

TRAVAUX DE LA FACULTÉ DE DROIT  
DE L'UNIVERSITÉ DE FRIBOURG

*Édités par Peter Gauch*

383

---

ALAIN GIRARD

# L'enquête préalable en droit de la concurrence

Schulthess § 2018

# Sommaire

<b>Introduction</b>	<b>1</b>
<b>Partie I</b>	
<b>Les fondements de l'intervention cartellaire publique</b>	<b>5</b>
<b>§ 1 La mise en œuvre du mandat de protection de la concurrence</b>	<b>7</b>
A. Les fondements de la mise en œuvre du droit	7
B. La protection de la concurrence	36
C. Les procédures et instruments de la protection de la concurrence	63
<b>Résumé partiel I</b>	<b>83</b>
<b>Partie II</b>	
<b>Le rapport final de l'enquête préalable</b>	<b>85</b>
<b>§ 2 Les issues matérielles de l'enquête préalable</b>	<b>87</b>
A. La situation de départ	88
B. Le classement de l'enquête cartellaire	97
C. Les interventions des autorités de la concurrence	104
D. Le résultat intermédiaire	146
<b>§ 3 La qualité décisionnelle du rapport final</b>	<b>159</b>
A. La question en jurisprudence et en doctrine	159
B. Le rapport final du Secrétariat: un acte contestable?	169
C. La portée des spécificités procédurale de l'enquête cartellaire	201
D. Le résultat intermédiaire	214
<b>Résumé partiel II</b>	<b>215</b>

---

<b>Partie III</b>	
<b>La formation de l'enquête préalable</b>	<b>217</b>
<b>§ 4 L'environnement de l'enquête préalable</b>	<b>219</b>
A. L'évolution de l'enquête cartellaire	219
B. La nature du droit de la concurrence: la dimension répressive de l'intervention cartellaire publique	227
C. La portée procédurale de la dimension répressive	234
D. Le résultat intermédiaire	258
<b>§ 5 Le droit de procédure applicable</b>	<b>261</b>
A. Les dispositions procédurales de l'enquête cartellaire	262
B. La controverse jurisprudentielle et doctrinale	268
C. La portée de la norme de renvoi	276
D. Le résultat intermédiaire	312
<b>Résumé partiel III</b>	<b>313</b>
<b>Partie IV</b>	
<b>Le contrôle de l'enquête préalable</b>	<b>315</b>
<b>§ 6 La protection juridictionnelle</b>	<b>317</b>
A. Le contrôle ordinaire de l'enquête cartellaire	317
B. Le contrôle en phase préalable	334
C. La légitimation à recourir	348
<b>Résumé partiel IV</b>	<b>391</b>
<b>Conclusion</b>	<b>395</b>

---

# Table des matières

<b>Avant-Propos</b>	<b>vii</b>
<b>Sommaire</b>	<b>ix</b>
<b>Table des matières</b>	<b>xi</b>
<b>Liste des abréviations</b>	<b>xxiii</b>
<b>Bibliographie</b>	<b>xxvii</b>
<b>Publications parues dans les médias</b>	<b>xlix</b>
<b>Tables des arrêts et actes émanant d'autorités</b>	<b>li</b>
Suisse	li
Autres juridictions	lx
<b>Table des lois et sources formelles</b>	<b>lxiii</b>
Ordre juridique suisse	lxiii
Ordre juridique de l'Union européenne	lxvi
Conventions internationales	lxvii
<b>Introduction</b>	<b>1</b>
<b>Partie I Les fondements de l'intervention cartellaire publique</b>	<b>5</b>
§ 1 La mise en œuvre du mandat de protection de la concurrence	7
A. Les fondements de la mise en œuvre du droit	7
1. Le principe de la légalité et la nécessité de la formalisation	7
2. Le droit de procédure	9
a) Le droit de procédure: la formation et le contrôle	9
b) Les fonctions et la portée du droit de procédure	9
i. La « mission de service »: la concrétisation du droit matériel	10
ii. Les protections juridique et juridictionnelle	11
iii. La légitimation de l'activité administrative	11
iv. L'optimisation de l'activité administrative	12
3. La procédure et l'activité administrative informelles	13
a) Les actes matériels et l'activité administrative informelle	13
i. Les actes matériels	13
ii. L'activité administrative informelle	15
b) Les conditions légales matérielles et formelles de l'activité informelle	18
c) Les classifications des actes matériels	20
i. La classification selon le type	20

