

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

*Édités par Peter Gauch*

365

---

BÉATRICE HURNI

# L'action civile en droit de la concurrence

Étude du droit suisse à la lumière du droit  
comparé et du droit de l'Union européenne

---

# Table des matières

<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>XXXI</b>
<b>TRAVAUX LÉGISLATIFS</b>	<b>LIV</b>
<b>INTRODUCTION</b>	<b>1</b>
§ 1 L'objet	1
§ 2 Le contexte	5
§ 3 La méthode	15
<b>PARTIE 1 : LES FONDEMENTS DE L'ACTION CIVILE EN DROIT DE LA CONCURRENCE</b>	<b>19</b>
<b>Chapitre 1 : Les objectifs du droit de la concurrence</b>	<b>21</b>
§ 1 Le droit de la concurrence : généralités	21
I. Les sources	21
II. La notion	24
III. Les trois piliers du droit de la concurrence	25
A. Les accords illicites	25
B. Les abus de position dominante	26
C. Le contrôle des concentrations d'entreprise	27
§ 2 La promotion de la concurrence	28
I. Les fonctions de la concurrence	29
II. Les différents modèles de la concurrence	31
A. La concurrence parfaite	31
B. La « <i>Old Harvard School</i> »	32
C. L'ordolibéralisme ou l'école de Fribourg (Allemagne)	34
D. La « <i>Chicago School</i> »	34
E. La synthèse « post-Chicago »	37
F. Le modèle du droit suisse	40
	<b>XI</b>

1.	Les bases constitutionnelles	40
2.	La loi fédérale sur les cartels du 20 décembre 1962	41
3.	La loi fédérale sur les cartels du 20 décembre 1985	42
4.	La loi fédérale sur les cartels du 6 octobre 1995	42
III.	Les intérêts protégés par le droit de la concurrence	45
A.	La protection de la concurrence comme institution	45
B.	La protection des consommateurs	47
C.	La protection des concurrents ?	48
D.	Une particularité européenne : la création du marché unique	53
E.	Les intérêts protégés par le droit suisse	54
IV.	La prépondérance de l'analyse économique ?	57
A.	Un droit à caractère économique	57
B.	Les limites d'une analyse strictement économique	58
V.	L'impact sur le droit civil de la concurrence	60
<b>Chapitre 2 :</b>	<b>Les fonctions du droit de la responsabilité civile</b>	<b>64</b>
§ 1	La compensation des dommages	65
I.	L'exposé	65
II.	Les critiques	68
§ 2	La prévention des dommages	69
I.	L'exposé	69
II.	Les critiques	73
§ 3	La création de normes de conduite	79
§ 4	La sanction des comportements contraires au droit	80
§ 5	La question des dommages-intérêts punitifs	83
§ 6	Une synthèse	86
<b>Chapitre 3 :</b>	<b>Les fonctions de l'action civile en droit de la concurrence</b>	<b>88</b>
§ 1	La notion	88
§ 2	La compensation du dommage causé par une infraction au droit de la concurrence	92
I.	Le préjudice causé par une infraction au droit de la concurrence	93
A.	Quelques généralités	93
B.	Le préjudice subi par les acheteurs directs	94
C.	Le préjudice subi par les concurrents	95
D.	Le préjudice subi par l'acheteur indirect et le consommateur	96
E.	Le préjudice subi par les producteurs	98
F.	Le préjudice subi par le marché	98
II.	Le caractère réparable au regard de la notion classique du dommage	99
A.	L'application de la théorie de la différence	99

B.	La preuve d'un préjudice concret et certain	100
C.	L'exclusion des dommages indirects	101
III.	L'effectivité de la réparation	102
§ 3	La prévention des comportements anti-concurrentiels	106
I.	Le risque de sanction civile comme mécanisme de prévention des comportements anti-concurrentiels	107
II.	La prévention des dommages comme objectif de l'action civile en droit de la concurrence	108
§ 4	Une synthèse	112

## **PARTIE II : LE CADRE JURIDIQUE DE L'ACTION CIVILE EN DROIT DE LA CONCURRENCE** **117**

<b>Chapitre 1 : Les notions communes</b>	<b>119</b>
§ 1 Le développement du droit civil de la concurrence	119
I. En Suisse	119
A. La jurisprudence du Tribunal fédéral en application du droit de la personnalité	119
B. Les premières lois sur les cartels (aLCart 1962 et aLCart 1985)	122
C. La nouvelle loi de 1995	125
1. La priorité à la protection de la concurrence et à la voie administrative	126
2. L'unification des règles matérielles civiles et administrative	126
3. La création d'un régime civil unifié	129
D. La révision de la loi sur les cartels	130
II. Dans l'Union européenne	132
A. La décentralisation de la mise en œuvre du droit de la concurrence	133
B. Le tournant vers le <i>private enforcement</i>	135
C. Le « sous-développement » de l'action civile dans les Etats membres	136
D. Les premiers arrêts de la Cour de justice	140
1. L'arrêt Courage	140
2. L'arrêt Manfredi	142
E. La directive 2014/104/UE	143
§ 2 Les compétences respectives du juge civil et de l'autorité administrative	148
I. L'intervention de l'autorité publique en droit américain	149
II. L'intervention de la Commission en droit de l'Union européenne	150
A. Le principe : la définition de priorités compte tenu de l'intérêt communautaire	151

