

## **MEMOIRE DE RECHERCHE**

« La personne morale en droit de la concurrence »

## Sigles et abréviations

---

|                        |   |
|------------------------|---|
| <b>Art.</b>            | Article   |
| <b>Aut. Conc.</b>      | Autorité de la concurrence                          |
| <b>C. Civ.</b>         | Code civil  |
| <b>C. Com.</b>         | Code de commerce                                    |
| <b>C. Consom.</b>      | Code de la consommation                             |
| <b>CA</b>              | Cour d'appel  |
| <b>Cass</b>            | Cour de cassation                                   |
| <b>Cass, 1ere Civ.</b> | Cour de cassation, première chambre civile          |
| <b>Cass, 2e Civ.</b>   | Cour de cassation, deuxième chambre civile          |
| <b>Cass, 3e Civ.</b>   | Cour de cassation, troisième chambre civile         |
| <b>Cass, Com.</b>      | Cour de cassation, chambre commerciale              |
| <b>Cass, Crim.</b>     | Cour de cassation, chambre criminelle               |
| <b>Cass, Mixte</b>     | Cour de cassation, chambre mixte                    |
| <b>Cass, Plan</b>      | Cour de cassation, Assemblée plénière               |
| <b>CE</b>              | Conseil d'Etat                                      |
| <b>CGI</b>             | Code général des impôts                             |
| <b>CJCE</b>            | Cour de Justice des communautés européennes         |
| <b>CJUE</b>            | Cour de Justice de l'Union européenne               |
| <b>Com. eur.</b>       | Commission européenne                               |
| <b>Cons. Conc.</b>     | Conseil de la concurrence                           |
| <b>Cons. Constit.</b>  | Conseil constitutionnel                             |
| <b>Cons. EU</b>        | Conseil de l'Union européenne                       |
| <b>CPC</b>             | Code de procédure civile                            |
| <b>CPP</b>             | Code de procédure pénale                            |
| <b>Parl. eur.</b>      | Parlement européen                                  |
| <b>S.</b>              | Et suivants/ et suivantes                           |
| <b>TPICE</b>           | Tribunal de première instance de l'Union européenne |
| <b>Trib. UE</b>        | Tribunal de l'Union européenne                      |
| <b>UE</b>              | Union européenne                                    |

## Sommaire

---

|   |           |
|---|-----------|
| <b>INTRODUCTION</b> .....   | <b>4</b>  |
| I. L'objet de la recherche : La personne morale .....   | 7         |
| II. Le domaine de la recherche: le droit des marchés .....  | 15        |
| III. Approche préliminaire du sujet .....   | 17        |
| IV. Axe de la recherche .....   | 20        |
| <br>  |           |
| <b>PARTIE I : UN DÉPASSEMENT ACTÉ DE LA PERSONNE MORALE EN DROIT<br/>SUBSTANTIEL DE LA CONCURRENCE</b> .....                | <b>22</b> |
| <br>  |           |
| <b>CHAPITRE I : LE DÉPASSEMENT DE LA PERSONNE MORALE EN RAISON DE L'APPRÉHENSION DE<br/>L'UNITÉ ÉCONOMIQUE</b> .....        | <b>23</b> |
| Section I — L'unité économique appréhendée à l'échelle du groupe .....  | 24        |
| Section II — L'unité économique appréhendée à l'échelle de l'établissement .....  | 32        |
| <br>  |           |
| <b>CHAPITRE II : LE DÉPASSEMENT DE LA PERSONNE MORALE EN RAISON DE L'APPRÉHENSION DE LA<br/>CONTINUITÉ ÉCONOMIQUE</b> ..... | <b>35</b> |
| Section I — Des fondements discutés de la continuité économique en cas de restructurations .....                            | 36        |
| Section II — Des effets fonctionnels de cette continuité économique en cas de restructurations .....                        | 43        |
| <br>  |           |
| <b>PARTIE II : UN DÉPASSEMENT PROGRESSIF DE LA PERSONNE MORALE EN<br/>PROCESSUEL DE LA CONCURRENCE</b> .....                | <b>48</b> |
| <br>  |           |
| <b>CHAPITRE I : LE RONGEMENT AVANCÉ DE LA PERSONNE MORALE EN <i>PUBLIC ENFORCEMENT</i></b> .....                            | <b>49</b> |
| Section I — La disparition progressive de la personne morale au stade de l'amende .....                                     | 50        |
| Section II — Les résidus de la personne morale processuelle .....   | 55        |
| <br>  |           |
| <b>CHAPITRE II : LES HÉSITATIONS PERSISTANTES EN <i>PRIVATE ENFORCEMENT</i></b> .....                                       | <b>59</b> |
| Section I — La personne morale demanderesse .....   | 61        |
| Section II — La personne morale défenderesse .....  | 65        |
| <br>  |           |
| <b>CONCLUSION GÉNÉRALE</b> .....  | <b>69</b> |

## INTRODUCTION

1. « *La personne morale erre tel un bateau ivre sur un océan de contradictions* »<sup>1</sup>. Certains y verront les marques de ses faiblesses, d'autres au contraire de nouvelles opportunités pour la penser. Il est vrai que la personne morale a pu faire couler de l'encre. De SAVIGNY<sup>2</sup> et MICHOU<sup>3</sup>, à bien plus récemment Guillaume WICKER<sup>4</sup> et Jean-Christophe PAGNUCCO<sup>5</sup>, la personne morale suscite la réflexion et même les passions.

Mais le droit de la concurrence n'a pas ce temps. Cette discipline est avant tout mue par des considérations économiques<sup>6</sup>. Il s'agit de répondre aux enjeux politiques fixés. Une approche plus pragmatique des phénomènes est alors à l'oeuvre.

2. **Historique et objectifs du droit de la concurrence.** - L'origine grecque de « monopole » renvoie à l'idée de complot et les premières traces du droit de la concurrence remontent à la *Lex Julia de annona* de 50 av. J-C protégeant le commerce des grains contre les hausses artificielles de prix. Des règles similaires existaient au Moyen Âge et sous l'Ancien Régime<sup>7</sup>. En 1791, si le décret d'Allarde proclamait la liberté du commerce et de l'industrie, la loi Le Chapelier interdisait cependant les corporations accusées d'avoir spolié l'économie de l'Ancien Régime. Par la suite, le Code pénal de 1810 prohibait le « délit d'accaparement » à savoir les hausses artificielles de prix.

Mais le droit de la concurrence tel que nous le connaissons aujourd'hui est bien plus récent. La France a ici été précurseur en matière de droit de la concurrence déloyale en fondant un régime prétorien dès la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>8</sup>. Le droit des marchés, quant à lui, trouve sa source outre-Atlantique dans l'importation des thèses néo-libérales depuis LIEPMANN (1889-1974), diplomate et essayiste politique qui eut une influence considérable sur l'histoire politique des États-Unis.

---

<sup>1</sup> C. FREYRIA, *La personnalité morale à la dérive*, Mélanges en hommage à André BRETON et Fernand DERRIDA, Paris : Dalloz, 1991, p. 121

<sup>2</sup> FC. (von) SAVIGNY, *Traité de droit romain*, Paris : Panthéon-Assas, 2002

<sup>3</sup> L. MICHOU, *La théorie de la personne morale et son application au droit français*, Paris : R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1932

<sup>4</sup> G. WICKER, *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT*, in *Études à la mémoire du Professeur Bruno OPPETIT*, Paris : Litec, LexisNexis. 2009, p. 681 s.

<sup>5</sup> J-C. PAGNUCCO et G. WICKER, *Personne morale* [en ligne], *Répertoire de droit civil*, septembre 2016, [consulté le 1<sup>er</sup> mars 2021]

<sup>6</sup> J-C. RODA, *Droit de la concurrence*, Paris : Dalloz, 2019, p. 2.

<sup>7</sup> D. BOSCO David et C. PRIETO, *Droit européen de la concurrence: Ententes et Abus de position dominante*, Cork: Bruylant, Editions juridiques, 2013, n°3.

<sup>8</sup> D. MAINGUY, M. DEPINCÉ et M. CAYOT, *Droit de la concurrence*, Paris : LexisNexis, 2019, p.17, n°8.

Peuvent être cités les travaux de Barbara STIEGLER, Professeur de philosophie de la morale analysant les phénomènes néo-libéraux. Pour elle, LIEPMANN avait fourni au néo-libéralisme sa matrice théorique avec *The Good Society* publié en 1937<sup>9</sup>. C'est une véritable mécanique darwiniste qui se déploie dans les différentes dimensions de l'humanité. Selon les termes de SPENCER (1820-1903), philosophe anglais, il s'agit de la « *survivance des plus aptes* ». Sur un marché concurrentiel, seuls les opérateurs les plus innovants sont voués à survivre.

Cette lecture politico-philosophique doit se faire en parallèle de l'histoire du droit de la concurrence<sup>10</sup>, présentée dans les manuels de droit au travers de la confrontation états-unienne entre l'École d'Harvard et l'École de Chicago<sup>11</sup>. La première, incarnée par MASON et CLARCK, étant beaucoup plus structuraliste ; la seconde, incarnée par FRIEDMAN prix Nobel d'économie en 1976, étant beaucoup plus libérale.

Ce fut finalement l'École de Chicago qui s'imposa puis qui s'importa sur le Vieux continent, dans une Europe qui sortait tout juste de la Seconde Guerre mondiale, qui allait bénéficier du plan Marshall en 1947, dans le « genre d'Etats-Unis d'Europe » imaginé par CHURCHILL<sup>12</sup> et concrétisé en 1957 par le traité de Rome puis en 1992 par le traité de Maastricht, puis au fur et à mesure que des économistes prenaient place au sein de la Commission<sup>13</sup>.

Le droit de la concurrence ne pourrait donc pleinement s'épanouir que dans un environnement de libre concurrence<sup>14</sup> entendu comme un: « *système économique qui ne comporte aucune intervention de l'Etat en vue de limiter la liberté de l'industrie et du commerce et qui considère les coalitions de producteurs comme des délits* »<sup>15</sup>. Cette idée d'ailleurs est régulièrement rappelée dans les communications de l'Union européenne qui considère que « *sur un marché concurrentiel, les prix sont tirés vers le bas. C'est un avantage pour les consommateurs mais pas uniquement: les entreprises*

<sup>9</sup> B. STIEGLER, « *Il faut s'adapter* », *Sur un nouvel impératif politique*, Paris : Gallimard, nrf essais, 2019, p. 13 et 14.

<sup>10</sup> B. STIEGLER, « *Il faut s'adapter* », *Sur un nouvel impératif politique*, Paris : Gallimard, nrf essais, 2019, p. 90.

<sup>11</sup> J-C. RODA, *Droit de la concurrence*, Paris : Dalloz, 2019, p. 24.

<sup>12</sup> W. CHURCHILL, *Discours du 19 septembre 1946 à Zurich*, [cvce.eu](http://cvce.eu) [en ligne], [consulté le 1er mars 2021]

<sup>13</sup> J-C. RODA, *Droit de la concurrence*, Paris : Dalloz, 2019, p. 26.

<sup>14</sup> J-C. RODA, *Droit de la concurrence*, Paris : Dalloz, 2019, p. 3.

<sup>15</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 11e édition., 2017.

*sont encouragées à produire* »<sup>16</sup>. Telle est la doctrine non seulement de l'Union européenne mais aussi de l'Etat français. Il est possible de trouver sur le site internet de l'Autorité française de la concurrence des « *vertus de la concurrence* » qui « *comme dans le sport (...) est un stimulant qui incite les entreprises à se dépasser, favorisant ainsi l'innovation, la diversité de l'offre et des prix attractifs pour les consommateurs comme pour les entreprises* »<sup>17</sup>.

Dans ce cadre néo-libéral, la concurrence s'entend comme la « *rivalité entre commerçants et entreprises qui tentent d'attirer la clientèle par les meilleures conditions de prix ou de qualité* »<sup>18</sup>. Il est fait référence à la « *compétition économique* » à savoir la « *compétition, sur un marché dont la structure et le fonctionnement répondent aux conditions du jeu de la loi de l'offre et de la demande, d'une part, entre offrants, d'autre part, entre utilisateurs ou consommateurs de produits et de services qui y ont libre accès et dont les décisions ne sont pas déterminées par des contraintes ou des avantages juridiques particuliers* »<sup>19</sup>.

**3. L'entreprise éclipsant la personne morale.** - Le droit de la concurrence est donc mû par une philosophie néo-libérale qui va vite, très vite, et qui nécessite une approche pragmatique de l'activité économique. Pour cette raison une autre notion, plus fonctionnelle, semble être privilégiée: la notion d'entreprise. Si au premier abord la notion d'entreprise, plus récente, apparaît aussi plus floue que la personne morale, le droit de la concurrence se l'est pourtant appropriée depuis l'arrêt *Hofner* du 23 avril 1991. Dans cette célèbre décision, la CJCE définissait la notion d'entreprise comme « *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* »<sup>20</sup>. La notion d'entreprise est donc intimement liée à la réalisation d'une activité économique ; elle en est ainsi plus fonctionnelle, plus adaptative, même plus adaptée à un environnement darwinien.

C'est ainsi que la notion d'entreprise semble progressivement éclipser la personne morale. Selon Laurence IDOT, « *la personne juridique, support de l'entreprise, si elle ne peut être totalement ignorée, ne serait-ce que pour des raisons procédurales, cède le*

---

<sup>16</sup> Comm. eure, *Document de présentation: les effets bénéfiques de la concurrence* [en ligne], [consulté le 1er mars 2021].

<sup>17</sup> Aut. concu., *Les vertus de la concurrence* [en ligne], [consulté le 1er mars 2021].

<sup>18</sup> LAROUSSE, *Dictionnaire* [en ligne], [consulté le 22 mai 2021].

<sup>19</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 11e édition., 2017

<sup>20</sup> CJCE, 23 avril 1991, *Hofner*, aff. C-41/90.

*pas devant la réalité économique* »<sup>21</sup>. Et les mots peuvent apparaître durs pour une notion si peu juridique: la personne « *cède le pas* » devant l'entreprise. Pourtant c'est bien le cas, tant dans les textes fondateurs du droit de la concurrence que dans la doctrine. Si avant était questionnée la place de « *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire* » (reprenant le titre de la thèse de Linda ARCELIN-LÉCUYER<sup>22</sup>) ; aujourd'hui, cette place n'a plus à être questionnée, les choses paraissent même inversées. D'où l'intérêt de questionner dans la présente recherche, cette fois-ci, « *La personne morale en droit de la concurrence* ».

4. **Transition.** - Replacer la « personne morale » au coeur de la réflexion nécessite au préalable d'en comprendre les contours, alors même que la débats sur la notion ne sont pas encore définitivement tranchés. Pourtant il est une tâche nécessaire que de la définir. Et si « *mal nommer un objet c'est ajouter du malheur au monde* » selon Albert CAMUS<sup>23</sup> alors c'est une grande tâche que de définir la personne morale. Et, personne ne souhaite ajouter du malheur à ce monde...

## I. L'OBJET DE LA RECHERCHE : LA PERSONNE MORALE

5. **Historique de la personne morale.** - La personne morale fait sa première apparition en droit romain, les juriconsultes théorisant les *collegia* (associations), les *sodales* (associations amicales) et les *universitates* (terme générique englobant tout ensemble de choses ou de personnes). Mais ils n'avaient pas élaboré de théorie générale de la notion.

Quand à l'Ancien droit français, les juristes avaient fait certaines applications pratiques du concept afin de régler des communautés telles que les communes, les communautés ecclésiastiques et surtout les jurandes (corporations). Pour écarter toute idée de droits des membres de la corporation sur les biens de celle-ci, ils avaient fait appel à l'idée de « *corpus mysticum* » de sorte qu'elle apparaisse comme un être par essence distinct de ses membres<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> L. IDOT, *La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel*, *Concurrences, Doctrines*, Concurrences N° 2-2006, 2006, p. 6, n°28.

<sup>22</sup> L. ARCELIN-LÉCUYER, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, thèse de doctorat, droit, Université de Montpellier I, 2001

<sup>23</sup> A. CAMUS, *Sur une philosophie de l'expression*, *compte rendu de l'ouvrage de Brice Parain, Recherches sur la nature et la fonction du langage*, Gallimard, Poésie 44, p. 22

<sup>24</sup> G. WICKER, *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT*, in *Études à la mémoire du Professeur Bruno OPPETIT*, Paris : Litec, LexisNexis. 2009, p. 694, n° 7

Mais, là encore, aucune théorie générale n'avait été dégagée<sup>25</sup> malgré quelques tentatives au XIV<sup>ème</sup> siècle<sup>26</sup>.

L'Angleterre a été la première à théoriser la personne morale. Frederic William MAITLAND, historien du droit britannique du XIX<sup>ème</sup> siècle, fait remonter la première trace de la personnalité morale des sociétés dans une décision rendue sous le règne d'Edward IV (Roi de 1461 à 1483). Le terme de « personne morale » apparût toutefois pour la première fois bien plus tard, en Allemagne, sous la plume de Georg Arnold HEISE en 1807 la définissant comme « *tout ce qui est en dehors des individus, tout ce que, dans un Etat, on considère comme un tel sujet de droits* »<sup>27</sup>.

L'idée d'une théorisation de la personne morale émergea en France dès la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle en période révolutionnaire. Il s'agissait de prendre en compte « *tout organisme étranger à l'Etat, bénéficiaire de droits distincts, capable d'avoir des biens et d'augmenter indéfiniment son patrimoine* », cet organisme apparaissant alors comme un danger<sup>28</sup>.

Le Code civil de 1804 ne comportait cependant aucune référence expresse à la personne morale. Ce silence était révélateur de la méfiance des rédacteurs à l'égard de tout groupement organisé, rappelant les corporations accusées d'avoir entravé l'économie de l'Ancien Régime.

La personne morale ne s'est véritablement affirmée en France qu'à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle par plusieurs étapes: dispense de l'autorisation gouvernementale pour la création d'une société anonyme en 1867, consécutions de la liberté syndicale en 1884 puis d'association en 1901<sup>29</sup>.

Le XX<sup>ème</sup> siècle quant à lui s'est vu qualifié de « siècle des personnes morales », marqué notamment par la création de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée par la loi du 11 juillet 1985. Désormais, « *rien ne devrait plus entraver l'expansion des personnes morales qui sont dorénavant présentes dans tous les champs de l'activité humaine* »<sup>30</sup>. La personne morale relève aujourd'hui de multiples entités différentes: GIE, CSE, SNC, SARL, SAS, SCS, SCA, SA, SE, SCOP, EURL, SASU, associations, fondations et syndicats.

<sup>25</sup> R. SALEILLES, *De la personnalité juridique : histoire et théories vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Paris : Éd. La mémoire du droit, 2003

<sup>26</sup> F. BELLIVIER Florence, *Droit des personnes*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ Lextenso éditions, 2015, n°12.

<sup>27</sup> G. CHIRON, *La personnalité morale des sociétés depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle en France, en Allemagne et en Angleterre*, thèse de doctorat, droit, Université Paris II, 2008, p. 15.

<sup>28</sup> R. SALEILLES, *De la personnalité juridique : histoire et théories vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Paris : Éd. La mémoire du droit, 2003.

<sup>29</sup> S. FRANÇOIS, *Le consentement de la personne morale*, thèse de doctorat, droit, Université Paris I, 2018, p. 12, n° 16.

<sup>30</sup> S. FRANÇOIS, *Le consentement de la personne morale*, thèse de doctorat, droit, Université Paris I, 2018, p. 87, n° 134.

## A) DES CONCEPTIONS ET CRITÈRES D'IDENTIFICATION EXCLUS

**6. Définitions classiques et réalité technique.** - Les définitions proposées par les vocabulaires juridiques sont similaires. La personne morale serait un « *groupement doté sous certaines conditions d'une personnalité juridique plus ou moins complète* »<sup>31</sup> ou encore un « *groupement doté de la personnalité juridique, donc titulaire lui-même de droits et d'obligations abstraction faite de la personne des membres qui le composent* »<sup>32</sup>. Elle serait donc avant tout un « *groupement* » c'est-à-dire une « *organisation plus ou moins structurée constituée par un ensemble de personnes ayant mêmes intérêts, mêmes aspirations ou même idéologie* »<sup>33</sup>.

Ces définitions reprennent la réalité technique de MICHOU, développée à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, qui avait déjà eu une assise jurisprudentielle dans l'arrêt *Comité d'établissement de Saint-Chamond* en 1954. Il s'agissait de mettre un terme au monopole de l'Etat dans l'attribution de la personnalité morale: elle devrait être reconnue à tout groupement doté à la fois d'un intérêt collectif distinct des intérêts individuels et d'une organisation capable de dégager une volonté collective pouvant représenter et défendre cet intérêt<sup>34</sup>. « *cette personnalité appartient en principe à tout groupement pourvu d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés* »<sup>35</sup>. Le juge s'est alors accordé le pouvoir de reconnaître la personnalité morale à certaines entités en dehors de toute prévision légale.

Mais deux difficultés apparaissent. La première : ces définitions font fi des sociétés unipersonnelles lesquelles, constituées d'une unique personne, ne sont des « groupements ». La seconde : elles rendent compte de l'attribution de la personnalité juridique mais sans distinguer la personne morale de la personne physique. Par conséquent, une définition plus complète de la notion est nécessaire afin d'en saisir rigoureusement les contours.

**7. Une fiction juridique.** - La théorie de la fiction présentée par SAVIGNY au début du XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>36</sup> se fondait sur l'idée suivante: seul l'être humain, doué de volonté, pouvait être considéré comme un sujet naturel du droit, et si certains groupements se voyaient reconnaître un tel statut de personne, ce n'était que par l'autorisation du législateur. SAVIGNY faisait la

<sup>31</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 11<sup>e</sup> édition., 2017

<sup>32</sup> DEBARD Thierry et GUINCHARD Serge, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2017

<sup>33</sup> LAROUSSE, *Dictionnaire* [en ligne], [22 mai 2021]

<sup>34</sup> L. MICHOU, *La théorie de la personne morale et son application au droit français*, Paris : R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1932., n° 53.

<sup>35</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 28 janvier 1954, *Comité d'établissement de Saint Chamond*, n°54-07081.

<sup>36</sup> FC. (von) SAVIGNY, *Traité de droit romain*, Paris : Panthéon-Assas, 2002

différence entre « *juristische person* » (personne morale) et « *natürliche person* » (personne physique).

Une nouvelle fois cette conception ne permet pas de dégager un critère de distinction avec les personnes physiques, elles aussi fictives. En effet, la « personne » elle-même serait une fiction, en concluait l'historien du droit Yann THOMAS<sup>37</sup>. La personne physique ne désignerait pas l'individu au sens biologique mais une qualité fictive attribuée par le droit - cela était avant 1854 illustré par la mort civile. « *La personne physique sujet de droits et d'obligations n'est pas l'être humain concret, avec ses caractères physiques et psychiques propres: elle est une abstraction de l'ordre juridique* ». L'étymologie du mot « personne » illustre la manière dont le droit la considère: issu du latin *persona*, le terme renvoie aux masques portés par les acteurs de théâtre romain: « *l'homme (au sens biologique) y est alors mis en arrière plan* »<sup>38</sup>.

« *Notre droit a, dit-on, des fictions légales sur lesquelles il fonde la vérité de sa justice* » écrivait MONTAIGNE<sup>39</sup>. Il y aurait d'un côté la vérité naturelle, de l'autre la vérité juridique, fictive. Cela est vrai tant pour les personnes morales que pour les personnes physiques.

- 8. Un ensemble organique organisé et la détermination de sa volonté.** - « *Ces personnes morales n'ont ni chair, ni sang, pourtant elles ont des organes ; Elles n'ont pas de sentiments, pourtant elles ont une volonté ; Elles sont invisibles, pourtant elles agissent* » écrivait Emmanuel DREYER. Le déterminisme de la volonté a pu être étudié par Samuel FRANÇOIS dans sa thèse sur le consentement de la personne morale<sup>40</sup>. En présence d'une personne physique, ce mouvement relève de l'ordre de la psychologie cognitive en quatre temps: représentation du but, délibération, décision et exécution. Le droit ne se contente que de saisir la dernière étape, le consentement exprimé. Chez une personne morale, ce processus est visible et se symbolise par des réunions, des votes et des actes de représentation.

Cette théorie ne permet cependant pas, une nouvelle fois, de distinguer la personne morale de la personne physique. En effet, elle fait fi de l'hypothèse des articles 398 et suivants du Code civil: dans le cadre d'une tutelle avec conseil de famille, le consentement du majeur protégé, personne physique, est lui aussi déterminé par un processus volutif visible, organique et organisé.

<sup>37</sup> Y. THOMAS *Le sujet de droit, la personne et la nature*, *Le Débat*, Gallimard, 1998, p.85-107

<sup>38</sup> T-M. WU, « *Personne* » en droit civil français : 1804-1914, thèse de doctorat, droit, Université de Rome III, 2011, p.2.

<sup>39</sup> M. (de) MONTAIGNE Michel, *Les Essais en français moderne*, Paris : Gallimard, 2009, p.655.

<sup>40</sup> S. FRANÇOIS, *Le consentement de la personne morale*, thèse de doctorat, droit, Université Paris I, 2018

## B) UNE DÉFINITION PROPOSÉE DE LA PERSONNE MORALE FONDÉE SUR SON AUTONOMIE

9. **Un patrimoine affecté à la réalisation d'un but déterminé.** - La conception qui apparaît aujourd'hui la plus pertinente pour identifier la personne morale, afin de la différencier de la personne physique, est celle présentée par Guillaume WICKER et Jean-Christophe PANUCCO<sup>41</sup>. Ils définissent la notion selon deux dimensions: une dimension interne, organisationnelle, ce serait son objet, et une dimension externe, opposable, ce serait son but.

L'objet de la personne morale serait donc organisationnel. Il s'agirait dans un premier temps du patrimoine affecté. L'affectation peut constituer un premier critère de distinction entre la personne morale et la personne physique<sup>42</sup>. Alors que la personne physique acquiert son patrimoine de manière automatique dès lors que l'individu naît vivant et viable. La personne morale, elle, est créée par affectation. À titre d'illustration peuvent être cités: l'article 1832 du Code civil en ce qui concerne les sociétés - « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* », l'article 1er alinéa 1er de la loi 1901 pour les associations - « *L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices* » -, ou encore l'article 18 de la loi du 23 juillet 1987 pour les fondations - « *Une fondation désigne l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif* ».

Dans un second temps, ce patrimoine affecté sera organisé. En droit romain le mot « personne » recouvrait d'ailleurs originellement l'unité du patrimoine: « *on appelait personne le sujet de droit titulaire d'un patrimoine, et les agents (fils et esclaves) qu'il incluait et qui, par-là, étaient habilités à le représenter juridiquement* »<sup>43</sup>. La « personne » était donc intimement liée à la notion de « patrimoine ». Cela est d'autant plus le cas en présence d'une personne morale. L'objet de la personne morale est d'organiser cet ensemble de moyens matériel, humain et financier affectés.

Le but de la personne morale constitue le deuxième critère de distinction avec la personne physique en ce qu'il est déterminé. Contrairement à la personne physique qui est mue par un but

<sup>41</sup> J-C. PAGNUCCO et G. WICKER, *Personne morale* [en ligne], *Répertoire de droit civil*, septembre 2016, [consulté le 1er mars 2021], n°26

<sup>42</sup> Le terme « personne » est ici justement employé, la « personnalité » ne se réduisant qu'à son opposabilité.

<sup>43</sup> Y. THOMAS *Le sujet de droit, la personne et la nature*, *Le Débat*, Gallimard, 1998, n° 3, p. 85.

indéterminé — simplement elle vit — la personne morale quant à elle est mue par un but déterminé. Afin de saisir ce but de la personne morale, il peut être fait état de la notion d'« intérêt de la personne morale ». Cette notion était déjà avancée par la théorie de la réalité-technique de Léon MICHOUÉ étudiée plus haut: la personnalité morale devrait être attribuée à tout groupement disposant d'un intérêt propre et capable de le défendre. « *Il convient d'admettre, avec la théorie de la réalité technique, que la personnification d'un groupement suppose qu'il soit porteur d'un intérêt distinct* »<sup>44</sup>. L'intérêt dont il est ici question est celui fixé par l'acte juridique constitutif de la personne morale et elle devra agir conformément à celui-ci.

