

# LETTRE D'INFORMATION

**DISTRIBUTION - CONCURRENCE****N° 56 – Juillet – Août 2011****DOSSIER****Imputabilité à la société-mère des pratiques anticoncurrentielles de sa filiale :  
des raisons d'espérer ?***Tribunal de l'Union européenne, 7 juin 2011, aff. T-217/06 et T-206/06**Tribunal de l'Union européenne, 16 juin 2011, aff. T-185/06 et T-196/06*

La question de l'imputabilité des comportements anticoncurrentiels dans les groupes de sociétés est à nouveau au cœur de l'actualité jurisprudentielle européenne.

Depuis 2009, (aff. C-97/08 P, 10 septembre 2009, Akzo Nobel), toute société-mère qui détient 100% du capital de sa filiale est présumée exercer une influence déterminante sur le comportement de cette filiale.

Les comportements illicites d'une filiale sont encore présumés imputables à sa société-mère lorsque cette dernière détient la quasi-totalité du capital de la filiale : la société-mère « *se trouve, en principe, dans une situation analogue à celle d'un propriétaire exclusif en ce qui concerne son pouvoir d'exercer une influence déterminante sur le comportement de sa filiale* » (aff. T-217/06 et T-206/06, 7 juin 2011) ; ou lorsqu'elle détient indirectement la totalité du capital de sa filiale en raison de l'interposition d'une autre société : la société-mère « *exerce une influence déterminante sur le comportement de la société interposée et, indirectement, par le biais de cette dernière, sur le comportement de la filiale* » (aff. C-90/09 P, 20 janvier 2011).

Dans toutes ces hypothèses, la société-mère peut cependant renverser la présomption d'influence déterminante en démontrant l'autonomie du comportement de sa filiale sur le marché eu égard à l'ensemble des liens économiques, organisationnels et juridiques qui les unissent. Mais, à ce jour, toutes les tentatives des sociétés-mères pour échapper à la condamnation solidaire ont échoué... Une « *probatio diabolica* » ? Aucunement, selon le juge européen : le fait que, dans une affaire, une société-mère n'ait pas rapporté suffisamment d'éléments de preuve « *ne signifie pas, pour autant, que la présomption ne puisse en aucun cas être renversée* » (aff. T-217/06 et T-206/06, 7 juin 2011).

Encore faut-il que la Commission européenne considère avec soin les éléments de preuve apportés par la société-mère pour renverser la présomption et ne se borne pas, une fois appliquée la présomption de l'exercice d'une influence déterminante, à écarter les éléments présentés par la société-mère, au motif que la constatation de l'exercice d'une influence déterminante était corroborée par d'autres éléments. Certes, la Commission n'est pas « *tenue de prendre position sur tous les éléments invoqués par la société-mère mise en cause, notamment ceux qui sont manifestement hors de propos, dépourvus de signification ou clairement secondaires* » ; elle est en revanche « *tenue de prendre position sur l'argumentation contraire de [la société-mère] en examinant si, au regard de l'ensemble des éléments pertinents relatifs aux liens économiques, organisationnels et juridiques entre les sociétés concernées, la [société-mère] a démontré que sa filiale se comportait sur le marché de manière autonome* ».



## EN BREF

### Précisions sur le contenu des accords de modération des marges dans le secteur des fruits et légumes frais

Décret n° 1011-553, 20 mai 2011, JO 21 mai

En application de l'article 15 de la loi n° 2010-874 de modernisation de l'agriculture et de la pêche du 27 juillet 2010, le décret n° 2011-553 du 20 mai 2011 précise le contenu des accords de modération des marges de distribution de fruits et légumes que les distributeurs ont la possibilité de conclure chaque année avec l'État et qui les exonère de la taxe additionnelle sur les surfaces commerciales.

### VRP : impossibilité de cumul de l'indemnité de clientèle et de l'indemnité de départ à la retraite

Cour de cassation, chambre sociale, 11 mai 2011, pourvoi n° 09-41.298

Dans une affaire opposant un VRP à son ancien employeur, la Cour de cassation décide que dans le cas d'une « mise à la retraite du salarié par l'employeur prévue par l'article L. 1237-5 du C. trav. (...), l'indemnité de clientèle prévue par l'article L. 7323-23 du C. trav. (...) ne se cumule pas avec l'indemnité de départ à la retraite, seule la plus élevée étant due ; que l'indemnité de clientèle a pour objet de compenser la perte pour le représentant de la clientèle qu'il a créée, apportée ou développée au profit de son ancien employeur ».

Une obligation de motivation qui s'impose particulièrement lorsque les éléments de preuve apportés par la société-mère ne se limitent pas à des « allégations », mais contiennent « une série d'éléments concrets » (aff. T-185/06 et T-196/06, 16 juin 2011).

Les entreprises mises en cause ne manqueront pas d'exploiter ce sévère rappel à l'ordre adressé par le Tribunal à la Commission.

