

# Droit de la concurrence

Vincent Martenet

Professeur à l'Université de Lausanne,  
Président de la Commission suisse de la concurrence

Andreas Heinemann

Professeur à l'Université de Zurich,  
Vice-président de la Commission suisse de la concurrence

# Table des matières

Préface .....	V
Table des matières .....	VII
Abréviations.....	XVII
Bibliographie sommaire .....	XXV

## **De la liberté et du droit de la concurrence..... 1**

### **I. Les fondements du droit de la concurrence..... 5**

#### **1. Historique..... 5**

A. Les premières origines..... 6

B. Etats-Unis..... 6

C. Union européenne..... 11

D. Suisse ..... 15

#### **2. Notions fondamentales d'économie..... 17**

A. Aperçu de l'histoire de la pensée économique..... 17

a) Le mercantilisme..... 18

b) La pensée économique « classique » et « néoclassique » . 18

c) Le socialisme – Le marxisme ..... 20

d) L'ordolibéralisme de l'Ecole de Fribourg ..... 21

e) De la théorie de la concurrence à l'économie industrielle 22

f) L'économie du bien-être ..... 24

g) L'économie comportementale ..... 25

B. Notions économiques de base..... 27

a) Concurrence/Restriction de la concurrence ..... 27

b) Concurrence intermarques et intramarque..... 28

c) Concurrence réelle et potentielle ..... 28

d) Les formes de marché ..... 29

e) Marché pertinent ..... 30

f) Marché amont/aval..... 30

g) Economies d'échelle et de gamme..... 30

C. Les fonctions de la concurrence ..... 30

#### **3. Les buts du droit de la concurrence..... 32**

A. Le bien-être des consommateurs (consumer welfare)..... 32

B.	Le bien-être social (social welfare) et l'efficacité (efficiency)	35
C.	L'établissement d'un marché commun ou intérieur.....	39
D.	La liberté de concurrence (Wettbewerbsfreiheit).....	40
a)	Les divergences fondamentales .....	40
b)	Appréciation critique.....	42
E.	Protection des concurrents ou protection de la concurrence ?	43
F.	La loyauté des comportements et pratiques économiques .....	45
G.	Le bon fonctionnement de la concurrence.....	46
<b>4.</b>	<b>Les sources du droit de la concurrence</b> .....	<b>47</b>
A.	Union européenne .....	47
B.	Allemagne .....	51
C.	France.....	53
D.	Rapports entre droit européen et droit national .....	55
E.	Suisse .....	57
<b>5.</b>	<b>Le champ d'application du droit de la concurrence</b> ....	<b>60</b>
A.	Le champ d'application personnel.....	60
a)	Union européenne .....	60
b)	Suisse.....	62
B.	Le champ d'application matériel .....	65
a)	Union européenne .....	65
b)	Suisse.....	66
C.	Le champ d'application territorial .....	68
a)	Union européenne .....	68
b)	Suisse.....	69
<b>6.</b>	<b>Les trois piliers du droit de la concurrence</b> .....	<b>70</b>
<b>II.</b>	<b>Les accords restrictifs en matière de concurrence</b> .....	<b>73</b>
<b>1.</b>	<b>La problématique</b> .....	<b>73</b>
A.	La notion d'accord et de pratique concertée .....	73
B.	La restriction de la concurrence.....	74
C.	Les restrictions horizontales et les restrictions verticales .....	75
D.	Les restrictions caractérisées de la concurrence.....	75
E.	L'analyse au cas par cas et la sécurité juridique .....	76

<b>2. Les accords restrictifs dans l'Union européenne</b> .....	77
A. Généralités .....	77
B. La restriction de la concurrence.....	78
a) Le point de départ .....	78
b) Les accords au sein d'un groupe d'entreprises et les contrats d'agence.....	79
c) L'absence de concurrence susceptible d'être restreinte ...	80
d) La théorie des restrictions inhérentes.....	81
e) La sensibilité de la restriction .....	82
f) Cas limites .....	83
C. Les exceptions.....	84
a) L'exemption par catégorie .....	84
b) L'exemption individuelle.....	85
<b>3. Les accords illicites en Suisse</b> .....	87
A. Généralités .....	87
B. Les accords conduisant à la suppression d'une concurrence efficace .....	88
a) Les accords horizontaux .....	88
b) Les accords verticaux.....	89
C. Les accords affectant de manière notable la concurrence .....	91
a) La notabilité .....	91
b) Les motifs d'efficacité économique.....	94
D. Les obligations de non-concurrence .....	95
a) Généralités.....	95
b) Les relations horizontales .....	96
c) Les relations verticales.....	98
<b>III. L'abus de position dominante</b> .....	101
<b>1. La problématique</b> .....	101
A. La notion de position dominante .....	102
a) Le marché pertinent .....	102
b) La dominance.....	103
B. Le concept d'abus .....	105
a) L'exploitation abusive .....	105
b) L'entrave abusive.....	105
C. Synthèse .....	106

