idot ; *Rev. Marché commun* 1995, p. 50, obs. L. Vogel ; *RAE* 1994, p. 175, obs. J.-B. Blaise et C. Robin), un peu moins en droit interne où se mêlent des questions de compétence contentieuse.

Exemple

En effet, le Tribunal des conflits a décidé que « si dans la mesure où elles effectuent des activités de production, de distribution ou de services les personnes publiques peuvent être sanctionnées par le Conseil de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire les décisions par lesquelles ces personnes assurent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique relèvent de la compétence de la juridiction administrative pour en apprécier la légalité et, le cas échéant, pour statuer sur la mise en jeu de la responsabilité encourue par ces personnes publiques » (T. confl., 18 octobre 1999, *Préfet de la région d'Ile-de-France, préfet de Paris c/ Cour d'appel de Paris* : AJDA 1999, p. 1029, note M. Bazex).

Plus récemment, le Tribunal des conflits est venu affiner les critères de répartition des compétences entre juridictions dans sa décision *Sociétés Editions Jean-Paul Gisserot c/ Centre des monuments nationaux*, du 4 mai 2009, en considérant que la compétence de l'Autorité de la concurrence n'était pas établie « en ce qui concerne les décisions ou actes portant sur l'organisation du service public ou mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique ».

Il résulte de cette jurisprudence que l'Autorité de la concurrence n'est pas compétente pour connaître de pratiques qui relèvent de l'organisation d'un service public ou de la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique (ADLC, déc. n° 14-D-12, 10 oct. 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de données de santé par la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés et le GIE SESAM-Vitale. – Cass. com., 8 avril 2014, n° 13-11765). En revanche, l'activité qui se détache de l'acte administratif est, elle, une activité économique soumise au droit de la concurrence (v. en droit européen, Trib. UE, 12 sept. 2013, aff. T-347/09, *Rép. Fédérale d'Allemagne c/ commission*, à propos d'une organisation de protection de l'environnement). L'Autorité a parfaitement exprimé cette distinction dans sa décision n° 14-D-17 (20 nov. 2014 relatives à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la réparation navale de grande plaisance en Méditerranée) : il convient de bien distinguer selon elle :

- d'une part, les actes par lesquels les personnes publiques font usage, pour l'organisation du service public dont elles ont la charge, de prérogatives de puissance publique : leur légalité, et notamment leur conformité au droit de la concurrence, ne peut être appréciée que par le juge administratif ;
- d'autre part, les activités des mêmes personnes publiques, intervenant dans la sphère économique, qui sont détachables de leurs actes de puissance publique : comme celles de toute entreprise, elles peuvent être qualifiées par l'Autorité de la concurrence et le juge judiciaire qui la contrôle, au regard du droit des ententes et des abus de position dominante.

Exemple

Cette jurisprudence trouve application en matière de gestion du domaine public. Comme le relève l'ADLC, S'agissant spécifiquement de la gestion du domaine public, « la Cour de cassation a considéré dans l'arrêt SEMMARIS du 16 mai 2000, que la Cour d'appel, qui avait retenu qu'une décision constituait un acte de gestion du domaine public pris dans le cadre d'une mission de service public au moyen de prérogatives de puissance publique, avait fait l'exacte application de l'article 53 de l'ordonnance du 1 décembre 1986 (devenu article L. 410-1 du code de commerce) en décidant qu'un tel acte, dont l'appréciation de la légalité relève du juge administratif, n'entrait pas dans le champ de compétence du Conseil de la concurrence ». Partant, les décisions du Grand Port Maritime de Marseille « de recourir à l'amodiation des formes de radoub utilisables pour la réparation navale de grande plaisance sont prises dans le cadre de la mission de gestion et de valorisation du domaine public maritime, que lui a confiée le législateur. Il s'agit d'actes de gestion du domaine public, pris par le GPMM dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique et l'Autorité est incompétente pour connaître des pratiques qui en sont indissociables. Il en est de même pour les conventions d'amodiation » (ADLC, déc. n° 14-D-17, op. cit.).

b) Les secteurs inclus

Le champ d'application du droit de la concurrence est extrêmement large. L'activité économique regroupe les activités commerciales et civiles.

Exemple

Sont soumises au droit de la concurrence, les activités commerciales du secteur financier regroupant le domaine bancaire (ADLC, déc. n° [11-D-11](#), 7 juill. 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par le groupement des cartes bancaires. – déc. n° [12-D-17](#), 5 juill. 2012 relative à des pratiques relevées dans le secteur des moyens de paiements scripturaux. - déc. n° [13-D-17](#), 20 sept. 2013 relative à des pratiques de MasterCard relevées dans le secteur des cartes de paiement et déc. n° [16-D-13](#), 13 juin 2016 relative à la demande de révision des engagements de MasterCard rendus obligatoires par la décision n° 13-D-17 du 20 septembre 2013) et celui des assurances(ADLC, déc. n° 12-D-29, 21 déc. 2012 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution d'assurances complémentaires des joueurs de golf).

Les activités civiles sont tout autant « saisissables ».

Exemple

Ainsi, l'activité agricole peut constituer une activité d'entreprise (V. ADLC, Rapport pour 2012, Etude Thématique : Agriculture et concurrence. – Atelier DGCCRF 26 sept. 2011 : Agriculture et concurrence. – ADLC, déc. n° [12-D-08](#), 6 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation d'endives – Déc. n° [12-D-09](#), 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la farine alimentaire et CA Paris, 20 nov. 2014).

Les services offerts par les professions libérales sont encore des activités économiques d'entreprise.

Exemple

Dans le domaine de la santé, l'autorité française a considéré que « *les règles de concurrence s'appliquent ainsi aux marchés de la santé, en raison de la nature économique de l'activité de soin* » (ADLC, Rapport pour 2008, Etude thématique Droit de la concurrence et santé, p. 85). Elles s'appliquent tout autant aux avocats (ADLC, Avis n° [10-A-10](#), 27 mai 2010 relatif à l'introduction du contreseing d'avocat dans les actes sous seing privé – CJCE, 19 fév. 2002, aff. [C-309/99](#), Wouters : *Rec. CJCE* 2002, I, p. 1577 ; L. Idot, « Avocats et droit de la concurrence : la rencontre a eu lieu... », *Europe* 2002, chron. n° 6 ; *Contrats, conc., consom.* 2002, comm. n° 64, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; M. Bazex et G. Flécheux, « L'application du droit communautaire de la concurrence aux ordres professionnels », *Gaz. Pal.* 23 et 25 juin 2002, doct. p. 1030. V. aussi concernant l'ordre des avocats italiens, CJCE, 19 fév. 2002, aff. [C-35/99](#), *Manuele Arduino* : *Rec. CJCE* 2002, I, p. 1529 ; *Contrats, conc., consom.* 2002, comm. n° 80, obs. S. Poillot-Peruzzetto) ou aux géomètres-experts pour ne citer que ces exemples (ADLC, déc. n° [08-D-22](#), 9 oct. 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par des géomètres-experts dans le cadre de marchés publics du département du haut-Rhin).

c) Les secteurs exclus

Remarque

Un organisme gérant un régime d'assurance vieillesse ou d'assurance maladie peut-il être une entreprise ?