B.	Les règlements 1/2003 et 773/2004 et les priorités de la Commission	152
III.	Les compétences de la Comco et du juge civil en droit suisse	155
A.	Le partage des compétences : le principe	156
B.	L'ouverture d'une enquête par la Comco	158
1.	Une question d'opportunité	159
2.	L'absence de droit de recours	160
a.	La position des tiers dans l'enquête administrative	160
b.	La qualité pour recourir	161
c.	Les critères développés par la pratique	162
C.	L'ouverture d'une procédure civile	165
D.	Le lien entre l'ouverture d'une procédure civile et celle d'une procédure administrative	165
E.	Les critiques	168
1.	La nature de l'intérêt mis en cause : un critère contestable	168
2.	Les solutions de la doctrine	170
3.	Une appréciation	173
a.	Un critère impraticable et daté : l'exemple de l'affaire Swatch	173
b.	Les critères justifiant l'ouverture d'une enquête de la Comco : l'exemple des affaires Gaba et Hallenstadion	179
c.	La nécessité de répondre à la demande des consommateurs et des acheteurs finaux : l'exemple des garanties dans le secteur automobile	185
d.	Une conclusion	187
§ 3	Le for et le droit applicable	188
I.	La compétence en matière interne	189
A.	La compétence razione materiae	189
B.	Le for	189
II.	La compétence en matière internationale	191
A.	Le for	191
1.	Le for en application de la Convention de Lugano	191
a.	Le domicile ou le siège (ou l'établissement) du défendeur	191
b.	Le lieu du fait dommageable	192
c.	La pluralité de défendeurs	198
d.	Le for des mesures provisionnelles	204
2.	Le for en application de la LDIP	205
a.	Le domicile ou le siège (ou l'établissement) du demandeur	205
b.	Le lieu de l'acte dommageable ou du résultat	205
c.	La pluralité de défendeurs	208

d.	Le for des mesures provisionnelles	208
3.	L'élection de for	209
a.	Quelques généralités	209
b.	L'application aux actions civiles en droit de la concurrence	210
B.	Le droit applicable	213
1.	Le champ d'application de l'art. 137 LDIP	213
2.	Le principe des effets	215
3.	L'effet direct sur un marché	217
4.	L'application du droit étranger de la concurrence par le juge suisse	219
5.	L'application d'une législation d'ordre public ?	221
a.	L'application d'une législation étrangère (art. 19 LDIP)	221
b.	L'application du droit suisse (art. 18 LDIP)	222
6.	La réserve de l'art. 137 al. 2 LDIP	223
7.	L'élection de droit	224
C.	La possibilité pour le lésé suisse d'agir à l'étranger (pour le dommage subi en Suisse)	224
D.	La reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères	227
1.	Les jugements qui appliquent une législation étrangère en matière de concurrence	228
2.	Les jugements qui appliquent de manière erronée le droit de la concurrence applicable au litige	230
<b>Chapitre 2 : Les conséquences sur le contrat de l'infraction au droit de la concurrence</b>		<b>233</b>
§ 1	L'accord en matière de concurrence	233
I.	L'accord	233
A.	Les formes d'accord	234
1.	Le contrat	235
2.	Les autres accords avec force obligatoire	235
3.	L'accord sans force obligatoire	236
4.	Les pratiques concertées	237
5.	La recommandation	239
6.	L'obligation de non-concurrence	242
a.	L'arrêt du Tribunal fédéral	242
b.	Les critiques de la doctrine et la pratique de la Comco	243
7.	Les mesures unilatérales	244
B.	Les participants à l'accord	247
1.	L'accord horizontal	247
2.	L'accord vertical	248