<b>2. L'abus de position dominante dans l'Union européenne</b> .....	107
A. Généralités .....	107
B. La position dominante .....	108
a) Le marché pertinent .....	108
b) La dominance .....	111
C. L'abus .....	112
a) L'exploitation abusive .....	113
b) L'entrave abusive .....	114
D. La justification .....	116
E. Les pratiques abusives en rapport avec les droits de propriété intellectuelle .....	117
a) Généralités .....	117
b) Les droits exclusifs et la position dominante .....	117
c) L'abus .....	118
d) L'affaire Microsoft .....	119
<b>3. L'abus de position dominante en Suisse</b> .....	121
A. La position dominante .....	121
a) La notion .....	121
b) La position dominante individuelle et la position dominante collective .....	122
c) La problématique de la position dominante relative .....	123
B. L'abus .....	124
a) Les pratiques d'entrave et d'exploitation .....	124
b) La liste des pratiques réputées illicites .....	125
ba) Le refus d'entretenir des relations commerciales .....	126
bb) La discrimination des partenaires commerciaux .....	127
bc) Le fait d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitables .....	128
bd) La sous-enchère en matière de prix ou d'autres conditions commerciales .....	129
be) La limitation de la production, des débouchés et du développement technique .....	129
bf) Les transactions couplées .....	130
C. Les considérations commerciales légitimes .....	130
<b>4. La surveillance des prix en Suisse</b> .....	131
A. Généralités .....	131
B. L'abus de prix et les mesures de surveillance .....	132

C. Les relations avec la loi sur les cartels .....	134
<b>IV. Le contrôle des concentrations .....</b>	<b>137</b>
<b>1. La problématique .....</b>	<b>137</b>
A. Le point de départ .....	137
B. Le caractère politique du contrôle des concentrations ? .....	138
C. La portée du contrôle des concentrations .....	139
D. L'obligation de notification et les critères d'appréciation .....	140
<b>2. Le contrôle des concentrations dans l'Union européenne .....</b>	<b>140</b>
A. Généralités .....	140
B. La notion de concentration d'entreprises .....	142
a) La fusion.....	142
b) La prise de contrôle.....	142
c) L'entreprise commune « de plein exercice ».....	144
C. L'obligation de notification .....	145
D. Le contrôle et l'appréciation par les autorités de la concurrence .....	146
a) Les critères d'appréciation .....	146
b) Les options de décision de la Commission européenne ....	148
c) La théorie de l'entreprise défaillante .....	149
E. La procédure .....	149
<b>3. Le contrôle des concentrations en Suisse .....</b>	<b>151</b>
A. La notion de concentration d'entreprises .....	151
a) La fusion.....	151
b) La prise de contrôle.....	152
c) L'entreprise commune « de plein exercice ».....	153
B. L'obligation de notification .....	154
C. Le contrôle et l'appréciation par les autorités de la concurrence .....	155
D. La procédure .....	157
E. Les notifications parallèles .....	159
<b>V. La mise en œuvre des trois piliers .....</b>	<b>161</b>
<b>1. Le volet administratif.....</b>	<b>161</b>

A. Union européenne .....	161
a) Les autorités de la concurrence.....	161
aa) Généralités .....	161
ab) La Commission européenne.....	162
ac) Les autorités nationales.....	163
ad) Le comité consultatif .....	164
b) La saisine de la Commission européenne.....	164
ba) Remarques liminaires .....	164
bb) La constatation d'inapplication et les lettres d'orientation.....	165
bc) La plainte .....	165
bd) Le rejet de la plainte.....	165
be) L'ouverture de la procédure.....	166
c) Le déroulement de la procédure.....	166
ca) Les pouvoirs d'enquête.....	166
cb) La communication des griefs.....	167
cc) Les réponses et l'audition .....	167
cd) Les mesures provisoires.....	168
ce) Les secrets d'affaires .....	168
cf) Les engagements.....	168
d) Les conséquences juridiques.....	169
da) La constatation et la cessation d'une infraction.....	169
db) L'amende .....	170
dc) Le programme de clémence.....	171
dd) La procédure de transaction.....	171
de) La prescription .....	172
e) Le recours.....	172
f) La prévention .....	172
B. Suisse .....	173
a) Les autorités de la concurrence.....	173
aa) Généralités .....	173
ab) La Commission de la concurrence.....	174
ac) Le Secrétariat de la Commission de la concurrence.....	175
ad) La révision prévue de la loi sur les cartels.....	176
b) Les grandes lignes de la procédure devant les autorités de la concurrence.....	177
ba) Généralités .....	177
bb) L'enquête préalable.....	178
bc) L'enquête .....	179
bd) Les mesures provisionnelles .....	181
be) Les droits des parties.....	182
bf) Les obligations des parties.....	184
bg) Le statut des tiers .....	185
bh) La décision .....	186
c) Les sanctions .....	188
ca) Généralités .....	188