## ACTUALITES

### Associations de consommateurs : de l'action en représentation conjointe au démarchage

Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 26 mai 2011, pourvoi n° 10-15.676

Un consommateur avait assigné en paiement de dommages-intérêts une entreprise sanctionnée par l'Autorité de la concurrence pour entente illicite. Une association de consommateurs et 3 750 consommateurs étaient intervenus volontairement à l'instance.

La Cour de cassation approuve l'annulation par la Cour d'appel de Paris des actes d'intervention volontaire sur le fondement de l'article L. 422-1 du Code de la consommation qui sanctionne « tout appel public par moyen de communication de masse ou par lettre personnalisée » rédigé par une association de consommateurs pour obtenir des mandats d'agir au nom de consommateurs. En effet, l'association de consommateurs était « l'initiatrice de la procédure, (...) savait ne pouvoir agir en introduisant l'instance, avait très rapidement pris conscience du caractère très limité du préjudice individuel de chaque [consommateur], s'é[ait] efforcée d'organiser et d'orchestrer l'assignation et les interventions volontaires des [consommateurs] » et avait « fait préalablement réaliser à cet effet un calculateur de préjudice et prévu sur son site internet la possibilité pour les internautes de souscrire un contrat d'engagement la mandatant pour agir en justice, mandat qui n'avait aucune réalité puisque l'association indiquait supporter toute la procédure et la conduire ».

### Méthode pour déterminer la sanction pécuniaire des pratiques anticoncurrentielles

Autorité de la concurrence, communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires

L'Autorité de la concurrence a publié le 16 mai 2011 un communiqué relatif à la méthode permettant de déterminer la sanction pécuniaire en cas de pratique anticoncurrentielle.

Cette méthode comporte trois étapes. Dans un premier temps, l'Autorité détermine pour chaque entreprise le montant de base de la sanction en considération de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie et le traduit en pourcentage (jusqu'à 30%) de la valeur des ventes en relation avec l'infraction définie au cas par cas. Dans un deuxième temps, elle adapte ce montant de base en considération, d'une part, des éléments propres au comportement et à la situation individuelle de chaque contrevenant et, d'autre part, de l'éventuelle réitération des pratiques. Dans un troisième temps, elle fixe le montant définitif de l'amende en considération d'une procédure de clémence ou de non contestation des griefs, de la vérification du respect du maximum légal et de la capacité contributive de l'entreprise.

## EN BREF

### Ententes : prise en compte du comportement récidiviste dans la détermination du montant de l'amende

*Tribunal de l'Union européenne, 17 mai 2011, aff. T-343/08*

Une entreprise récidiviste condamnée par la Commission au paiement d'une amende pour sa participation à une entente avait saisi le Tribunal en réduction de son montant, arguant d'une violation du principe *non bis in idem*. Le Tribunal rappelle que la prise en considération d'infractions antérieures « ne vise pas à sanctionner une nouvelle fois lesdites infractions mais uniquement à sanctionner la requérante pour sa participation à l'entente en tenant compte de son comportement récidiviste ».

### Publication du rapport 2010 de la Commission des clauses abusives

*Commission des clauses abusives, rapport d'activité pour l'année 2010, BOCCRF 20 juin 2011*

Dans le rapport d'activité de la Commission des clauses abusives pour l'année 2010, deux éléments sont à relever : un panorama de jurisprudence en la matière et la proposition de clarifier la rédaction de l'article L. 121-26 al. 2 du Code de la consommation relatif à la souscription à domicile d'abonnement à une publication quotidienne, car le texte n'indique pas si le droit de résiliation permanent dont dispose le consommateur est donné par la loi ou s'il résulte du contrat.

### Pratiques anticoncurrentielles : précisions sur la procédure de clémence

*Tribunal de l'Union européenne, 16 juin 2011, aff. T-186/06*

*Cour de Justice de l'Union européenne, 14 juin 2011, aff. C-360/09*

Dans une première affaire, une entreprise prétendait que sa demande de clémence aurait dû être considérée comme introduite au moment où elle avait contacté la Commission par téléphone pour solliciter un rendez-vous en vue de faire une déclaration orale. Le Tribunal de l'Union européenne approuve la position contraire de la Commission, rappelant que pour pouvoir prétendre à une réduction d'amende, l'entreprise « doit fournir à la Commission des éléments de preuve apportant une valeur ajoutée significative par rapport à ceux qui étaient déjà en sa possession » et qu'il appartient à une entreprise qui décide « de transmettre oralement des informations [de] tenir compte du risque qu'une autre entreprise fasse parvenir à la Commission, par écrit et avant elle, [de tels éléments de preuve] ».