	ii.	La classification selon la relation à l'acte	21
d)		La classification selon le caractère unilatéral ou coopératif	22
	i.	L'activité informelle unilatérale	23
	ii.	La coopération informelle	25
4.		L'interaction entre le droit matériel et le droit formel	28
5.		Les principes et garanties de rang supralégislatif	31
	a)	Les garanties procédurales	31
	i.	Le droit à un procès équitable	32
	ii.	Le principe de l'accès au juge	33
	b)	Les garanties de la procédure pénale	34
B.		La protection de la concurrence	36
1.		Les fondements du droit de la concurrence et ses bases légales	37
	a)	Les fondements économiques	38
	b)	Les fondements constitutionnels	40
	i.	Les principes de l'ordre économique	40
	ii.	« L'article cartellaire »	41
	c)	La législation de la protection de la concurrence	43
	i.	Le droit de la concurrence stricto sensu: les trois piliers	43
	ii.	La protection de la concurrence au sens large	44
2.		Les éléments matériels de la Loi sur les cartels	45
	a)	Le champ d'application de la LCart	46
	b)	La définition du marché pertinent et la puissance de marché	48
	c)	Les cancers: les accords illicites à la concurrence	51
	i.	L'accord	52
	ii.	L'illicéité	52
	d)	Les tiges: l'abus de position dominante	54
	i.	La position dominante	55
	ii.	L'abus	57
3.		Les organes administratifs: la COMCO et le Secrétariat	58
	a)	Les autorités en matière de concurrence	58
	i.	La COMCO	60
	ii.	Le Secrétariat	61
	iii.	Le bien-fondé d'une réforme institutionnelle	62
	b)	Les autres autorités impliquées	62
C.		Les procédures et instruments de la protection de la concurrence	63
1.		L'enquête cartellaire	64
	a)	La notion	64

b)	L'introduction de l'enquête cartellaire	64
i.	Le plan formel	64
ii.	La condition matérielle: le soupçon initial	69
c)	Les phases de l'enquête cartellaire	70
i.	« L'observation de marché »	70
ii.	L'enquête préalable	74
iii.	L'enquête formelle	77
iv.	L'unité de l'enquête cartellaire	78
2.	Les autres procédures et instruments	80
a)	L'examen des concentrations d'entreprises	80
b)	La recommandation aux autorités	81
c)	Le préavis	81
d)	L'avis	82
	Résumé partiel I	83
<b>Partie II</b>	<b>Le rapport final de l'enquête préalable</b>	<b>85</b>
§ 2	Les issues matérielles de l'enquête préalable	87
A.	La situation de départ	88
1.	Les issues matérielles selon la jurisprudence et la doctrine	88
2.	L'approche empirique: l'inventaire et l'approche matérielle	91
a)	Les publications dans la revue DPC	91
b)	L'inventaire des enquêtes cartellaires	92
c)	L'approche qualitative des enquêtes cartellaires	97
B.	Le classement de l'enquête cartellaire	97
1.	La pratique en phase préalable	98
2.	La pratique en phase formelle	100
3.	Les modalités de classement	102
C.	Les interventions des autorités de la concurrence	104
1.	La sanction unilatérale	104
a)	La notion	104
b)	La pratique	104
2.	La « sanction coopérative »	108
a)	La notion	108
b)	La pratique	108
i.	Les remarques préalables des accords amiables	110
ii.	Les éléments matériels de la coopération	115
iii.	Le dispositif de la décision d'approbation	117
3.	L'interdiction unilatérale	120