Si la notion d'activité économique peut s'étendre aux activités sociales, elle ne saurait aller jusqu'au cœur de celles-ci, à savoir l'activité solidaire. En effet, « *la solidarité est le moteur de l'action sociale et est, à l'inverse, étrangère au marché et donc à l'entreprise* » (L. Arcelin, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire* : Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, tome 61, 2003, n° 192, p. 145). C'est donc en se fondant sur le **critère de la solidarité** que les juridictions communautaires :

Exemple

CJCE, 17 fév. 1993, aff. jointes [C-159/91](#) et [C-160/91](#), Poucet c/ AGF et Camulrac et Pistre c/ Cancava : JCP G 1993, I, 3702, n° 5, obs. M.-Ch. Boutard-Labarde ; D. soc. 1993, p. 488, note P. Laigre et J.-J. Dupeyroux ; JCP E 1993, I, 264, n° 7, obs. F. Serras ; RTDcom. 1993, p. 429, obs. Ch. Bolze ; D. soc. 1993, « Les organismes de Sécurité sociale sont-ils des entreprises ? », p. 488, note Ph. Laigre – CJCE, 21 sept. 1999, aff. [C-67/96](#), Albany International BV – 21 sept. 1999, aff. C-115 à C-117/96, Brentjens' Handelsoverneming BV – 21 sept. 1999, aff. [C-219/97](#) : Maatschappij Drijvende Bokken BV. – V. L. Idot, Europe 1999, comm. n° 382 ; RTDcom. 2000, p. 335, obs. J.-B. Blaise et L. Idot. – X. Pretot, « La Cour de justice des Communautés européennes et les fonds de pension néerlandais », D. soc. 2000, p. 106 – CJCE, 12 sept. 2000, aff. jointes [C-180/98](#) à [C-184/98](#), P. Pavlov : Europe 2000, comm. n° 355, obs. L. Idot ; Contrats, conc., consom. 2000, comm. n° 180, obs. S. Poillot-Peruzzetto. – 12 sept. 2000, aff. C-222/98, H. van der Woude. – V. Europe 2000, comm. n° 355, obs. L. Idot ; Rev. Marché unique européen 2000, p. 200, obs. C. Humpe ; Contrats, conc., consom. 2000, comm. n° 180, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; RTDcom. 2001, p. 537, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; JDI 2000, p. 510 et JDI 2001, p. 672, obs. C. Prieto ; Rev. Conc. Consom. 2001, n° 119, p. 47, obs. P. Arhel ; RTDcom. 2002, p. 105, obs. J.-B. Blaise et L. Idot ; J.-P. Lhernould, Le monopole des organismes de Sécurité sociale (encore) à l'épreuve du droit communautaire de la concurrence : JCP G 2000, II, 10325 et Nouvelle dérive libérale de la CJCE en matière de retraite complémentaire : Dr. soc. 2000, p. 1114. – CJCE, 22 janv. 2002, aff. [C-218/00](#), Cisal di Battistello Venziano & C. Sas : Europe 2002, comm. n° 109, obs. L. Idot ; RTD eur. 2003, p. 290 – CJCE, 16 mars 2004, aff. jointes [C-264/01](#), [C-306/01](#), [C-354/01](#) et [C-355/01](#), OAK : Europe 2004, comm. n° 142, obs. L. Idot ; Contrats, conc., consom. 2004, comm. n° 144 ; RTD eur. 2004, p. 676. – 5 mars 2009, aff. [C-350/07](#), Kattner Stahibau. – 3 mars 2011, aff. C-437/09, AG2R Prévoyance : Europe 2011, comm. n° 180, obs. L. Idot ; Contrats, conc., consom., 2011, comm. n° 124, obs. G. Decocq ; RLC n° 28/2011, p. 37, obs. S. Destours ; JCP S 2011, n° 1146, obs. S. Béal, M. Hallopeau et P. Klein ; Concurrences 2/2011, p. 111, obs. A.-L. Sibony ; RTDE 2012, p. 829, obs. J.-B. Blaise.

puis les autorités françaises :

Exemple

ADLC, déc. n° [10-D-23](#), 23 juill. 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par la Caisse de la mutualité sociale agricole de la Gironde : RLC n° 25/2010, obs. S. Destours et sur appel, CA Paris, 27 janv. 2011 : RLC n° 27/2011, p. 29, obs. S. Cholet et p. 51, obs. S. Destours.

ont dessiné la frontière entre les activités purement sociales et les activités sociales-économiques. Aux fins d'évaluer si une activité exercée dans le cadre d'un régime de sécurité sociale est dépourvue de caractère économique, la jurisprudence procède à « une appréciation globale du régime en cause et prend, à cet effet, en considération les éléments suivants, à savoir la poursuite, par le régime, d'un objectif social, la mise en œuvre, par celui-ci, du principe de solidarité, l'absence de tout but lucratif de l'activité exercée et le contrôle de celle-ci par l'État » (CJUE, 11 juin 2020, aff. [C-262/18 P](#) et [C-271/18 P](#), Commission européenne c/ Dozra zdravotna poist'ovna as et République Slovaque, pt. 30).

Au fil des décisions, la notion de solidarité s'est affinée.

Exemple

Certaines données sont indifférentes comme l'absence de but lucratif ou insuffisantes comme l'affiliation obligatoire au régime (CJCE, 21 sept. 1999, aff. C-67/96, Albany International BV. – 21 sept. 1999, aff. C-115 à C-117/96, Brentjens' Handelsoverneming BV. – 21 sept. 1999, aff. C-219/97 : Maatschappij Drijvende Bokken BV). En revanche, apparaissent déterminants l'existence d'un mécanisme de redistribution et de compensation entre les revenus les plus importants et les plus modestes ou entre actifs et chômeurs, entre les « bien portants » et les malades (CJCE, 17 fév. 1993, aff. jointes C-159/91 et C-160/91, Poucet) et le contrôle de l'Etat (CJUE, 3 mars 2011, aff. [C-437/09](#), AG2R Prévoyance).

Ainsi, le fait que les prestations offertes soient indépendantes du montant des cotisations traduit l'idée d'une solidarité. Un arrêt récent, rendu dans le domaine des aides d'Etat, résumé les éléments déterminants : « Les régimes de sécurité sociale mettant en œuvre le principe de solidarité sont caractérisés, notamment, par le caractère obligatoire de l'affiliation tant pour les assurés que pour les organismes d'assurance, par des cotisations fixées par la loi en proportion des revenus des assurés et non du risque qu'ils représentent individuellement en raison de leur âge ou de leur état de santé, par la règle en vertu de laquelle les prestations obligatoires fixées par la loi sont identiques pour tous les assurés, indépendamment du montant des cotisations

versées par chacun d'eux, ainsi que par un mécanisme de péréquation des coûts et des risques selon lequel les régimes excédentaires participent au financement des régimes ayant des difficultés financières structurelles » (CJUE, 11 juin 2020, aff. C-262/18 P et C-271/18 P, op. cit., pt. 32).

Malgré ces précisions certaines activités du milieu social peinent à entrer dans le cadre. Le juge européen a alors dégagé une méthode déductive, non exempte de critique.

2. La méthode déductive de qualification d'une activité économique

Certaines activités publiques, gratuites et poursuivant un but social ont pu être qualifiées d'activités économiques suite à l'adoption d'un raisonnement déductif très extensif de la Cour de justice.

Exemple

L'affaire Höfner du 23 avr. 1991 (CJCE, 23 avr. 1991, aff. [C-41/90](#), Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH : *RJS* 1991, p. 474 ; *JDI* 1992, p. 467) a initié le mouvement :

L'Office fédéral allemand pour l'emploi bénéficiant d'un monopole légal de placement des chômeurs, s'était malgré tout vu concurrencer par des conseils en recrutement. Un litige survint. Saisie d'une question préjudicielle portant sur l'applicabilité des articles 102 et 106, paragraphe 2 (ex. art. 86 et 90, § 2) du TFUE à l'Office, la Cour de justice énonça que, « *dans le contexte du droit de la concurrence, d'une part, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement et que, d'autre part, l'activité de placement est une activité économique* ». Elle releva, ensuite, que « *la circonstance que les activités de placement sont normalement confiées à des offices publics ne saurait affecter la nature économique de ces activités*. **Les activités de placement n'ont pas toujours été et ne sont pas nécessairement exercées par des entités publiques** . Cette constatation vaut, en particulier, pour les activités de placement de cadres et de dirigeants d'entreprises ». De ces éléments, la Cour en conclut qu'« *une entité, telle qu'un office public pour l'emploi exerçant des activités de placement, peut être qualifiée d'entreprise aux fins d'application des règles de concurrence communautaire* » (dans le même sens, V. CJCE, 11 déc. 1997, aff. [C-55/96](#), Job Centre Coop. arl. : *Rec. CJCE* 1997, I, p. 3361 ; *Europe* 1998, comm. 66, obs. L. Idot).