Mais pour que la personne morale puisse réellement discuter avec le monde extérieur encore faut-il qu'elle soit reconnue, autrement dit opposable. Doivent être distinguées « personne morale » et « personnalité morale », la seconde n'étant qu'une qualité attribuée à la première lorsque celle-ci devient opposable. La personne morale était d'ailleurs conçue en droit romain comme un simple outil technique n'ayant d'existence que dans les rapports avec les tiers. « *La personnalité morale correspond à une qualité particulière du groupement: son opposabilité. C'est par son opposabilité aux tiers que le groupement est constitué en personne morale, en un sujet de droit autonome* »<sup>45</sup>. L'attribution de la personnalité morale vient quelque part parfaire la naissance de cette nouvelle personne fictive en lui permettant de discuter avec le monde extérieur. Rappelons ici que selon HEGEL ce n'est que par ses rapports avec le monde extérieur que l'individu est et existe<sup>46</sup>. Par analogie, la personne morale ne peut donc que pleinement exister que lorsqu'elle devient opposable dans ses rapports avec les tiers. Et ce n'est qu'après que s'être rendue opposable que les mots de DUGUIT prennent sens, « *Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale* », auxquels SOYER ajoutait avec enthousiasme « *moi non plus, mais je l'ai souvent vue payer l'addition!* ».

**10. Le critère de l'autonomie.** - La personne morale nouvellement créée sera considérée comme un être du droit, une personne juridique à part entière, autonome. Dotée de la personnalité juridique, elle disposera d'un patrimoine propre comprenant obligations et droits patrimoniaux ou extra patrimoniaux. Le Digeste faisait déjà acte de ce principe d'autonomie de la personne morale au travers de la maxime « *Si quid universitati debetur, singulis non debetur; nec quod debet universitas singuli debent* » à savoir « *le patrimoine de la personne morale est distinct*

<sup>44</sup> J-C. PAGNUCCO et G. WICKER, *Personne morale* [en ligne], *Répertoire de droit civil*, septembre 2016, [consulté le 1er mars 2021], n°26

<sup>45</sup> J-C. PAGNUCCO et G. WICKER, *Personne morale* [en ligne], *Répertoire de droit civil*, septembre 2016, [consulté le 1er mars 2021], n°20,

<sup>46</sup> GWF. HEGEL, HEGEL Georg Wilhelm Friedrich, *Cours d'esthétique*, par W.-Fr. Hegel, analysé et traduit en partie par M. Ch. Bénard, Première partie, Paris : Joubert, 1840, Introduction.

*des patrimoines de ses membres* »<sup>47</sup>. L'autonomie de la personne morale est inhérente à la notion même de personne juridique. Grâce aux attributs qui lui appartiendront désormais en propre ainsi qu'au pouvoir d'agir qui lui sera reconnu, elle pourra mener une activité juridique autonome notamment ester en justice dans un intérêt distinct de l'intérêt personnel de ses membres<sup>48</sup>.

Cette autonomie du patrimoine de la personne morale ne doit cependant pas s'entendre comme indépendance totale vis à vis de ses membres. Le droit privé admet des atteintes exceptionnelles à l'autonomie de la personne morale<sup>49</sup> : dans les sociétés de personnes la responsabilité des associés se surajoute à celle de la personne morale, la capacité de la personne morale est parfois liée à l'existence de certaines qualités en la personne de ses membres (par exemple pour déterminer la nationalité ou encore pour déterminer l'exercice d'une profession afin de bénéficier ou non de la qualité de non-professionnel en droit de la consommation), une procédure collective frappant la personne morale pourra être étendue à une autre personne en cas de confusion des patrimoines ou de fictivité sur le fondement de l'article L.621-1 du Code de commerce, ou encore la transparence de certaines personnes morales conduit à imposer leurs membres directement sur leurs revenus.

Cette autonomie de la personne morale se déploie quant à son patrimoine mais aussi quant à sa volonté. Cela est régulièrement rappelé par l'administration fiscale en matière d'acte anormal de gestion. En effet, en matière de charges déductibles, le principe est la liberté de gestion: les actes opérés par le contribuable pour limiter sa charge fiscale sont opposables à l'administration. L'administration fiscale « *n'a pas à se prononcer sur l'opportunité des choix arrêtés par une entreprise pour sa gestion* »<sup>50</sup>. Toutefois, l'administration fiscale peut écarter l'acte dès lors qu'il s'agit d'un acte anormal de gestion, et sur ce point « *constitue un acte anormal de gestion l'acte par lequel une entreprise décide de s'appauvrir à des fins étrangères à son intérêt* »<sup>51</sup>. Le droit fiscal, à l'opposé du droit de la concurrence, se refuse d'admettre un intérêt du groupe<sup>52</sup>. Chaque entreprise, en raison de son autonomie, doit poursuivre son seul intérêt individuel. Les aides purement financières consenties par une société-mère à sa filiale, ne sauraient être déductibles du résultat fiscal faute d'intérêt commercial<sup>53</sup>. Par principe

<sup>47</sup> H. PAERELS-Albot, *Le dépassement de la personnalité morale*, thèse de doctorat, droit, Université de Lille II, 2008, p.3, n°3,

<sup>48</sup> G. WICKER, *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT*, in *Études à la mémoire du Professeur Bruno OPPETIT*, Paris : Litec, LexisNexis. 2009, p. 693, n° 5

<sup>49</sup> L. FIRLEY, *Entreprise et patrimoine*, thèse de doctorat, droit, Université de Dijon, 2015

<sup>50</sup> CE, 9e et 10 e ss-sect., 23 janvier 2015, *SAS Rottapharm*, n° 369214.

<sup>51</sup> CE, plén., 21 décembre 2018, *Sté Crœe Suisse*, n° 402226.

<sup>52</sup> CE, 28 avril 2006, *Atys France*, n° 278738 et CE, 28 avril 2006, *Sté SEEE*, n° 277572.

<sup>53</sup> M. COZIAN, F. DEBOISSY Florence et M. CHADEFaux, *Précis de fiscalité des entreprises*, Paris : LexisNexis, 2019/2020, p. 122, n°291 s., et p. 453, n° 1189 s.

d'égoïsme sacré, la personne morale ne saurait poursuivre un autre intérêt que le sien. Elle n'a à poursuivre ni le but de ses membres constitutifs, ni celui d'un quelconque groupe: le but de la personne morale est celui fixé dans son acte constitutif.

En droit de la concurrence, cette autonomie de la personne morale est mise à l'épreuve. Le droit de la concurrence semble dépasser l'autonomie de la personne morale pour appréhender les phénomènes économiques de manière fonctionnelle. À l'instar de la thèse d'Hélène PAERELS sur « *Le dépassement de la personnalité morale* » en droit fiscal et en droit privé<sup>54</sup>, elle semble aussi mise à l'épreuve par le droit de la concurrence qui contribue aux atteintes à son autonomie. Mais il ne s'agit pas de n'importe quelle autonomie: il s'agit de l'autonomie juridique de la personne morale. L'entreprise, quant à elle, bénéficie aussi d'une autonomie: l'autonomie économique<sup>55</sup>. La question de l'autonomie sera ainsi centrale dans la présente recherche, d'où le choix de l'intégrer dans la définition de la personne morale

**11. La définition de la personne morale.** - Il s'agit donc de proposer une définition de la personne morale qui permette de la distinguer de la personne physique mais aussi de la notion d'entreprise. Quant à la première distinction, la dualité objet-but proposée par Guillaume WICKER et Jean-Christophe PAGNUCCO<sup>56</sup> semble la plus pertinente ; quant à la seconde, il s'agit du critère de l'autonomie qui semble être la clef de la réflexion et qui aura une importance particulière en droit de la concurrence. La définition proposée de la personne morale est donc la suivante:

**« La personne morale est un sujet de droit, créé par l'affectation de moyens à la réalisation d'un but déterminé, et doté en cette qualité de l'autonomie juridique ».**

**12. Transition.** - Après avoir identifié l'objet de la recherche, la personne morale (I), il s'agit désormais d'en délimiter son domaine (II).

<sup>54</sup> H. PAERELS-Albot, *Le dépassement de la personnalité morale*, thèse de doctorat, droit, Université de Lille II, 2008

<sup>55</sup> L. ARCELIN-LÉCUYER Linda, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, thèse de doctorat, droit, Université de Montpellier I, 2001, p. 250 s.

<sup>56</sup> J-C. PAGNUCCO et G. WICKER, *Personne morale* [en ligne], *Répertoire de droit civil*, septembre 2016, [consulté le 1er mars 2021]

## II. LE DOMAINE DE LA RECHERCHE : LE DROIT DES MARCHÉS

**13. Un droit mozaïque.** - Le droit de la concurrence est un droit « mozaïque » situé « à la croisée de plusieurs disciplines »<sup>57</sup>: droit privé, droit public, droit pénal, droit processuel, droit européen, histoire, diplomatie et sciences politiques. Se limiter au seul livre IV du Code de commerce, pleinement consacré à la concurrence, ne permettrait pas de saisir l'ensemble des situations. Il est nécessaire de manier à la fois le Code civil, le Code de commerce ou encore le Code de la propriété intellectuelle. La jurisprudence y trouve aussi une place fondamentale en la matière (notamment en action en concurrence déloyale, responsabilité de création prétorienne). Quant aux sources européennes, celles-ci ont une place particulièrement importante en droit des marchés. Enfin, le droit des libertés fondamentales a lui-aussi vocation à s'appliquer: la Charte des droits fondamentaux de l'UE ou encore l'article 6 de la CEDH disposant des garanties pénales.

Si le droit de la concurrence est dit « mozaïque », il est en revanche loin d'être chaotique et peut se scinder en deux ordres : le droit des marchés concurrentiels qui a pour objet la protection de la concurrence elle-même, et, le droit des concurrents qui a pour objet la protection des opérateurs. Cette dichotomie n'est pas si stricte: le droit des concurrents permet une stabilité des structures du marché ; et inversement le droit des marchés concurrentiels protège *in fine* les concurrents qui bénéficient d'un retour aux règles normales de concurrence — *cela étant d'autant plus le cas avec la possibilité pour eux d'intenter une action privée en indemnisation des pratiques anti-concurrentielles* —.

**14. Le droit des concurrents, branche non retenue** - Cette branche, destinée à protéger les concurrents, englobe un encadrement des clauses contractuelles (*clauses de non-concurrence, du client le plus favorisé, de confidentialité ou encore de non-réaffiliation*), le droit de la transparence (C. com., art. L. 441-1 à L. 441-16), le droit des pratiques contractuelles restrictives de concurrence (C. com., art. L. 442-1 à L. 442-8), et la responsabilité pour concurrence déloyale.

Cette branche du droit de la concurrence ne posera ici aucune difficulté quant à la personne morale dès lors que c'est elle qui aura la capacité juridique d'une part de contracter, et, d'autre part de commettre des délits civils. La présente recherche se concentrera donc sur la deuxième branche du droit de la concurrence : le droit des marchés concurrentiels.

---

<sup>57</sup> J-C. RODA, *Droit de la concurrence*, Paris : Dalloz, 2019, p. 2.

**15. Le droit des marchés concurrentiels, délimitation de la recherche.** - Cette branche du droit de la concurrence s'attache à protéger le marché. Ce marché est un lieu déterminé géographiquement sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour des produits ou des services spécifiques « *parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs* »<sup>58</sup>. Ces trois critères — que sont la géographie, l'objet et la substituabilité<sup>59</sup> — son repris dans la définition donnée par la Commission européenne: « *Un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ ou services que le consommateur considère comme interchangeable ou substituables (...). Le marché géographique comprend le territoire sur lequel les entreprises sont engagées (...), sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué des zones géographiques voisines* »<sup>60</sup>.

Les règles du droit des marchés trouvent à s'appliquer selon que l'action intentée a une origine publique — *public enforcement* — ou privée — *private enforcement* —.

En matière d'action publique — *public enforcement* —, outre la prohibition des aides d'Etat de l'article 107 du TFUE, les autorités de la concurrence sont amenées à effectuer plusieurs contrôles d'amont dits *ex ante* ou d'aval dits *ex post*. Les contrôles *ex ante* concernent les concentrations — à savoir les combinaisons de plusieurs entreprises par fusion, acquisition ou création d'une nouvelle entité (Règl. n°139/2004, art. 14.2 et C. com, art. L. 430-8) —, et les puissances d'achat — à savoir les coordinations entre les centrales d'achat de la grande distribution (C. com. art. L. 462-10) —, et imposent aux opérateurs concernés un devoir de notification pour validation à l'Autorité de la concurrence ou à la Commission européenne selon des critères de natures et de seuils. Quant aux contrôles *ex post*, ils sanctionnent *a posteriori* deux catégories de comportements: les ententes entre opérateurs « *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 (...) expresses ou tacites ou coalitions* » (TFUE, art. 101 et C. com., art. L420-1), et les abus de domination dans des hypothèses de rapports verticaux pouvant « *notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées, (...) en pratiques discriminatoires* » (C. com., art. L. 420-2). Dans ces contrôles *ex post* sont visés les pratiques anti-concurrentielles (TFUE, art. 101 et 102).

<sup>58</sup> Cons. conc., *Rapport annuel d'activité 2001* [en ligne], [consulté le 1er avril 2021], Juillet 2002

<sup>59</sup> J-C. RODA, *Droit de la concurrence*, Paris : Dalloz, 2019, p. 37.

<sup>60</sup> Comm. eur., *Communication de la Commission sur la définition du marché en cause* [en ligne], [consulté le 1er mai 2021], Décembre 2007.

En matière d'action privée — *private enforcement* —, les victimes de pratiques anti-concurrentielles peuvent demander une indemnisation de leurs préjudices (C. com., art. L. 481-1 et suivants ). Ainsi, les acteurs de la vie du marché sont amenés à participer à la protection du marché lui même et à la mise en oeuvre de sanctions civiles des pratiques anti-concurrentielles (TFUE, art. 101 et 102).

Ce droit des marchés est un droit profondément européen, qui trouve ses sources tant dans la loi nationale que dans les textes communautaires, qui doit s'adapter aux phénomènes économiques et être suffisamment réactif pour les appréhender. C'est dans cette branche là que la question de la notion d'entreprise dépassant la personne morale se pose ; c'est donc dans cette branche là que se déroulera la présente recherche.

- 16. Transition.** - Après avoir identifié l'objet de la recherche, la personne morale (I), le domaine de la recherche, le droit des marchés (II), une approche préalable des enjeux est nécessaire avant de rentrer dans le coeur de la réflexion (III).

### III. APPROCHE PRÉLIMINAIRE DU SUJET

- 17. La confrontation entre « entreprise » et « personne morale ».** - S' « *il n'existe pas d'autre critère d'appréciation d'une technique que l'examen de son efficacité* » selon VIRALLY<sup>61</sup>, alors le droit de la concurrence a fait le choix de privilégier l'entreprise à la personne morale. L'entreprise serait le réel « *sujet du droit de la concurrence* »<sup>62</sup>. Elle est vue comme une notion fonctionnelle, plus économique que juridique, destinée à cerner au mieux les phénomènes du marché<sup>63</sup>. L'activité économique devient l'alpha et l'omega du droit de la concurrence. Elle en constitue à la fois le critère d'identification de la notion d'entreprise et sa justification.

- 18. L'activité économique, seul critère d'identification de l'entreprise.** - Les réflexions sur la notion d'entreprise et sur ses critères d'identification ne sont pas nouveaux. Le traité de Paris du 18 avril 1951 instaurant la CECA en posait déjà une définition en son article 80: « *les entreprises (...) sont celles qui exercent une activité dans le domaine du charbon et de l'acier à l'intérieur des territoires visés (...) et (...) qui exercent habituellement une activité de distribution autre que la vente aux consommateurs domestiques ou à l'artisanat* ». Il est intéressant de noter que déjà l' « entreprise » était définie de manière fonctionnelle : il s'agissait

<sup>61</sup> M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris Université Panthéon-Assas : LGDJ, 1980, p. XXIX

<sup>62</sup> L. ARCELIN-LÉCUYER, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, thèse de doctorat, droit, Université de Montpellier I, 2001, p. 467, n°626.

<sup>63</sup> J-C. RODA, *Droit de la concurrence*, Paris : Dalloz, 2019, p. 42.

d'identifier les opérateurs qui devaient se soumettre aux dispositions du traité. Les difficultés apparurent cependant dans les jurisprudences qui s'ensuivirent et qui tentèrent d'appliquer ce traité. Plusieurs arrêts mêlèrent ainsi « entreprise » et « personne juridique » dans leurs écrits : « *la notion d'entreprise au sens du traité s'identifie au concept de personne physique ou morale* »<sup>64</sup> ou encore « *la notion d'entreprise aux fins du mécanisme de péréquation s'identifie au concept de personne physique ou morale* »<sup>65</sup>.

Les jurisprudences faisant suite au traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la CEE maintenaient ce rapprochement entre les notions: « *la notion d'entreprise coïncide avec la notion de personne physique ou morale. Cette notion serait également applicable dans le cadre du Traité CEE* »<sup>66</sup>. Mais, apparaissaient dans le même temps des jurisprudences faisant un autre rapprochement, cette fois-ci de manière expresse, entre la notion d'entreprise et l'activité économique: « *les entreprises sont des personnes physiques ou morales qui **participent activement et indépendamment à la vie économique*** »<sup>67</sup>.

Si auparavant les deux notions se confondaient, cette confusion présentait de nombreux inconvénients « *à commencer par le risque d'inefficacité qu'elle faisait peser sur le droit de la concurrence* ». L'abandon de cette confusion a peu à peu été préconisé par la doctrine tant il est évident que les groupes de société, pourtant dépourvu de personnalité juridique, ne peuvent être exclus du rayonnement du droit de la concurrence<sup>68</sup>. Et depuis plus de trente ans maintenant<sup>69</sup>, les autorités européennes comme nationales définissent de l'entreprise comme « *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique* » reprenant ainsi la définition déjà proposée dans l'arrêt *Hofner* rendu en 1991 par la CJCE<sup>70</sup>. Dès lors, les textes du droit de la concurrence, tant communautaires que nationaux, utilisent la notion d'entreprise de manière prédominante par rapport à la personne morale. Dans le seul livre IV du Code de commerce pleinement consacré à la concurrence, l'entreprise apparaît près de 103 fois contre 46 pour la notion de personne morale. Et ce choix n'est pas maladroit mais fait bel et bien sens dès lors que « *les deux notions ne se confondent plus* »<sup>71</sup>. Et cela est astucieux en permettant d'aller « *au-delà de la personne juridique en appréhendant le groupe de sociétés, voire plus*

<sup>64</sup> CJCE, 22 mars 1961, *Société nouvelle des usines de Pontlieue Aciéries du Temple*, aff. 42 et 49/59

<sup>65</sup> CJCE, 16 juin 1966, *Accierie e ferriere di Solbiate*, aff. 50/65

<sup>66</sup> CJCE, 13 juillet 1966, *Etablissements Constens SARL et Grundig-Verkaufs GmbH*, aff. 56 et 58-64.

<sup>67</sup> CJCE, 13 juillet 1966, *Gouvernement de la République italienne*, aff. C-32-65.

<sup>68</sup> L. ARCELIN, *La notion d'entreprise en droit interne et européen de la concurrence*, Juris'Classeur Concurrence - Consommation, fascicule 35, Septembre 2016, p.4, n°9.

<sup>69</sup> L. ARCELIN-LÉCUYER, *La contagion de la notion d'entreprise en droit économique*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n°11, Mars 2014, p.2, n°5

<sup>70</sup> CJCE, 23 avril 1991, *Hofner*, aff. C-41/90

<sup>71</sup> E. CLAUDEL, *Autonomie et notion d'entreprise*, Revue Contrats Concurrence Consommation n°6, dossier 7, Juin 2020, p. 1, n°3

*rarement en-deçà de la personne en raisonnant par rapport aux membres du groupement, voire à l'établissement ou à l'unité de production »<sup>72</sup>.*

**19. L'activité économique, critère d'application du droit de la concurrence.** - Une fois l'entreprise identifiée par son activité économique, c'est justement parce qu'elle exerce cette activité économique qu'elle est dans le champ d'application du droit de la concurrence. S'il a été dit que la notion d'entreprise était une notion fonctionnelle, bien parce qu'elle a une fonction: intégrer le domaine du droit de la concurrence.

Le droit de la concurrence s'applique donc à toute entité, indépendamment de son statut juridique, exerçant une activité économique entendue classiquement comme « *toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné* »<sup>73</sup>. Sont naturellement visées les sociétés commerciales dès lors que leur but est naturellement de réaliser cette activité économique, mais pas seulement. Outre ce particularisme, propre au droit de la concurrence, considérant le groupe de sociétés comme une unité économique<sup>74</sup>, l'appréhension de l'activité économique devient plus complexe lorsqu'entrent en jeu : les entreprises publiques<sup>75</sup> — et ce depuis l'affaire *Ville de Pamiers*<sup>76</sup> —, les professions libérales, le secteur social ou encore le secteur sportif<sup>77</sup>. Une fédération sportive peut ainsi réaliser une activité économique dès lors qu'elle négocie des contrats et que son comportement peut influencer le marché concurrentiel<sup>78</sup> ; c'est aussi le cas d'une entité dont l'activité principale consiste en des prestations de services dans le domaine de la mise au travail de demandeurs d'emplois handicapés<sup>79</sup>. Le critère de l'activité économique est donc suffisamment souple pour permettre en tout état de cause de protéger le marché. Ici particulièrement, se révèle le caractère fonctionnel de la notion d'entreprise : cette notion permet de qualifier toute entité susceptible d'affecter le marché.

**20. Utilisation minimale nécessaire de la personne morale.** - Si le droit de la concurrence semble se détacher progressivement de la personne morale il ne peut totalement s'en astreindre dès lors que elle seule dispose en théorie de la capacité juridique.

<sup>72</sup> L. IDOT, *La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel*, *Concurrences, Doctrines*, Concurrences N° 2-2006, 2006, p. 6, n°28

<sup>73</sup> CJCE, 20 mars 1985, *British Telecom*, aff. 41/83.

<sup>74</sup> L. ARCELIN-LÉCUYER, *L'entreprise et le groupe de société en droit communautaire de la concurrence : de l'unité économique à la représentation unique*, *Revue Le Lamy Droit des Affaires* N°48, Avril 2010

<sup>75</sup> D. MAINGUY, M. DEPINCÉ et M. CAYOT, *Droit de la concurrence*, Paris : LexisNexis, 2019, p.255, n°232.

<sup>76</sup> Cons. conc., 17 mai 1988, *Ville de Pamiers*, n° 88-D-24 et T. confl., 6 juin 1989.

<sup>77</sup> L. ARCELIN, *La notion d'entreprise en droit interne et européen de la concurrence*, *Juris'Classeur Concurrence - Consommation*, fascicule 35, Septembre 2016, p.6 s., n°21 s.

<sup>78</sup> TPICE, 26 janvier 2005, *Piau FIFA*, aff. T-193/02

<sup>79</sup> TPICE, 1er juillet 2009, *KG Holding e.a*, aff. T-81/07

La personne morale fait un petit retour dans le devoir de notification imposé par les contrôles *ex ante* en amont des opérations de concentrations et de rapprochements entre puissances d'achat. Pour réaliser cette de notification les textes utilisent naturellement la notion de personne : « *l'obligation de notification incombe aux personnes physiques ou morales qui acquièrent le contrôle de tout ou partie d'une entreprise ou, dans le cas d'une fusion ou de la création d'une entreprise commune, à toutes les parties concernées qui doivent alors notifier conjointement* » (C. com., art. L. 430-3 al. 2), ou encore « *si une opération de concentration a été réalisée sans être notifiée, le ministre chargé de l'économie peut infliger aux personnes auxquelles incombait la charge de la notification une sanction pécuniaire* » (C. com., art. L. 430-8, I)

Ce sera ainsi dans l'application des règles processuelles que la personne morale ne pourra totalement s'éclipser derrière la notion d'entreprise. Cependant même en droit processuel de la concurrence l'entreprise tend à dépasser progressivement la personne morale particulièrement en *public enforcement*. C'est en *private enforcement* que la personne morale trouvera une assise stable. L'étude tant des règles substantielles que processuelles retiendront donc l'attention de cette recherche.

#### IV. AXE DE LA RECHERCHE

**21. Problématique.** - La recherche absolue de l'efficacité de ses règles a dessiné un dépassement progressif de la personne morale par le droit de la concurrence. Afin d'appréhender au mieux l'activité économique et les phénomènes de marchés, le droit de la concurrence a ainsi préféré remplacer tant que possible la personne morale par la notion d'entreprise. Pourtant, restant une discipline juridique, il semblerait qu'elle ne saurait se détacher totalement de toute assise juridique. Questionner la place de la personne morale en droit de la concurrence c'est alors se demander ce qu'il reste d'elle dans la matière et s'il est possible pour elle de s'en détacher totalement.

Alors, *le droit de la concurrence dépasse-t-il totalement la personne morale ?*

**22. Orientation de la recherche.** - La réponse à cette question ne peut être fixe. En effet, le dépassement de la personne morale opéré par le droit de la concurrence est progressif tant dans ses composantes que dans le temps. Afin d'étudier au mieux ce phénomène de progression, il convient de constater une scission du droit de la concurrence, entre là où la personne morale est totalement dépassée, et là où la personne morale est encore en train de se faire doubler par la notion d'entreprise sans que cela soit encore entièrement le cas.

Là où la personne morale est totalement dépassée par le droit de la concurrence, la notion d'entreprise a pu s'illustrer en palliatif aux risques d'inefficacité de la discipline. Il s'agit des règles substantielles du droit de la concurrence, celles qui permettent d'identifier l'auteur d'une pratique anti-concurrentielle, d'imputer une faute ou encore de soumettre les opérations déclaratives à des régimes plus ou moins sévères ou plus ou moins souples. Le droit de la concurrence dépasse ici la personne morale et son carcan juridique afin d'appréhender l'entreprise dans l'espace et dans le temps. Dans l'espace, le droit de la concurrence ne se borne plus aux limites de l'autonomie de la personne morale mais préfère appréhender l'unité économique de l'entité et fait du groupe ou encore de l'établissement un sujet de droit unique. Dans le temps, le droit de la concurrence prend en compte la continuité économique de l'opérateur afin de responsabiliser les sociétés absorbantes du fait des pratiques anti-concurrentielles commises par les sociétés absorbées.

Là où la personne morale n'est pas encore dépassée par le droit de la concurrence, elle est cependant en train de se faire ronger par la notion d'entreprise. Il s'agit des règles processuelles du droit de la concurrence. Ce phénomène de dépassement progressif de la personne morale par la notion d'entreprise s'observe également en droit processuel de la concurrence. Quant à l'action des autorités publiques — *public enforcement* — ce dépassement est presque total, la personne morale n'y restant que très résiduelle. Quant à l'action privée en indemnisation des pratiques anti-concurrentielles — *private enforcement* — ce dépassement ne semble pas du tout s'opérer, cette action devant aussi répondre aux règles de procédure civile classique.

**23. Plan.** - Suivant l'évolution de ce phénomène, le dépassement acté de la personne morale en droit substantiel de la concurrence (**PARTIE I**) puis le dépassement progressif de la personne morale en droit processuel de la concurrence (**PARTIE II**).