	a)	La notion	120
	b)	L'affaire <i>ASCOPA</i>	121
4.		« L'intervention coopérative »	122
	a)	La notion	122
	b)	La pratique en phase formelle	123
	i.	L'affaire Kreditkarten Interchange Fee I et II	124
	ii.	L'affaire Online-Handel	125
	iii.	L'affaire Swatch Group Lieferstopp	128
	iv.	L'affaire Jura	130
	c)	La pratique en phase préalable	131
	i.	Les mesures formalisées par un accord amiable	133
	ii.	Les mesures non formalisées par un accord amiable	137
D.		Le résultat intermédiaire	146
1.		Le classement de l'enquête cartellaire	146
	a)	La similitude entre phase préalable et formelle	146
	i.	Les moyens utilisés et à disposition	146
	ii.	La forme: le rapport final	147
	iii.	La profondeur de la motivation et l'étendue du rapport final	147
	iv.	La politique en matière de publication	149
	b)	La portée du classement de la procédure	150
	i.	Ne bis in idem	150
	ii.	Deux poids, deux mesures?	151
2.		Les interventions des autorités de la concurrence	151
	a)	« Les états de fait punissables sinon rien (ou presque)... »	151
	b)	« ...mais pas toujours punis »: les accords amiables en phase préalable	153
	c)	Le traitement particulier des mesures d'interdiction en cas de sanction	154
	d)	L'accord amiable: l'instrument « multifonction » et prisé	155
§ 3		La qualité décisionnelle du rapport final	159
A.		La question en jurisprudence et en doctrine	159
	1.	La question en doctrine	159
	2.	La question en jurisprudence	161
	a)	La jurisprudence antérieure aux sanctions cartellaires	161

b)	La jurisprudence postérieure aux sanctions cartellaires	166
i.	L'affaire Maestro	166
ii.	L'arrêt Schlussbericht Publikation	168
3.	Le résultat intermédiaire	168
B.	Le rapport final du Secrétariat: un acte contestable?	169
1.	Les actes contestables	170
a)	La décision administrative	170
i.	La notion	170
ii.	Les éléments constitutifs de la décision	173
iii.	La portée de la notion de décision	182
iv.	Le résultat intermédiaire: la prédominance de l'intérêt au contrôle juridictionnel	185
b)	Les actes matériels	186
i.	La protection juridictionnelle contre les actes matériels	187
ii.	Le système de l'article 25a PA	188
iii.	Les conditions de recevabilité	188
c)	Les autres actes contestables	189
i.	Les décisions incidentes	189
ii.	Le déni de justice et le retard injustifié	190
d)	Le résultat intermédiaire: la large étendue du contrôle juridictionnel	191
2.	Le rapport final à l'aune de la PA	191
a)	Le classement unilatéral	193
i.	Les conditions de l'article 5 PA	193
ii.	La similitude matérielle avec le classement en phase formelle	195
iii.	Le rapport final et l'interdiction de la double poursuite	195
iv.	Le résultat intermédiaire	196
b)	L'intervention coopérative	197
c)	Le rapport final constatant des indices d'une restriction à la concurrence	200
d)	Le résultat intermédiaire	201
C.	La portée des spécificités procédurale de l'enquête cartellaire	201
1.	Le renvoi à la PA	202
2.	Le traitement des émoluments de l'enquête préalable	204
a)	La révision LCart 2003	204
b)	La « décision d'émolument » du 28 octobre 2014	208
3.	Le caractère informel à l'aune du contrôle juridictionnel	209