En d'autres termes, parce que l'activité publique, gratuite, peut aussi être exercée par une entité privée, elle revêt un caractère économique. La Cour de justice a affiné sa démarche dans les arrêts ultérieurs en déduisant l'activité économique :

- de l'existence d'une concurrence par une entreprise poursuivant un but lucratif (CJCE, 10 janv. 2006, aff. [C-222/04](#), *Cassa di Risparmio di Firenze SpA et autres : Petites affiches* 17-18 mai 2007, n° 99-100, p. 4, note L. Arcelin),
- de l'existence d'une concurrence par une entité ne poursuivant pas de but lucratif (CJCE, 1^{er} juill. 2008, aff. [C-49/07](#) : *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c/ Elliniko Dimosio* : *RLC* 17/2008, p. 25, obs. L. Arcelin),
- de l'existence d'autres entreprises avec lesquelles l'entité est en concurrence sur le marché (CJUE, 3 mars 2011, aff. [C-437/09](#), AG2R Prévoyance).

Cette jurisprudence pragmatique n'en est pas moins dangereuse car on ne sait au final ce qui pourrait échapper à l'emprise du droit de la concurrence...

Section 2 : L'imputabilité de l'infraction à l'entreprise

L'identification d'une entreprise contrevenante est déterminante au stade de l'imputation de l'infraction, de la procédure et du calcul de l'amende. En effet, « *si la notion d'entreprise n'est pas identique à celle de personne morale, il est nécessaire, pour l'application et l'exécution des décisions de l'autorité de concurrence, d'identifier une ou plusieurs entités dotées de la personnalité juridique qui seront destinataires de l'acte. L'infraction au droit de la concurrence doit être imputée sans équivoque à une ou plusieurs personnes juridiques qui seront susceptibles de se voir infliger des amendes* » (ADLC, déc. n° [14-D-19](#), 18 déc. 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps).

Les principales questions se posent lorsque le contrevenant est une filiale (voire la mère : CJUE, 6 octobre 2021, aff. [C-882/19](#), SumaSL c/ Commission : *ADUE* 2021, obs. L. Arcelin) d'un groupe (§ 1) et en cas de restructuration de l'entreprise (§ 2).

Remarque

Le mécanisme d'imputabilité s'opère également en dehors de la notion d'entreprise. Dans un arrêt remarqué, la Cour de justice a en effet considéré que « *l'imputabilité à l'entreprise en position dominante du comportement mis en œuvre par les distributeurs faisant partie du réseau de distribution de ses produits ou services n'est (pas) conditionnée (...) à la démonstration de ce que les distributeurs concernés font également partie de cette entreprise* » (pt. 32). C'est la coordination contractuelle qui ressort par exemple des contrats type rédigés par le producteur dominant que les distributeurs sont tenus de faire signer aux détaillants sans les amender, qui permet d'imputer le comportement au producteur (CJUE, 19 janvier 2023, aff. [C-680/20](#), Unilever Italia Mkt Operations : *Concurrences* 2/2023, p. 76, note M. Carpatanis ; *Europe* 2023, comm. n° 105, obs. L. Idot ; *LEDICO* mars 2023, p. 1, obs. A.-S. Chone-Grimaldi ; *ADUE* 2023, obs. L. Arcelin, à paraître).

§ 1 : L'imputabilité de l'infraction commise par une filiale d'un groupe de sociétés

Si le statut juridique de l'entreprise importe peu, elle doit néanmoins disposer d'une autonomie économique sur le marché. La plupart des cas ne soulèvent pas de difficulté particulière. L'embarras provient de situations dans lesquelles l'auteur formel de l'infraction est lié à une autre entité par des liens contractuels ou capitalistiques : à qui imputer le comportement litigieux ? Applicable aux agents commerciaux avec leur commettant (V. Lignes directrices du 30 mai 2010 sur les restrictions verticales, points 12 à 21) ou aux démembrements d'une maison mère avec celle-ci, c'est dans les relations intra-groupe que la question se pose avec le plus d'acuité (l'appartenance à un même groupe joue aussi sur la qualification de l'infraction : pour des réponses à des appels d'offres par des filiales d'un même groupe relevant d'une entreprise unique et ne pouvant être qualifiées d'entente, V. ADLC, déc. n° [20-D-19](#), 25 nov. 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des marchés de fourniture de produits alimentaires de l'établissement public national France AgriMer).

Privilégiant une analyse économique plutôt que juridique, les autorités de la concurrence font de l'autonomie économique de la société contrôlée un critère d'identification du contrevenant et donc d'imputabilité du comportement infractionnel.

Le principe a été expressément posé dès 1972 par la Cour de justice :

« la circonstance que la filiale a une personnalité juridique distincte ne suffit pas à écarter la possibilité que son comportement soit imputé à la société mère ; tel peut être notamment le cas lorsque la filiale, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, ne détermine pas de façon autonome son

comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société mère » (CJCE, 14 juill. 1972, aff. 48/69, Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI) c/ Commission). Le droit français partage le principe en énonçant que « La notion d'entreprise doit être comprise comme désignant une unité économique, même si, du point de vue juridique, celle-ci est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales. C'est cette entité qui doit, lorsqu'elle enfreint les règles de concurrence, répondre de cette infraction, conformément au principe de responsabilité personnelle » (Aut. conc., déc. n° [21-D-20](#), 22 juill. 2021, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lunettes et montures de lunettes, pt 933. En dernier lieu, V. Aut. conc., déc. n° [24-D-06](#) du 21 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits préfabriqués en béton, pt. 620 et s.).

L'appréciation ne porte pas sur le secteur litigieux ou un point précis mais sur la relation globale de la filiale et de sa société mère.

Exemple

Comme l'explique le TPICE dans l'affaire AkzoNobel de 2007, ce n'est pas « une relation d'instigation relative à l'infraction entre la société mère et sa filiale ni, à plus forte raison, une implication de la première dans ladite infraction, mais le fait qu'elles constituent une seule entreprise au sens susmentionné qui habilite la Commission à adresser la décision imposant des amendes à la société mère d'un groupe de sociétés. En effet, il y a lieu de rappeler que le droit communautaire de la concurrence reconnaît que différentes sociétés appartenant à un même groupe constituent une entité économique, et donc une entreprise au sens des articles 81 CE et 82 CE, si les sociétés concernées ne déterminent pas de façon autonome leur comportement sur le marché » (12 sept. 2007, aff. T-112/05 : Europe 2008, comm. n° 60, obs. L. Idot). Et le Tribunal de poursuivre un peu plus loin : « l'imputation du comportement infractionnel d'une filiale à sa société mère ne nécessite pas la preuve que la société mère influence la politique de sa filiale dans le domaine spécifique ayant fait l'objet de l'infraction, qui a porté, en l'espèce, sur la distribution et les prix. En revanche, les liens organisationnels, économiques et juridiques, existant entre la société mère et sa filiale peuvent établir l'existence d'une influence de la première sur la stratégie de la seconde et, dès lors, justifier de les concevoir comme une seule entité économique ».

