

## Les groupes de sociétés en droit de la concurrence : le privilège et ses revers

Pascal G. Favre\*

*Agreements between companies in the same group do not fall within the scope of competition law, as they cannot be analysed as an agreement relating to competition. This privilege is nevertheless counterbalanced by a series of disadvantages, the main one being that one company in the group may be penalised for competition law infringements committed by another group member. These consequences, which are often said to represent two sides of the same coin, are made possible by the concept of « undertaking » that forms the basis of art. 2 par. 1<sup>bis</sup> of the Swiss Cartel Act: When a parent company can control its subsidiaries, in the sense that it exercises a decisive influ-*

*ence over their strategy or operational policy, it is the group as a whole that forms an undertaking and becomes an autonomous subject of competition law. It is therefore the group as a whole that must comply with the rules of competition law, and any infringement by one member makes the other members eligible for sanctions. Swiss law adopts an approach that is largely identical to that of European law, where the regime applicable to groups of companies is based on the single economic unit doctrine developed by the European Court of Justice. This explains the many interactions between the two laws. This contribution addresses these issues in the light of recent case law.*

### Table des matières

- I. Introduction
- II. Le concept de groupe en droit de la concurrence
  - 1. L'exigence d'unité économique
  - 2. Les conditions d'appréciation de l'unité économique
- III. Le groupe et le droit des ententes
  - 1. Le privilège de groupe
  - 2. Le cas particulier des entreprises communes
- IV. Le groupe et le droit des sanctions
  - 1. Le destinataire des sanctions
  - 2. Le calcul de la sanction
- V. Conclusions

### I. Introduction

La Suisse ne dispose pas d'un droit des groupes de sociétés codifié. Certains aspects liés au concept de « groupe » (*Konzern*) y sont réglementés de manière ponctuelle. Le droit comptable prévoit par exemple à son art. 963 CO<sup>1</sup> une obligation d'établir des comptes consolidés lorsqu'une personne morale contrôle une ou plusieurs entreprises. Le droit des sociétés ne contient paradoxalement pas de définition du groupe, et les avis divergent sur les conditions auxquelles les sociétés concernées doivent répondre pour être dirigées ensemble d'une manière juridiquement efficace.<sup>2</sup>

On s'accorde sur le fait que des directives<sup>3</sup> peuvent être données à l'échelon du groupe lorsque la maison mère domine ses filiales,<sup>4</sup> alors qu'elle doit tenir compte des intérêts des actionnaires minoritaires dans les autres cas.<sup>5</sup> Il n'existe pas non plus de dispositions spécifiquement applicables aux groupes de sociétés pour ce qui est de la responsabilité de leurs membres : Fondamentalement, les titulaires de droits et d'obligations sont les personnes physiques et morales, et non le groupe. Du point de vue du droit civil, une société du groupe n'est donc pas responsable des dettes des autres membres.<sup>6</sup> Les liens d'étanchéité ne sont rompus que si, dans un cas particulier, il existe un fondement juridique spécial pour une responsabilité pour les actes commis par d'autres sociétés du groupe, qui peut être de nature contractuelle<sup>7</sup> ou délictuelle<sup>8</sup> (voire reposer sur la confiance que la maison mère inspire quant à sa volonté de soutenir financièrement ses fi-

Kartellgesetz (cité: BSK KG-auteur), 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2021, Art. 2 KG N 108 ss.

<sup>3</sup> Sur ces directives (*Konzernweisungen*), cf. Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 5<sup>e</sup> éd., Zurich/Genève 2022, § 7 N 114 et 115 ss. en rel. avec 98.

<sup>4</sup> La doctrine n'est cependant pas unanime sur le pourcentage de droits de vote (100%, 66 2/3% ou 51%) à partir duquel ce pouvoir de domination peut être retenu. Pour plus de détails, cf. Böckli (n. 3), § 7 N 162 (avec n. 442).

<sup>5</sup> Cf. Böckli (n. 3), § 7 N 81 et 162.

<sup>6</sup> Sur ce *Trennungsprinzip*, cf. notamment : Böckli (n. 3), § 7 N 28, 54 ss.

<sup>7</sup> Une reprise de dette cumulative ou une sûreté personnelle, par exemple.

<sup>8</sup> Cf. art. 722 CO et TF, 4A\_306/2009 du 8.2.2010 c. 7.1.2.

\* Dr. iur. Pascal G. Favre, avocat à Genève.

<sup>1</sup> Cf. *infra*, n. 76.

<sup>2</sup> Pour plus de détails, cf. Marc Amstutz/Ramin Silvan Gohari, in : Marc Amstutz/Mani Reinert (édit.), *Basler Kommentar*,