4.	L'absence de prétention à l'ouverture d'une enquête préalable ou formelle	209
5.	Les garde-fous: des instruments suffisants?	211
a)	Les principes constitutionnels et autres garanties	211
b)	La procédure cartellaire civile	212
D.	Le résultat intermédiaire	214
Résumé partiel II		215
<b>Partie III</b>	<b>La formation de l'enquête préalable</b>	<b>217</b>
§ 4	L'environnement de l'enquête préalable	219
A.	L'évolution de l'enquête cartellaire	219
1.	Les enquêtes cartellaires jusqu'à la LCart 1995	219
2.	L'ordre procédural de la LCart 1995	220
3.	La révision LCart 2003	221
a)	Le contexte législatif	221
i.	Les origines de la révision	221
ii.	La discussion de rang constitutionnel	222
b)	Le régime de l'article 49a LCart	223
i.	Les sanctions cartellaires	224
ii.	Le programme de clémence	225
iii.	La procédure d'annonce	226
c)	Les états de fait passés: l'article 27 LCart	226
d)	Les perquisitions	226
B.	La nature du droit de la concurrence: la dimension répressive de l'intervention cartellaire publique	227
1.	Le caractère pénal des sanctions cartellaires	227
2.	« Bestimmtheitsgebot »	228
3.	L'inadéquation du droit administratif classique	230
4.	L'obligation de sanctionner?	233
5.	Le résultat intermédiaire	234
C.	La portée procédurale de la dimension répressive	234
1.	L'orientation temporelle imposée	235
a)	L'enquête cartellaire de conception administrative	235
b)	L'enquête cartellaire avec sanctions de caractère pénal	237
i.	La répression et l'effet préventif	237
ii.	La durée de l'infraction et la prescription	239
iii.	Le classement des enquêtes cartellaires	242
c)	La modification de l'article 27 LCart	243

	d)	La procédure d'annonce: l'intervention cartellaire publique <i>ex ante</i>	244
	i.	Le concept	244
	ii.	La portée de l'intervention cartellaire publique <i>ex ante</i> sur l'orientation temporelle	247
	e)	Le programme de clémence	247
	f)	Le résultat intermédiaire	248
	2.	Les garanties de procédure pénale	249
	a)	La COMCO: un tribunal indépendant?	250
	b)	La fin des procédures informelles	251
	c)	Le principe de coopération: la fin des accords amiables?	254
	i.	Les fondements du principe de coopération en matière cartellaire	254
	ii.	L'impact de la dimension répressive sur le principe de coopération	255
	D.	Le résultat intermédiaire	258
§ 5		Le droit de procédure applicable	261
	A.	Les dispositions procédurales de l'enquête cartellaire	262
	1.	La LCart, la PA et les règles de rang supralégislatif	262
	a)	Les dispositions de la Loi sur les cartels	262
	i.	La section « Autorités en matière de concurrence »	262
	ii.	La section « Enquêtes concernant des restrictions à la concurrence »	263
	iii.	La section « Procédure et voies de droit »	263
	iv.	Les autres dispositions procédurales de la Loi sur les cartels	264
	b)	Les dispositions de la Loi sur la procédure administrative	265
	c)	Les points de contact entre la PA et la LCart	266
	d)	Les principes et garanties de rang supralégislatif	267
	B.	La controverse jurisprudentielle et doctrinale	268
	1.	La disposition de renvoi: l'article 39 LCart	269
	2.	La question en doctrine	270
	3.	La question dans la jurisprudence et la pratique	273
	C.	La portée de la norme de renvoi	276
	1.	L'interprétation de la norme de renvoi	276
	a)	Le point de départ: l'interprétation littérale	279
	b)	L'interprétation systématique	280

c)	L'interprétation historique	281
i.	Le Message LCart 1994	282
ii.	L'avant-projet LCart 1993	283
iii.	La réaction du législateur à la jurisprudence du Tribunal fédéral	284
iv.	L'introduction des sanctions cartellaires	284
d)	L'interprétation téléologique	285
e)	Le résultat intermédiaire	287
2.	Le caractère informel	287
a)	La nature informelle selon la jurisprudence, la doctrine et la pratique	287
i.	La jurisprudence de la REKO et du Tribunal administratif fédéral	287
ii.	L'arrêt Maestro du Tribunal fédéral	288
iii.	La doctrine: la « (pré-)procédure „informelle“ »	289
iv.	Le formalisme de l'enquête préalable en pratique	290
v.	Le résultat intermédiaire	297
b)	Les fondements de l'activité administrative informelle	298
c)	L'origine: la surinterprétation des travaux préparatoires	299
i.	La pratique praeter legem et les travaux préparatoires	299
ii.	Le Message LCart 1994	300
iii.	Le résultat intermédiaire	302
d)	La confusion entre le caractère informel et le principe de coopération	302
e)	Le résultat intermédiaire: l'application de la PA	307
3.	La nature décisionnelle du rapport final	308
4.	L'ordre d'application – « Anwendungsbefehl »	309
D.	Le résultat intermédiaire	312
	Résumé partiel III	313
	<b>Partie IV Le contrôle de l'enquête préalable</b>	<b>315</b>
§ 6	La protection juridictionnelle	317
A.	Le contrôle ordinaire de l'enquête cartellaire	317
1.	Les configurations typiques du contrôle juridictionnel	319