A défaut d'autonomie, la Commission européenne a le choix entre imputer l'infraction à la filiale, à la société mère ou aux deux solidairement (CJUE, 26 nov. 2013, aff. [C-50/12 P](#), Kendrion NV c/ Commission – 13 déc. 2012, aff. C-593/11 et C-654/11, Alliance One International : RSC 2013, p. 167, chron. L. Idot – TPICE, 14 déc. 2006, aff. jtes T-259/02 à T-264/02, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG c/ Commission – 12 déc. 2007, Akzo : op. cit.) quand bien même la société mère n'aurait-elle pas participé formellement à l'infraction et quand bien même la société faîtière ne pourrait être qualifiée d'entreprise, faute d'exercer une activité économique, comme par exemple une fondation (CJUE, 11 juill. 2013, aff. [C-440/11 P](#), Stichting Administratiekantoortielje et Gosselin group NV). On comprend les batailles judiciaires autour de cette question puisque de la détermination du contrevenant dépend le montant de l'amende ! (V. Les interrogations constantes de la pratique : AFEC, Matinée-débat du 21 nov. 2014 : Société, groupe, entreprise... Qui est responsable en droit de la concurrence ? Qui va payer ? – Imputabilité – groupe – sanction, Atelier Concurrence, DGCCRF, Ministère de l'Economie, 30 mars 2010). De même la question de l'autonomie des filiales rebondit sur l'analyse du principe non bis in idem, de la prescription (CJUE, 27 avril 2017, aff. [C-516-15 P](#), Akzo Nobel) ou de la prise en compte de la récidive (V. pour une approche très extensive CJUE, 5 mars 2015, aff. jointes C-93/13 P et C-123/13 P, Versalis SpA et Eni).

Le principe de responsabilité personnelle suppose que seul l'auteur d'une infraction soit tenu responsable de celle-ci.

Exemple

Dans l'hypothèse de l'imputation du comportement infractionnel commis formellement par la filiale à la société mère, le principe est respecté puisque la société mère est certes personnellement condamnée mais pour une infraction qu'elle est censée avoir commise elle-même en raison des liens économiques et juridiques qui l'unissent à sa filiale et qui lui permettent de déterminer le comportement de cette dernière sur le marché (Trib. UE, 27 juin 2012, aff. T-373/10, Bolloré : *Contrats, conc. consom.* 2013, comm. n° 236, obs. G. Decocq – TPICE, 8 oct. 2008, aff. [T-69/04](#), Schunk GmbH.). Si la responsabilité de la société mère ne saurait excéder celle de la filiale, il est toutefois permis de prendre en compte des circonstances propres à leur situation respective pour prévoir des montants différenciés, comme la récidive de la société mère ou des choix stratégiques de procédure différents (CA Paris, 19 mai 2016, RG n° 2014/25803).

Le raisonnement des autorités européennes comme françaises repose sur la présomption selon laquelle la détention de la totalité ou quasi-totalité du capital social prive la société de son autonomie économique, dite présomption capitalistique (A). Une détention simplement partielle du capital social leur impose de démontrer l'absence d'autonomie de la filiale (B).

A - La détention totale ou quasi-totale du capital social de la filiale par la société mère

Le principe est bien établi :

Exemple

« Il résulte (...) d'une jurisprudence constante que, dans le cas particulier où une société mère détient la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale ayant commis une infraction aux règles de concurrence de l'Union, il existe une présomption réfragable selon laquelle cette société mère exerce effectivement une influence déterminante sur sa filiale. Dans une telle situation, il suffit que la Commission prouve que la totalité ou la quasi-totalité du capital d'une filiale est détenue par sa société mère pour considérer que ladite présomption est remplie » (CJUE, 29 mars 2011, aff. C-201/09 P et C-216/09 P, ArcelorMittal Luxembourg et ArcelorMittal Luxembourg – 3 mai 2012, aff. [C-289/11 P](#), Legris Industries – 8 mai 2013, aff. [C-508/11 P](#), Eni SpA : *Contrats, conc., consom.* 2013, comm. n° 164, obs. G. Decocq – Trib. UE, 12 déc. 2014, aff. [T-558/08](#), Eni. – 12 déc. 2014, aff. [T-544/08](#), Hansen & Rosenthal – 12 déc. 2014, aff. [T-550/08](#), Tudapetrol Mineralolferzeugnisse Nils Hansen KG – 12 déc. 2014, aff. [T-551/08](#), H & R ChemPharm GmbH - CJUE, 5 mars 2015, aff. [C-93/13 P et C. 123/13 P](#), Commission c/ Versalis - 16 juin 2016, aff. [C-155/14 P](#), Evonik Degussa et AlzChem - 15 avr. 2021, aff. [C-694/19 P](#), Italmobiliare SpA et autres. En droit français : ADLC, déc. n° 11-D-02, 26 janv. 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques – Déc. n° 12-D-09, 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la farine alimentaire. – Déc. n° 12-D-13, 28 mai 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de commodités chimiques. – Déc. n° 12-D-23, 12 déc. 2012 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Bang & Olufsen dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma. – Déc. n° [13-D-03](#), 13 fév. 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du porc charcutier. – Déc. n° [13-D-09](#), 17 avr. 2013 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la reconstruction des miradors du centre pénitentiaire de Perpignan. – Déc. n° 14-D-08, 24 juill. 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de produits laitiers frais aux Antilles françaises. – Déc. n° [14-D-16](#), 18 nov. 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement des militaires affectés en Martinique. – 14-D-19, op. cit. – Déc. n° [15-D-03](#), 11 mars 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits laitiers frais. - Déc. n° [16-D-02](#), 27 janvier 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport scolaire par autocar dans le Bas-Rhin. - Déc. n° [16-D-09](#), 12 mai 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs des armatures métalliques et des treillis soudés sur l'île de la Réunion. - Déc. n° [20-D-09](#), 16 juillet 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des achats et ventes des pièces de porc et de produits de charcuterie. - Déc. n° [22-D-06](#) du 22 février 2022 relative à des pratiques mises en œuvre par la société EDF dans le secteur de l'électricité. - Déc. n° [23-D-06](#), 14 juin 2023 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la rénovation et de la restauration de couvertures et de charpentes pour les bâtiments du patrimoine public ou privé dans la région des Hauts-de-France. Voir Cass. com., 6 janvier 2015, n^{os} [13-21305](#) et [13-22477](#)).

Il s'agit d'une présomption simple que les sociétés mères inquiétées cherchent désespérément à combattre (2).

1. La présomption d'influence déterminante de la société mère sur sa filiale

a) Champ d'application de la présomption

Progressivement le champ de la présomption a été entendu au point que ses contours peuvent apparaître flous, voire source d'insécurité juridique pour les contrevenants.

Exemple

Ainsi à la détention de 100 % du capital social initialement retenue par la jurisprudence, est associée la détention de presque 100 % (99,99 % : TPICE, 8 juill. 2008, aff. [T-54/03](#), Lafarge SA. – 98 % : CJUE, 29 sept. 2011, aff. [C-521/09 P](#), Elf Aquitaine : *RTD eur.* 2011, p. 834, obs. L. Idot – CJUE, 8 mai 2013, aff. [C-508/11 P](#), Eni Spa). 89 % de détention ne permet pas d'appliquer la présomption (ADLC, déc. n° [20-D-09](#), 16 juillet 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des achats et ventes des pièces de porc et de produits de charcuterie, pt. 786). Mais quelle est la marge acceptable ?

Par ailleurs, une détention indirecte suffit (TPICE, 30 avril 2009, aff. [T-12/03](#), Itochu Corp. – CJUE, 8 mai 2013, aff. [C-508/11 P](#), Eni Spa : op. cit. – 11 juill. 2013, aff. [C-440/11 P](#), Stichting Administratiekantoor portielje et Gosselin group NV) : la présomption s'applique dès lors que la société mère détient une filiale à 100 % qui possède elle-même une filiale entièrement.

De même, la détention par deux sociétés mères de la moitié chacune du capital social d'une filiale commune (TPICE, 27 sept. 2006, aff. [T-314/01](#), Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA) ou même d'une autre répartition (Trib. UE, 27 sept. 2012, aff. [T-343/06](#), Shell Petroleum : RLC n° 34/2013, obs. C. Robin) n'empêche pas la présomption de jouer.