cb) Le calcul de la sanction.....	189
cc) Le programme de clémence.....	189
cd) La procédure d'annonce.....	190
d) L'autorisation exceptionnelle par le Conseil fédéral.....	192
e) Les voies de recours et de plainte.....	192
ea) Le recours au Tribunal administratif fédéral.....	192
eb) La plainte au Tribunal pénal fédéral.....	194
ec) Le recours au Tribunal fédéral.....	195
ed) La requête individuelle à la Cour européenne des droits de l'homme.....	196
<b>2. Le volet civil.....</b>	<b>197</b>
A. Union européenne.....	197
a) Le point de départ.....	197
b) Le droit actuel.....	199
ba) Les principes de l'effectivité et de l'équivalence.....	199
bb) L'application simultanée des droits national et européen de la concurrence.....	199
bc) La charge de la preuve.....	199
bd) Le droit international privé.....	200
be) L'application du droit européen de la concurrence dans des Etats non membres.....	201
c) Perspectives.....	201
B. Suisse.....	201
a) Les tribunaux civils.....	201
b) L'avis de la Comco.....	202
c) L'application de la procédure civile ordinaire.....	203
d) Les actions civiles.....	204
e) Le sort d'un accord illicite.....	205
f) Le manque de succès de la voie civile en Suisse.....	207
<b>3. Le volet pénal.....</b>	<b>208</b>
A. Union européenne.....	209
B. Suisse.....	209
<b>VI. La lutte contre la concurrence déloyale.....</b>	<b>213</b>
<b>1. La problématique.....</b>	<b>213</b>
<b>2. Les comportements illicites.....</b>	<b>214</b>
A. Union européenne.....	214
a) Aperçu.....	214
b) La libre circulation des marchandises et des services.....	215

c) La directive en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative .....	216
d) La directive sur les pratiques commerciales déloyales.....	217
e) Autres textes législatifs .....	217
f) Le principe du pays d'origine .....	220
g) Synthèse .....	220
B. Suisse .....	221
a) La clause générale de l'article 2 LCD .....	221
b) Les méthodes déloyales de publicité et de vente ainsi que d'autres comportements illicites.....	222
ba) Le dénigrement .....	223
bb) La tromperie.....	224
bc) L'usurpation de titre.....	224
bd) Le risque de confusion.....	225
be) La publicité comparative .....	226
bf) La sous-enchère .....	228
bg) Les méthodes de vente particulièrement agressives .....	229
c) Les autres dispositions spéciales.....	229
ca) L'incitation à violer ou à résilier un contrat .....	229
cb) La corruption active et passive .....	231
cc) L'exploitation d'une prestation d'autrui.....	232
cd) La violation des secrets de fabrication ou d'affaires .....	233
ce) L'inobservation des conditions de travail.....	234
cf) L'utilisation des conditions commerciales abusives .....	234
d) L'indication des prix aux consommateurs.....	236
<b>3. La mise en œuvre.....</b>	<b>237</b>
A. Union européenne.....	237
a) Le niveau européen.....	237
b) Le niveau national.....	237
B. Suisse .....	239
a) Le volet civil .....	239
aa) Les tribunaux civils.....	239
ab) L'application de la procédure civile ordinaire.....	239
ac) La qualité pour agir et les actions civiles.....	240
b) Le volet pénal.....	242
c) Le volet administratif.....	243
d) L'autocontrôle.....	243

## **VII. Les monopoles étatiques, les aides d'Etat et la neutralité de l'Etat en matière de concurrence..... 245**

### **1. Les monopoles étatiques..... 245**

A. La problématique .....	245
B. Union européenne.....	246
a) Le « quatrième » pilier du droit européen .....	246
b) Les libertés fondamentales.....	247
ba) La libre circulation des marchandises.....	247
bb) La libre circulation des services.....	248
bc) Conclusion .....	249
c) Les règles de concurrence .....	250
d) La mise en œuvre .....	251
C. Suisse .....	252
a) Les monopoles fédéraux .....	252
aa) L'habilitation constitutionnelle.....	252
ab) La compétence du législateur fédéral .....	253
b) Les monopoles cantonaux.....	254
ba) La compétence des cantons.....	254
bb) La base légale, l'intérêt public et la proportionnalité .....	256
bc) L'appel d'offres et l'interdiction de la discrimination.....	257
<b>2. Les aides d'Etat .....</b>	<b>259</b>
A. La problématique .....	259
B. Union européenne.....	260
a) Le point de départ .....	260
b) L'effet direct.....	261
c) Le droit matériel.....	262
d) La procédure.....	264
e) Les aides d'Etat en temps de crise .....	265
C. Suisse .....	266
a) L'absence de véritable législation sur les aides d'Etat.....	266
b) La législation sur les subventions .....	267
<b>3. La neutralité de l'Etat en matière de concurrence .....</b>	<b>268</b>
A. Union européenne.....	268
B. Suisse .....	270
a) Le fondement constitutionnel .....	270
b) La portée générale du principe de neutralité.....	271
<b>VIII. Perspectives du droit de la concurrence .....</b>	<b>275</b>