Dans une seconde affaire, une entreprise qui souhaitait engager une action en réparation à l'encontre de concurrentes sanctionnées pour entente n'avait obtenu qu'un accès limité aux documents relatifs aux demandes de clémence. Selon la Cour de Justice, « le droit de l'Union ne s'oppose pas à ce qu'une personne lésée par une infraction au droit de la concurrence de l'Union et cherchant à obtenir des dommages et intérêts obtienne l'accès aux documents relatifs à une procédure de clémence concernant l'auteur de cette infraction. Il appartient toutefois aux juridictions des États membres, sur la base de leur droit national, de déterminer les conditions dans lesquelles un tel accès doit être autorisé ou refusé en mettant en balance les intérêts protégés par le droit de l'Union ».

### Rupture du contrat d'agence commerciale : caractérisation et preuve de la faute grave

*Cour de cassation, chambre commerciale, 10 mai 2011, pourvoi n° 10-17.952*

*Cour de cassation chambre commerciale, 24 mai 2011, pourvoi n° 10-16.969*

Dans deux affaires, un mandant contestait devoir verser une indemnité de cessation de contrat à son agent en raison de la faute grave de ce dernier.

Dans la première affaire, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir retenu que si le mandant avait initialement dénoncé le comportement fautif de son agent – à savoir des pratiques illicites lors de démarchages à domicile – il ne lui avait ensuite plus reproché aucun manquement de cet ordre et l'avait même récompensé, ce dont il résultait que le mandant « n'avait pas considéré les manquements de [l'agent] comme constitutifs d'une faute grave » justifiant une rupture du contrat sans préavis.

Dans la seconde affaire, la Cour de cassation approuve une cour d'appel d'avoir refusé à l'agent le versement d'indemnités de cessation de contrat et de préavis au motif que l'agent ne démontrait pas avoir obtenu l'autorisation de son mandant pour proposer aux clients des produits concurrents et ne répondait rien au reproche qui lui était fait d'avoir été commissionné par une autre entreprise, ce dont il résultait qu'il avait manqué à son obligation de loyauté dans l'exécution du contrat et par là commis une faute grave.

**La conservation par le distributeur d'informations relatives à ses ventes justifie la rupture sans préavis du contrat de distribution sélective**

*Cour d'appel de Paris, 18 mai 2011, RG n° 09/19074*

Le promoteur d'un réseau de distribution sélective avait demandé à certains de ses distributeurs de lui transmettre le double de leurs factures de vente et les coordonnées de leurs clients. Les distributeurs n'ayant pas communiqué ces documents, le fournisseur avait mis un terme à leurs contrats sans préavis.

La Cour d'appel de Paris décide que la rupture sans préavis des contrats de distribution sélective est justifiée dès lors que les distributeurs, malgré des demandes répétées, n'avaient pas été en mesure de fournir le double des factures et les coordonnées de leurs clients, les produits vendus n'ayant fait l'objet d'aucun enregistrement, au mépris des exigences issues d'une disposition contractuelle et des articles L. 123-22 du Code de commerce et L. 102 B du Livre des procédures fiscales.

**La fourniture de produits sous marque de distributeur doit être distinguée de la prestation de contrôle de conformité de ces produits, pour apprécier la durée du préavis de rupture**

*Cour de cassation, chambre commerciale, 7 juin 2011, pourvoi n° 10-12.095*

Un groupement d'achat était en relation avec une société contrôlant la conformité des produits textiles commercialisés sous sa marque de distributeur. Lors de la rupture de leur relation commerciale, la société chargée du contrôle de conformité avait assigné le groupement d'achat pour obtenir réparation du préjudice résultant de sa brutalité.

La Cour de cassation censure une cour d'appel qui avait retenu que la société de contrôle de conformité était fondée à bénéficier d'un délai de préavis deux fois plus long que le délai d'usage car « *les prestations qu'elle fournissait (...) s'incorporaient dans le cycle de production des produits sous marque de distributeur et que ce doublement du délai était d'autant plus justifié que la société (...) travaillait pour le [groupement d'achat] depuis plus de quatorze ans, qu'elle était en situation de dépendance économique vis-à-vis de [ce dernier], que son activité était saisonnière et qu'elle venait d'embaucher des employés supplémentaires en raison d'[un] surcroît d'activité* » et rappelle « *qu'en cas de rupture d'une relation commerciale établie, la durée minimale de préavis n'est doublée que lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeurs* ».

Retrouvez la lettre d'information Distribution - Concurrence sur notre site [www.fidal.fr](http://www.fidal.fr)

**FIDAL** – société d'avocats  
Société d'exercice libéral à forme  
anonyme à directoire et conseil de  
surveillance

Capital : 2 658 000 Euros  
RCS 775726433 Nanterre  
TVA Union Européenne  
FR 28 775 726 433 – APE 6910 Z

Siège social : 12, bd du Général Leclerc  
92200 Neuilly-sur-Seine France  
Tél : 01 47 38 54 00 – [www.fidal.fr](http://www.fidal.fr)  
Barreau des Hauts-de-Seine

© FIDAL 2011