Enfin, le Tribunal, suivi par la Cour de justice, ont récemment étendu la présomption de l'exercice effectif d'une influence déterminante établie par l'arrêt Akzo au cas où une société mère a la possibilité d'exercer l'ensemble des droits de vote associés aux actions de sa filiale, même si elle ne détient pas 100 % du capital de cette dernière (Trib. UE, 12 juill. 2018, aff. [T-419/14](#) The Goldman Sachs Group, Inc ; [T-422/14](#) Viscas Corp. ; [T-438/14](#) Silec Cable SAS et General Cable Corp. ; [T-439/14](#) LS Cable & System Ltd ; [T-441/14](#) Brugg Kabel AG et Kabelwerke Brugg AG Holding ; [T-444/14](#) Furukawa Electric Co. Ltd ; [T-445/14](#) ABB Ltd et ABB AB ; [T-446/14](#) Taihan Electric Wire Co. Ltd ; [T-447/14](#) NKT Verwaltungs GmbH et NKT A/S ; [T-448/14](#) Hitachi Metals Ltd ; [T-449/14](#) Nexans France SAS et Nexans SA, [T-450/14](#) Sumitomo Electric Industries Ltd et J-Power Systems Corp. ; [T-451/14](#) Fujikura Ltd ; [T-455/14](#) Pirelli & C. SpA ; [T-475/14](#) Prysmian SpA et Prysmian cavi e sistemi Srl), conf. par CJUE, 27 janv. 2021, aff. [C-595/18 P](#), The Goldman Sachs Group Inc c/ Commission.

b) Modalités d'application de la présomption

Pour faire jouer la présomption, « *il suffit que la Commission prouve que la totalité ou la quasi-totalité du capital d'une filiale est détenue par sa société mère pour considérer que ladite présomption est remplie* » (CJUE, 3 mai 2012, aff. [C-289/11 P](#), Legris Industries – 8 mai 2013, aff. [C-508/11 P](#), Eni SpA).

Mais il lui est loisible de choisir entre appliquer uniquement la présomption ou s'appuyer en plus sur des éléments de preuve de l'exercice d'une influence déterminante. C'est ce que l'on appelle la méthode de la double base.

Rappelant la jurisprudence constante, la Cour de justice rajoute en effet dans son arrêt Alliance One International (CJUE, 19 juillet 2012, aff. jtes. [C-628/10 P](#) et [C-14/11 P](#) – 26 sept. 2013, aff. [C-668/11 P](#), et aff.

[C-679/11 P](#), Alliance One International : *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. n° 14, obs. G. Decocq) « *cette jurisprudence n'implique pas que la Commission est tenue de se fonder exclusivement sur ladite présomption. En effet, rien n'empêche cette institution d'établir l'exercice effectif, par une société mère, d'une influence déterminante sur sa filiale par d'autres éléments de preuve ou par une combinaison de tels éléments avec ladite présomption* ».

La Commission a donc une option qu'elle doit retenir pour l'ensemble des contrevenantes dans l'espèce sous peine de violer le principe d'égalité de traitement.

2. Le renversement de la présomption

La présomption capitalistique est une présomption simple. Aussi les parties doivent-elles rapporter la preuve contraire, c'est-à-dire démontrer que la filiale, bien que détenue à 100 % ou presque par sa société mère, est autonome sur le plan économique. La tâche s'avère vaine, jamais les autorités – ou bien une seule fois mais au regard de circonstances fort particulières – n'ont admis ce renversement de présomption si bien qu'on peut dire qu'elle se pare dans les faits d'un caractère irréfragable.

Exemple

Le fait par exemple, que la société mère soit un simple Holding financier n'exerçant aucune activité industrielle et commerciale – et qui ne peut donc être elle-même une entreprise au sens du droit de la concurrence – n'emporte guère la conviction des autorités européennes (CJUE, 11 juill. 2013, aff. C-440/11 P, Commission c/ Stichting Administratiekantoort Portielje et Gosselin Group ; 15 avr. 2021, aff. [C-694/19 P](#), Italmobiliare SpA et autres). L'Autorité de la concurrence engage sa responsabilité non pas en qualité d'auteur (qui nécessiterait la qualité d'entreprise) mais en qualité de société mère : « *De fait, il ressort du dossier que la société CFPR est une société de portefeuille, ne commercialisant pas les produits visés par le grief n° 3 et, plus généralement, dépourvue de toute activité sur le marché concerné par ce grief. Son implication en tant qu'auteur est dès lors exclue, nonobstant les déclarations, par ailleurs incertaines et non étayées, quant aux fonctions éventuelles de M. FF au sein de cette société, recueillies le 25 novembre 2016 auprès de M. C, représentant actuel de Charcuteries Gourmandes438, ou encore le fait que M. FF aurait pu être mentionné comme représentant de CFPR lors des assemblées générales de la société Charcuteries Gourmandes439.*

En revanche, la responsabilité de la société CFPR doit être retenue, en sa qualité de société mère faïtière de Charcuteries Gourmandes, dont le capital est détenu à 99,9 % par la société Interaliment, elle-même détenue à 99,9 % par la société CFPR, dès lors qu'elle est présumée avoir exercé une influence déterminante sur le comportement de ses filiales auteurs pendant la période de commission des pratiques et qu'aucun élément ne permet de renverser cette présomption » (ADLC, déc. n° [20-D-09](#), 16 juillet 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des achats et ventes des pièces de porc et de produits de charcuterie, pt. 773-774).

Le comportement de la société mère ne saurait non plus renverser la présomption.

Exemple

Il est ainsi indifférent qu'elle n'ait pas participé à l'entente (la jurisprudence est constante : v. par ex., ADLC, déc. n° 12-D-10, 20 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'alimentation pour chiens et chats) ou qu'elle dispose d'un programme de compliance (J. Kokott, Concl. 18 avr. 2013, aff. [C-501/11](#), Schindler, Pt 96).

Son attitude pendant la procédure administrative est très régulièrement soulevé sans guère de succès non plus.

Exemple

Le comportement d'une « filiale voyou » (*rogue subsidiary*) c'est-à-dire en contradiction flagrante avec les instructions de la société mère ne conduit pas plus à démontrer l'absence d'influence déterminante et donc à renverser la présomption capitalistique, sauf si ce non-respect est la règle (CJUE, 24 juin 2015, aff. jointes [C-293/13 P](#) et [C-294/13 P](#), Fresh Del Monte Produce). En effet, « si l'existence d'une instruction expresse donnée par une société mère à sa filiale de ne pas participer à des pratiques anticoncurrentielles sur un marché donné peut constituer un indice probant de l'exercice effectif d'une influence déterminante par la première sur la seconde, le fait que cette dernière de ne pas s'être conformée à cette instruction ne saurait être regardé (...) comme un indice probant d'exercice effectif d'une telle influence. Pour autant, le fait qu'une filiale ne se conforme pas à une instruction donnée par sa société mère ne saurait suffire, à lui seul, à établir l'absence d'exercice effectif d'une influence déterminante par celle-ci sur celle-là, dès lors que la Cour a eu l'occasion de préciser qu'il n'est pas nécessaire que la filiale applique toutes les instructions de sa société mère pour démontrer l'existence d'une influence déterminante » (CJUE, 16 juin 2016, aff. [C-155/14 P](#), Evonik Degussa GmbH, pt. 40-41. Cf. les conclusions très éclairantes dans cette affaire de l'Avocat général Mengozzi, 3 sept. 2015).

Face aux critiques récurrentes émises, le juge européen répond tout aussi inlassablement qu'« une présomption, même difficile à renverser, demeure dans les limites acceptables tant qu'elle est proportionnée au but légitime poursuivi, qu'existe la possibilité d'apporter la preuve contraire et que les droits de la défense sont assurés ».