**PARTIE I :**  
**UN DÉPASSEMENT ACTÉ DE LA PERSONNE MORALE**  
**EN DROIT SUBSTANTIEL DE LA CONCURRENCE**

**24. Amorce.** - Le droit substantiel de la concurrence, à savoir celui « *qui touche au fond par opposition au droit procédural* »<sup>80</sup> est avant toute chose fonctionnel. Il s'attache à protéger le marché le plus efficacement possible. Il s'astreint alors des limites posées par la personne morale et ce dans deux dimensions:

Il dépasse premièrement la personne morale dans ses limites spatiales. En ne s'astreignant plus à l'autonomie de la personne morale, le droit substantiel de la concurrence redéfinit les bornes du sujet de droit afin d'appréhender correctement l'opérateur de marché. Ce dépassement spatial de la personne morale se fait au travers de l'« *unité économique* ». La question qu'il se pose est: *qui fait un ? qui est un « tout indivisible »<sup>81</sup> et agit de manière « harmonieuse » sur le marché ? Qui exerce de manière unitaire l'activité économique et donc doit répondre de ses comportements anti-concurrentiels ?* L'appréhension de l'unité économique se fera ainsi au-delà de la personne morale, à l'échelle du groupe, ce qui permettra d'analyser de façon globale la position concurrentielle du groupe sur le marché ou encore de sanctionner la société-mère pour les pratiques commises par ses filiales. En contrepartie, et de manière cohérente, le groupe se verra appliquées de manière atténuée les règles relatives aux concentrations et ententes en cas d'opérations intra-groupe. L'appréhension de l'unité économique pourrait également se faire en-deçà de la personne morale à l'échelle de l'établissement. De cette manière, cette nouvelle approche serait vectrice d'exonération de responsabilité de la personne morale dès lors exonérée tenues des comportements de sa succursale autonome.

Il dépasse deuxièmement la personne morale dans le temps. En ne s'astreignant plus à temporalité la vie de la personne morale, le droit substantiel de la concurrence propose une solution novatrice en cas de restructurations de société. En raison de la continuité économique dans le temps il s'autorise à sanctionner une société absorbante pour les pratiques anti-concurrentielles commises par l'absorbée.

**25. Plan.** - Suivant cette logique spatiale puis temporelle, le dépassement de la personne morale en raison de l'appréhension de l'unité économique (**CHAPITRE I**) puis le dépassement de la personne morale en raison de l'appréhension de la continuité économique (**CHAPITRE II**) seront étudiés dans deux chapitres successifs.

---

<sup>80</sup> G. CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 11e édition., 2017

<sup>81</sup> LAROUSSE, *Dictionnaire* [en ligne], [consulté le 22 mai 2021]

**CHAPITRE I :**  
**LE DÉPASSEMENT DE LA PERSONNE MORALE**  
**EN RAISON DE L'APPRÉHENSION DE L'UNITÉ ÉCONOMIQUE**

**26. Amorce.** - S'astreindre à l'autonomie spatiale de la personne morale, à savoir la forme juridique de la société, heurterait le droit de la concurrence à des bornes infranchissables rendant ses mécanismes inefficaces.

En effet la technique des groupes de sociétés permettrait aux opérateurs d'éviter les seuils de contrôles du droit des marchés. Ces groupes de sociétés ont un poids économique qui ne saurait être oublié. Pour des raisons fonctionnelles, **le droit de la concurrence dépasse donc la société et analyse le groupe comme une entité autonome, une unité économique.** Cela n'est pas sans effet sur la personne morale. Tantôt cette appréhension du groupe de sociétés sera un facteur d'aggravation de sa responsabilité. La personne morale sera ainsi replacée dans un environnement concurrentiel et l'analyse de la position de l'opérateur s'effectuera à l'échelle du groupe. Aussi, l'infraction pourra être imputée opportunément ou conjointement, ou à la société-mère ou à sa filiale appartenant au même groupe. Tantôt, et de manière plus exceptionnelle, cette appréhension du groupe de sociétés sera un facteur d'atténuation de la responsabilité de la personne morale dès lors que ne seront plus qualifiés de concentrations ou d'ententes les opérations intra-groupes.

Si l'unité économique peut être appréhendée par le droit de la concurrence à l'échelle du groupe, **le dépassement de l'autonomie spatiale de la personne morale peut se faire non-seulement au-delà de la société mais aussi en-deçà de celle-ci, à l'échelle de l'établissement.** Cette autonomie de la succursale a été historiquement la première à être reconnue par le droit de la concurrence et devrait emporter ici aussi des effets quant à la responsabilité de la personne morale. Pourtant elle n'est en pratique que très difficilement prouvable et ne reste donc que très théorique.

**27. Plan.** - Afin de démontrer ce dépassement spatial de la personne morale par le droit de la concurrence, seront ainsi successivement étudiés l'appréhension de l'unité économique à l'échelle du groupe (**Section I**), puis à l'échelle de l'établissement (**Section II**).

## Section I — L'unité économique appréhendée à l'échelle du groupe

**28. Plan.** - L'appréhension du groupe comme un sujet autonome du droit de la concurrence, si elle permet de dépasser les limites fonctionnelles de l'autonomie de la personne morale (Paragraphe I), elle emportera cependant plusieurs effets juridiques sur cette personne morale lorsqu'il s'agit d'analyser la situation de l'opérateur sur le marché et *in fine* d'identifier l'auteur de l'infraction (Paragraphe II).

### Paragraphe I — L'appréhension du groupe comme sujet autonome du droit de la concurrence

**29. Les limites fonctionnelles de l'autonomie de la personne morale.** - « *La soumission aux règles de concurrence des seules entités dotées de la personnalité juridique priverait ce droit de toute efficacité* » selon Marie-Chantal BOUTARD-LABARDE et Guy CANIVET<sup>82</sup>. En effet, et cela est aisément compréhensible, la seule technique juridique et ses avantages que recouvre l'autonomie de la personne morale ne pourrait à elle seule entraver le bon fonctionnement des règles de droit de la concurrence. Il suffirait dès lors pour chaque opérateur de créer une société, donc en principe autonome, pour réaliser une opération spéciale, afin de s'affranchir des règles concurrentielles. La difficulté se trouve à l'échelle du groupe de sociétés à qui le législateur refuse d'octroyer la personnalité juridique. Le groupe se retrouverait hors champ de la discipline, ce qui apparaîtrait avoir peu de sens tant leur poids économique est considérable sur le marché. Le juge quant à lui, qui s'est portant octroyé la possibilité d'attribuer la personnalité juridique depuis l'arrêt *Comité d'établissement de Saint Chamond* de 1954<sup>83</sup>, se refuse lui-aussi d'octroyer cette personnalité juridique depuis un arrêt rendu par la chambre commerciale en 1996: « *un groupe de société étant dépourvu de la personnalité juridique et de la capacité de contracter* »<sup>84</sup>. Cette solution étant régulièrement rappelée<sup>85</sup> à la fois par le juge de cassation<sup>86</sup> et par les juges du fond<sup>87</sup>.

<sup>82</sup> M-C BOUTARD-MABARDE et G. CANIVET Guy, *Droit français de la concurrence*, Paris : LGDJ, 1994p.15, n°11.

<sup>83</sup> Cass. 2e civ., 28 janvier 1954, *Comité d'établissement de Saint Chamond*, n°54-07081.

<sup>84</sup> Cass. com., 2 avril 1996, n°94-16.380.

<sup>85</sup> N. MATHEY, *Rupture brutale de relations commerciales établies*, Revue Contrats Concurrence Consommation, n°6, Juin 2019, n° 3

<sup>86</sup> Cass. Com, 16 octobre 2019, 18-10.806

<sup>87</sup> CA Paris, pôle 5, ch. 4, 13 janv. 2021, n° 18/18549

Limiter l'application des règles du droit de la concurrence aux seules personnes juridiques rendraient celles-ci inefficaces, que cela soit en matières d'entente, d'abus de position dominante ou encore de concentrations<sup>88</sup>.

En matière d'entente, sont prohibées les « *Les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions* » notamment lorsqu'elles ont pour objet ou effet de limiter l'accès au marché, faire obstacle à la fixation des prix, limiter la production ou encore répartir le marché (TFUE, art. 101, 1 ; C. com., art. L.420-1). Ne pas prendre en compte le groupe de sociétés reviendrait à immuniser une société-mère dictant une politique concurrentielle agressive à ses filiales, et, *a contrario* sanctionner tout accord au sein du groupe.

En matière d'abus de position dominante est prohibée l'exploitation de sa position sur le marché par l'opérateur se rendant coupable par exemple de pratiques discriminatoires, de refus de vente ou encore de vente liée (TCE, art. 82 ; C. com., art. L. 420-2). Ne pas prendre en compte le groupe reviendrait à ne pas reconnaître la position dominante de l'opérateur sur le marché.

En matière de concentrations, sont concernées les combinaison de plusieurs opérateurs par fusion, acquisition ou création ayant pour effet de concentrer une de trop grandes parts de marchés au sein de la même entité (Règl. n°139/2004, art. 14.2 et C. com, art. L. 430-8). Une nouvelle fois, ne pas prendre en compte le groupe de sociétés rendrait le contrôle inefficace. Il suffirait qu'une société soit créée spécialement pour l'opération afin de se trouver au-dessous des seuils fixés pour échapper au contrôle.

**30. La reconnaissance du groupe de sociétés comme unité.** - Bien que cela paraissait être une anomalie du droit des affaires tant les branches rappellent le principe d'autonomie de la société — notamment le droit fiscal en matière d'aides intra-groupes<sup>89</sup> —, la reconnaissance du groupe de sociétés comme entité unique n'est pas nouvelle. Les premiers pas se sont faits en matière de délit d'abus de pouvoir dans un arrêt rendu par la Cour d'Appel de Paris en 1965. Elle considérait en l'espèce que « *pour apprécier si un délit d'abus de pouvoir a été commis, il convient de rechercher si les obligations contractées réciproquement par les deux sociétés s'équilibrent sur le plan économique* ». Aujourd'hui l'importance du groupe de sociétés se déploie dans les différentes branches du droit: — droit des affaires, droit fiscal, droit de la concurrence, droit social et même droit de l'environnement — sans que ne puisse

<sup>88</sup> L. ARCELIN-LÉCUYER, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, thèse de doctorat, droit, Université de Montpellier I, 2001, p. 48 s., n°49 s.

<sup>89</sup> M. COZIAN, F. DEBOISSY Florence et M. CHADEFaux, *Précis de fiscalité des entreprises*, Paris : LexisNexis, 2019/2020, p. 122, n°291 s., et p. 453, n° 1189 s.

s'en détacher un droit commun<sup>90</sup>. Cela nous distingue par ailleurs du droit allemand offrant depuis 1965 un régime légal du groupe de sociétés, dont l'attribution est fondée sur un principe de volontarisme des groupes. Sont ainsi distingués les groupes de droit, ayant contractuellement opté pour le régime, des groupes de faits qui n'ont pas choisi cette option. Ses différentes applications dans les diverses branches du droit sont avant tout fonctionnelles.

Mais c'est certainement sur le terrain du droit de la concurrence communautaire que le groupe de société a su affirmer son existence au travers de son unité économique, et ce dès le début, afin d'appréhender la position de l'opérateur sur le marché, d'imputer ses infractions et même de calculer le montant de l'amende<sup>91</sup>. C'est en droit de la concurrence que le groupe de société aura su trouver son autonomie, sous la notion d'entreprise, en tant qu'unité économique, autrement dit, selon les termes de la jurisprudence communautaire: « *une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels poursuivant de façon durable un but économique* »<sup>92</sup>.

- 31. Transition.** - De cette manière le droit de la concurrence dépasse la personne morale afin d'appréhender le groupe de sociétés comme une unité économique et comme sujet autonome du droit de la concurrence (Paragraphe I) ce qui aura des effets importants sur cette-même personne morale (Paragraphe II).

Paragraphe II — Les effets de l'appréhension du groupe  
comme sujet autonome du droit de la concurrence sur la personne morale

- 32. Plan: Aggravation ou atténuation.** - La reconnaissance du groupe en tant que sujet autonome du droit de la concurrence est essentiellement un facteur d'aggravation de responsabilité (A), mais *a contrario* il peut exceptionnellement être un facteur d'atténuation des règles du droit de la concurrence (B)<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> P. ESTRABAUD, *Les groupes de sociétés et droit de la concurrence et en droit fiscal*, mémoire de master, droit, Université Panthéon-Assas Paris II, 2014

<sup>91</sup> L. ARCELIN-LÉCUYER, *L'entreprise et le groupe de société en droit communautaire de la concurrence : de l'unité économique à la représentation unique*, Revue Le Lamy Droit des Affaires N°48, Avril 2010

<sup>92</sup> Trib. UE, 3 mars 2011, *Areva et Alstom*, aff. T-117/07 et T-121/07 ; Trib. UE, 3 mars 2011, *Siemens AG Österreich et VA Tech Transmission & Distribution*, aff. jtes. 122/07 à T-124/07 ; Trib. UE, 12 juillet 2011, *Fuji Electric Co. Ltd*, aff. T-132/07

<sup>93</sup> L. IDOT, *La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel*, *Concurrences, Doctrines*, Concurrences N° 2-2006, 2006, p. 6 s., n° 30 s.

A) *Un facteur d'aggravation des règles du droit de la concurrence*

1- *Une aggravation quant à l'analyse de la position de l'opérateur sur le marché*

**33. Analyse globale de la position concurrentielle du groupe.** - L'appréhension de la position de l'entité sur le marché permet l'appréciation de l'influence de son comportement sur la stabilité de celui-ci. Cette appréciation repose presque intégralement sur la notion de pouvoir de marché<sup>94</sup>, lequel est apprécié en fonction des parts de marchés définies comme « *le ratio rapportant les ventes à la totalité des ventes réalisées par l'ensemble des concurrents dans la catégorie de produits. La part de marché donne la mesure de la situation concurrentielle de l'entreprise* »<sup>95</sup>. Ce sont ces mêmes parts de marché qui distribuent (entre autres) les compétences respectives de la Commission européenne et de l'Autorité nationale de la concurrence<sup>96</sup>. Elles permettent aussi de déterminer à quel moment les opérations déstabiliseront ou non le marché concurrentiel. En matière d'abus de position dominante par exemple le seuil fixé est celui des 40%<sup>97</sup>. En matière de concentrations les seuils sont ici omniprésents pour déterminer si le contrôle est ou non applicable<sup>98</sup>. Ou encore en matière d'aides d'Etat il est indispensable d'identifier avec précision le bénéficiaire de l'aide pour apprécier la compatibilité de la mesure avec les articles 107 et 108 du TFUE. Si par principe ces aides sont prohibées, certaines aides *minimis* sont toutefois autorisées et dont l'éligibilité et le calcul dépendent de l'analyse du chiffre d'affaire et des parts de marchés<sup>99</sup>.

Si les parts de marché permettent d'analyser l'activité patrimoniale de l'entité prise sous sa vision comptable — puisque sont visés les achats pour revente au sens l'article L. 110-1 du Code de commerce — c'est bien l'unité économique qui est ici concernée. Le droit de la concurrence dépassera alors l'autonomie patrimoniale de la personne morale pour analyser l'influence globale que pourra avoir le groupe de sociétés sur le marché défini. Ainsi l'article L.420-2 du Code commerce vise « *une entreprise ou un groupe d'entreprises* ». Il en est de même de l'article 82 du traité CE.

<sup>94</sup> J-C. RODA, *Droit de la concurrence*, Paris : Dalloz, 2019, p. 39.

<sup>95</sup> M. CHEVALIER et P-L. DUBOIS, *Les 100 mots du marketing, Que sais-je?*, Presses universitaires de France, 2009

<sup>96</sup> J-C. RODA, *Droit de la concurrence*, Paris : Dalloz, 2019, p. 50.

<sup>97</sup> Comm. UE, *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, 24 février 2009, 2009/C 45/2, n°14.

<sup>98</sup> L. IDOT, *La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel*, *Concurrences, Doctrines*, Concurrences N° 2-2006, 2006, p. 7, n° 34

<sup>99</sup> Règlement (UE) n° 1407/2013 de la Commission du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE

Plusieurs jurisprudences confirment cette analyse de la position du groupe sur le marché. Peut être cité l'arrêt *Vetro Spa* dans lequel le Tribunal de première instance des Communautés européennes détermine la « *position dominante collective* » de l'opérateur<sup>100</sup>. Et cela est régulièrement rappelé sur le plan communautaire<sup>101</sup> comme national<sup>102</sup>

Pour des raisons d'efficacité de la discipline c'est donc au niveau du groupe que le droit de la concurrence analyse la position dominante de l'opérateur au travers de la notion de « *position dominante collective* »<sup>103</sup>. Et cela tant en matière d'abus de position dominante<sup>104</sup> que de contrôle des concentrations<sup>105</sup>.

## 2- Une aggravation quant à l'imputation de l'infraction

**34. Identification de l'auteur.** - Si « *nul n'est responsable pénalement que de son propre fait* », le droit de la concurrence émet un doute quant au sujet de ce principe. Celui-ci ne semble pas poser de difficultés dès lors que la discipline concernée s'astreint à la notion de « *personne* ». Mais ce n'est assurément plus le cas du droit de la concurrence préférant quant à lui la notion d'« *entreprise* ». Aux risques de contredire la lettre de l'article 121-1 du Code pénal, le droit de la concurrence, droit quasi-pénal, soulève des questions complexes au stade de l'identification de l'auteur de l'infraction et *in fine* du débiteur de l'amende<sup>106</sup>. Faut-il pour autant en conclure que le droit de la concurrence consacrerait une nouvelle forme de responsabilité pour autrui ? Il semblerait que le dépassement de la personne morale ici opéré par le droit de la concurrence relève d'une technique toute autre.

**35. Preuve de l'imputabilité et présomptions d'influence.** - Dès lors que l'imputabilité renvoie au « *caractère qui peut être mise au compte d'une personne* »<sup>107</sup>, cette question est primordiale en droit de la concurrence qui mettra de côté cette-dite « *personne* ». L'appréhension des dimensions subjective (volonté libre et consciente de l'auteur) et objective (appréciation de la

<sup>100</sup> TPICE, 10 mars 1992, *Société Italiana Vetro Spa*, aff. T-68/89.

<sup>101</sup> CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almeno*, aff. C-393/92 ; CJCE, 16 mars 2000, *Compagnie maritime belge transports SA et Compagnie maritime belge SA c/ Dafra-Lines*, aff. jtes. C-395:96 P et C-396/96 ; CJCE, 26 janvier 2005, *Piau*, aff. T-193/02 ;

<sup>102</sup> Cons. conc., 20 février 2006, n°06-D-02 ; Cons. conc., 26 janvier 2012, n°12-D-06 ;

<sup>103</sup> COLLECTIF, *Le Lamy droit économique*, Paris : Wolters Kluwer, 2020, n°955.

<sup>104</sup> J-B. BLAISE, *Abus de position dominante* [en ligne], *Répertoire de droit commercial*, Octobre 2005, [consulté le 1er avril 2021]

<sup>105</sup> S. POILLOT-PERUZZETTO et C. GRYNFOGEL, *Concentration – Appréciation des opérations de concentration* [en ligne], *Répertoire de droit européen*, Avril 2020, [consulté le 1er avril 2021]

<sup>106</sup> E. THOMAS, *L'entreprise contrevenante en droit des pratiques anticoncurrentielles (Union européenne et France) — Variations autour de la distinction entre société et entreprise*, thèse, droit Université Panthéon-Assas II, 2014, p. 519, n°1184.

<sup>107</sup> G. CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 11e édition., 2017

causalité) de cette imputabilité se feront ici par le biais de l'analyse de l'influence, du contrôle opéré par une société-mère sur ses filiales. Autrement dit « *La société-mère ne répond de l'infraction que du fait du contrôle, prouvé ou présumé sur sa filiale* »<sup>108</sup>.

Cette influence peut être présumée. Dans ce cas le critère de l'imputabilité de l'infraction est fondé sur la détention du capital social et non sur la participation de la société-mère à l'infraction<sup>109</sup>. Depuis l'arrêt AEG rendu par la CJCE en 1983 cette influence est présumée lorsque la société-mère contrôle à 100% sa filiale auteur d'un comportement infractionnel<sup>110</sup>. Cette présomption a pu être étendue dans l'hypothèse où deux sociétés-mères détiennent chacune 50% de la filiale<sup>111</sup>, en cas de participation indirecte<sup>112</sup> et encore en cas de détention quasi-totale<sup>113</sup>. Il s'agit de présomptions réfragables qui peuvent en théorie être renversées par la société-mère par la démonstration de l'autonomie économique de la filiale. À la lecture de la jurisprudence rendue en la matière<sup>114</sup>, en pratique ce renversement est quasi-impossible<sup>115</sup> ce qui pousse à se demander « *si elle n'est pas au final devenue irréfragable* »<sup>116</sup>. Certains auteurs avaient pu parler de « poisson volant » tant que la présomption n'avait jamais été renversée devant les juges de l'Union européenne<sup>117</sup>.

Cette influence peut aussi être prouvée par l'autorité lorsque les liens capitalistiques entre les sociétés ne permettent pas de faire jouer les présomptions. Un faisceau d'indices permettra de rapporter la preuve de cette influence<sup>118</sup>: occupation des postes de direction de la société contrôlée par les dirigeants de la société mère<sup>119</sup>, intégration de la société contrôlée dans une

<sup>108</sup> E. THOMAS, *L'entreprise contrevenante en droit des pratiques anticoncurrentielles (Union européenne et France) — Variations autour de la distinction entre société et entreprise*, thèse, droit Université Panthéon-Assas II, 2014, p. 520, n°1187.

<sup>109</sup> L. ARCELIN-LÉCUYER, *Imputation de l'infraction et prescription : les enjeux de la notion d'entreprise en droit de la concurrence*, Revue Lamy de la concurrence N°20, Juillet 2009

<sup>110</sup> CJCE, 25 octobre 1983, *AEG*, aff. 107/82

<sup>111</sup> Trib. UE, 27 septembre 2012, *Shell Petroleum*, aff. T-343/06

<sup>112</sup> TPICE, 12 octobre 2011, *Alliance One International*, aff. T-41/05

<sup>113</sup> CJUE, 8 mai 2013, *Eni Spa*, aff. C-508/11

<sup>114</sup> TPICE, 8 octobre 2008, *Schunk*, aff. T-69/04 ; TPICE, 30 septembre 2009, *Akzo Nobel*, aff. T-175/05 ; Trib. UE, 12 décembre 2014, *Repsol*, aff. T-562/08 ; CJUE, 24 juin 2015, *Fresh Del Monte Produce*, aff. Jtes C-293/13 et C-294/13

<sup>115</sup> L. ARCELIN-LÉCUYER, *Imputabilité de l'infraction au sein d'un groupe : réception de la jurisprudence communautaire par l'Autorité de la concurrence*, Revue Lamy de la concurrence N°27, Avril 2011

<sup>116</sup> L. ARCELIN, *La notion d'entreprise en droit interne et européen de la concurrence*, Juris'Classeur Concurrence - Consommation, fascicule 35, Septembre 2016, p.30, n°90

<sup>117</sup> E. THOMAS, *L'entreprise contrevenante en droit des pratiques anticoncurrentielles (Union européenne et France) — Variations autour de la distinction entre société et entreprise*, thèse, droit Université Panthéon-Assas II, 2014, p. 65 s., n°135 s.

<sup>118</sup> L. ARCELIN, *La notion d'entreprise en droit interne et européen de la concurrence*, Juris'Classeur Concurrence - Consommation, fascicule 35, Septembre 2016, p.32 s., n°96 s.

<sup>119</sup> Cons. conc., 14 novembre 1989, *Publi-Cazal*, n°89-D-37 ; Cons. conc., 13 février 2001, n°2000-D-67 ; Aut. conc., 20 décembre 2012, n°12-D-27 ; Cass. Com., 6 janvier 2015, n°13-21.305 et 13-22.477 ;

politique de groupe<sup>120</sup>, immixtion de la société mère dans les relations contractuelles<sup>121</sup> de la société contrôlée ou dans sa politique commerciale et financière<sup>122</sup>.

**36. Imputation de l'infraction à la personne morale.** - La question de l'imputation de l'infraction relève de savoir qui sera *in fine* redevable de la sanction, et, dès lors que le droit de la concurrence a admis une extension de l'imputabilité dans l'hypothèse d'un groupe, trois possibilités sont envisageables : une responsabilité unique de la filiale, une responsabilité unique de la société mère, ou enfin une responsabilité conjointe. Il semblerait ici que les autorités et juges s'octroient un pouvoir discrétionnaire<sup>123</sup>: « *la Commission a le choix de sanctionner soit la filiale ayant participé à l'infraction, soit la société mère qui l'a contrôlée pendant cette période* »<sup>124</sup>.

**37. Responsabilité personnelle du groupe de sociétés.** - Il existe une hésitation quant à la nature de la responsabilité pesant sur les personnes morales du groupe. Si la mécanique de l'imixtion conduit à imaginer une responsabilité pour autrui, il y a plusieurs obstacles dont le principe de la personnalisation de la peine en matière pénale. Le droit de la concurrence analysant le groupe comme une unité économique autonome fait de lui un auteur à part entière. Ainsi, « *l'auteur de l'infraction est l'entreprise, au sens du droit de la concurrence, laquelle répond de son fait personnel* »<sup>125</sup>. Selon Étienne THOMAS cette solution est critiquable dès lors que dépourvue de la personnalité juridique elle ne saurait être juridiquement obligée. Il serait plus cohérent de considérer que l'appréhension de l'unité économique ne conduise pas à considérer l'entreprise comme auteur autonome de l'infraction mais plutôt moyen de considérer que la société mère a participé à la matérialité de l'infraction commise par sa filiale. Ainsi « *la société mère répond de l'infraction, en tant qu'auteur, du fait de son appartenance, avec sa filiale, à une même unité économique* » parce que nécessairement « *les sociétés qui composent ou qui constituent le support juridique de l'entreprise sont les auteurs de l'infraction, non l'entreprise* »<sup>126</sup>.

<sup>120</sup> CJCE, 12 juillet 1979, aff. jtes. 32, 36 à 82/78 ; CJCE, 17 octobre 1989, *Dow Chemical Iberia*, aff. Jtes 97, 98, 99/87

<sup>121</sup> Cons. conc., 18 juin 1996, *Secteur de la publicité*, n° 96-D-44 ; TPICE, 6 octobre 1994, *Tetra Pack International*, aff. T-83/91.

<sup>122</sup> TPICE, 6 octobre 1994, *Tetra Pack International*, aff. T-83/91 ; Cons., conc., 1er juillet 1997, *France Télécom et Transapac*, n°97-D-53 ; Trib. UE 14 mars 2013, *Frash Del Monte Produce*, aff. T-587/08 ;

<sup>123</sup> E. THOMAS, *L'entreprise contrevenante en droit des pratiques anticoncurrentielles (Union européenne et France) — Variations autour de la distinction entre société et entreprise*, thèse, droit Université Panthéon-Assas II, 2014 p. 99 s., n°203 s.

<sup>124</sup> TPICE, 14 décembre 2006, *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aff. T-259/02 à T-264/02 et T-271/02

<sup>125</sup> E. THOMAS, *L'entreprise contrevenante en droit des pratiques anticoncurrentielles (Union européenne et France) — Variations autour de la distinction entre société et entreprise*, thèse, droit Université Panthéon-Assas II, 2014, p. 519 s., n°1186 s.

<sup>126</sup> E. THOMAS, *L'entreprise contrevenante en droit des pratiques anticoncurrentielles (Union européenne et France) — Variations autour de la distinction entre société et entreprise*, thèse, droit Université Panthéon-Assas II, 2014, p. 524, n°1201.

**38. Transition.** - La reconnaissance du groupe de sociétés peut ainsi être vectrice de responsabilité pour la personne morale et donc d'aggravation des règles du droit de la concurrence (A), *a contrario* elle peut exceptionnellement être facteur d'atténuation de ces règles en cas d'accords ou de restructurations internes au groupe de sociétés (B).