2.	Le droit de procédure applicable	320
3.	Les recours	322
	a) Le recours au Tribunal administratif fédéral	322
	b) Le recours en matière de droit public au Tribunal fédéral	323
4.	Le pouvoir d'examen	325
	a) La notion	325
	b) La pleine juridiction	326
	c) Les exigences de rang supralégislatif	327
	i. La jurisprudence de l'article 6 alinéa 1 CEDH	327
	ii. L'arrêt Menarini	329
	d) Les limitations gnoséologiques du Tribunal administratif fédéral	331
	i. L'arrêt Publigroupe	331
	ii. L'exercice effectif de la cognition	332
	iii. Les perspectives du pouvoir d'examen en matière cartellaire	333
B.	Le contrôle en phase préalable	334
1.	Les raisons d'un contrôle ordinaire du rapport final	335
	a) La qualité décisionnelle du rapport final	335
	b) La similitude matérielle entre classement en phase préalable et en phase formelle	335
	c) Le traitement du critère des indices d'une restriction à la concurrence	336
	i. La constatation expresse d'indices ne mène pas à une enquête formelle	337
	ii. L'absence de constatation d'indices mène néanmoins à une enquête formelle	340
	iii. L'absence de constatation d'indices est manifestement contraire à l'état de fait retenu	340
	iv. Le manque d'uniformité: les limites de l'application du droit sans contrôle juridictionnel	341
2.	Le contrôle ordinaire du rapport final et la politique de concurrence	342
	a) Redéfinir le critère des indices d'une restriction à la concurrence: la considération économique et l'intérêt public	343
	b) Le rééquilibrage entre procédure cartellaire civile et administrative	345

C. La légitimation à recourir	348
1. Les acteurs impliqués: parties et « tiers participants »	349
a) Les acteurs dans l'enquête formelle	349
i. Les parties	350
ii. Les tiers participants	353
iii. Les cercles respectifs des parties et des tiers participants	357
iv. Le résultat intermédiaire: les parties et les tiers participants	360
b) Les acteurs dans l'enquête préalable	361
i. La fiction de l'inexistence de parties?	361
ii. La critique du résultat	361
iii. Le fondement des parties à la phase préalable	363
c) Le résultat intermédiaire: l'existence de parties en phase préalable	365
2. Le régime de la légitimation active pour contester l'enquête cartellaire	365
a) Le régime ordinaire	365
i. Le préjudice formel	366
ii. L'atteinte particulière	367
iii. L'intérêt digne de protection	368
b) La spécificité cartellaire: les tiers participants	369
3. La typologie des recourants	370
a) Le recours des destinataires de l'acte administratif	370
i. Le cas ordinaire	370
ii. Le recours successif à une auto-dénonciation	371
iii. Le recours successif à une intervention coopérative	374
iv. Le recours suite à un classement avec constatation d'indices d'une restriction à la concurrence	376
b) Le recours des concurrents	378
i. Le cas ordinaire	378
ii. Le recours suite à un classement avec constatation d'indices d'une restriction à la concurrence	382
c) Le recours des autres participants au marché	384
i. Le recours des autres partenaires commerciaux	384
ii. Le recours des tiers participants	386

---

Résumé partiel IV	391
<b>Conclusion</b>	<b>395</b>
<b>Index</b>	<b>403</b>