Exemple

CJUE, 29 sept. 2011, aff. C-521/09 P, Elf Aquitaine – 8 mai 2013, aff. C-508/11 P, Eni SpA – Trib. UE, 13 sept. 2013, aff. [T-548/08](#) Total Sa et T-566/08, Total Raffinage Marketing : *Contrats, conc. consom.*, 2014, comm. n° 15, obs. G. Decocq.

B - La détention partielle du capital social de la société contrôlée par la société mère

Lorsque les liens capitalistiques sont plus lâches, le raisonnement est inversé, entraînant par la même un renversement de la charge de la preuve. Il revient à l'Autorité saisie de démontrer l'absence d'autonomie de la société. Il lui faut prouver l'exercice de contrôles effectifs en recourant à la technique du faisceau d'indices (CJUE, 24 juin 2015, aff. jointes C-293/13 P et C-294/13 P, Fresh Del Monte) .

La communauté de dirigeants entre la société mère et la filiale est tout d'abord un élément important dans la démonstration de l'absence d'autonomie de la seconde (Cass. com., 6 janvier 2015, n° [13-21305](#) et [13-22477](#)). Il est en effet raisonnable de croire que ces personnes vont mener une stratégie conforme à celle dégagée au niveau de la société mère. Cet élément est cependant à lui seul insuffisant pour caractériser l'influence déterminante de la société mère sur sa filiale (ADLC, déc. n° [20-D-09](#), 16 juillet 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des achats et ventes des pièces de porc et de produits de charcuterie, pt. 789).

L'existence de directives et autres mesures d'instruction vient étayer l'idée d'une soumission de la société contrôlée envers sa société mère, qu'il s'agisse de contrôles dans le domaine commercial (Trib. UE, 14 mars 2013, aff. T-587/08, Fresh Del Monte Produce inc et T-588/08, Dole Food Company : *Contrats, conc. Consom.* 2013, comm. n° 137, obs. G. Decocq), financier ou technique.

L'absence d'autonomie de la société contrôlée vis-à-vis de sa société mère conduit à reconnaître le groupe comme entreprise unique. La responsabilité du comportement sera imputée à la société mère uniquement ou à la société mère et à sa filiale solidairement (option plus volontiers retenue aujourd'hui par les autorités européenne et française). Attention toutefois, lorsque la responsabilité de la société mère est purement "dérivée" de celle de sa filiale sans qu'aucun autre facteur ne caractérise individuellement le comportement reproché à la société mère, la responsabilité de cette société mère ne saurait excéder celle de sa filiale (CJUE, 22 janvier 2013, aff. [C-286/11 P](#), Commission c/ Tompkins. - 17 septembre 2015, aff. [C-597/13 P](#), Total SA)

§ 2 : L'imputabilité de l'infraction en cas de restructuration d'entreprise

Bien que sujet du droit de la concurrence, l'entreprise reste une notion économique sans consistance juridique. Aussi, aux fins d'application du droit procédural, doit-elle être rattachée à un support personne juridique. Bien souvent, l'entreprise épousera le périmètre d'une société et se raccrochera au plan processuel à celle-ci.

Mais les choses peuvent être plus compliquées car les mutations quotidiennes du paysage économique et juridique soulèvent inmanquablement des problèmes d'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles. La question se pose en ces termes :

Remarque

A qui imputer la responsabilité d'une infraction concurrentielle lorsqu'entre le moment de la commission de celle-ci et la décision de l'autorité, des modifications structurelles ont touché la personne juridique support originaire de l'entreprise contrevenante ?

A cette interrogation viennent bien souvent se greffer des questions d'autonomie de la filiale avant son acquisition.

Exemple

V. le cas d'UNILEVER dans ADLC, déc. n° [14-D-19](#), 18 décembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps.

Dans le cas particulier où une société a été rachetée pendant les pratiques reprochées, chacune des deux sociétés mères successives peut se voir imputer les pratiques pour la période de détention du contrôle de la filiale qui lui est propre (CJUE, 10 avril 2014, aff. jointes [C-247/11 P](#) et [C-253/11 P](#), Areva e.a./Commission. – ADLC, déc. n° [14-D-20](#), 22 déc. 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du papier peint).

En dehors de cette hypothèse, les autorités et juridictions retiennent une démarche juridique (A) et subsidiairement une approche économique (B).

Exemple

Cette démarche, longtemps réservée au public enforcement, a été appliquée pour la première fois en matière de réparation de préjudice concurrentiel (private enforcement) par la Cour de justice : CJUE, 14 mars 2019, aff. [C-724/17](#), Vantaan Kanpunki : *RLC* n° 84/2019, p. 39, note L. Arcelin. Depuis, la Cour de cassation a appliqué cette jurisprudence dans l'affaire CEGEDIM (Cass. com., 20 mars 2024, n° [22-11.648](#), FS-B : *JCP* 2024, 1240, note L. Bettoni ; *RLC* 2024, note L. Arcelin, à paraître) : « les principes énoncés par la jurisprudence des juridictions de l'Union relative à la détermination de l'entité devant supporter la sanction infligée pour violation des règles de concurrence de l'Union sont seuls applicables pour déterminer l'entité tenue de réparer le préjudice causé par une telle violation » (pt. 19) et « la personne morale qui dirigeait l'exploitation de l'entreprise en cause est tenue de réparer le préjudice causé par un abus de position dominante lorsqu'elle continue d'exister juridiquement » (pt. 22). Les modifications qui n'affectent pas la personnalité morale de la société, tels que des transferts des éléments matériels et humains et autres cessions de branches d'activités ayant contribué à la réalisation de l'infraction n'ont aucun effet sur le principe d'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles de même que les conventions conclues entre les parties qui constituent des « motifs inopérants » (pt. 24).

A - Survie de la personne juridique support originaire de l'entreprise contrevenante

En principe, la personne juridique qui exploitait l'entreprise contrevenante au moment des faits reste responsable (1), sauf exceptions (2).

1. Principe de responsabilité de la personne juridique support originaire de l'entreprise contrevenante

En vertu du principe de la responsabilité personnelle, un fait punissable ne peut être imputé qu'à son auteur. Par ailleurs, conformément au principe de la personnalité des peines, une peine ne peut être subie par une autre personne que le coupable. Ces principes ont vocation à jouer en droit de la concurrence, la Cour ayant considéré que, eu égard à la nature de l'infraction en cause ainsi qu'à la nature et au degré de sévérité des sanctions qui s'y rattachent, la responsabilité pour la commission d'une infraction aux règles de la concurrence a un caractère personnel (CJCE, 10 septembre 2009, [C-97/08 P](#), Akzo Nobel). Il incombe par conséquent à la personne physique ou morale qui dirigeait l'entreprise en cause au moment où l'infraction a été commise de répondre de celle-ci, même si, au jour de l'adoption de la décision constatant l'infraction, l'exploitation de l'entreprise n'est plus placée sous sa responsabilité (CJCE, 16 nov. 2000, aff. [C-279/98 P](#), Cascades : Rec. CJCE I 2000, p. 9693. – aff. C-248/98 P, NV Koninklijke KNP BT. – aff. C-286/98 P, op. cit. V. Europe 2001, comm. n° 30, obs. L. Idot ; Contrats, conc., consom. 2001, comm. n° 30, obs. S. Poillot-Peruzzetto. – TPICE, 13 déc. 2001, aff. jtes [T-45 et T-47/98](#), Europe 2002, comm. n° 62, obs. L. Idot ; *RTD com.* 2002, p. 132, obs. J.-B. Blaise et L. Idot). Le principe, initié par le Tribunal de Première instance en 1991 (TPICE, 17 déc. 1991, aff. T-6/89, *Enichem Anic SpA c/ Commission*), est constant depuis (Trib. UE, 17 mai 2013, aff. T-146/09, Parker ITR - CJUE, 14 novembre 2019, aff. C-599/18 P, Silec Cables SAS et General Cable corp c/ Commission : *ADUE* 2019, à paraître, obs. L. Arcelin) aussi bien en droit européen qu'en droit interne (Cons. conc., Rapport pour 2001 – ADLC, déc. n° [12-D-09](#), 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires – Déc. n° [12-D-26](#), 20 déc. 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production, de la commercialisation, de l'installation et de la maintenance des extincteurs – Déc. n° [13-D-12](#), 28 mai 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de commodités chimiques – Déc. n° [14-D-19](#), 18 déc. 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps – Déc. n° [15-D-03](#), 11 mars 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits laitiers frais - Déc. n° [20-D-09](#), 16 juillet 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des achats et ventes des pièces de porc et de produits de charcuterie).