*B) Un facteur d'atténuation des règles du droit de la concurrence*

**39. Opérations internes.** - La reconnaissance du groupe en tant que sujet unitaire et autonome peut aussi être un facteur d'atténuation des règles du droit de la concurrence. Ainsi la prohibition des ententes ne jouera pas dans l'hypothèse d'accords intra-groupe, à la condition toutefois que ce groupe soit une unité économique et que la filiale concernée ne soit pas autonome<sup>127</sup>. Aussi, par principe sont exclues du contrôle des concentrations les restructurations internes à un groupe. En effet, si la lettre de l'article L.430-1 du Code de commerce dispose que « *une opération de concentration est réalisée lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent* » alors, par conséquent « *la restructuration interne d'un groupe d'entreprises ne saurait (...) constituer une concentration* »<sup>128</sup>.

**40. Transition.** - Afin d'appréhender l'unité économique de l'opérateur de marché, le droit de la concurrence dépasse ainsi la personne morale à l'échelle du groupe (**Section I**). Il effectue ce même dépassement en-deçà de la personne morale, à l'échelle de l'établissement (**Section II**).

<sup>127</sup> CJCE, 31 octobre 1974, *Centrafarm c/ Sterling Drug*, aff 15/74 ; CJCE, 24 octobre 1996, *Viho Europe BV*, aff. 73/95

<sup>128</sup> Comm. eur., *Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises* [en ligne], art. 1.6, [consulté le 1er avril 2020]

## Section II — L'unité économique appréhendée à l'échelle de l'établissement

**41. Plan.** - Il s'agit ici de l'hypothèse où une société développe ses activités et les attribue à une entité dépourvue de la personnalité morale, une succursale. Le droit de la concurrence dépasse la personne morale afin d'appréhender ces établissements comme des entités pourvue de l'autonomie économique (Paragraphe I) ce qui emporterait plusieurs effets juridiques (Paragraphe II).

### Paragraphe I — L'appréhension de l'établissement comme sujet autonome du droit de la concurrence

**42. Présomption de dépendance à la personne morale.** - Il s'agit ici d'un cas particulier de dépassement de la personnalité morale puisqu'il ne se fera plus au-delà de son autonomie mais en deçà. Historiquement c'est pourtant en présence de ces agences locales que le Conseil de la concurrence a pu admettre, en premier lieu, que l'entreprise sujette du droit de la concurrence pouvait ne pas coïncider avec la personne morale<sup>129</sup>. Elle faisait ainsi état dans son rapport annuel pour 1992 de « l'absence de coïncidence entre l'entité économique et l'entité juridique »<sup>130</sup>.

Matériellement constitutif de la personne morale, l'établissement sera présumé sous sa dépendance. Il appartiendra ainsi à la société de renverser cette présomption: « *il incombe à l'entreprise qui prétend que les pratiques illicites litigieuses ne lui sont pas imputables mais le sont à son agence locale, de fournir au Conseil de la concurrence tous éléments de preuve établissant que cette agence bénéficiait, à la date des faits et pour le marché considéré, de l'autonomie commerciale, financière et technique dans la zone économique concerné* »<sup>131</sup>

**43. Renversement de la présomption par la démonstration de l'autonomie.** La démonstration de l'autonomie de la succursale n'est pas une tâche aisée<sup>132</sup>. Les autorités exigent la démonstration de l'octroi d'une délégation de pouvoir au dirigeant de l'établissement lui

<sup>129</sup> E. THOMAS, *L'entreprise contrevenante en droit des pratiques anticoncurrentielles (Union européenne et France) — Variations autour de la distinction entre société et entreprise*, thèse, droit Université Panthéon-Assas II, 2014, p. 144 s., n°301 s.

<sup>130</sup> Cons. conc., *Rapport annuel d'activité 1992* [en ligne], [consulté le 24 mai 2021], Août 1992, p. 14

<sup>131</sup> Cass. com., 12 mars 1996, n°93-20.213 ; Cons. conc., 30 octobre 1996, *Marchés publics dans le secteur des travaux routiers, du terrassement, des canalisations et de l'assainissement dans le département du Var*, déc. n°96-D-65

<sup>132</sup> L. ARCELIN-LÉCUYER, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, thèse de doctorat, droit, Université de Montpellier I, 2001, p. 314 s., n°403 s.

permettant d'établir une réelle stratégie indépendante<sup>133</sup>, et de moyens matériels, personnels et comptables propres à l'entité<sup>134</sup>. Dès lors que ces succursales sont unitaires sur le plan économique elles peuvent être qualifiées d'entreprises distinctes depuis l'arrêt précité du 12 mars 1996.

**44. Transition.** - La dépendance de l'établissement à la personne morale pourrait ainsi être renversée. Dès lors, l'appréhension de la succursale comme unité économique et donc comme sujet autonome (Paragraphe I) emporterait des effets juridiques quant à l'application des règles du droit de la concurrence (Paragraphe II).

Paragraphe II — Les effets de l'appréhension de l'établissement comme  
sujet autonome du droit de la concurrence

**45. Des effets purement théoriques.** - À l'instar de l'appréhension du groupe comme une unité économique indépendante, l'établissement vu comme un sujet autonome du droit de la concurrence aura des effets quant à l'identification de l'auteur de l'infraction anti-concurrentielle. Considérer une agence comme une entreprise, au sens du droit de la concurrence permettra ainsi lui imputer l'infraction. Cela était l'enjeu de l'affaire *relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de l'assistance foncière de l'établissement public foncier de l'Ouest Rhône-Alpes*. En l'espèce, l'Autorité de la concurrence se fondait sur l'absence d'autonomie de l'agence pour imputer l'infraction à la société<sup>135</sup>. La société quant à elle tentait de démontrer l'indépendance de sa succursale. Cette approche validée par la Cour d'appel de Paris puis par la Cour de cassation<sup>136</sup>. Si ici les conditions n'étaient pas remplies pour démontrer l'autonomie de ladite succursale, la théorie n'est en revanche pas niée : l'établissement doté d'une autonomie pourrait être reconnu comme un sujet autonome du droit de la concurrence à qui il serait possible d'imputer l'infraction et à l'échelle duquel serait calculée l'amende. Cependant les précédents jurisprudentiels tendant *a contrario* à démontrer qu'en pratique cela ne sera jamais le cas et que l'agence et la société seront *in fine* confondus.

<sup>133</sup> Cass. com., 12 mars 1996, n°93-20.213 ; Cons. Conc., 25 juin 1997, *Secteur du travail temporaire dans les départements de l'Isère et de la Savoie*, n°97-D-52 ; Cons. conc. 4 mai 2001, *Pratiques relevées lors de marchés de fabrication et de mise en œuvre d'enrobés bitumineux sur les routes départementales d'Isère*, n°99-D-57.

<sup>134</sup> Cons. conc., 7 avril 1998, *Rénovation des installations de chauffage du parc scientifique technologique de Luminy*, n°98-D-26 ; Cass. com., 19 juin 2001, n°99-13.190.

<sup>135</sup> Cons. conc., 6 décembre 2016, *Marché de l'assistance foncière de l'établissement public foncier de l'Ouest Rhône-Alpes*, n° 16-D-28.

<sup>136</sup> CA Paris, 26 octobre 2017, n° 17/0165 ; Cass. com., 24 juin 2020, n°17-28.115

---

**46. Conclusion du Chapitre I.** - Afin de protéger la stabilité du marché, le droit substantiel de la concurrence dépasse la personne morale pour appréhender correctement son unité économique. Ce dépassement peut se réaliser au-delà de la personne morale — *à l'échelle du groupe* — comme en-deçà de la personne morale — *à l'échelle de l'établissement*.

L'appréhension de l'unité économique à l'échelle du groupe permet de palier les limites fonctionnelles de la personne morale qui, à elle seule, en raison de son autonomie juridique, rendrait inefficace les règles du droit de la concurrence. De cette manière, ce sera à l'échelle du groupe que sera analysée la position concurrentielle de l'opérateur, ses parts de marchés. Aussi, les différentes sociétés constituant le groupe pourront être tenues responsables les unes des autres pour les pratiques anti-concurrentielles commises. Cette nouvelle source de responsabilité à l'intérieur du groupe se fera en raison de techniques d'imputabilité et d'imputation passant par des mécanismes de présomptions de détention et d'influence. Toutefois, la reconnaissance du groupe de sociétés comme sujet autonome du droit de la concurrence n'est pas toujours synonyme d'aggravation de responsabilité de la personne morale. Quelques fois, cette appréhension de l'unité économique au-delà de la personne morale permet d'extraire l'opérateur des règles relatives aux ententes et aux concentrations quand sont concernées des opérations intra-groupes.

L'appréhension de l'unité économique peut également se faire en-deçà de la personne morale, à l'échelle de l'établissement. Il faudrait pour alors démonter l'autonomie juridique de l'établissement qui est présumé dépendant de la personne morale. Toutefois, si cela est rendu en théorie possible par la jurisprudence, en pratique cela n'a jamais été fait.

---

**47. Transition.** - Le droit substantiel de la concurrence dépasse ainsi la personne morale dans l'espace afin d'appréhender l'unité économique de l'opérateur (**CHAPITRE I**). Il dépasse également la personne morale, cette fois-ci dans le temps, dans le cadre des opérations de restructurations, afin d'appréhender la continuité économique de l'opérateur (**CHAPITRE II**).

**CHAPITRE II :**  
**LE DÉPASSEMENT DE LA PERSONNE MORALE**  
**EN RAISON DE L'APPRÉHENSION DE LA CONTINUITÉ ÉCONOMIQUE**

**48. Amorce.** - Toujours afin de sanctionner l'auteur de pratiques anti-concurrentielles, ce qui nécessite au préalable de l'identifier pour lui imputer le comportement, le droit de la concurrence dépasse également la personne morale dans le temps. Dans l'hypothèse d'une opération de restructuration, de fusion, de concentration il considère qu'il y a une continuité économique avant et après l'opération malgré le changement de situations juridiques des entités.

Le droit de la concurrence admet une solution particulièrement intéressante en présence d'une personne morale délinquante destinée à se faire absorber. La question qui se pose ici est celle de l'imputation de l'infraction. S'il apparaît au premier abord cohérent de considérer que l'infraction ne pourrait être sanctionnée en raison de la disparition de son auteur, il se dévoile que cette approche n'est économiquement pas viable et ne s'adapte pas suffisamment à la réalité du marché. En effet, les opérations de restructurations de sociétés sont courantes et même nécessaires aux innovations. L'appréhension limitée de la seule personne morale auteur de l'infraction qui ne pourrait être sanctionnée en raison de sa disparition est alors dépassée par le droit de la concurrence: en cas de restructurations, la société absorbante peut être tenue responsable de l'infraction commise par sa filiale. Cela parce qu'il y a une continuité économique entre l'avant-fusion et l'après-fusion.

Cette appréhension de la continuité économique dans le temps est destinée une nouvelle fois à assurer la bonne application fonctionnelle des règles du droit de la concurrence. Et cette approche avant-gardiste opérée par le droit de la concurrence a longtemps été enviée par une partie de la doctrine pénaliste<sup>137</sup>. Mais avant de s'intéresser à la portée de cette solution quelques mots doivent être dits quant au fondement de cette continuité économique permettant d'engager la responsabilité de l'absorbante pour les pratiques anti-concurrentielles commises par l'absorbée

**49. Plan.** - De cette manière, les fondements (discutés) de la continuité économique en cas de restructurations (**Section I**), puis la portée de cette solution (**Section II**) seront étudiés successivement.

---

<sup>137</sup> H. MATSOPOULOU, *La responsabilité pénale des personnes morales, quelques réflexions sur les dernières évolutions jurisprudentielles* dans *Problèmes contemporains de droit pénal des affaires*, Revue des sociétés, Dalloz, Décembre 2015, p.806

## Section I — Les fondements discutés de la continuité économique en cas de restructurations

- 50. Amorce.** - S'il convient de tenir compte de l'aspect temporel de ces restructurations, aucun fondement légal ne permet littéralement cette technique. Ni traités, ni règlements n'abordent la question de la responsabilité pour une infraction intervenant avant une restructuration ou une acquisition de la société auteur. Pourtant, dans une décision de 1994 la Commission européenne considère que « *il est toutefois évident qu'on ne saurait tolérer que des entreprises allèguent une réorganisation de sociétés pour éluder ou rejeter toute responsabilité en cas d'infraction au droit communautaire de la concurrence* »<sup>138</sup>. Encore faut-il pouvoir fonder cette responsabilité de la personne morale absorbante pour les infractions commises par l'absorbée.
- 51. Plan.** - Plusieurs lectures peuvent ici servir à fonder cette imputation de l'infraction à l'absorbante. Il pourrait être fait une lecture anthropomorphique de l'absorbée, continuant la personne morale concentrée, par analogie avec le décès d'une personne physique. Dans ce cas ce serait la continuation de la personne juridique qui serait le fondement (Paragraphe I). Outre cette première approche anthropomorphique, une autre lecture plus fonctionnelle se fonde sur la poursuite de l'activité économique dans le temps (Paragraphe II). Enfin, une troisième approche, certainement plus juridiquement viable, se fonde sur la poursuite de l'activité juridique de la personne morale (Paragraphe III).

### Paragraphe I — Le rejet de l'approche anthropomorphique — *La continuation de la personne morale décédée* —

- 52. Approche généralisée, reconduite, et déclinée** - Cette « *tendance à l'anthropomorphisme* » de la personne morale ne concerne pas seulement le droit de la concurrence. La personne morale a longtemps été assimilée à la personne physique « *pour remplir leur fonction de points d'imputation de droits et d'obligations* »<sup>139</sup>.

Cette tendance relève même de l'histoire de la personne morale qui était vue dans l'Ancien droit français comme un « *corpus mysticum* » de sorte qu'elle apparaisse comme un être par

<sup>138</sup> Comm. eur., 13 juillet 1994, *Décision de la Commission relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE*, 94/601/CE, n°144.

<sup>139</sup> F. BELLIVIER, *Droit des personnes*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ Lextenso éditions, 2015, n°23

essence distinct de ses membres<sup>140</sup>. C'est avant tout la question de son identification qui sous-tend. Autrement dit, « *l'anthropomorphisme que réaliserait l'extension des prérogatives humanistes (...) n'est souhaitable que dans la mesure où elle se rattache aux attributs individualisant le groupement* »<sup>141</sup>.

Pourtant cette approche anthropomorphique de la personne morale a pu être consacrée bien au delà de l'identification de l'entité par les différents juges<sup>142</sup>: par la chambre criminelle<sup>143</sup>, la chambre commerciale<sup>144</sup> et même le Conseil d'Etat<sup>145</sup>. Et celle-ci a ainsi fait l'objet de plusieurs critiques vives de la part d'une partie de la doctrine considérant que « *l'extension à ces entités, qui n'ont rien d'humain, de droits et d'obligations conçus à partir des humains et pour eux serait pur artifice et ne pourrait qu'ouvrir sur des dysfonctionnement en cascade* »<sup>146</sup>.

Alors que les débats semblaient s'éteindre progressivement, la responsabilisation des opérateurs des marchés et la moralisation de la vie des affaires a pu reconduire les discussions, notamment dans le cadre de la « Responsabilité sociale des entreprises » (RSE), traduction de la *Corporate social responsibility*, née aux États-Unis dans les années 1970<sup>147</sup>. Il s'agit ici de responsabiliser la société et d'en faire un acteur responsable de l'environnement qui l'entoure. Ainsi depuis la loi PACTE du 22 mai 2019 « *la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* » (C. civ., art. 1833 al. 2).

Cette lecture trouve alors une déclinaison en droit de la concurrence. L'opérateur de marché y est vu comme un réel acteur vecteur d'innovations et de progrès qui doit se dépasser et s'adapter au mouvement<sup>148</sup>. La personne morale doit ainsi se sentir responsable non seulement d'elle même mais aussi de l'environnement concurrentiel qui l'entoure. Le droit de la concurrence s'attache de cette manière à replacer la personne morale dans son environnement économique afin de protéger les règles du marché et de ne pas saper le jeu de l'offre et de la demande. Cette lecture anthropomorphique de l'opérateur de marché puise ses sources dans

<sup>140</sup> G. WICKER, *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT*, in *Études à la mémoire du Professeur Bruno OPPETIT*, Paris : Litec, LexisNexis. 2009, p. 694, n° 7

<sup>141</sup> S. BROS, *La quasi-personnalité morale*, in *La personnalité morale : Journées nationales Tome XII/La Rochelle, Association Henri Capitant*, Paris : Dalloz, 2010, p.68.

<sup>142</sup> B. DONDERO, *Fusion: Imputation de la responsabilité pénale de l'absorbée à l'absorbante*, Bulletin Rapide de droit des Affaires 24/20, Lamy, décembre 2020, n°9, 10 et 11.

<sup>143</sup> Cass. crim., 14 octobre 2003, n°02-86.376 • Cass. crim., 09 septembre 2009, n°08-87.312 • Cass. Crim., 25 octobre 2016, n°16-80.366.

<sup>144</sup> Cass. com., 15 juin 1999, n° 97-16.439

<sup>145</sup> CE, 22 novembre 2000, n°207697 • CE, 17 décembre 2008, n°316000.

<sup>146</sup> T. REVET, *Rapport de synthèse*, in *La personnalité morale : Journées nationales Tome XII/La Rochelle, Association Henri Capitant*, Paris : Dalloz, 2010, p.114.

<sup>147</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Paris : LexisNexis, 2019, p.391, n°932

<sup>148</sup> Autorité de la concurrence, *Les vertus de la concurrence* [en ligne], [consulté le 1er mars 2021].

l'origine des théories économiques classiques. Adam Smith voyait dans la concurrence un processus comportemental<sup>149</sup>. La loi du marché opère alors une sélection naturelle entre les opérateurs qui doivent s'adapter à leur environnement économique, à l'instar de la sélection naturelle darwiniste réalisée chez les hommes<sup>150</sup>.

La fusion vue comme une « fécondation »<sup>151</sup> ou comme un décès raconte l'histoire d'un mythe Oedipien dans lequel la personne morale absorbante doit accepter les torts de son aînée, l'absorbée, tout en tuant son existence. Depuis 1993<sup>152</sup> l'absorbante est ainsi considérée comme ayant-cause à titre universel et continue les engagements souscrits par l'absorbée<sup>153</sup>.

**53. Approche rejetée par l'arrêt du 25 novembre 2020.** - Qu'il aurait été assez facile de transposer cette lecture anthropomorphique au fondement de l'imputation de l'infraction anti-concurrentielle. Dans cette hypothèse la personne morale absorbante, continuant la personne morale absorbée, devrait répondre de la sanction patrimoniale infligée à l'auteur à l'instar des continuateurs de la personne du défunt répondant du passif successoral.

Pourtant, un arrêt rendu par la chambre criminelle, tout en étendant la solution rendue en droit de la concurrence à la matière pénale, rejette littéralement cette approche<sup>154</sup>. Cet arrêt écarte l'analyse de l'opération de fusion absorption consistant à assimiler la dissolution de la société absorbée au décès d'une personne physique: « *cette approche anthropomorphique de l'opération de fusion-absorption doit être remise en cause car, d'une part, elle ne tient pas compte de la spécificité de la personne morale, qui peut changer de forme sans pour autant être liquidée, d'autre part, elle est sans rapport avec la réalité économique* ». Cet arrêt a pu émouvoir une partie de la doctrine se réjouissant de voir la responsabilité des personnes morales étendue<sup>155</sup>. Cette solution consacrée depuis longtemps en matière d'infractions anti-concurrentielles était de cette manière applicable aussi au reste des infractions en cas de restructuration.

<sup>149</sup> N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, Paris La Défense : LGDJ, un savoir faire de Lextenso, 2020, p.173, n°377.

<sup>150</sup> B. STIEGLER, « *Il faut s'adapter* », *Sur un nouvel impératif politique*, Paris : Gallimard, nrf essais, 2019

<sup>151</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Paris : LexisNexis, 2020, p.809, n°2111.

<sup>152</sup> Cass. com., 30 mars 1993, n° 91-12.274

<sup>153</sup> COLLECTIF, *Le Lamy droit économique*, Paris : Wolters Kluwer, 2020 n°2066.

<sup>154</sup> Cass. crim., 25 novembre 2020, *Fusion-absorption*, n°18-86.955.

<sup>155</sup> O. BURETH, *Responsabilité pénale des personnes morales et fusion-absorption : le grand chambardement ou comment créer une hydre !*, Gazette du Palais, Petites affiches - n°005, Janvier 2021, p. 5 s. • LA. LECOURT, *Une société absorbante peut désormais être condamnée pénalement pour des faits commis par l'absorbé : un heureux revirement*, RTD com. 2021, Mai 2021, p.142 s. • M. BRENAUT et A. TOUZAIN, *Responsabilité pénale de l'absorbante pour les infractions commises par l'absorbée*, Gazette du Palais - n°04, Janvier2021, p. 21

La chambre criminelle rejette l'assimilation de la concentration au décès d'une personne physique. Il faudra dès lors trouver une autre justification. L'arrêt en propose une en son point 23: « *Il en résulte que l'activité économique exercée dans le cadre de la société absorbée, qui constitue la réalisation de son objet social, se poursuit dans le cadre de la société qui a bénéficié de cette opération* ». La poursuite de l'activité économique serait ainsi la justification de la responsabilité de la personne morale absorbante pour les infractions commises par l'absorbée.

**54. Transition.** - Après avoir étudié le rejet de l'approche anthropomorphique de la continuation de la personne absorbée (Paragraphe I), il s'agit de s'intéresser au fondement de la poursuite de l'activité économique (Paragraphe II).

#### Paragraphe II — L'insuffisance de la seule poursuite de l'activité économique

**55. Un fondement historique.** - La poursuite de l'activité économique est un fondement quant à lui plus spécifique au droit de la concurrence — *bien que repris dans l'arrêt de la chambre criminelle du 25 octobre 2020.*

Il a été consacré à l'échelle communautaire par l'arrêt *Enichem* rendu en 1991. Afin d'identifier la personne morale responsable lorsqu'entre le moment où l'infraction est commise et le moment où l'entreprise en cause doit en répondre, l'auteur a cessé d'exister : « *il convient de localiser l'ensemble des éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction* »<sup>156</sup>.

À l'échelle nationale l'Autorité de la concurrence communiquait en 1991 sur cette poursuite de l'activité économique: « *le facteur déterminant (...) est celui de la continuité économique et fonctionnelle qui existe entre l'entreprise qui a commis l'infraction à l'origine et celle qui a repris son activité* »<sup>157</sup>. Cette approche a pu être confirmée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 18 mai 2016 par le motif suivant: « *le législateur se réfère à des activités économiques, quelles que soient les formes juridiques sous lesquelles elles s'exercent* »<sup>158</sup>. Ce motif n'est d'ailleurs pas sans rappeler l'arrêt *Hofner* rendu par la CJCE le 23 avril 1991 qui définissait l'entreprise par une formulation d'une structure similaire : l'exercice d'une activité économique peu importe la forme juridique. Une nouvelle fois, ce qui intéresse le droit de la

<sup>156</sup> TPICE, 17 décembre 1991, *Enichem Anic c/ Commission*, T-6/89, n°237

<sup>157</sup> Cons. conc., 1991, *Rapport annuel du Conseil de la concurrence*, p.33.

<sup>158</sup> DC, 18 mai 2016, n° 2016-542

concurrence est la protection du marché et il ne saurait ainsi s'astreindre de la forme juridique de l'opérateur, même en cas de restructurations.

**56. Un fondement critiquable.** - Si le recours à la poursuite de l'activité économique « *ne peut être contesté en termes d'opportunité, en ce qu'il est fondé sur le constat de la poursuite d'une activité en lien avec l'infraction, il pourrait toutefois juridiquement ne pas convaincre* »<sup>159</sup>. Et cette position est partagée par les juges eux-mêmes.

Dans l'arrêt *Deutsche Bahn* du 29 février 2016 le Tribunal de l'Union européenne considère que la recherche d'une poursuite d'activité économique n'est requise « *que dans le cas où est appliqué le critère de la continuité économique entre deux personnes et non (...) celui de la responsabilité personnelle* »<sup>160</sup>. Le fondement de la continuation de l'activité économique n'est donc recherché si la responsabilité personnelle ne suffit plus. La poursuite de l'activité économique viendrait pallier une lacune fonctionnelle ; en défaut d'autres fondements, voire par dépit.

Quant au juge national, il subordonne aussi la recherche d'une « *continuité économique et fonctionnelle* » par la poursuite de l'activité économique à l'absence de fondement juridique dans l'arrêt *Société SACER* rendu par la chambre commerciale le 20 novembre 2001<sup>161</sup>. Afin de motiver sa décision la chambre commerciale utilise dans cet arrêt l'article L. 464-2 du Code de commerce qui effectivement n'utilise plus la notion de personne juridique mais celle d'entreprise (justement afin d'appréhender correctement son existence économique). Le recours à ce fondement économique pour fonder la responsabilité de l'absorbante est certes utile et astucieux sur le plan fonctionnel. Cependant son caractère subsidiaire et peu juridique pose de réelles difficultés dès lors que sont en jeu des sanctions pénales. Ce sont ici les principes d'individualisation des peines et de légalité qui cristallisent ces difficultés<sup>162</sup>.

**57. Transition.** - Pour ces raisons, la jurisprudence, qui se fondait originellement sur cette approche fonctionnelle de continuation de l'activité économique, s'est progressivement tournée vers une

---

<sup>159</sup> E. THOMAS, *L'entreprise contrevenante en droit des pratiques anticoncurrentielles (Union européenne et France)* — *Variations autour de la distinction entre société et entreprise*, thèse, droit Université Panthéon-Assas II, 2014, p. 193, n°408.

<sup>160</sup> Trib. UE, 29 février 2016, *Deutsche Bahn*, aff. T-267/12, n°121.

<sup>161</sup> Cass. com., 20 novembre 2001, *Société SACER*, n°99-16.776 et n°99-18.253

<sup>162</sup> E. THOMAS, *L'entreprise contrevenante en droit des pratiques anticoncurrentielles (Union européenne et France)* — *Variations autour de la distinction entre société et entreprise*, thèse, droit Université Panthéon-Assas II, 2014, p. 201, n°426.

approche plus juridique: la poursuite de l'activité juridique<sup>163</sup>. Alors, après avoir étudiés le fondement anthropomorphique de la continuation de la personne morale absorbée (Paragraphe I) et le fondement insuffisant de la poursuite de l'activité économique de l'absorbée (Paragraphe II), il s'agit de s'intéresser à la continuation de l'activité juridique (Paragraphe III).

### Paragraphe III — La pertinence de la poursuite de l'activité juridique

**58. La transmission universelle du patrimoine**<sup>164</sup>. - Les concentrations d'entreprises emporteront sur le plan de la personne morale une transmission des éléments constitutifs son patrimoine. Dans le cadre d'une absorption ou d'une fusion il s'agira d'une transmission universelle du patrimoine<sup>165</sup>. Cela est rappelé par directive 2011/35/UE: « *La fusion entraîne ipso jure (...) la transmission universelle, tant entre la société absorbée et la société absorbante qu'à l'égard des tiers, de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante* »<sup>166</sup>. Dans ce cas l'analyse de la continuation de l'activité économique pour fonder l'imputation d'une sanction patrimoniale à une société absorbante ne peut suffire dans la mesure où le patrimoine affecté absorbé et doté de son autonomie propre cesse d'exister. Or, « *ce n'est pas l'activité qui fonde l'autonomie patrimoniale de la sociétés mais l'affectation opérée par ses membres en vue de cette activité* »<sup>167</sup> et le droit de la concurrence ne pourrait s'écarter totalement de l'approche patrimoniale pour des raisons fonctionnelles, surtout quand elle lui offre un fondement pertinent.