Ce principe de responsabilité personnelle du support originaire de l'entreprise trouve à s'appliquer quand bien même la personne juridique aurait connu des modifications économiques et/ou juridiques n'affectant pas sa personnalité morale.

Exemple

Cession des actifs litigieux ou du secteur litigieux, Changement de dénomination sociale, de forme sociale, d'actionnariat, de dirigeant...

Il appartient d'ailleurs aux destinataires des griefs d'informer le rapporteur chargé du dossier sans délai, à tout moment de la procédure d'investigation, de toute modification de leur situation juridique susceptible de modifier les conditions dans lesquelles elles sont représentées ou dans lesquelles les griefs peuvent leur être imputés. Elles sont irrecevables à s'en prévaloir si elles n'ont pas procédé à cette information ([art. L. 463-2 C. com.](#)).

Le principe de responsabilité personnelle commande également qu'une filiale autonome avant son rachat réponde de son comportement infractionnel avant son acquisition.

Exemple

Comme l'a souligné en effet la Cour de justice dans l'arrêt YKK, « *une société ne peut pas être tenue pour responsable des infractions commises à titre indépendant par ses filiales avant la date de leur acquisition, ces dernières devant répondre elles-mêmes de leur comportement infractionnel antérieur à cette acquisition sans que la société qui les a acquises puisse être tenue pour responsable* » (CJUE, 4 sept. 2014, aff. [C-408/12 P](#)).

2. Exceptions au principe

Outre la fraude, l'existence, dans le cadre d'un groupe de sociétés qualifié d'entreprise, de liens structurels entre les personnes juridiques supports successifs de l'entreprise contrevenante peut justifier le transfert de responsabilité à la seconde, quand bien même le support initial subsisterait juridiquement. L'idée est de préserver l'effet utile de la dissuasion.

Exemple

Tel est l'enseignement de l'arrêt Aalborg Portland (CJCE, 7 janv. 2004, aff. jointes [C-204/00 P](#), [C-205/00 P](#), [C-211/00 P](#), [C-213/00 P](#), [C-217/00 P](#) et [C-219/00 P](#), Aalborg Portland c/ Commission) dans lequel la CJCE a reconnu qu'« il est vrai que dans l'arrêt Commission/Anic Partecipazioni, précité (point 145), la Cour a jugé qu'il ne peut y avoir de continuité économique qu'au cas où la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise aurait cessé d'exister juridiquement après la commission de l'infraction. Cette affaire concernait toutefois le cas de deux entreprises existantes et opérationnelles dont l'une avait simplement cédé une certaine partie de ses activités à l'autre, et qui n'avaient pas de lien structurel entre elles. Or (...) tel n'est pas le cas en l'espèce ». Cette exception au principe a été confirmée à plusieurs reprises, le TPICE soulignant en 2006 que « le fait qu'une société continue à exister en tant qu'entité juridique n'exclut pas que, au regard du droit communautaire de la concurrence, il puisse y avoir transfert d'une partie des activités de cette société à une autre, laquelle devient responsable des actes commis par la première » (TPICE, 27 sept. 2006, aff. [T-43/02](#), Jungbunzlauer AG c/ Commission. Sur recours contre Comm. CE, déc. n° 2002/742/CE, 5 déc. 2001, Acide citrique : JOCE n° L 239, 6 sept. 2002, p. 18 : *Contrats, conc. consom.* 2003, obs. S. Poillot-Peruzzetto. - CJUE, 29 mars 2011, C-352/09 P, ThyssenKrupp – 8 mai 2013, aff. C-511/11 P, Eni SpA – Trib. UE, 17 mai 2013, aff. T-146/09, Parker ITR, censuré par CJUE, 18 décembre 2014, aff. C-434/13 P, Commission c/ Parker Hannifin - CJUE, 5 mai 2015, aff. jointes [93/13 P](#) et [123/13 P](#), Commission c/ Versalis SpA et Eni SpA).

B - Disparition de la personne juridique support originaire de l'entreprise contrevenante

Pour des raisons d'effectivité de la sanction et de sa dissuasion, lorsque la structure d'accueil initiale de l'entreprise a disparu, la responsabilité du comportement anticoncurrentiel peut être imputée au nouveau support juridique de l'entreprise que l'on peut qualifier de successeur juridique ou bien de successeur économique parce qu'il en assure la continuité économique et fonctionnelle ou en a repris l'ensemble des éléments matériels et humains.

1. Principe d'imputation de l'infraction au successeur juridique ou économique de l'entreprise contrevenante

Bien que fort empreinte d'un caractère répressif, la responsabilité prononcée pour infraction concurrentielle peut être transférée à une autre personne que celle reconnue auteur. Le principe de personnalité des poursuites et des peines se trouve ici inopérant en raison du sujet même des règles de concurrence : l'entreprise et la poursuite de l'activité économique par une autre personne morale.

Exemple

V. le revirement et les développements particulièrement révélateurs de Cass. crim., 25 nov. 2020, n° [18-86955](#), à paraître au Bulletin : D. 2021, p. 161, avis de R. Salomon. V. dans le même sens et auparavant, CA Paris, 14 mai 1997 : *Rev. sociétés*, p. 827, note H. Le Nabasque ; *Dr. sociétés* 1997, comm. n° 146 ; D. 1998, somm. p. 137, obs. M.-L. Niboyet ; D. 1998, somm. p. 76, obs. Y. Reinhard ; *JCP E* 1997, II, n° 973, note A. Couret ; *RD Bancaire et Bourse* 1997, p. 120, n° 4, obs. M. Germain et A.-M. Frison-Roche ; *Bull. Joly Bourse* 1997, n° 98, p. 646, note Rontchevsky. – V. D. Vidal, « La scission d'une société permet-elle d'échapper à une procédure de sanction pécuniaire devant la COB ? », *Dr. et patrimoine* 2/1998, p. 40.