**59. Un nouveau fondement pertinent.** - C'est à partir de 2002 que le Conseil de la concurrence a commencé à utiliser ce fondement pour justifier la responsabilité de l'absorbante. Quant au juge européen plusieurs décisions commençaient déjà à s'intéresser au transfert de l'ensemble des éléments d'actifs et de passif au travers de la notion d'entreprise entendue cette fois-ci non plus comme « *entité exerçant une activité économique* » mais comme « *ensemble de moyens matériels, humains et financiers* »<sup>168</sup>.

<sup>163</sup> E. THOMAS, *La Cour de justice de l'Union européenne étend aux actions en dommages et intérêts l'application du principe de la continuité économique et, ce faisant sa définition fonctionnelle de l'entreprise*, Concurrences, Ententes Chroniques, Concurrences N°2-2019, 2019, p.69 s.

<sup>164</sup> R. RAFFRAY, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, thèse, droit, Université Bordeaux IV, 2009

<sup>165</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Paris : LexisNexis, 2020, n°2112 et suivants

<sup>166</sup> Directive 2011/35/UE du Parlement européen et du Conseil, du 5 avril 2011, concernant les fusions des sociétés anonymes, art. 19 §1.

<sup>167</sup> R. RAFFRAY, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, thèse, droit, Université Bordeaux IV, 2009, p.69, n°72.

<sup>168</sup> E. THOMAS, *L'entreprise contrevenante en droit des pratiques anticoncurrentielles (Union européenne et France) — Variations autour de la distinction entre société et entreprise*, thèse, droit Université Panthéon-Assas II, 2014, p. 202, n°428.

Dans son arrêt *Uralita* le Tribunal de l'Union européenne constate que « *la requérante a, en tant que personne morale, assuré la continuité juridique des droits et des obligations de (l'absorbée)* »<sup>169</sup>. Quant à la difficulté relative au principe d'individualisation des peines, qui posait une limite à l'approche purement fonctionnelle évoquée plus haut, elle a pu faire l'objet d'une réponse dans la décision *Modelo Continente Hipermercados* rendu à l'occasion d'une question préjudicielle posée par le juge portugais. Cette décision éclairée par les conclusions générales indiquait que la transmission du passif entraînait par la même occasion la transmission des amendes civiles, quasi-pénales et même pénales. Cette transmission du patrimoine du passif comprenait ainsi les amendes prononcées par les autorités de concurrence indépendamment de la technique d'imputation de la faute<sup>170</sup>. De cette manière cette approche juridique permettait de justifier pleinement la transmission des dettes contrairement à l'approche purement fonctionnelle, qui, quant à elle était certes opportune mais peu viable.

**60. Transition.** - Plusieurs fondements peuvent ainsi justifier la responsabilité de l'absorbante pour les pratiques anti-concurrentielles commises par l'absorbée: l'anthropomorphisme — *lecture rejetée* — , la poursuite de l'activité économique — *lecture critiquable* — et la poursuite de l'activité juridique — *lecture plus viable*. Après avoir étudié le fondement de ce dépassement temporel de la personne morale afin d'appréhender la continuité économique de l'opérateur (**Section I**), il s'agit de s'intéresser à la portée de cette solution concurrentialiste (**Section II**).

---

<sup>169</sup> Trib. UE, 25 octobre 2011, *Uralita*, aff. T-349/08, n°67.

<sup>170</sup> CJUE, 5 mars 2015, *Modelo Continente Hipermercados*, aff. C-343/13

## Section II — La portée de la solution concurrentialiste

**61. Plan.** - Une nouvelle fois le dépassement de la personne morale, au bénéfice de l'appréhension de la continuité économique de l'opérateur dans le temps, se justifie par la bonne application des règles du droit de la concurrence, ce qui en fait une solution opportune (Paragraphe I). Mais plus qu'une spécificité du droit de la concurrence, elle a été vectrice de nouvelles solutions en droit pénal général des affaires et à ainsi été étendue à cette discipline (Paragraphe II).

### Paragraphe I — Une solution opportune quant à la bonne application des règles du droit de la concurrence

**62. Appréciation d'opportunité.** - Il s'agit ici de se détacher de la question du fondement de la responsabilité de l'absorbante mais d'apprécier l'opportunité de cette solution avancée par le droit de la concurrence. Revenir au coeur de ce qui fonde la discipline concurrentialiste apparaît primordial tant ce droit est mû par une envie d'efficacité. « *Efficiency is the ultimate goal of antitrust* » écrivait Richard Posner (École de Chicago). L'efficacité du droit de la concurrence n'est plus seulement un objectif de la discipline mais devient presque un principe directeur des règles qu'il pose<sup>171</sup>. Et en matière de restructurations apparaît un paradoxe idéologique : on ne peut encourager les restructurations en ce qu'elles seraient vectrices de croissance et en même temps ne pas les appréhender correctement en matière de pratiques anti-concurrentielles. Autrement dit, les restructurations d'entreprises sont courantes dans la vie des affaires et elles ne sauraient être réalisées dans le seul objectif de dé-responsabiliser une société absorbée s'étant rendue coupable d'une pratique anti-concurrentielle.

**63. Des difficultés désamorçées.** - Telle est la difficulté première des concentrations en matière de pratiques anti-concurrentielles : l'acquisition d'une personne morale opératrice permettrait-elle alors non seulement pour l'absorbante d'obtenir de nouvelles parts de marché, mais aussi pour l'absorbée délinquante de se retirer de sa responsabilité pour pratiques anti-concurrentielles tout en bénéficiant par la même occasion des bénéfices de cette même pratique. Le droit de la concurrence permet par sa technique de reporter l'amende sur l'absorbée pour les pratiques anti-concurrentielles commises par l'absorbante. Et désormais, si l'effet recherché est avant tout fonctionnel, il est aussi fondé juridiquement sur la transmission du passif patrimonial de l'absorbée. Par cette astuce le droit de la concurrence désamorce une deuxième difficulté :

---

<sup>171</sup> N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, Paris La Défense : LGDJ, un savoir faire de Lextenso, 2020, p.85, n°136.

celle de l'individualisation des peines. En effet, c'est bien au regard de l'absorbée que sera caractérisée la commission de la pratique anti-concurrentielle, ce sera donc bien elle qui sera l'auteur de l'infraction, pourtant l'absorbante sera tenue du paiement de l'amende (faute de pouvoir l'exiger auprès de l'absorbée en raison de sa disparition).

**64. Transition.** - Par l'approche temporelle de la continuité économique dans le cadre des opérations de restructuration d'entreprises, le droit de la concurrence a su dépasser l'autonomie théorique de la personne morale. Le prononcé de l'amende à l'encontre de l'absorbante pour les pratiques anti-concurrentielles commises par l'absorbée rends ainsi comptes d'effets opportuns afin de préserver l'efficacité de la discipline (Paragraphe I). Et il faut dire que cette astuce était quelque peu jalosée par une partie de la doctrine de droit pénal général des affaires<sup>172</sup> qui se retrouvait naturellement et systématiquement confrontée au principe d'individualisation des peines. Une chance pour eux : l'arrêt du 25 novembre 2020 rendu par la chambre criminelle opéra un revirement de jurisprudence et étendit la solution du droit de la concurrence au droit pénal général des affaires. Désormais, l'absorbante est responsable des infractions — anti-concurrentielles ou non — commises par l'absorbée (Paragraphe II).

#### Paragraphe II — Une solution étendue au droit pénal général des affaires

**65. Avant 2020: l'impunité des personnes morales.** - Jusqu'à encore très récemment, on pouvait trouver dans les manuels de droit des affaires quant aux restructurations: « *Reste la sphère pénale, ou la chambre criminelle de la Cour de cassation fait cavalier seul. Refusant de tenir compte de la spécificité des personnes morales, elle considère en effet que la responsabilité pénale de la société absorbante ne saurait être recherchée du fait des délits commis par la société absorbée puisque nul ne peut être pénalement responsable du fait d'autrui* »<sup>173</sup>. En effet, la chambre criminelle avait ici une position constante<sup>174</sup>: afin de préserver le principe à valeur constitutionnelle (et protégé par la CEDH) de la responsabilité pénale personnelle<sup>175</sup> elle refusait de sanctionner l'absorbante. Si cette solution semblait justifiée par une le principe d'individualisation des peines, elle était critiquée par une partie de la doctrine parlant d' « *impunité des personnes morales* »<sup>176</sup> puisqu'elle conduisait à éteindre l'action publique. Le

<sup>172</sup> H. MATSOPOULOU, *La responsabilité pénale des personnes morales, quelques réflexions sur les dernières évolutions jurisprudentielles* dans *Problèmes contemporains de droit pénal des affaires*, Revue des sociétés, Dalloz, Décembre 2015, p.806

<sup>173</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Paris : LexisNexis, 2020, p. 810, n°21124

<sup>174</sup> Cass. crim., 14 octobre 2003, n° 02-86.376 • Cass. crim., 23 avril 2013, n°12-83.244 • Cass. crim., 25 octobre 2016, n°18-80.366.

<sup>175</sup> H. MATSOPOULOU, *Revirement de jurisprudence : la transmission de la responsabilité pénale à la société absorbante pour une infraction commise par la société absorbée*, Revue des sociétés, Dalloz, Février 2021

<sup>176</sup> R. SALOMON, *La fin de l'impunité des personnes morales absorbées et absorbantes*, Recueil Dalloz 2021, p.161 .

droit de la concurrence est ainsi apparu comme un vecteur de solution avant-gardiste et de mutation de la responsabilité de la personne morale: « *on pouvait songer à s'inspirer de la solution consacrée dans le domaine du droit de la concurrence* »<sup>177</sup>. C'est chose faite avec l'arrêt du 25 novembre 2020.

**66. Après 2020: la fin de l'impunité des personnes morales.** - Avec son arrêt du 25 novembre 2020, la chambre criminelle opère un revirement de jurisprudence et étend la solution du droit de la concurrence à la matière pénale générale des affaires. Désormais l'absorbante peut être sanctionnée pour les délits commis par l'absorbée, et ce non plus seulement dans le domaine des pratiques restrictives de concurrence. En s'inspirant des solutions rendues par le juge européen, le juge national opère une réelle « *fusion* » des disciplines<sup>178</sup>. En effet, parce que « *la société absorbante est la seule voie permettant de sanctionner pécuniairement la société absorbante pour des faits commis avant la fusion par la société absorbée* » alors « *la société absorbante peut être condamnée pénalement à une peine d'amende ou de confiscation pour des faits constitutifs d'une infraction commise par la société absorbée avant l'opération* »<sup>179</sup>.

---

**67. Conclusion du Chapitre II.** - Une nouvelle fois le droit de la concurrence semble se détacher de la personne morale afin d'appréhender correctement la continuité économique de l'entreprise dans le temps. Cela lui permet de sanctionner la société absorbante pour les pratiques anti-concurrentielles commises par l'absorbée. « *Semble* » parce que la personne morale fait un petit retour afin de fonder cette solution : en effet ni l'analyse anthropomorphique de l'opérateur, ni la poursuite son activité économique ne semblent justifier correctement cette solution ; finalement les juges se tourneront vers une analyse patrimoniale au travers de la poursuite de l'activité juridique afin de lui trouver une assise stable en droit. Mais ce dépassement de la personne morale n'est désormais plus une spécificité du droit de la concurrence. En effet, cette discipline s'est vue être vectrice d'innovation sur le marché de la technique juridique opportune puisque cette solution s'est vue élargie à la matière pénale générale de droit des affaires. Par un arrêt du 25 novembre 2020 rendu par la chambre criminelle, la société absorbante peut être tenue responsable des infractions commises par l'absorbée quelque soit la nature de l'infraction, anti-concurrentielle ou non.

---

<sup>177</sup> H. MATSOPOULOU, *La responsabilité pénale des personnes morales, quelques réflexions sur les dernières évolutions jurisprudentielles* dans *Problèmes contemporains de droit pénal des affaires*, Revue des sociétés, Dalloz, Décembre 2015, p.806.

<sup>178</sup> F. STASIAK, *Responsabilité pénale de la société absorbante : la chambre criminelle « fusionne » sa jurisprudence avec celles des juridictions européennes*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 2, Janvier 2021

<sup>179</sup> Cass. crim., 25 novembre 2020, *Fusion-absorption*, n° 18-86.955

## CONCLUSION DE LA PARTIE I:

**68. Un dépassement acté.** - Le dépassement de la personne morale dans les règles substantielles du droit de la concurrence est donc acté. En s'intéressant avant tout à la chose économique il redéfinit les bornes du sujet de droit dans l'espace — *au travers de l'unité économique* — comme dans le temps — *au travers de la continuité économique* —.

**69. Un dépassement fonctionnel.** - Ce sont des raisons d'efficacité qui meuvent ce dépassement de la personne morale :

Dans l'espace, l'autonomie de la personne morale rendraient les règles du droit de la concurrence inapplicables aux groupes de sociétés. Les considérant comme sujets autonomes ce sera à l'échelle du groupe que sera analysée la position concurrentielle de l'opérateur de marché ce qui aura pour effet de faciliter le dépassement des seuils d'applicabilité du contrôle des concentrations, des abus de position dominante ainsi que des aides d'État. Plus que cela, cette approche faite de l'unité économique à l'échelle du groupe sera vectrice de responsabilisation des sociétés constitutives du groupement : dès lors que l'auteur de la pratique anti-concurrentielle sera le groupe lui-même, la société-mère pourra être mise en cause pour les agissements de sa filiale. En contrepartie le groupe bénéficiera d'une atténuation des règles en cas d'opérations intra-groupes dans la mesure ou l'entente et la concentration ne pourront en principe être qualifiées.

Dans le temps, la disparition de la personne morale absorbée ne permettra plus d'exonérer sa responsabilité. Considérant qu'il existe une continuité économique avant et après l'opération de restructuration, le droit de la concurrence se permettra de sanctionner la société absorbante pour les infractions commises par l'absorbée. Cette solution avant-gardiste proposée par le droit de la concurrence a ainsi été source d'innovation et a pu être étendue à la matière pénale générale de droit des affaires par l'arrêt rendu par la chambre criminelle le 25 novembre 2020.

**70. Une personne morale instrumentalisée.** - Si la personne morale ne pourra plus se cacher derrière son autonomie afin de faire écran à la responsabilité de l'opérateur de marché, elle ne sera pour autant pas étrangère à son propre dépassement par le droit substantiel de la concurrence. Elle en sera même témoin.

Car finalement ce sera à travers elle que la discipline analysera l'influence et la détention d'une société sur une autre. Ce sera finalement elle qui se verra responsable de la pratique anti-concurrentielle commise par sa filiale. Ce sera également elle qui fondera sa propre responsabilité pénale en cas de fusion au travers de la poursuite de l'activité économique.

Elle aurait pu voir une petite lumière quant à l'appréhension de l'unité économique à l'échelle de l'établissement: théoriquement la personne morale pourrait s'exonérer de responsabilité en démontrant l'autonomie de sa succursale ; cependant la pratique tend à démontrer que cette possibilité n'est qu'un pur artifice dès lors qu'elle n'a jamais pu être réalisée.

À la question « que *reste-t-il de la personne morale droit substantiel de la concurrence ?* », la réponse est pour elle bien triste. Pas grand chose. Et surtout, là où elle restera ce sera finalement pour lui appliquer plus sévèrement les règles du droit de la concurrence.

**71. Transition.** - Le dépassement de la personne morale en droit substantiel de la concurrence est ainsi acté (**PARTIE I**). Reste à savoir ce qu'il en est en droit processuel de la concurrence (**PARTIE II**)

**PARTIE II :**  
**UN DÉPASSEMENT PROGRESSIF DE LA PERSONNE MORALE**  
**EN DROIT PROCESSUEL DE LA CONCURRENCE**

**72. Amorce.** - Si le droit de la concurrence poursuit un objectif précis et est avant tout mu par des considérations économiques, son pan processuel doit cependant s'accorder avec une approche plus juridique. D'autres règles et garanties peuvent alors lui venir en opposition : principe de personnalité des peines aux stades du calcul de l'amende ou de l'indemnisation et de son prononcé, règles de la procédure civile et intérêt à agir. Le dépassement fonctionnel de la personne morale au bénéfice de la notion d'entreprise observé en droit substantiel pourrait ainsi s'en retrouver entravé.

Deux pans du droit processuel de la concurrence sont distinguées selon qui intente l'action.

D'une part l'action publique — *public enforcement* — met en oeuvre les pouvoirs de contrôle attribués aux juges et administration et fait directement suite au droit substantiel de la concurrence. Il apparaîtra que dans cette branche du droit de la concurrence le dépassement de la personne morale est progressif notamment au stade du calcul et du prononcé de l'amende — *le principe de personnalité des peines étant remplacé par un principe d'individualisation appliqué à l'échelle de l'entreprise* —. La personne morale y subsistera tout de même, de manière résiduelle, au moment de la notification de la décision, de l'exercice des voies de recours ainsi que dans les procédures de coopération — *clémence et transaction* —.

D'autre part, l'action privée — *private enforcement* — offre de nouvelles possibilités quant à l'effectivité des règles du droit du marché. Désormais les acteurs du marché sont associés à la bonne application des règles sanctionnant les pratiques anti-concurrentielles. Les victimes de pratiques anti-concurrentielles peuvent ainsi demander une indemnisation de leurs préjudices résultant d'une pratique anti-concurrentielles. Cette action cependant, si elle met en oeuvre les règles du droit du marché, doit toutefois s'articuler avec la procédure civile. Elle est ainsi source d'hésitations quant au dépassement de la personne morale au bénéfice de l'entreprise. En *private enforcement* la personne morale seule disposant de la capacité d'ester en justice ne saurait être mise à l'écart.

**73. Plan.** - De cette manière, le rongement avancé de la personne morale en *public enforcement* (CHAPITRE I) puis les hésitations persistantes en *private enforcement* (CHAPITRE II) seront étudiés dans deux chapitres successifs.

## CHAPITRE I :

### LE RONGEMENT AVANCÉ DE LA PERSONNE MORALE EN *PUBLIC ENFORCEMENT*

**74. Amorce.** - Étudier la place de la personne morale en droit processuel de la concurrence et en particulier en *public enforcement*, à savoir les actions de mise en oeuvre des règles de concurrence par les autorités publiques, conduit à faire un constat. La personne morale semble s'être faite rongée par la pratique au bénéfice d'une approche plus fonctionnelle au travers de la notion d'entreprise.

Cela est particulièrement flagrant au stade de l'amende. Alors que le principe de personnalisation des peines impliquerait qu'au stade de l'amende chaque personne morale impliquée dans la pratique anti-concurrentielle soit appréhendée de manière autonome, le droit de la concurrence retient une solution autre. En effet le principe d'individualisation des peines se fera par le biais de l'entreprise. Cela aura deux conséquences : le montant de l'amende sera calculé à l'échelle de l'entreprise — et non plus de la personne morale seule — ; les juges et autorités n'auront pas à déterminer la quote-part attribuées à chaque société du groupe puisque l'amende sera prononcée à l'entreprise entière.

Cependant, la personne morale ne saurait disparaître totalement du droit processuel de la concurrence, même en *public enforcement*. La personne morale fait naturellement son retour à la fois dans la notification des actes de procédures, dont les décisions de justice et administratives, et dans l'exercice des voies de recours. De manière plus étonnante mais pour les mêmes raisons elle fait également son retour dans les procédures de coopération que sont la clémence et la transaction. Toutefois, si ce retour de la personne morale processuelle est nécessaire pour l'application finale des règles du droit de la concurrence, il n'en reste que résiduel.

**75. Plan.** - De cette manière, la disparition progressive de la personne morale au stade de l'amende (**Section I**) puis les résidus de la personne morale processuelle en *public enforcement* (**Section II**) seront étudiés dans deux sections successives.

## Section I — La disparition progressive de la personne morale au stade de l’amende

**76. Plan.** - Alors que le principe de personnalisation des peines impliquerait que l’amende soit calculée et prononcée de façon autonome pour chaque personne morale impliquée dans une pratique anti-concurrentielle, le droit de la concurrence retient une solution différente: le principe d’individualisation des peines se fait par le biais de l’entreprise. Ainsi, la personne morale est mise à l’écart tant dans le calcul de l’amende (Paragraphe I) que dans le prononcé de l’amende (Paragraphe II).

### Paragraphe I — La mise à l’écart de la personne morale dans le calcul de l’amende

**77. La proportionnalité de l’amende.** Selon l’article L. 462-2 du Code de commerce: « *Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l’importance du dommage causé à l’économie, à la situation de l’organisme ou de l’entreprise sanctionné ou du groupe auquel l’entreprise appartient et à l’éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction* ». Ainsi les Autorités de la concurrence peuvent moduler la sanction selon : la gravité des faits, l’importance du dommage causé à l’économie, la situation économique de l’auteur, et la récidive. Un autre critère vient s’ajouter à cette liste: la durée de l’infraction.

Cela est rappelé par le juge européen : « *Dans le cadre de sa marge d’appréciation, la Commission est appelée à individualiser la sanction en fonction des comportements et des caractéristiques propres aux entreprises concernées afin de garantir, dans chaque cas d’espèce, la pleine efficacité des règles communautaires de la concurrence* » et « *la Commission est appelée à prendre en considération la gravité et la durée de l’infraction dont il s’agit* »<sup>180</sup>. Cel est également rappelé par les règlements communautaires — « *pour déterminer le montant de l’amende, il y a lieu de prendre en considération, outre la gravité de l’infraction, la durée de celle-ci* »<sup>181</sup>

L’utilisation de la notion d’« *entreprise* » amène à se poser une question: *si en droit substantiel de la concurrence l’identification de l’auteur de l’infraction se faisait à l’échelle de l’entreprise en est il de même en droit processuel pour le calcul du montant de l’amende ?* Lorsque l’entreprise ne sera composée que d’une seule société il n’y aura a priori pas de difficulté dès

<sup>180</sup> CJCE, 7 juin 2007, *Britannia Alloys & Chemicals*, aff. C-76/06 P, points 22 et 44.

<sup>181</sup> CE, *Règlement n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité*, article 23, 3.

lors que coïncideront l'auteur de l'infraction — à savoir l'entreprise — et le débiteur final de l'amende — la société —. Toutefois, lorsque l'entreprise prendra la forme d'un groupe de sociétés reste à savoir à quelle échelle se calculera le montant de l'amende. Les textes laissent penser que celle-ci sera calculée à l'échelle du groupe de société.

**78. La gravité des faits reprochés (une valeur des ventes analysée à l'échelle du groupe).** - Il s'agit ici de la première phase de la fixation du montant de l'amende : « *la première phase de la méthode de fixation de l'amende par la Commission a pour objet de déterminer le montant de base de l'amende infligée à chaque entreprise concernée, et ce, en appliquant sur la valeur des ventes de produits ou services en cause sur le marché géographique concerné de chacune d'elles un premier coefficient multiplicateur reflétant la gravité de l'infraction, voire un second coefficient multiplicateur visant à les dissuader de s'engager de nouveau dans de tels comportements illégaux* ». Ce n'est donc pas le critère du chiffre d'affaire qui est ici retenu mais la valeur des ventes sur le marché. Cette valeur des ventes peut se définir comme « *la valeur de l'ensemble des catégories de produits, ou de services en relation avec l'infraction (...) vendues par l'entreprise concernée durant son dernier exercice comptable* »<sup>182</sup>.

Cette valeur des ventes permettra de calculer un droit d'entrée qui poursuivra un objectif de dissuasion et qui sera compris entre « *15% et 25% de la valeur des ventes* »<sup>183</sup>. Lorsque l'auteur de l'infraction sera un groupe de sociétés, cette valeur des ventes sera analysée à l'échelle du groupe indifféremment de l'autonomie de chacune des personnes morales pouvant le constituer. Dans l'affaire des *Treillis soudés* on peut ainsi lire : « *l'appartenance de KDI Davum et de Ravate Professionnel à un groupe de grande taille doit être retenue afin de garantir le caractère dissuasif de la sanction. Il y a lieu d'augmenter de 15 % la sanction* »<sup>184</sup>.

Cette analyse des ventes à l'échelle du groupe est rappelée par l'Autorité nationale de la concurrence : « *Lorsque l'infraction est commise par un groupement d'entreprises, la valeur des ventes est celle réalisée par l'ensemble des entreprises membres du groupement* »<sup>185</sup>.

**79. Une situation économique analysée à l'échelle du groupe.** - Afin d'adapter la sanction pécuniaire — en la minorant ou en la majorant — les autorités de concurrence vont être amenées à prendre en compte la situation économique de l'auteur de l'infraction. Une nouvelle fois, lorsque l'entreprise n'est constituée que d'une seule société ce sera à l'échelle de celle-ci

<sup>182</sup> COLLECTIF, *Mémento pratique: concurrence, consommation*, Levallois : Francis Lefebvre, 2021, n°26872.

<sup>183</sup> CE, *Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003*, point 25.

<sup>184</sup> Aut. conc. 12 mai 2016, *Treillis soudés*, n°16-D-09.

<sup>185</sup> Aut. conc., *Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires*, pt. 38.

que la situation économique sera analysée. Toutefois, lorsqu'il s'agira d'une groupe de sociétés, ce sera tant la situation financière de la société-mère que de la filiale qui seront pris en compte<sup>186</sup>. Il s'agit là de s'assurer du caractère dissuasif de l'amende<sup>187</sup>.

**80. Récidive.** - L'enjeu de la récidive au sein du groupe aura un impact sur le montant de l'amende dès lors que la récidive est un critère de calcul de celle-ci. Parce qu'une filiale peut engager le groupe de sociétés dans son entier, cette règle perdure en cas de récidive. Le montant de l'amende infligé au groupe de sociétés sera ainsi majoré si l'une des sociétés se sera rendue coupable d'une récidive — *il sera ici indispensable d'établir une stratégie de compliance au sein dudit groupe* —<sup>188</sup>.

**81. La mutation du principe d'individualisation des peines.** - Si auparavant la responsabilité personnelle restait le principe, aujourd'hui celle-ci semble s'être totalement effacée : désormais le principe d'individualisation des peines se fait à l'échelle de l'entreprise.

Dans l'*affaire du polypropylène* en 1999 le juge communautaire affirmait que la responsabilité personnelle restait le principe<sup>189</sup>. Cela était rappelé dans l'arrêt *SCA Holding* du 16 novembre 2000 — « *Conformément au principe de la responsabilité personnelle, selon lequel une personne ne peut être rendue responsable que de ses propres actes, il incombe, en principe, à la personne qui dirigerait l'entreprise au moment où elle a participé à l'infraction de répondre de cette dernière* »<sup>190</sup> — et *Solvay* du 16 juin 2011<sup>191</sup>.

Outre les questions d'imputation de l'infraction qui relèvent du droit substantiel de la concurrence, en matière de procédure l'enjeu premier est la question du montant de l'amende. Si on pouvait auparavant lire dans la doctrine « *un retour à la personne morale pour garantir le principe de responsabilité personnelle* »<sup>192</sup>, aujourd'hui c'est au travers de l'entreprise que l'individualisation des peines se fait.

<sup>186</sup> E. THOMAS, *L'entreprise contrevenante en droit des pratiques anticoncurrentielles (Union européenne et France)* — *Variations autour de la distinction entre société et entreprise*, thèse, droit Université Panthéon-Assas II, 2014, p. 340 s., n°758 s.

<sup>187</sup> COLLECTIF, *Mémento pratique: concurrence, consommation*, Levallois : Francis Lefebvre, 2021, n°26900.

<sup>188</sup> J-C. RODA, *Droit de la concurrence, groupe de sociétés et récidive : quels enjeux ? quelles solutions ?*, *Revue des Sociétés* n°6, dossier 15, Juin 2017

<sup>189</sup> CJCE, 8 juillet 1999, *Anic*, aff. C-49/92.

<sup>190</sup> CJCE, 16 novembre 2000, *SCA Holding*, aff. C-297/98

<sup>191</sup> Trib. UE, 16 juin 2011, *Solvay*, aff. T-195/06.

<sup>192</sup> L. IDOT, *La responsabilité pénale des personnes morales : Les leçons du droit européen de la concurrence*, *Concurrences, Doctrines, Concurrences* N°1-2012, 2012, p.67.

Malgré la participation du droit de la concurrence à la matière pénale<sup>193</sup> au sens de l'article 6 de la Convention EDH<sup>194</sup> et les longs débats qui ont pu être portés quant à l'application du principe d'individualisation des peines<sup>195</sup>, il semblerait que l'approche opérée par le droit de la concurrence soit bien conforme. Désormais le principe de personnalité des poursuites et des peines est indifférent à la procédure concurrentialiste ; en revanche subsiste le principe d'individualisation des peines mais cette fois-ci au travers de la notion d'entreprise.

**82. Transition.** - La personne morale est ainsi mise à l'écart dans le calcul de l'amende puisque ce calcul se fera à l'échelle de l'entreprise (Paragraphe I). Elle est également mise à l'écart dans le prononcé de l'amende dès lors que les autorités et juges ne sont pas tenus de déterminer la quote-part attribuée à chaque personne morale constitutive de l'entreprise (Paragraphe II).

Paragraphe II — La mise à l'écart de la personne morale dans le prononcé de l'amende

**83. De l'unité à la solidarité.** - Dès lors que l'amende sera calculée à l'échelle du groupe et que ce même groupe sera considéré comme auteur unique de l'infraction anti-concurrentielle, il apparaît que les sociétés constitutives du groupe pourront être condamnées solidairement à payer l'amende.

**84. L'indétermination de la quote-part.** - Depuis la jurisprudence *Siemens Österreich* 2014, les autorités ne sont pas tenues de répartir les quotes-parts de l'amende entre les codébiteurs solidaires: « *S'il découle de l'article 23, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003 que la Commission peut condamner solidairement à une amende plusieurs sociétés, dans la mesure où elles faisaient partie d'une même entreprise, ni le libellé de cette disposition ni l'objectif du mécanisme de solidarité ne permettent de considérer que ce pouvoir de sanction s'étendrait (...) à celui de déterminer les quotes-parts des codébiteurs solidaires dans le cadre de leur relation interne* »<sup>196</sup>.

**85. L'extension de la solution.** - La solution selon laquelle les autorités peuvent prononcer l'amende à l'égard du groupe entier sans déterminer la quote-part applicable à chaque personne

<sup>193</sup> L. BERNARDEAU, *Amendes pour pratiques anticoncurrentielles en droits interne et européen*, JurisClasseur Concurrence - Consommation, Fascicule 308-1, Avril 2019

<sup>194</sup> L. ARCELIN-LÉCUYER, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, thèse de doctorat, droit, Université de Montpellier I, 2001, p. 422, n°559.

<sup>195</sup> D. BLANC, *Droit de la concurrence : la dépénalisation n'est pas la solution*, AJ pénal, Février 2008, p.69 s. • T. LECHEVALLIER-DELERIS, *La répression pénale est-elle adaptée au droit de la concurrence?*, mémoire, droit, Université Paris II Panthéon-Assas, 2019

<sup>196</sup> CJUE, 10 avril 2014, *Siemens Österreich*, aff. C-231/11 P et C-232/11 P, pt. 58.

morale trouverait sa limite dans l'unité économique du groupe. Ce serait l'unité économique qui permettrait ainsi à l'Autorité de prononcer l'amende de manière indéterminée au groupe de société. Pourtant, le juge européen est allé au-delà non seulement de la personne morale, mais de l'unité économique elle-même. En effet « *la Commission n'est pas tenue de déterminer les quote-parts pour le paiement de l'amende des codébiteurs solidaires, en particulier lorsqu'ils ne forment plus, au jour de la décision une même unité économique* »<sup>197</sup>. Dans l'affaire des câbles électrique de 2018, ayant fait l'objet de quinze recours<sup>198</sup>, le Tribunal de l'Union européenne rappelle la solution *Siemens Österreich*. Par exemple dans l'arrêt *The Goldman Sachs Group*: « *la Commission n'a pas commis d'erreur ni enfreint les principes de sécurité juridique et de personnalité des peines en ne déterminant pas les quotes-parts de la requérante et des intervenantes dans le cadre de leur relation interne* »<sup>199</sup>. Autrement dit, peu importe qu'au moment du prononcé de l'amende l'unité économique ne soit plus réelle, ce qui importe c'est qu'elle eut été au moment de la commission de l'infraction. Si tel est le cas, alors la personne morale se rangera derrière le groupe qui se verra infligé la totalité de l'amende.

**86. Transition.** - La personne morale est ainsi progressivement remplacée par la notion d'entreprise au stade de l'amende (**Section I**). Il ne faut cependant pas encore en déduire que la personne morale a totalement disparue du droit processuel de la concurrence en *public enforcement*. En effet subsistent quelques résidus de la personne morale processuelle (**Section II**).

---

<sup>197</sup> E. THOMAS, *Le Tribunal de l'Union européenne confirme en tous points la décision de la Commission européenne dans l'affaire du cartel des câbles électriques à haute tension souterrains et sous-marins et rejette l'ensemble des moyens aux fins d'annulation et de réformation invoqués au soutien de quinze recours dirigés contre ladite décision, Concurrences, Ententes Chroniques, Concurrences N°4-2018, 2018, p.107 s.*

<sup>198</sup> Trib. UE, 12 juillet 2018 (x15), *The Goldman Sachs Group*, aff. T-419/14 • *Viscas*, aff. T-422/14 • *Silec Cable et General Cable*, aff. T-438/14 • *LS Cable & System*, aff. T-439/14 • *Brugg Kabel et Kabelwerke Brugg*, aff. T-441/14 • *Prysmian et Prysmian cavi e sistemi*, aff. T-475/14 • *Pirelli & C.*, aff. T-455/14 • *Fujikura*, aff. T-451/14 • *Sumitomo Electric Industries et J-Power Systems*, aff. T-450/14 • *Nexans France et Nexans*, aff. T-449/14 • *Hitachi Metals*, aff. T-448/14, • *NKT Verwaltungs et NKT*, aff. T-447/14 • *Taihan Electric Wire*, aff. T-446/14 • Trib. UE, 12 juill. 2018, *ABB*, aff. T-445/14 • Trib. UE, 12 juill. 2018, *Furukawa Electric*, aff. T-444/14.

<sup>199</sup> Trib. UE, 12 juill. 2018, *The Goldman Sachs Group*, aff. T-419/14, pt. 207.

## Section II — Les résidus de la personne morale processuelle en *public enforcement*

**87. Plan.** - La personnalité morale processuelle est ainsi importante qu'elle permet à l'entité de défendre ses intérêts<sup>200</sup>. Elles sont alors les seules destinataires des notifications des décisions de justice ou administratives (Paragraphe I), et peuvent bénéficier de procédures de coopération (Paragraphe II) et encore exercer leurs voies de recours (Paragraphe III).

### Paragraphe I — Le retour de la personne morale dans la notification de la décision

**88. Un retour nécessaire.** - « *Bien que la notion d'entreprise en tant que sujet de droit soumis aux règles de concurrence de la Communauté ne dépende pas du droit des sociétés, il est toujours nécessaire, pour l'application des décisions, d'identifier une entité dotée de la personnalité juridique. Il pourrait être extrêmement difficile de percevoir une amende infligée (...) si la décision n'était pas adressée à une entité juridique* »<sup>201</sup>. Sans autre choix possible, la personne morale fera ainsi son retour au stade de la notification de la décision. Ici les personnes morales n'auront donc « *qu'un rôle procédural aux fins de la notification de la décision, dans la mesure où l'entreprise est dépourvue de personnalité juridique* »<sup>202</sup>.

**89. Transition.** - La personne morale fait ainsi nécessairement son retour afin que la décision soit notifiée à l'opérateur (Paragraphe I). Elle fait également son retour dans les procédures de coopération (Paragraphe II).

### Paragraphe II — Le retour de la personne morale dans les procédures de coopération

**90. Un retour de la personne morale dans la procédure de clémence.** - La procédure de clémence permet aux autorités de concurrence d'accorder une exonération totale ou partielle à des entreprises qui a, avec d'autres, participé à une entente illicite, si elle a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments

<sup>200</sup> G. WICKER, *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT*, in *Études à la mémoire du Professeur Bruno OPPETIT*, Paris : Litec, LexisNexis. 2009, p. 709, n°27.

<sup>201</sup> Comm. eur, 21 décembre 1988, *décision relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE*, n°89/190/CEE, pt. 45 • Comm. CE, 2 août 1989, *décision relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE*, pt. 194

<sup>202</sup> E. THOMAS, *L'entreprise contrevenante en droit des pratiques anticoncurrentielles (Union européenne et France)* — *Variations autour de la distinction entre société et entreprise*, thèse, droit Université Panthéon-Assas II, 2014, p. 77, n°159.

d'informations dont les autorités ne disposaient pas antérieurement<sup>203</sup>. Au plan interne elle est posée par l'article L. 464-2, IV du Code de commerce. Au plan communautaire peut être cité le règlement 2015/1348 du 3 août 2015. Si le terme « *entreprise* » est employé dans les sources nationale et communautaire, il apparaît qu'il est en réalité ici peu pertinent<sup>204</sup>.

Avant toute chose, il faut dire que les opérateurs qui désirent bénéficier de la procédure de clémence devront en faire la demande auprès des autorités. Pour cela, il faudra à l'opérateur disposer de la personnalité juridique. Sans pour autant utiliser les notions de « personne morale » ou encore de « société », les communications de la Commission utiliseront le terme « entité juridique » pour désigner le demandeur de la procédure de clémence. Le demandeur devra ainsi donner « *le nom et l'adresse de l'entité juridique qui présente la demande d'immunité* »<sup>205</sup>.

Ce retour de la personne morale dans la procédure de clémence conduit à se demander si *une filiale procède à cette demande la société-mère pourrait elle en bénéficier?* Le juge européen a pu donner une réponse à cette question dans les affaires *SKW*<sup>206</sup> et *Lauren Austria*<sup>207</sup>. Il en ressort que le bénéfice de la procédure de clémence pour la société-mère ne sera pas automatique. La personne morale et son autonomie reviennent ainsi dans l'analyse. Ces arrêts posent respectivement deux conditions pour que la société mère bénéficie des effets qui découlent de la demande de sa filiale : d'une part, au jour de la demande elles appartiennent toujours à la même entreprise — *contrairement au prononcé de l'amende ce n'est plus le jour de la commission de l'infraction qui est retenu mais bien le jour de l'acte de procédure* — ; d'autre part, que la responsabilité de la société-mère ait été retenue de manière dérivée de sa filiale.

**91. Un retour de la personne morale dans la procédure de transaction.** - La procédure de transaction figurant à l'article L. 464-2, III du Code de commerce a été introduite par loi « Macron » du 6 août 2015. Dans les affaires de pratiques anti-concurrentielles dans lesquelles ont été notifiées plusieurs entreprises, une entreprise peut demander le bénéfice de la procédure de transaction et dans ce cas devra renoncer à contester les griefs qui lui auront été reprochés et

<sup>203</sup> Collectif, *Mémento pratique Francis Lefebvre : concurrence, consommation*, Levallois : Francis Lefebvre, 2021, n°26920.

<sup>204</sup> E. THOMAS, *L'entreprise contrevenante en droit des pratiques anticoncurrentielles (Union européenne et France) — Variations autour de la distinction entre société et entreprise*, thèse, droit Université Panthéon-Assas II, 2014, p. 373 s., n°834 s.

<sup>205</sup> Comm. eur., *Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes*, 2006, pt. 9

<sup>206</sup> Trib. UE, 23 janvier 2014, *SKW e.a. c/ Commission*, aff. T-384/09.

<sup>207</sup> Trib. UE, 16 septembre 2013, *Laufen Austria c/ Commission*, aff. T-411/10.

devra cesser les pratiques sanctionnées. Ici également, si les « entreprises » sont littéralement visées par les textes, pour des raisons procédurales ce sont les personnes morales qui sont concernées dès lors que ce sont elles qui seront les destinataires des notifications et pourront faire la demande de la procédure de transaction.

**92. Transition.** - La personne morale fait ainsi son retour dans les procédures de coopération (Paragraphe II). Elle fait également son retour dans l'exercice des voies de recours (Paragraphe III).

#### Paragraphe III — Le retour de la personne morale dans l'exercice des voies de recours

**93. L'identification du demandeur du recours.** - Au sens du droit substantiel de la concurrence, l'auteur de l'infraction reste l'entreprise. Cette solution semble trouver ses limites procédurales quand il s'agit d'identifier l'auteur d'un acte de procédure. Seule la personne morale dotée de la personnalité juridique serait en principe la demanderesse du recours. Cela été ainsi rappelé par la Commission dans l'arrêt de la CJUE *Tomkins*. Elle considérait ainsi que le Tribunal avait commis une « *confusion entre la notion d'entreprise en tant qu'entité économique en matière de concurrence, et la notion procédurale de personne morale, qui dépose un demande devant les juridictions* »<sup>208</sup>.

**94. L'extension du recours au autres sociétés du groupe.** - La question qui se pose ici est de savoir si une société-mère peut bénéficier du recours de sa filiale. Ce sera particulièrement intéressant si ce recours aboutira sur annulation de la décision sur un point relevant de l'entreprise entière (et non plus seulement de la société demanderesse). La réponse à cette question est donnée par l'arrêt *AssiDöman* rendu en 1999 dans lequel des sociétés non-demanderesses avaient voulu bénéficier d'une décision d'annulation alors même qu'elles avaient refusé d'exercer leurs voies de recours. Alors que la Commission refusait l'extension des effets de la décision *ergo omnes* la CJCE quant à elle considérait que cette décision d'annulation devait bénéficier à l'ensemble des sociétés constituant l'entreprise alors même qu'elles n'avaient pas exercé leurs voies de recours. En revanche c'était bien parce que le point annulé concernait l'entreprise. Si le point annulé avait concerné la société demanderesse elle-même et seulement elle n'aurait pu être étendue aux autres sociétés du groupe<sup>209</sup>.

<sup>208</sup> CJUE, 22 janvier 2013, *Tomkins*, aff. C-286/11 P, pt. 15.

<sup>209</sup> CJCE, 14 septembre 1999, *AssiDomän Kraft Products e.a.*, C-310/97 P

---

**95. Conclusion du Chapitre I.** - Dans les règles processuelles du *public enforcement* de la concurrence la disparition de la personne morale est déjà bien avancée et pour les mêmes raisons qu'en droit substantiel: une approche plus fonctionnelle de la discipline conduit à s'intéresser de manière privilégiée à la notion d'entreprise. Cela se vérifie au stade de l'amende où son calcul et son prononcé se feront indifféremment de la personne morale. Il restera cependant quelques résidus de la personne morale processuelle dans la notification, l'exercice des voies de recours ainsi que dans les procédures de coopération.

---

**96. Transition.** - Le rongement de la personne morale semble ainsi avancé en *public enforcement* (**CHAPITRE I**), toutefois subsistent des hésitations en *private enforcement* (**CHAPITRE II**).

**CHAPITRE II :**  
**LES HÉSITATIONS PERSISTANTES EN *PRIVATE ENFORCEMENT***

**97. Amorce.** - Le droit des marchés concurrentielles et des pratiques anti-concurrentielles trouvent une application naturelle en *public enforcement* dès lors que les autorités de la concurrence sont amenées à contrôler l'activité des opérateurs. Toutefois, les concurrents ne sont pas entièrement exclus de cette branche du droit. En effet, ils sont les destinataires d'une action privée — *Private enforcement* — leur permettant d'obtenir des dommages-intérêts afin de réparer le préjudice subi en raison d'une pratique anti-concurrentielle. C'est après un processus législatif qui aura duré près de douze ans que la directive 2014/104/UE a pu être transposée en droit français, dans le Code de commerce, introduisant un tout nouveau Titre VIII du Livre IV, par ordonnance et décret du 9 mars 2017.

Ainsi, selon l'article L. 481-1 du Code de commerce « ***Toute personne physique ou morale formant une entreprise ou un organisme (...) est responsable du dommage qu'elle a causé du fait de la commission d'une pratique anticoncurrentielle ...*** ».

Le texte fondant l'action privée des concurrents victimes de pratiques anti-concurrentielles articule de cette manière la « personne » avec l'« entreprise ». Mais cela n'a pas toujours été le cas. Lors de sa rédaction plusieurs débats avaient pu être portés quant à l'utilisation ou bien du terme « entreprise » ou bien du terme « personne ». La formulation « *toute entreprise ou tout organisme* » a alors été remplacé par « *toute personne physique ou morale formant une entreprise ou un organisme* ». Et pour certains « *Cette modification a l'avantage de clarifier au plan notionnel l'identité du responsable* ». Elle fait un « *lien clair entre le sujet du droit de la concurrence (l'entreprise) et le sujet du droit de la responsabilité civile (la personne juridique)* »<sup>210</sup>.

**98. Une efficacité source d'hésitations.** - Le *private enforcement* poursuit lui-aussi un objectif d'efficacité. Cela est rappelé par la directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014: « *Le droit, inscrit dans le droit de l'Union, à réparation d'un préjudice résultant d'infractions au droit de la concurrence de l'Union et au droit national de la concurrence exige de chaque État membre qu'il dispose de règles procédurales garantissant l'exercice effectif de ce droit* »<sup>211</sup>.

<sup>210</sup> R. AMARO, *Transposition de la directive Dommages en France : Regards sur le nouveau titre VIII du livre IV du Code de commerce, Concurrences*, Article, Concurrences N° 2-2017, 2017, p. 74, n°11.

<sup>211</sup> Parl. eur. et Comm. eur., *Directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014*, Considérant 4.

En matière d'action publique, le droit de la concurrence a très clairement fait le choix de la fonctionnalité en consacrant l'entreprise en tant que sujet de droit au détriment de la notion de personne morale, et cela tant sur le plan des règles substantielles que procédurales. Il a pu être étudié qu'en *public enforcement*, pour des raisons fonctionnelles, la personne morale était progressivement mise à écart des règles processuelles au bénéfice de la notion d'entreprise — *afin de calculer le montant de l'amende et de la prononcer au niveau du* — de sorte à n'en finir que résiduelle. Reste à savoir s'il en est de même en matière d'action privée.

En matière d'action privée cette fois-ci, l'arrêt *Vantaan kaupunki c/ Skanska Industrial Solutions* rendu en 2019 a été source d'hésitations. Par cet arrêt CJUE consacrait la notion d'entreprise afin d'appréhender la continuité de l'activité économique<sup>212</sup>. En l'espèce, plusieurs sociétés avaient été condamnées par la Cour administrative suprême de Finlande en raison d'une entente sur le marché de l'Asphalte. Certaines d'entre elles dissoutes s'étaient toutefois vues infliger l'amende par application du principe de continuité économique précédemment étudié (il s'agissait à ce stade d'une appréhension classique de la continuité économique en *public enforcement*). Toutefois, par la suite une collectivité locale avait demandé réparation de son préjudice aux sociétés condamnées. Les juges ont alors étendu la notion d'entreprise à l'action en réparation — *private enforcement* —. Considérant que dès lors que l'activité économique était poursuivie, les sociétés acquéresses pouvaient être tenues responsables du préjudice causé par cette entente. Cette extension de la solution sur la continuité économique concernait cependant le droit substantiel de la concurrence. Il s'agit désormais de savoir si cette extension de la notion d'entreprise vaut également sur le plan processuel du *private enforcement*.

Et justement pour ces raisons fonctionnelles, cette fois-ci c'est la personne morale qui subsiste en *private enforcement*. Il semblerait que les parties doivent nécessairement être dotée de la personnalité juridique. L'entreprise serait ici inefficace. La personne morale est la première concernée par le *private enforcement* soit en tant que partie demanderesse, soit en tant que partie défenderesse.

**99. Plan.** - De cette manière, la personne morale demanderesse (**Section 1**) puis la personne morale défenderesse (**Section 2**) seront étudiées dans deux sections successives.

---

<sup>212</sup> L. ARCELIN, *L'effet tentaculaire de la notion d'entreprise en droit de la concurrence*, Revue Lamy de la concurrence, N° 84, Juin 2019 • E. THOMAS, *La Cour de justice de l'Union européenne étend aux actions en dommages et intérêts l'application du principe de la continuité économique et, ce faisant sa définition fonctionnelle de l'entreprise*, Concurrences, Ententes Chroniques, Concurrences N°2-2019, 2019, p.69 s.

## Section 1 — La personne morale demanderesse

**100. Plan.** - Le droit processuel impliquerait que seules des personnes juridiques puissent être parties demanderesse, et ce même en droit de la concurrence. Mais puisque la réponse n'était pas si claire en *public enforcement*, la même question peut être posée en *private enforcement*. Effectivement il semblerait qu'ici le droit de la concurrence se détourne de la notion d'« entreprise » et revienne à la « personne » juridique. L'auteur de la demande ne se borne ainsi plus à l'entreprise mais s'en détache et va au-delà (Paragraphe I). Plus que cela, c'est par nécessité que la personne morale fait son retour puisque c'est à travers elle que peut s'analyser l'intérêt à agir (Paragraphe II).

### Paragraphe I — L'extension de la demande au-delà de l'entreprise

**101. Les demandeurs**<sup>213</sup>. - Lorsque la victime est à la fois une personne juridique autonome et une entreprise au sens du droit de la concurrence — *exerçant une activité économique*<sup>214</sup> —, et que les deux notions coïncident, aucune difficulté n'apparaît. C'est lorsqu'il y a une dissociation entre l'opérateur économique, la victime et la personne juridique que la question se pose de savoir qui peut exercer une action en dommages-intérêts pour pratique anticoncurrentielle.

L'action en dommages-intérêts pour pratique anticoncurrentielle peut être exercée par : le concurrent de l'auteur de la pratique anticoncurrentielle, le cocontractant de l'auteur de la pratique anticoncurrentielle y compris s'il y a pris part<sup>215</sup>, un tiers contractant indirect (contractant du contractant), un tiers non-contractant ayant subi un « préjudice d'ombrelle » (lorsque son cocontractant s'est adapté à la situation du marché)<sup>216</sup>, une association agréée de consommateurs dans le cadre d'une action de groupe conformément aux articles L. 623-1 et suivants du Code de la consommation.

**102. Des personnes morales n'exerçant pas d'activité économiques.** - Dans cette liste apparaît clairement au moins une personne morale qui ne peut être une entreprise en ce qu'elle n'exerce aucune activité économique: l'association agréée de consommateurs. L'activité économique n'est ainsi plus le critère qui ouvre droit à l'action privée en droit de la concurrence.

<sup>213</sup> COLLECTIF, *Mémento pratique Francis Lefebvre : concurrence, consommation*, Levallois : Francis Lefebvre, 2021, n°27010.

<sup>214</sup> CJCE, 23 avril 1991, *Hofner*, aff. C-41/90.

<sup>215</sup> CJCE, 20 septembre 2001, *Courage*, aff. 453/99

<sup>216</sup> CJUE, 5 juin 2014, *Kone*, aff. 557/12.

Il existe également d'autres victimes qui ne sont pas des entreprises au sens du droit la concurrence à savoir les personnes morales publiques. Si certaines d'entre elles exercent bien une activité économique<sup>217</sup> d'autres non et peuvent pourtant porter des actions en justice non pas en *public enforcement* mais bien en *private enforcement* afin de demander une indemnisation du préjudice subi en raison de la pratique anti-concurrentielle réalisée<sup>218</sup>

**103. Des personnes morales exerçant une activité économique.** - Quant aux contractants, qu'ils soient contractants directs ou tiers indirects, seules les personnes juridique pouvant être capable d'exprimer un consentement à un contrat, les personnes morales sont ici nécessairement visées. En effet, l'entreprise ne peut être capable de dégager un consentement au contrat. Si elle peut en revanche être partie à une entente au sens du droit de la concurrence, ce sont ici les contrats entendus comme des « *accords de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* » au sens de l'article 1101 du Code civil qui sont visés.

Reste à savoir si le concurrent direct de l'auteur de la pratique anti-concurrentielle et de cette manière victime de cette pratique doit quant à lui être doté de la personnalité juridique pour être demandeur ou si l'entreprise suffira à demander réparation peu importe son support juridique. Il semblerait ici que la personnalité juridique soit nécessaire au demandeur *a minima* pour justifier d'un intérêt à agir.

**104. Transition.** - Ainsi l'entreprise à elle seule ne permet pas de caractériser le demandeur de l'action en dommages-intérêts pour pratiques anti-concurrentielles (Paragraphe I). La personne morale doit ici faire son retour afin de justifier l'intérêt à agir du demandeur (Paragraphe II).

Paragraphe II — Le retour nécessaire de la personne morale pour justifier d'un intérêt à agir

**105. La justification d'un intérêt à agir.** - Conformément aux mécanismes de responsabilité et de procédure civile, toute victime d'une pratique anticoncurrentielle est recevable à agir en indemnisation si elle justifie d'un intérêt à agir<sup>219</sup>. Cette règle est ainsi posée à l'article 31 du Code de procédure civile « *l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un*

<sup>217</sup> D. MAINGUY, M. DEPINCÉ et M. CAYOT, *Droit de la concurrence*, Paris : LexisNexis, 2019, p. 255

<sup>218</sup> I. HASQUENOPH, *A l'ombre des pratiques anticoncurrentielles*, AJDA 2021, p.455

<sup>219</sup> COLLECTIF, *Mémento pratique Francis Lefebvre : concurrence, consommation*, Levallois : Francis Lefebvre, 2021, n°27012

*intérêt déterminé* ». Il peut ainsi s'agir ou bien d'actions banales lorsqu'elle est ouvert à « *tous ceux qui ont un intérêt légitime* » ou bien d'actions attitrées dans les cas où « *la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie* ».

**106. Une action attitrées au bénéfice des associations agréées.** - Dans le cas des actions attitrées la loi ne se contente pas de l'existence d'un intérêt direct et personnel mais exige dans ce cas une qualité à l'action<sup>220</sup>. En *Private enforcement* se retrouve une action attitrée: celle des associations agréées de consommateurs. Elle est posée par les articles L. 623-1 et suivants du Code de la consommation. L'article L. 623-1, 2° leur offre cette possibilité par la disposition suivante: « *Une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée (...) peut agir devant une juridiction civile afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs (...) lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du livre IV du code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* ». La personne morale — ici incarnée par l'association agréée — trouvera une place particulièrement intéressante en ce qu'elle sera chargée de défendre les intérêts des consommateurs nécessairement personne physique conformément à l'article liminaire du Code de la consommation. Cette action offre une assise à la personne morale en *private enforcement* au détriment de la personne physique qui elle seule ne pourra pas bénéficier de cette action attitrée du droit de la concurrence mais se tournera plutôt vers l'action banale offerte par le droit de la consommation.

**107. Des actions banales nécessairement étudiées par le biais de la personne morale.** - Quant aux actions banales les demandeurs devront justifier d'un intérêt légitime, direct et personnel.

Une première difficulté peut apparaître. Comment les tiers contractants indirects ou non contractants peuvent ils justifier d'un intérêt direct et personnel dès lors qu'ils n'auront pas de relations contractuelles avec l'auteur du dommage ? Cette difficulté permet de rappeler une chose: même si ce seront des concurrents qui porteront l'action, le *private enforcement* ne concerne pas le droit des concurrents mais bien le droit des marchés concurrentiels et plus précisément des pratiques restrictives de concurrence. C'est donc un Ordre public de direction qui meut ces règles : il s'agit de protéger les structures du marché et les concurrents contribuent à cette protection en mettant en oeuvre cette action privée. Autrement dit les concurrents trouvent leur légitimité à agir dans la protection du marché et subissent un préjudice direct et personnel dès lors que se retrouve déstabilisé le jeu de l'offre et de la demande.

---

<sup>220</sup> C. CHAINAIS, F. FERRAND et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Paris : Dalloz, 2017, p. 155, n°191.