En savoir plus : Extension du raisonnement au « petit droit de la concurrence » dans l'arrêt Cass. com., 21 janvier 2014

En l'espèce, le Ministre de l'économie avait assigné devant le Tribunal de commerce la SAS Carrefour hypermarchés France pour pratiques restrictives (avantages sans contrepartie) violant l'article L. 442-6 du Code de commerce. Suite à une opération de fusion-absorption, la Cour d'appel de renvoi avait condamné la société Carrefour France venant aux droits de la société Carrefour Hypermarché France à payer l'amende civile. Les juges du fond avaient écarté le principe de personnalité des peines et des poursuites en se fondant sur la nature de la sanction : bien que présentant un caractère punitif, supposant par conséquent de respecter le principe de légalité des peines, elle n'est pas de nature pénale. Il n'existait dès lors « *aucun obstacle, à la suite de l'absorption de la société Carrefour hypermarchés France par la société Carrefour France, à ce qu'une amende civile ayant le caractère d'une punition soit infligée à la société absorbante pour des faits imputés à la société absorbée* ». La société Carrefour contestait cette approche en retenant que l'amende relevait de la matière pénale soumise au principe à valeur constitutionnelle de personnalité des peines consacré aux articles 8 et 9 de la DDHC. Aussi, estimait-elle dans la cinquième branche de son moyen qu'« *en cas de fusion-absorption d'une société par une autre, la personnalité morale de la première disparaît, et une personne morale distincte apparaît, de sorte que la première ne subsiste pas dans la seconde ; il s'ensuit que les punitions auxquelles a pu être exposée la première ne peuvent être infligées à la seconde, au seul motif qu'elle l'a absorbée* ». Ecartant les motifs des quatre premières branches du moyen jugés surabondants, la Cour de cassation s'inspire du droit des pratiques anticoncurrentielles pour rejeter le dernier moyen. Dans son arrêt du 21 janvier 2014, qui a les honneurs du bulletin, elle souligne que « *les dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce, qui visent tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, auteur des pratiques restrictives énoncées par ce texte, s'appliquent à toute entreprise, indépendamment du statut juridique de celle-ci, et sans considération de la personne qui l'exploite ; que le principe de la personnalité des peines, résultant des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789, ne fait pas obstacle au prononcé d'une amende civile à l'encontre de la personne morale à laquelle l'entreprise a été juridiquement transmise* ». V. L. Arcelin, « La contagion de la notion d'entreprise en droit économique », JCP E 2014,1124.

Le Conseil constitutionnel s'est également rapproché de cette analyse dans sa décision n° 2016-542 du 18 mai 2016, Société ITM Alimentaire : L. Arcelin, « L'adaptabilité du principe de personnalité des poursuites et des peines aux sanctions du droit économique », AJCA 2016, p. 338 - CEDH, 1^{er} oct. 2019, n° 37858/14 : D. 2020, p. 475, note J. Gallois ; RTD civ. 2020, p. 107, obs. H. Barbier.

De même, l'absence de participation du successeur au comportement litigieux ne saurait écarter sa mise en cause.

2. Modalités d'application du principe

Pour le juge européen, lorsque le support originaire de l'entreprise a disparu, « *il convient de localiser, dans un premier temps, l'ensemble des éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction pour identifier, dans un second temps, la personne qui est devenue responsable de l'exploitation de cet ensemble* »

Exemple

TPICE, 17 déc. 1991, aff. T-6/89, *Enichem Anic SpA*. sur pourvoi : CJCE, 8 juill. 1999, aff. C-49/92 P, *Commission c/ Anic Partecipazioni SpA* – 14 mai 1998, aff. T-327/94, *SCA Holding Ltd c/ Commission* – 14 mai 1998, aff. T-308/94, *Cascades SA c/ Commission* – 20 avr. 1999, aff. jtes. 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, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV e.a. c/ Commission*.

En droit français, le Conseil de la concurrence a exposé dans son rapport pour 2001 que :

« *lorsque la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise a juridiquement disparu, les pratiques doivent être imputées à la personne morale à laquelle l'entreprise a juridiquement été transmise, c'est-à-dire à la personne morale qui a reçu les droits et obligations de la personne auteur des pratiques. Il peut s'agir de la société qui a absorbé l'auteur des pratiques, ou encore de la société résultant de la fusion entre l'auteur des pratiques et une autre entité ; lorsque la personne auteur des pratiques a disparu sans qu'aucune autre personne ait reçu transmission de ses droits et obligations, les pratiques sont imputées à l'entreprise qui assure, en fait, sa continuité économique et fonctionnelle* ».

On comprend que la méthode de l'ADLC repose sur une alternative : soit il y a transmission des droits et obligations à un successeur juridique qui devient responsable de l'infraction, soit en l'absence d'une telle transmission il sera fait recours au critère de la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise. Le recours à ce dernier critère, confie l'autorité, n'est plus qu'une « *solution ultime qui doit être réservée aux seules situations dans lesquelles personne ne peut répondre de la pratique, alors même que les « instruments » qui ont servi à cette pratique existent encore* ».

Ainsi, en cas de fusion-absorption, l'infraction commise par l'absorbée peut être imputée à la société nouvellement créée du fait de la fusion (Cons. conc., déc. n° [05-D-19](#), 12 mai 2005, relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre des marchés de construction des ouvrages d'art pour la réalisation de l'autoroute A84, dite "Route des Estuaires", dans le département de la Manche) ou bien à la société absorbante (Cons. conc., déc. n° [01-D-59](#), 25 sept. 2001, Pratiques relevées lors de marchés de travaux routiers dans le département du Gard – Déc. n° [04-D-43](#), 8 sept. 2004 relative à l'attribution de marchés publics organisés par la commune de Grasse dans le secteur des transports scolaires et périscolaires – Déc. n° [05-D-17](#), 27 avr. 2005 relative à la situation de la concurrence dans le secteur des marchés de travaux de voirie en Côte d'Or. – déc. n° [05-D-19](#) : op. cit. – Déc. n° [05-D-47](#), 28 juill. 2005, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la destruction d'armements et de munitions – Déc. n° [05-D-69](#), 15 déc. 2005, relative à des pratiques anticoncurrentielles relevées dans le secteur des travaux routiers en Seine-Maritime – Déc. n° [06-D-03 bis](#), 9 mars 2006, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie, climatisation – Déc. n° [06-D-07 bis](#), 21 mars 2006, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux publics dans la région Ile-de-France – Déc. n° [07-D-15](#), 9 mai 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Ile-de-France – Déc. n° [08-D-32](#), 16 déc. 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques – Déc. n° [10-D-28](#), 20 sept. 2010 relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement. - Déc. n° [23-D-06](#), 14 juin 2023 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la rénovation et de la restauration de couvertures et de charpentes pour les bâtiments du patrimoine public ou privé dans la région des Hauts-de-France).

Lorsque la personne morale disparaît purement et simplement, sans faire l'objet d'une fusion-absorption, le critère de la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise qui a recueilli les éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction trouve à s'appliquer (ADLC, déc. n° [12-D-26](#), 20 déc. 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production, de la commercialisation, de l'installation et de la maintenance des extincteurs).

Remarque

Après avoir agité pendant des années le contentieux objectif du droit de la concurrence, la notion d'entreprise a fait une entrée remarquée, si ce n'est attendue, dans le contentieux subjectif. L'on avait déjà pu s'interroger sur la nécessaire conciliation autour de l'entité responsable de l'infraction et responsable de la réparation, se demandant « *comment transposer la responsabilité concurrentielle de l'entreprise en droit de la responsabilité civile qui est fondée sur la personne juridique* » (L. Arcelin, « La conquête du droit du marché par la notion d'entreprise », *RTD com.* 2018, p. 575). La Cour de justice y répond très simplement dans son arrêt du 14 mars 2019, *Vantaan Kaupunki*.

En l'espèce, plusieurs sociétés avaient été condamnées par la Cour administrative suprême de Finlande pour s'être entendues sur le marché de l'asphalte. Certaines d'entre elles ayant acquis les actifs de sociétés contrevenantes dissoutes, s'étaient vues infliger l'amende en vertu du principe de continuité économique. Par la suite, une collectivité locale avait demandé réparation de son préjudice aux sociétés condamnées. Mais les sociétés absorbantes pouvaient-elles être tenues de réparer le préjudice causé par le comportement anticoncurrentiel de sociétés dissoutes ? La question fut posée à la Cour de justice. Suivant les conclusions de l'avocat général Wahl, les juges européens répondent le 14 mars 2019 que « *l'article 101 TFUE doit être interprété en ce sens que (lorsque) toutes les actions des sociétés ayant participé à une entente interdite par cet article ont été acquises par d'autres sociétés, qui ont dissous ces premières sociétés et ont poursuivi leurs activités commerciales, les sociétés acquéresses peuvent être tenues responsables du préjudice causé par cette entente* » (aff. [C-724/17](#) : RLC 81/2019, 3534)