Une seconde difficulté doit également être résolue. Si le droit de la concurrence place l'entreprise comme sujet de droit substantiel de ces règles peu importe sa forme juridique<sup>221</sup>, est ce que celle-ci peut justifier d'un intérêt à agir ? La réponse à cette question est évidemment négative: l'entité qui agit en justice doit disposer de la personnalité morale quand bien même un intérêt se dégagerait du groupement. Cette question avait été posée à l'occasion des actions portées par des groupements en formation ne disposant pas encore de la personnalité juridique. N'étant pas envisagée par le législateur c'est donc le juge qui a dû la trancher. Un premier courant jurisprudentiel accueille ces actions des groupements en formation. Le grand tournant s'effectue au milieu des années 1980. La Cour de cassation considère que le groupement de fait ne dispose pas de capacité de jouissance active de demandeur mais seulement de la capacité de jouissance passive. Par la suite son immatriculation permettra de valider *a posteriori* les actes de procédure passés. Toutefois, les juges sont revenus à une conception de la personnalité processuelle bien plus stricte<sup>222</sup>. Des arrêts répétés de la chambre commerciale décident que « *l'irrégularité d'une procédure tenant à l'inexistence de la personne morale qui agit en justice ne peut être couverte* »<sup>223</sup>. Ce motif a également été rendu à propos d'une société absorbée<sup>224</sup>.

Ainsi, pour justifier d'un intérêt à agir encore faut-il que la personne morale soit bel et bien existante, et sans cette personnalité juridique l'auteur de la demande ne pourra justifier de cet intérêt. L'entreprise ne peut donc pas en cette seule qualité porter une action en justice quand bien même elle disposerait d'un intérêt en ce qu'elle exerce une activité économique. Le groupement devra nécessairement être doté de la personnalité juridique pour avoir la qualité de demandeur. Si la personne morale tend à se faire progressivement ronger par la notion d'entreprise, en *private enforcement* pour l'instant « *pour ce qui a trait au demandeur, rien dans les nouveaux textes ne permet d'élargir la demande à une entreprise, au sens du droit de la concurrence* »<sup>225</sup>

**108. Transition.** - Après avoir étudié la personne morale en tant que partie demanderesse (**Section I**), il s'agit de s'intéresser à la personne morale partie défenderesse (**Section II**).

<sup>221</sup> CJCE, 23 avril 1991, *Hofner*, aff. C-41/90.

<sup>222</sup> J-P. SORTAIS, *Constitution des sociétés* [en ligne], *Répertoire des sociétés*, Septembre 2004 [consulté le 1er mai 2021]

<sup>223</sup> Cass. com. 30 nov. 1999, n°97-14.595 ; Cass. 2e civ. 11 sept. 2003, n°01-14.493

<sup>224</sup> Cass. com. 7 déc. 1993, n°91-19.339.

<sup>225</sup> D. REDON, *De nouveaux outils pour favoriser les actions en réparation pour pratiques anticoncurrentielles*, Bulletin Rapide de droit des Affaires 10/17, Mai 2017, p. 4, n°7.

## Section II — La personne morale défenderesse

**109. Amorce.** - Il peut sembler étonnant de parler de « personne morale défenderesse » alors que jusque là c'était l'auteur de la pratique anti-concurrentielle qui était visée. Toutefois il ne peut pas être fait une confusion entre le droit substantiel et processuel du *public enforcement* et le droit processuel du *private enforcement*. En effet, lorsque l'auteur substantiel de la pratique a la personnalité juridique et que celle-ci coïncide avec l'entreprise il n'y a pas de difficulté. Toutefois, il se peut qu'un groupe de sociétés soit désigné comme entreprise unitaire et auteur autonome de la pratique anti-concurrentielle en *public enforcement*, alors que en *private enforcement* l'action ne sera portée que à l'encontre d'une seule société du groupe.

Autrement dit il y aura une distinction spatiale entre l'auteur de la pratique anti-concurrentielle — l'entreprise —, la partie défenderesse en *public enforcement* — le groupe de société —, et la partie défenderesse en *private enforcement* — la personne morale —. En effet la partie défenderesse devra nécessairement avoir la personnalité juridique.

**110. Plan.** - Un retour de la personne morale sera nécessaire non seulement et classiquement pour la notification de l'assignation (Paragraphe I) mais aussi en raison de l'application de personnalité des peines au prononcé de la sanction (Paragraphe II).

Paragraphe I — Un retour nécessaire de la personne morale dans la notification de l'assignation

**111. Un retour de la personne morale dans les textes.** - La personne juridique étant clairement visés par l'article L. 481-1 alinéa 1 du Code de commerce en tant que responsable du dommage ce sera logiquement elle qui sera la partie défenderesse au procès. Ce alors ainsi à son encontre que la décision sera prononcée. Cela est ainsi rappelé par l'article L. 481-1 alinéa 2 de la manière suivante quant aux moyens de preuve: « *Une décision qui ne peut plus faire l'objet d'une voie de recours ordinaire pour la partie relative au constat de l'existence et de l'imputation d'une pratique anticoncurrentielle, prononcée par une autorité de concurrence ou par une juridiction de recours d'un autre Etat membre de l'Union européenne à l'égard d'une personne physique ou morale, constitue un moyen de preuve de la commission de cette pratique* ». S'il apparaît étonnant que le texte revienne à la notion de personne juridique alors qu'en *public enforcement* la décision d'une autorité est prononcée à l'encontre de l'entreprise, cette traduction et ce remplacement en *private enforcement* fait cependant sens au regard des règles de la procédure civile.

**112. La nécessité d'une personne morale en procédure civile générale.** - Le défaut de personnalité morale de la partie défenderesse assignée est une irrégularité de fond conformément à l'article 121 du Code de procédure civile. Il s'agit même là d'une irrégularité stricte qui ne peut être couverte. Cela est posé par une jurisprudence constante: « *les assignations ayant été délivrées par une personne morale inexistante, il en résulte que la nullité [...] ne peut être couverte* »<sup>226</sup>. Ainsi, pour répondre aux conditions posées par les règles de la procédure civile la personne morale fera un retour nécessaire en *private enforcement*. « *l'entreprise n'ayant pas de personnalité morale, l'assignation devra bien être formulée à l'encontre d'une personne morale* »<sup>227</sup>

**113. Transition.** - Plus que simplement l'assignation qui est un acte de procédure qui induit un retour nécessaire de la personne morale (Paragraphe I), une spécificité du *Private enforcement* réside dans un retour du principe de personnalité des peines au prononcé de la sanction — *là où en Public enforcement il s'agissait d'une individualisation des peines sous le prisme de l'entreprise* — (Paragraphe II).

Paragraphe II — Un retour du principe de personnalité des peines au prononcé de la sanction

**114. Le retour du principe de personnalité des peines dans les textes.** - Le principe de personnalité des peines est ainsi rappelé par l'article L. 481-9 du Code de commerce: « *Lorsque plusieurs personnes physiques ou morales ont concouru à la réalisation d'une pratique anticoncurrentielle (...) elles sont solidairement tenues de réparer le préjudice en résultant. Elles contribuent entre elles à la dette de réparation à proportion de la gravité de leurs fautes respectives et de leur rôle causal dans la réalisation du dommage* ». Contrairement au *Public enforcement* qui appliquait l'individualisation de la sanction au niveau de l'entreprise, en *Private enforcement* ce principe s'applique au niveau de la personne juridique.

**115. L'application du principe de personnalité des peines en *Private enforcement*.** - Si en droit substantiel le juge pourra se fonder sur l'unité ou la continuité économique afin de sanctionner l'entreprise dans son ensemble, en matière d'actions privées, lorsqu'une décision concerne une pluralité de destinataires elle devra comporter une motivation suffisante à l'égard de chacun des destinataires, particulièrement pour ceux d'entre eux qui, aux termes de cette décision, doivent supporter la charge de cette infraction. Également, les juges ne pourront prononcer la sanction

<sup>226</sup> Cass. 2e civ., 26 mars 1997, n° 94-15.528 ; Cass. com. 14 juin 2000, n°98-10.617 ; Cass. 2e civ., 12 février 2004, n°02-13.672.

<sup>227</sup> D. REDON, *De nouveaux outils pour favoriser les actions en réparation pour pratiques anticoncurrentielles*, Bulletin Rapide de droit des Affaires 10/17, Mai 2017, p. 4, n°7.

de manière indéterminée mais devront indiquer la quote-part attribuée à chaque personne condamnée à la proportion des fautes et de son rôle causal dans la réalisation du dommage. Cela est rappelé par la circulaire NOR du 23 mars 2017 « *Les juridictions devront caractériser la faute imputable à chaque personne physique ou morale formant l'entreprise afin de pouvoir prononcer à l'encontre de cette personne une condamnation à payer des dommages et intérêts* »<sup>228</sup>.

**116. Personnalité des peines, clémence et PME.** - Ce principe de personnalité des peines applicables en *Private enforcement* aura un impact particulièrement intéressant dans deux cas précis: lorsque la personne morale aura bénéficié d'une procédure de clémence elle ne sera tenue d'indemniser la victime que si celle-ci n'aura pu bénéficier d'une réparation intégrale par les autres condamnées ; aussi une petite ou moyenne entreprise ne sera pas tenue solidairement de réparer le préjudice subi par les victimes autres que ses contractants directs ou indirects.

---

**117. Conclusion du Chapitre II.** - Dans les règles processuelles du *private enforcement* le droit de la concurrence n'a pu se détacher de la personne morale. En effet, les règles ici applicables sont celles de la procédure civile générale.

D'une part, l'entreprise dépourvue de personnalité juridique ne saurait porter une demande en justice. Seule la personne morale car bénéficiaire de la personnalité juridique pourra demander une indemnisation en raison d'une pratique anti-concurrentielle. Cette assise juridique permettra au demandeur de justifier un intérêt à agir. Plus que cela, des entités n'exerçant pas une activité économique et n'étant donc pas des entreprises — *associations agréées et certaines personnes morales de droit public* — pourront également porter une action en justice.

D'autre part, seule la personne morale saurait être partie défenderesse en ce que l'entreprise, dépourvue de capacité passive, ne peut défendre son intérêt en justice. Classiquement elle fera son retour au moment de la notification des actes de justice notamment des décisions. Même en amont, la personne morale régulièrement déclarée devra être identifiée dès l'assignation. Ce retour de la personne morale s'explique également par une application stricte du principe de personnalité des peines. Ainsi se trouveront de nouveau appliqués les mécanismes de solidarité et de contribution à la dette afin d'indemniser intégralement la victime à proportion de la faute respective et de la participation causale de chaque personne morale dans la réalisation du dommage.

---

<sup>228</sup> Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017, p. 2

## CONCLUSION DE LA PARTIE II:

**118. Un dépassement progressif.** - L'étude des règles processuelles du droit de la concurrence permet de constater que l'entreprise continue progressivement de grignoter du terrain au détriment de la personne morale. C'est surtout sur le terrain du *public enforcement* que ce dépassement s'opère. En effet, le *private enforcement* suivant les règles du procès civil ne saurait se détacher d'une assise juridique, de la personne juridique.

Ce dépassement de la personne morale par les règles processuelles s'illustre au stade de l'amende prononcée par les autorités et les juges dans le cadre de l'action publique. Le principe de personnalité des peines se retrouve remplacé au bénéfice d'un principe d'individualisation des peines entendu sous le prisme de l'entreprise. Ainsi, les juges et autorités peuvent calculer l'amende à l'échelle de l'entreprise et l'infliger au groupe de société sans avoir à déterminer les quote-parts respectives de chacune des sociétés.

**119. Un dépassement total impossible.** - Si l'entreprise a commencé à ronger la personne morale au stade de l'amende en *public enforcement*, ce dépassement s'arrête là.

En matière d'action publique la personne morale subsiste. Elle subsiste de manière résiduelle mais elle subsiste au moment de la notification de la décision, de l'exercice des voies de recours ainsi que dans les procédures de coopération — *clémence et transaction* —.

En matière d'action privée, si l'entreprise apparaît dans la lettre de l'article L. 481-1 du Code de commerce c'est bien la personne juridique qui est (seule) concernée. Seule elle peut être demandeur et défendeur à l'instance conformément aux règles de la procédure civile car seule elle dispose de la capacité d'ester en justice et d'en justifier un intérêt à agir. Et contrairement au *public enforcement*, en *private enforcement* le principe de personnalité des peines subsiste. La contribution de chaque personne morale à la réalisation du dommage devra ainsi être déterminé et proportionner individuellement.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

**120.** C'est en empruntant quelques mots à RAIMBAUD que commençait la présente recherche. Décrivant une personne morale à la dérive, FREYRIA parlait d'une personne morale qui « *errait sur un océan de contradictions* »<sup>229</sup>. Mais après avoir interrogé la place de la personne morale en droit de la concurrence il apparaît une chose : la personne morale n'erre pas, elle sait où elle va. Et c'est bien la particularité du droit de la concurrence : cette discipline fixe un cap. Si l'entreprise semble progressivement remplacer la personne morale, les deux notions sont en réalité compagnons d'un même bateau qui suit une même direction définie : l'efficacité. La notion d'entreprise, astuce fonctionnelle, se déploie là où elle est utile au droit de la concurrence ; la notion de personne morale, assise juridique, reste là où elle reste nécessaire. Ainsi, le dépassement de la personne morale ne peut totalement se faire bien que déjà bien avancé.

Le dépassement de la personne morale par le droit de la concurrence se justifie par des raisons fonctionnelles. Les règles du droit des marchés trouveraient facilement leurs limites face à borne infranchissable que constitue l'autonomie de la personne morale.

**121.** C'est au premier plan le groupe de sociétés qui se retrouverait disqualifié de la discipline alors que pourtant ils ont un poids économique considérable et ne peuvent donc être négligés. Le droit de la concurrence dans l'application de ses règles substantielles décide donc d'aller au-delà de la personne morale afin d'appréhender l'unité économique du groupe de sociétés et d'en faire un sujet de droit unique. La personne morale ne sera cependant pas étrangère à ce dépassement mais au contraire se verra soumise à des règles plus sévères dès lors que la position concurrentielle de l'opérateur sera analysée à l'échelle du groupe ou encore que la société-mère pourra se trouver responsable des infractions anti-concurrentielles commises par ses filiales. En contrepartie, les opérations réalisées à l'intérieur de cette unité économique ne seront plus soumises aux restrictions posées par le contrôle des ententes et des concentrations.

Le droit de la concurrence ira non-seulement au-delà des limites spéciales de l'autonomie de la personne morale, à l'échelle du groupe de sociétés, mais également en-deçà de ces limites, à l'échelle de l'établissement. Ici, cette appréhension de la succursale comme une unité

<sup>229</sup> C. FREYRIA, La personnalité morale à la dérive, Mélanges en hommage à André BRETON et Fernand DERRIDA, Paris : Dalloz, 1991, p. 121

économique permettrait à la personne morale de s'extraire de sa responsabilité pour pratiques anti-concurrentielles en démontrant l'autonomie de sa succursale. Cependant, si cette hypothèse est en théorie rendue possible par les décisions des autorités et juges, elle n'a en revanche jamais été mise en oeuvre et trouve donc une portée très limitée.

**122.** Après avoir dépassé la personne morale dans l'espace, par delà les bornes de son autonomie, le droit de la concurrence dépasse également la notion dans le temps afin d'appréhender sa continuité économique. Si demain une personne morale trouve sa mort, son économie vivra encore. Cette solution est émise dans le schéma bien précis où une société auteur d'une pratique anti-concurrentielle est destinée à se faire absorber. Les restructurations, qui doivent être encouragées car stimulent l'innovation, ne peuvent cependant pas être source d'exonération de responsabilité. Pour cette raison, une société-absorbante peut être tenue responsable des infractions anti-concurrentielles commises par la société-absorbée. La personne morale ici dépassée viendra cependant en soutien de la solution dans son fondement car la poursuite de son activité juridique, la transmission universelle de son patrimoine, permettra de donner une assise juridique à la solution. Cette solution particulière du droit de la concurrence peut sembler heurter le principe de personnalité de la peine. C'est donc une mutation de ce principe qui s'est opéré au bénéfice d'un principe d'individualisation de la sanction à l'échelle de l'entreprise. Étonnement, cette solution a pu faire l'objet d'une extension à la matière pénale générale des affaires par un arrêt du 25 novembre 2020 : désormais, la société absorbante peut être tenue des infractions commises par les sociétés absorbées quelque soit la nature de ces infractions, anti-concurrentielles ou non.

**123.** En droit substantiel de la concurrence le dépassement de la personne morale est donc acté. Et il n'y a ici aucun étonnement tant ce dépassement est ancré depuis longtemps dans la discipline. Mais qu'en est il du droit processuel de la concurrence ; pan de la matière qui nécessitait un retour classique de la personne morale pour l'application concrète des règles anti-concurrentielles.

Le droit processuel de la concurrence procède lui-aussi au dépassement progressif de la personne morale.

Mais cela ne s'illustre que dans la mesure où l'action trouve une origine publique. En effet, en *public enforcement*, les juges et autorités pourront calculer et prononcer une amende à l'échelle du groupe dès lors qu'il sera constitué en entreprise, peu importe son absence de personnalité juridique. Toutefois, la personne morale laissera quelques résidus finaux au moment de la notification des décisions, des procédures de coopération — *clémence ou transaction* — et

encore dans l'exercice des voies de recours. Ainsi, si le droit processuel de la concurrence emprunte ce même phénomène de dépassement progressif de la personne morale, il ne pourrait totalement l'écarter pour l'application de ses règles finales.

Quant au *private enforcement*, lorsque l'action trouve une origine privée, lorsqu'un concurrent souhaite obtenir une indemnisation des préjudices résultant de pratiques anti-concurrentielles, il semblerait que la personne morale n'ait ici rien à craindre. En effet, devant s'articuler avec les règles de procédure civile le droit de la concurrence ne peut ici pas remplacer la personne morale par l'entreprise. Seule dotée du droit d'ester en justice, seule la personne morale pourra être partie au procès soit en qualité de demanderesse soit de défenderesse.

**124.** Le droit de la concurrence ne dépasse donc pas totalement la notion de personne morale. Malgré un phénomène progressif de remplacement par la notion d'entreprise, la personne morale reste ainsi là où sa capacité juridique ne peut être remplacée.

## Bibliographie

---

### MANUELS ET DICTIONNAIRES

- BELLIVIER Florence, *Droit des personnes*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ Lextenso éditions, 2015.
- BOSCO David, et PRIETO Catherine, *Droit européen de la concurrence: Ententes et Abus de position dominante*, Cork: Bruylant, Editions juridiques, 2013
- BOUTARD-MABARDE Marie-Chantal et CANIVET Guy, *Droit français de la concurrence*, Paris : LGDJ, 1994
- CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, GUINCHARD, Serge, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 33e édition, Paris : Dalloz, 2017
- COLLECTIF, *Le Lamy droit économique*, Paris : Wolters Kluwer, 2020
- COLLECTIF, *Mémento pratique: concurrence, consommation*, 21e édition, Levallois : Francis Lefebvre, 2021
- COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, CHADEFaux Martial, *Précis de fiscalité des entreprises*, Précis Fiscal, 43e édition, Paris : LexisNexis, 2019/2020,
- COZIAN Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, 32e édition, Paris : LexisNexis, 2019
- COZIAN Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, 33e édition, Paris : LexisNexis, 2020
- MAINGUY Daniel, DEPINCÉ Malo, CAYOT Mathilde, *Droit de la concurrence*, 3ème édition, Paris : LexisNexis, 2019
- PETIT Nicolas, *Droit européen de la concurrence*, 3e édition, Paris La Défense : LGDJ, un savoir faire de Lextenso, 2020
- RODA Jean-Christophe, *Droit de la concurrence*, Mémentos, 1ère édition, Paris : Dalloz, 2019

### OUVRAGES ET PARTICIPATIONS À DES OUVRAGES COLLECTIFS

- BROS Sarah, *La quasi-personnalité morale*, in *La personnalité morale : Journées nationales Tome XII/La Rochelle, Association Henri Capitant*, Paris : Dalloz, 2010
- CAMUS Albert, *Sur une philosophie de l'expression », compte rendu de l'ouvrage de Brice Parain, Recherches sur la nature et la fonction du langage*, Gallimard, Poésie 44.
- CHEVALIER Michel et DUBOIS Pierre-Louis, *Les 100 mots du marketing, Que sais-je?*, Presses universitaires de France, 2009
- FREYRIA Charles, *La personnalité morale à la dérive, Mélanges en hommage à André BRETON et Fernand DERRIDA*, Paris : Dalloz, 1991
- HEGEL Georg Wilhelm Friedrich, *Cours d'esthétique, par W.-Fr. Hegel, analysé et traduit en partie par M. Ch. Bénéard, Première partie*, Paris : Joubert, 1840
- MICHOUD Léon, *La théorie de la personne morale et son application au droit français*, Paris : R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1932.
- MONTAIGNE Michel (de), *Les Essais en français moderne*, Paris : Gallimard, 2009

- REVEL Thierry, *Rapport de synthèse*, in *La personnalité morale : Journées nationales Tome XII/La Rochelle*, Association Henri Capitant, Paris : Dalloz, 2010
- SALEILLES Raymond, *De la personnalité juridique : histoire et théories vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Paris : Éd. La mémoire du droit, 2003.
- SAVIGNY Friedrich Carl (von), *Traité de droit romain*, Paris : Panthéon-Assas, 2002
- STIEGLER Barbara, « *Il faut s'adapter* », *Sur un nouvel impératif politique*, Paris : Gallimard, nrf essais, 2019
- THOMAS Yan, *Le sujet de droit, la personne et la nature*, *Le Débat*, Vol.100, Gallimard, 1998, p.85-107
- VIRALLY Michel, *La pensée juridique*, Paris Université Panthéon-Assas : LGDJ, 1980,
- WICKER Guillaume, *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT*, in *Études à la mémoire du Professeur Bruno OPPETIT*, Paris : Litec, LexisNexis. 2009, p. 681 s.

## TRAVAUX UNIVERSITAIRES

- ARCELIN-LÉCUYER Linda, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Sélinsky Véronique (dir.), thèse de doctorat, droit, Université de Montpellier I, 2001
- CHIRON Guillaume, *La personnalité morale des sociétés depuis le XIXème siècle en France, en Allemagne et en Angleterre*, Castaldo André (dir.), thèse de doctorat, droit, Université Paris II, 2008
- ESTRABAUD Pierre, *Les groupes de sociétés et droit de la concurrence et en droit fiscal*, Idot Laurence (dir.), mémoire de master, droit, Université Panthéon-Assas Paris II, 2014
- FIRLEY Loïc, *Entreprise et patrimoine*, Martin-Serf Arlette (dir.), thèse de doctorat, droit, Université de Dijon, 2015
- FRANÇOIS Samuel, *Le consentement de la personne morale*, Fages Bertrand (dir.), thèse de doctorat, droit, Université Paris I, 2018
- LECHEVALLIER-DELERIS Thibault, *La répression pénale est-elle adaptée au droit de la concurrence?* Claudel Emmanuelle (dir.), mémoire, droit, Université Paris II Panthéon-Assas, 2019
- OPPETIT Bruno, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*
- PAERELS-Albot Hélène, *Le dépassement de la personnalité morale*, Cottini Marc (dir.), thèse de doctorat, droit, Université de Lille II, 2008
- RAFFRAY Ronan, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, Deboissy Florence (dir.), thèse, droit, Université Bordeaux IV, 2009.
- THOMAS Étienne, *L'entreprise contrevenante en droit des pratiques anticoncurrentielles (Union européenne et France) — Variations autour de la distinction entre société et entreprise*, Idot Laurence (dir.), thèse, droit Université Panthéon-Assas II, 2014
- WU Tzung-Mou, « *Personne* » en droit civil français : 1804-1914, Hermitte Marie-Angèle et Conte Emanuele (co-dir.), thèse de doctorat, droit, Université de Rome III, 2011

## ARTICLES IMPRIMÉS ET ARTICLES NUMÉRIQUES

- AMARO Rafael, *Transposition de la directive Dommages en France : Regards sur le nouveau titre VIII du livre IV du Code de commerce, Concurrences*, Article, Concurrences N° 2-2017, 2017, p. 70-81

- ARCELIN Linda, *La notion d'entreprise en droit interne et européen de la concurrence*, Juris'Classeur Concurrence - Consommation, fascicule 35, Septembre 2016
- ARCELIN Linda, *L'effet tentaculaire de la notion d'entreprise en droit de la concurrence*, Revue Lamy de la concurrence, N° 84, Juin 2019
- ARCELIN-LÉCUYER Linda, *Imputabilité de l'infraction au sein d'un groupe : réception de la jurisprudence communautaire par l'Autorité de la concurrence*, Revue Lamy de la concurrence N°27, Avril 2011
- ARCELIN-LÉCUYER Linda, *Imputation de l'infraction et prescription : les enjeux de la notion d'entreprise en droit de la concurrence*, Revue Lamy de la concurrence N°20, Juillet 2009
- ARCELIN-LÉCUYER Linda, *L'entreprise et le groupe de société en droit communautaire de la concurrence : de l'unité économique à la représentation unique*, Revue Le Lamy Droit des Affaires N°48, Avril 2010
- ARCELIN-LÉCUYER Linda, *La contagion de la notion d'entreprise en droit économique*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n°11, Mars 2014
- BERNARDEAU Ludovic, *Amendes pour pratiques anticoncurrentielles en droits interne et européen*, JurisClasseur Concurrence - Consommation, Fascicule 308-1, Avril 2019
- BLAISE Jean-Bernard, *Abus de position dominante* [en ligne], *Répertoire de droit commercial*, Octobre 2005, [consulté le 1er avril 2021], [www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr).
- BLANC Dominique, *Droit de la concurrence : la dépenalisation n'est pas la solution*, AJ pénal, Février 2008, p.69 s.
- BRENAUT Maxime, TOUZAIN Antoine, *Responsabilité pénale de l'absorbante pour les infractions commises par l'absorbée*, Gazette du Palais - n°04, Janvier2021, p. 21
- BURETH Olivier, *Responsabilité pénale des personnes morales et fusion-absorption : le grand chambardement ou comment créer une hydre !*, Gazette du Palais, Petites affiches - n°005, Janvier 2021, p. 5 s.
- CLAUDEL Emmanuelle, *Autonomie et notion d'entreprise*, Revue Contrats Concurrence Consommation n°6, dossier 7, Juin 2020
- DONDERO Bruno, *Fusion: Imputation de la responsabilité pénale de l'absorbée à l'absorbante*, Bulletin Rapide de droit des Affaires 24/20, Lamy, décembre 2020
- HASQUENOPH Isabelle, *A l'ombre des pratiques anticoncurrentielles*, AJDA 2021, p.455 s.
- IDOT Laurence, *La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel*, *Concurrences*, Doctrines, Concurrences N° 2-2006, 2006
- IDOT Laurence, *La responsabilité pénale des personnes morales : Les leçons du droit européen de la concurrence*, *Concurrences*, Doctrines, Concurrences N°1-2012, 2012
- LECOURT Arnaud, *Une société absorbante peut désormais être condamnée pénalement pour des faits commis par l'absorbé : un heureux revirement*, RTD com. 2021, Mai 2021, p.142 s.,
- MATHEY Nicolas, *Rupture brutale de relations commerciales établies*, Revue Contrats Concurrence Consommation, n°6, Juin 2019
- MATSOPOULOU Haritini, *La responsabilité pénale des personnes morales, quelques réflexions sur les dernières évolutions jurisprudentielles* dans *Problèmes contemporains de droit pénal des affaires*, Revue des sociétés, Dalloz, Décembre 2015
- MATSOPOULOU Haritini, *Revirement de jurisprudence : la transmission de la responsabilité pénale à la société absorbante pour une infraction commise par la société absorbée*, Revue des sociétés, Dalloz, Février 2021.
- PAGNUCCO Jean-Christophe et WICKER Guillaume, *Personne morale* [en ligne], *Répertoire de droit civil*, septembre 2016, [consulté le 1er mars 2021], [www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr).

POILLOT-PERUZZETTO Sylvaine et GRYNFOGEL Catherine, *Concentration – Appréciation des opérations de concentration* [en ligne], *Répertoire de droit européen*, Avril 2020, [consulté le 1er avril 2021], [www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr).

REDON Denis, *De nouveaux outils pour favoriser les actions en réparation pour pratiques anticoncurrentielles*, *Bulletin Rapide de droit des Affaires* 10/17, Mai 2017

RODA Jean-Christophe, *Droit de la concurrence, groupe de sociétés et récidive : quels enjeux ? quelles solutions ?*, *Revue des Sociétés* n°6, dossier 15, Juin 2017

SALOMON Renaud, *La fin de l'impunité des personnes morales absorbées et absorbantes*, *Reccueil Dalloz* 2021, p.161 s.

SORTAIS Jean-Pierre, *Constitution des sociétés* [en ligne], *Répertoire des sociétés*, Septembre 2004 [consulté le 1er mai 2021], [www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr).

STASIAK Frédéric, *Responsabilité pénale de la société absorbante : la chambre criminelle « fusionne » sa jurisprudence avec celles des juridictions européennes*, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 2, Janvier 2021.

THOMAS Étienne, *La Cour de justice de l'Union européenne étend aux actions en dommages et intérêts l'application du principe de la continuité économique et, ce faisant sa définition fonctionnelle de l'entreprise*, *Concurrences, Ententes Chroniques, Concurrences* N°2-2019, 2019, p.69 s.

THOMAS Étienne, *Le Tribunal de l'Union européenne confirme en tous points la décision de la Commission européenne dans l'affaire du cartel des câbles électriques à haute tension souterrains et sous-marins et rejette l'ensemble des moyens aux fins d'annulation et de réformation invoqués au soutien de quinze recours dirigés contre ladite décision*, *Concurrences, Ententes Chroniques, Concurrences* N°4-2018, 2018, p.107 s.

## COMMUNICATIONS, DOCUMENTS DE PRÉSENTATION, RAPPORTS ET AUTRES

Autorité de la concurrence, *Les vertus de la concurrence* [en ligne], [consulté le 1er mars 2021], [www.https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/les-vertus-de-la-concurrence](https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/les-vertus-de-la-concurrence)

Commission européenne, *Communication de la Commission sur la définition du marché en cause* [en ligne], [consulté le 1er mai 2021], Décembre 2007, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A31997Y1209%2801%29>

Commission européenne, *Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises* [en ligne], [consulté le 1er avril 2020], <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A52008XC0416%2808%29>

Commission européenne, *En quoi la politique de concurrence est-elle importante pour les consommateurs?* [en ligne], [consulté le 1er mars 2021], [https://ec.europa.eu/competition-policy/consumers/why-competition-policy-important-consumers\\_fr](https://ec.europa.eu/competition-policy/consumers/why-competition-policy-important-consumers_fr)

Conseil de la concurrence, *Rapport annuel d'activité 1991* [en ligne], [consulté le 1er mai 2021], <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2019-11/ra1991.pdf>

Conseil de la concurrence, *Rapport annuel d'activité 1992* [en ligne], [consulté le 24 mai 2021], Août 1992, <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2019-11/ra1996.pdf>

Conseil de la concurrence, *Rapport annuel d'activité 2001* [en ligne], [consulté le 1er avril 2021], Juillet 2002, [www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/024000476.pdf](http://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/024000476.pdf)

Ministère de la justice, *Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017* [en ligne], [consulté le 1er mai 2021], [http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/JUSC1708788C.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1708788C.pdf)

## Jurisprudences, décisions administratives et normes communautaires

---

### DIRECTIVES ET RÈGLEMENTS EUROPÉENS

Directive n° 2011/35/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant les fusions des sociétés anonymes

Directive n°2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE

Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité

Règlement (CE) n° 139/2004 DU CONSEIL du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises («le règlement CE sur les concentrations»)

Règlement (UE) n° 1407/2013 de la Commission du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE

Règlement (UE) n° 2015/1348 de la Commission du 3 août 2015 portant modification du règlement (CE) n° 773/2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE.

### DÉCISIONS DU CONSEIL ET DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

Conseil de la concurrence, 17 mai 1988, *Ville de Pamiers*, n°88-D-24

Conseil de la concurrence, 14 novembre 1989, *Publi-Cazal*, n°89-D-37

Conseil de la concurrence, 18 juin 1996, *Secteur de la publicité*, n° 96-D-44

Conseil de la concurrence, 30 octobre 1996, *Marchés publics dans le secteur des travaux routiers, du terrassement, des canalisations et de l'assainissement dans le département du Var*, n°96-D-65

Conseil de la Concurrence, 25 juin 1997, *Secteur du travail temporaire dans les départements de l'Isère et de la Savoie*, n°97-D-52

Conseil de la concurrence, 1er juillet 1997, *France Télécom et Transapac*, n°97-D-53

Conseil de la concurrence, 7 avril 1998, *Rénovation des installations de chauffage du parc scientifique technologique de Luminy*, n°98-D-26

Conseil de la concurrence 4 mai 2001, *Pratiques relevées lors de marchés de fabrication et de mise en oeuvre d'enrobés bitumineux sur les routes départementales d'Isère*, n°99-D-57.

Conseil de la concurrence, 20 février 2006, n°06-D-02

Conseil de la concurrence, 26 janvier 2012, n°12-D-06

Conseil de la concurrence, 13 février 2001, n°2000-D-67

Autorité de la concurrence, 20 décembre 2012, n°12-D-27

Autorité de la concurrence, 12 mai 2016, *Treillis soudés*, n°16-D-09.

Autorité de la concurrence, 6 décembre 2016, *Marché de l'assistance foncière de l'établissement public foncier de l'Ouest Rhône-Alpes*, n° 16-D-28.

## DÉCISIONS DE LA COMMISSION EUROPÉENNE

Commission européenne, 13 juillet 1994, *Décision de la Commission relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE*, 94/601/CE

Commission européenne, 21 décembre 1988, *décision relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE*, n°89/190/CEE

Commission européenne, 2 août 1989, *décision relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE*

## DÉCISIONS DU JUGE NATIONAL

DC, 18 mai 2016, n° 2016-542

Cass. com. 7 déc. 1993, n°91-19.339

Cass. com., 30 mars 1993, n° 91-12.274

Cass. com., 12 mars 1996, n°93-20.213

Cass. com., 2 avril 1996, n°94-16.380

Cass. com., 15 juin 1999, n° 97-16.439

Cass. com. 30 nov. 1999, n°97-14.595

Cass. com. 14 juin 2000, n°98-10.617

Cass. com., 19 juin 2001, n°99-13.190

Cass. com., 20 novembre 2001, *Société SACER*, n°99-16.776 et n°99-18.253

Cass. Com., 6 janvier 2015, n°13-21.305 et 13-22.477

Cass. Com, 16 octobre 2019, 18-10.806

Cass. com., 24 juin 2020, n°17-28.115

Cass. 2e civ., 28 janvier 1954, *Comité d'établissement de Saint Chamond*, n°54-07081.

Cass. 2e civ., 26 mars 1997, n° 94-15.528

Cass. 2e civ. 11 sept. 2003, n°01-14.493

Cass. 2e civ., 12 février 2004, n°02-13.672

Cass. crim., 14 octobre 2003, n°02-86.376

Cass. crim., 09 septembre 2009, n°08-87.312

Cass. crim., 23 avril 2013, n°12-83.244

Cass. crim., 25 octobre 2016, n°16-80.366

Cass. crim., 25 novembre 2020, *Fusion-absorption*, n°18-86.955.

CE, 22 novembre 2000, n°207697

CE, 17 décembre 2008, n°316000

CA Paris, 26 octobre 2017, n° 17/0165

CA Paris, pôle 5, ch. 4, 13 janv. 2021, n° 18/18549

## DÉCISIONS DU JUGE COMMUNAUTAIRE

CJCE, 22 mars 1961, *Société nouvelle des usines de Pontlieue Aciéries du Temple*, aff. 42 et 49/59

CJCE, 16 juin 1966, *Accierie e ferriere di Solbiate*, aff. 50/65

CJCE, 13 juillet 1966, *Etablissements Constens SARL et Grundig-Verkaufs GmbH*, aff. 56 et 58-64

CJCE, 13 juillet 1966, *Gouvernement de la République italienne*, aff. C-32-65

CJCE, 31 octobre 1974, *Centrafarm c/ Sterling Drug*, aff 15/74

CJCE, 12 juillet 1979, aff. jtes. 32, 36 à 82/78

CJCE, 25 octobre 1983, *AEG*, aff. 107/82

CJCE, 20 mars 1985, *British Telecom*, aff. 41/83

CJCE, 17 octobre 1989, *Dow Chemical Iberia*, aff. Jtes 97, 98, 99/87

CJCE, 23 avril 1991, *Hofner*, aff. C-41/90

CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almeno*, aff. C-393/92

CJCE, 24 octobre 1996, *Viho Europe BV*, aff. 73/95

CJCE, 8 juillet 1999, *Anic*, aff. C-49/92

CJCE, 16 mars 2000, *Compagnie maritime belge transports SA et Compagnie maritime belge SA c/ Dafra-Lines*, aff. jtes. C-395:96 P et C-396/96

CJCE, 14 septembre 1999, *AssiDomän Kraft Products e.a.*, C-310/97 P

CJCE, 16 novembre 2000, *SCA Holding*, aff. C-297/98

CJCE, 20 septembre 2001, *Courage*, aff. 453/99

CJCE, 26 janvier 2005, *Piau*, aff. T-193/02

CJCE, 7 juin 2007, *Britannia Alloys & Chemicals*, aff. C-76/06 P,

CJUE, 22 janvier 2013, *Tomkins*, aff. C-286/11 P

CJUE, 8 mai 2013, *Eni Spa*, aff. C-508/11

CJUE, 10 avril 2014, *Siemens Österreich*, aff. C-231/11 P et C-232/11 P

CJUE, 5 juin 2014, *Kone*, aff. 557/12.

CJUE, 5 mars 2015, *Modelo Continente Hipermercados*, aff. C-343/13

CJUE, 24 juin 2015, *Fresh Del Monte Produce*, aff. Jtes C-293/13 et C-294/13

TPICE, 17 décembre 1991, *Enichem Anic c/ Commission*, T-6/89, n°237

TPICE, 10 mars 1992, *Société Italiana Vetro Spa*, aff. T-68/89

TPICE, 6 octobre 1994, *Tetra Pack International*, aff. T-83/91

TPICE, 26 janvier 2005, *Piau FIFA*, aff. T-193/02

TPICE, 14 décembre 2006, *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aff. T-259/02 à T-264/02 et T-271/02

TPICE, 8 octobre 2008, *Schunk*, aff. T-69/04

TPICE, 1er juillet 2009, *KG Holding e.a.*, aff. T-81/07

TPICE, 30 septembre 2009, *Akzo Nobel*, aff. T-175/05

Trib. UE, 3 mars 2011, *Areva et Alstom*, aff. T-117/07 et T-121/07

Trib. UE, 3 mars 2011, *Siemens AG Österreich et VA Tech Transmission & Distribution*, aff. jtes. 122/07 à T-124/07

Trib. UE, 16 juin 2011, *Solvay*, aff. T-195/06

Trib. UE, 12 juillet 2011, *Fuji Electric Co. Ltd.*, aff. T-132/07

Trib. UE, 12 octobre 2011, *Alliance One International*, aff. T-41/05

Trib. UE, 25 octobre 2011, *Uralita*, aff. T-349/08

Trib. UE, 27 septembre 2012, *Shell Petroleum*, aff. T-343/06

Trib. UE 14 mas 2013, *Frash Del Monte Produce*, aff. T-587/08

Trib. UE, 16 septembre 2013, *Laufen Austria c/ Commission*, aff. T-411/10

Trib. UE, 23 janvier 2014, *SKW e.a. c/ Commission*, aff. T-384/09

Trib. UE, 12 décembre 2014, *Repsol*, aff. T-562/08

Trib. UE, 29 février 2016, *Deutsche Bahn*, aff. T-267/12, n°121

Trib. UE, 12 juillet 2018, *ABB*, aff. T-445/14

Trib. UE, 12 juillet 2018, *Brugg Kabel et Kabelwerke Brugg*, aff. T-441/14

Trib. UE, 12 juillet 2018, *Fujikura*, aff. T-451/14

Trib. UE, 12 juillet 2018, *Furukawa Electric*, aff. T-444/14

Trib. UE, 12 juillet 2018, *Hitachi Metals*, aff. T-448/14,

Trib. UE, 12 juillet 2018, *LS Cable & System*, aff. T-439/14

Trib. UE, 12 juillet 2018, *Nexans France et Nexans*, aff. T-449/14

Trib. UE, 12 juillet 2018, *NKT Verwaltungs et NKT*, aff. T-447/14

Trib. UE, 12 juillet 2018, *Pirelli & C.*, aff. T-455/14

Trib. UE, 12 juillet 2018, *Prysmian et Prysmian cavi e sistemi*, aff. T-475/14

Trib. UE, 12 juillet 2018, *Silec Cable et General Cable*, aff. T-438/14

Trib. UE, 12 juillet 2018, *Sumitomo Electric Industries et J-Power Systems*, aff. T-450/14

Trib. UE, 12 juillet 2018, *Taihan Electric Wire*, aff. T-446/14

Trib. UE, 12 juillet 2018, *The Goldman Sachs Group*, aff. T-419/14

Trib. UE, 12 juillet 2018, *Viscas*, aff. T-422/14

## Table des matières

---

|   |           |
|---|-----------|
| Remerciements .....   | 1         |
| Sigles et abréviations .....  | 2         |
| Sommaire .....  | 3         |
| <b>INTRODUCTION</b>   |           |
| <b>I. L’OBJET DE LA RECHERCHE : LA PERSONNE MORALE</b> .....  | <b>7</b>  |
| A. Des conceptions et critères d’identification exclus .....  | 9         |
| B. Une définition proposée de la personne morale fondée sur son autonomie .....   | 11        |
| <b>II. LE DOMAINE DE LA RECHERCHE: LE DROIT DES MARCHÉS</b> .....   | <b>15</b> |
| <b>III. APPROCHE PRÉLIMINAIRE</b> .....   | <b>17</b> |
| <b>IV. AXE DE LA RECHERCHE</b> .....  | <b>20</b> |
| <b>PARTIE I :</b>   |           |
| <b>UN DÉPASSEMENT ACTÉ DE LA PERSONNE MORALE</b>  |           |
| <b>EN DROIT SUBSTANTIEL DE LA CONCURRENCE</b>   |           |
|   | <b>22</b> |
| <br>  |           |
| <b>CHAPITRE I : LE DÉPASSEMENT DE LA PERSONNE MORALE EN RAISON DE L’APPRÉHENSION DE L’UNITÉ ÉCONOMIQUE</b> .....                    | <b>23</b> |
| <b>Section I — L’unité économique appréhendée à l’échelle du groupe</b> .....   | <b>24</b> |
| Paragraphe I — L’appréhension du groupe comme sujet autonome du droit de la concurrence .....                                       | 24        |
| Paragraphe II — Les effets de l’appréhension du groupe comme sujet autonome du droit de la concurrence sur la personne morale ..... | 26        |
| <i>A) Un facteur d’aggravation des règles du droit de la concurrence</i> .....  | <i>27</i> |
| 1- <i>Une aggravation quant à l’analyse de la position de l’opérateur sur le marché</i> ....  | <i>27</i> |
| 2- <i>Une aggravation quant à l’imputation de l’infraction</i> .....  | <i>28</i> |
| <i>B) Un facteur d’atténuation des règles du droit de la concurrence</i> .....  | <i>31</i> |
| <b>Section II — L’unité économique appréhendée à l’échelle de l’établissement</b> .....   | <b>32</b> |
| Paragraphe I — L’appréhension de l’établissement comme sujet autonome du droit de la concurrence                                    | 32        |
| Paragraphe II — Les effets théoriques de l’appréhension de l’établissement comme sujet autonome du droit de la concurrence .....    | 33        |
| <b>CONCLUSION DU CHAPITRE I</b> .....   | <b>34</b> |

|   |           |
|---|-----------|
| <b>CHAPITRE II : LE DÉPASSEMENT DE LA PERSONNE MORALE EN RAISON DE L'APPRÉHENSION DE LA CONTINUITÉ ÉCONOMIQUE .....</b> | <b>35</b> |
| <b>Section I — Des fondements discutés de la continuité économique en cas de restructurations ....</b>                  | <b>36</b> |
| Paragraphe I — Le rejet de l'approche anthropomorphique .....   | 36        |
| Paragraphe II — L'insuffisance de la seule poursuite de l'activité économique .....                                     | 39        |
| Paragraphe III — La pertinence de la poursuite de l'activité juridique .....  | 41        |
| <b>Section II — Des effets fonctionnels de cette continuité économique en cas de restructurations ..</b>                | <b>43</b> |
| Paragraphe I — Des effets opportuns quant à la bonne application du droit de la concurrence .....                       | 43        |
| Paragraphe II — Des effets étendus au droit pénal général des affaires .....  | 44        |
| <b>CONCLUSION DU CHAPITRE II .....</b>  | <b>45</b> |
| <br>  |           |
| <b>CONCLUSION DE LA PARTIE I .....</b>  | <b>46</b> |
| <br>  |           |
| <b>PARTIE II :</b>  |           |
| <b>UN DÉPASSEMENT PROGRESSIF DE LA PERSONNE MORALE<br/>EN DROIT PROCESSUEL DE LA CONCURRENCE</b>                        | <b>48</b> |
| <br>  |           |
| <b>CHAPITRE I : LE RONGEMENT AVANCÉ DE LA PERSONNE MORALE EN <i>PUBLIC ENFORCEMENT</i> .....</b>                        | <b>49</b> |
| <b>Section I — La disparition progressive de la personne morale au stade de l'amende .....</b>                          | <b>50</b> |
| Paragraphe I — La mise à l'écart de la personne morale dans le calcul de l'amende .....                                 | 50        |
| Paragraphe II — La mise à l'écart de la personne morale dans le prononcé de l'amende .....                              | 53        |
| <b>Section II — Les résidus de la personne morale processuelle .....</b>  | <b>55</b> |
| Paragraphe I — Le retour de la personne morale dans la notification de la décision .....                                | 55        |
| Paragraphe II — Le retour de la personne morale dans la procédure de clémence .....                                     | 55        |
| Paragraphe III — Le retour de la personne morale dans l'exercice des voies de recours .....                             | 57        |
| <b>CONCLUSION DU CHAPITRE I .....</b>   | <b>58</b> |
| <br>  |           |
| <b>CHAPITRE II : LES HÉSITATIONS PERSISTANTES EN <i>PRIVATE ENFORCEMENT</i> .....</b>                                   | <b>59</b> |
| <b>Section I — La personne morale demanderesse .....</b>  | <b>61</b> |
| Paragraphe I — L'extension de la demande au-delà de l'entreprise .....  | 61        |
| Paragraphe II — Le retour nécessaire de la personne morale pour justifier de l'intérêt à agir .....                     | 62        |

|   |           |
|---|-----------|
| <b>Section II — La personne morale défenderesse .....</b>   | <b>65</b> |
| Paragraphe I — Un retour nécessaire de la personne morale dans la notification de l’assignation ..... | 65        |
| Paragraphe II — Un retour du principe de personnalité des peines au prononcé de la sanction .....     | 66        |
| <b>CONCLUSION DU CHAPITRE II .....</b>  | <b>67</b> |
| <br>  |           |
| <b>CONCLUSION DE LA PARTIE II .....</b>   | <b>68</b> |
| <br>  |           |
| <b>CONCLUSION GÉNÉRALE .....</b>  | <b>69</b> |
| <br>  |           |
| Bibliographie .....   | 72        |
| Jurisprudences, décisions administratives et normes communautaires .....                              | 76        |
| Table des matières .....  | 80        |
| Index .....   | 83        |

## Index

---

### **Abus de position dominante:**

- Définition: n°29
- Position dominante collective: n°33

### **Action:** n°72, n°97, n°98, n°101, n°102, n°105

- Action publique/ *public enforcement*: n°74 s.
- Action privée/ *private enforcement*: n°97 s.
- Actions attitrées et actions banales: n°106, n°107
- Intérêt à agir: n°105

### **Activité économique:** n°3, n°18, n°19, n°53, n°55, n°102, n°103

- Unité économique: n°26 s.
- Continuité économique: n°48 s.
- Poursuite de l'activité économique: n°55 s

### **Activité juridique:** n°58 s.

### **Aides d'Etat:** n°15, n°33

### **Amende:** n°30, n°45, n°59, n°74

- Calcul: n°77 s.
- Proportionnalité: n°77
- Prononcé
- Débiteur: n°34
- Récidive: n°80

### **Anthropomorphisme:** n°52

### **Auteur de l'infraction:**

- Identification: n°34

### **Autonomie:**

- Autonomie de la personne morale: n°10, n°29
- Autonomie de l'établissement, de la succursale: n°43
- Présomptions d'influence: n°35

### **Clémence:** n°90, n°116

### **Concentration:**

- Définition: n°29
- Application aux groupes de sociétés: n°39
- Concentration et continuité économique: n°63

### **Concurrence:**

- Historique: n°2
- Droit de la concurrence: n°13 s.
- Champ d'application du droit de la concurrence: n°19
- Efficacité du droit de la concurrence: n°1, n°5, n°29, n°62

### **Continuité économique:** n°48 s.

- Fondements: n°50 s.
- Extension au *private enforcement*: n°98

### **Contrôle:** n°35

### **Coopération:**

- Clémence: n°90
- Transaction: n°91

### **Débiteur:** n°34, n°77, n°84

### **Défendeur:** n°109

### **Demandeur:**

- Voies de recours (*public enforcement*): n°93.
- Demande d'indemnisation pour pratiques anti-concurrentielles (*private enforcement*): n°100 s.
- Intérêt à agir: n°105

### **Détention:** n°35

### **Droit:**

- Droit de la concurrence: n°13 s.
- Droit des marchés: n°15
- Droit des pratiques anti-concurrentielles: n°15
- Droit des concurrents:
- Droit dérivé: n°5
- Droit pénal (général des affaires): n°65 s, n°81

### **École de Chicago, École d'Harvard:** n°2

### **Ententes:**

- Définition: n°29
- Application aux groupes de sociétés: n°39

### **Entreprise:**

- Entreprise contre personne morale: n°3, n°17
- Définition: n°3
- Activité économique: n°17, n°18
- Unité économique: n°26 s.

### **Établissement:** n°42, n°43

### **Filiale:**

- Extension d'un recours: n°94
- Autonomie: n°10
- Entente entre une société-mère et une filiale: n°29
- Présomptions d'influence entre une société-mère et sa filiale: n°35
- Imputation de l'infraction à la filiale: n°36
- Bénéfice d'une clémence: n°90

### **Groupe de sociétés:** n°28 s, n°30

- Position concurrentielle: n°33
- Groupe auteur d'une infraction: n°34
- Imputabilité au sein d'un groupe et présomptions d'influence: n°35
- Imputation au sein d'un groupe: n°36
- Responsabilité personnelle du groupe de sociétés: n°37

- Opérations infra-groupes: n°39
- Calcul de l'amende à l'échelle du groupe: n°78
- Situation économique: n°79
- Effet de la récidive sur le groupe de sociétés: n°80

**Imputabilité et présomptions d'influence:** n°35, n°45

**Imputation:**

- Imputation de l'infraction au sein du groupe: n°36
- Imputation de l'infraction après fusion de sociétés: n°48 s.

**Individualisation des peines (principe de):** n°81, n°115

**Infraction:**

- Auteur: n°34
- Gravité: n°35

**Libéralisme économique, Libre-échange, Néo-libéralisme:** n°2

**LIEPMAN:** n°2

**Notification:**

- Notification de la décision: n°88
- Notification de l'assignation: n°111

**Patrimoine:**

- Patrimoine affecté: n°9
- Transmission universelle du patrimoine: n°58

**Personnalité des peines (principe de):** n°81, n°115

**Personne morale:**

- Historique: n°5
- Définition: n°11
- Réalité-technique: n°6
- Fiction: n°7
- Ensemble organique et organisé et détermination de la volonté: n°8
- Objet/ but: n°9
- Autonomie de la personne morale: n°10, n°29
- Limites: n°29
- Continuation de la personne morale: n°52

**Position dominante:**

- Abus de position dominante: n°29
- Position concurrentielle: n°33

**Pratiques anti-concurrentielles:**

- Source: n°15
- Responsabilité de la société absorbante: n°48 s, n°63
- Indemnisation (*private enforcement*): n°97 s.

**Présomptions d'influence:** n°35

**Private enforcement/ Action privée:** n°97 s.

**Public enforcement/ Action publique:** n°74 s.

**Recours:**

- Exercice du droit au recours: n°93.
- Extension du recours aux autres sociétés d'un même groupe: n°94

**Responsabilité:**

- Responsabilité personnelle du groupe de sociétés: n°37
- Responsabilité pour autrui: n°37
- Responsabilité en indemnisation des pratiques anti-concurrentielles: n°97 s.
- Responsabilité de la société-mère du fait de sa filiale: n°35 s.
- Responsabilité de l'absorbante du fait de l'absorbée: n°48 s., n°63

**Société-mère:**

- Autonomie: n°10, n°29
- Contrôle d'une société-mère sur ses filiales: n°35
- Imputation de l'infraction à la société-mère: n°36, n°37
- Bénéfice de la procédure de clémence demandée par une filiale: n°90
- Extension d'un recours à l'initiative de la filiale: n°94

**Solidarité:** n°83, n°84

**Transaction:** n°91

**Unité économique:** n°26 s.

- Groupe de sociétés: n°28 s, n°30
- Établissement: n°42, n°43
- Effets: n°32 s., n°45 s.

## La personne morale en droit de la concurrence

---

**Résumé :** Le droit de la concurrence propose des solutions étonnantes afin de préserver l'efficacité de ses règles. C'est souvent la personne morale qui en subit les conséquences au bénéfice de la notion d'entreprise permettant d'appréhender au mieux l'activité économique. Le droit de la concurrence français comme communautaire dépasse ainsi les bornes spatiales et temporelles de l'autonomie de la personne morale afin de prendre en compte l'unité économique du groupe de sociétés ou encore la continuité économique qui peut subsister dans l'hypothèse des restructurations. Le dépassement de son autonomie implique le plus souvent pour la personne morale une aggravation des règles du droit du marché: la société-mère peut ainsi être tenue responsable du comportement de sa filiale, la société absorbante peut aussi être sanctionnée pour les pratiques anti-concurrentielles commises par les sociétés absorbées. Mais la personne morale a longtemps su garder sa place dans les règles processuelles du droit de la concurrence jusque là éloigné du phénomène progressif de dépassement de la notion au bénéfice de l'entreprise. Pourtant, en matière d'action publique dit *public enforcement* le droit de la concurrence ne s'embête plus avec le principe de personnalité des peines mais le remplace par une individualisation de la sanction au niveau de l'entreprise. Ainsi, le calcul et le prononcé de l'amende pourra se faire à l'échelle du groupe. Toutefois, la personne morale restera de manière résiduelle au stade de la notification, des procédures de coopération — *clémence et transaction* — et de l'exercice des voies de recours. Quant à l'action privée, permettant aux concurrents d'être indemnisés de leurs préjudices subis en raisons des pratiques anti-concurrentielles, le dépassement de la personne morale ne s'opère ici pas. Seule dotée de la capacité d'ester en justice, la personne morale ne peut sortir des règles processuelles du *private enforcement*.

**Mots-clés :** *droit de la concurrence, droit des pratiques anti-concurrentielles, personne morale, autonomie juridique, entreprise, groupe de sociétés, société mère, filiale, personnalité des peines, individualisation des sanctions, amendes, responsabilité personnelle, private enforcement, public enforcement, unité économique, continuité économique*