II. La restriction à la concurrence	249
A. Le but de restriction	250
B. L'effet de restriction	250
§ 2 Le sort des accords contraires au droit de la concurrence	251
I. La nullité de l'accord contraire au droit de la concurrence	251
A. La nature de la nullité	251
1. L'annulation du contrat par le juge	252
2. La nullité absolue du contrat	253
a. Une solution conforme au droit des contrats	253
b. Une solution conforme à l'action civile fondée sur l'art. 12 LCart	255
c. Une solution conforme au droit administratif de la concurrence	255
B. Les effets de la nullité	256
1. Le principe : l'absence d'effets juridiques du contrat	256
2. Une nullité flexible ?	258
a. Selon l'infraction en cause	258
b. Selon la personne qui agit	261
3. La nullité partielle et l'adaptation du contrat	262
a. Les conditions d'application de l'art. 20 al. 2 CO	262
b. Les conséquences de l'art. 20 al. 2 CO	263
c. Les effets de la procédure administrative sur la validité du contrat	267
C. La restitution des prestations	268
1. La restitution selon les règles de l'enrichissement illégitime	269
2. Les limites à la restitution	269
a. Les contrats de durée	269
b. La limite tirée de l'art. 66 CO	271
D. Une synthèse	272
II. La validité des contrats conclus avec des tiers	273
A. La validité de principe	274
B. Les limites	275
1. La pratique de la Comco et la jurisprudence	275
a. La pratique de la Comco	276
b. L'arrêt du Tribunal fédéral	277
2. La doctrine	279
a. Les contrats conclus entre plusieurs tiers à l'accord ou en amont de la chaîne de production	279
b. Les contrats conclus entre l'auteur de l'infraction et un tiers	280
3. Une synthèse	283

<b>Chapitre 3 : Les conséquences extra-contractuelles de l'infraction au droit de la concurrence</b>	<b>284</b>
§ 1 Les conditions communes	284
I. La qualité pour agir	284
A. La qualité pour agir en général	284
1. Une entreprise participant à la concurrence	285
2. Une entrave dans l'accès ou l'exercice de la concurrence	285
3. Toute personne atteinte dans ses intérêts économiques ?	287
B. Quelques catégories en particulier	289
1. Une partie à l'accord illicite	289
a. Le principe de l'action	289
b. Les limites à l'action	291
2. Les associations	293
3. Le consommateur	296
4. Les associations de consommateurs	297
5. L'autorité publique comme partie au litige civil	298
a. La question en droit américain et de l'Union européenne	298
b. La question en droit suisse	300
II. La qualité pour défendre	302
III. La restriction à la concurrence	305
A. La restriction disproportionnée à la concurrence (art. 12 al. 3 LCart)	306
B. La restriction illicite à la concurrence	308
1. L'accord illicite (art. 5 LCart)	308
a. Le marché pertinent	309
b. L'accord qui supprime une concurrence efficace	310
c. L'accord qui affecte de manière notable la concurrence sans être justifié par des motifs économiques	316
2. L'abus de position dominante	322
a. La position dominante	323
b. Les pratiques abusives	326
§ 2 Les prétentions	331
I. Les actions défensives	331
A. Quelques généralités	331
B. L'action en suppression	333
1. Les conditions	333
2. Les conclusions	333
C. L'action en cessation	335
1. Les conditions	335
2. Les conclusions	337



D.	Les mesures fondées sur l'art. 13 LCart	337
1.	La nullité du contrat	338
2.	L'obligation de contracter	340
E.	L'action en constatation	342
1.	L'action en constatation spéciale fondée sur l'art. 12 LCart	343
a.	Le principe de l'action	343
b.	Les conditions de l'action	344
2.	L'action en constatation générale fondée sur l'art. 88 CPC	345
a.	Le principe de l'action	345
b.	Les conditions de l'action	346
II.	L'action en dommages-intérêts	347
A.	Les conditions de l'action	348
1.	Le dommage	348
a.	Quelques généralités	348
b.	Les différentes catégories du dommage	351
c.	Les autres postes du dommage	360
2.	L'exception liée à la répercussion des surcoûts (passing-on defense)	361
a.	L'enjeu	361
b.	Les différentes options	362
c.	Les solutions en droit comparé	364
d.	La conception du droit suisse	365
3.	Le rapport de causalité	367
4.	La faute	371
a.	Les infractions intentionnelles	372
b.	Les infractions par négligence	372
B.	Le calcul du dommage et la fixation de l'indemnité	376
1.	Le calcul du dommage	376
a.	Les méthodes comparatives	376
b.	La méthode fondée sur les coûts	382
c.	Les autres méthodes	383
2.	L'imputation des avantages	384
3.	La fixation de l'indemnité	385
a.	Le refus des dommages-intérêts punitifs	385
b.	Le devoir de diminuer le dommage	386
c.	La faute concomitante	388
d.	La faute légère du responsable	388
C.	La prescription	389
III.	L'action en réparation du tort moral	391
A.	Le principe de l'indemnité	391

B.	Le mode de réparation et la fixation de l'indemnité	393
IV.	L'action en remise du gain	393
A.	Une disposition critiquée	394
B.	Les conditions de l'action	396
1.	Un gain	397
2.	Le rapport de causalité	397
3.	Un acte d'usurpation ?	398
4.	La mauvaise foi du gérant	399
5.	Le délai de prescription	400
C.	Les effets de l'action	400
1.	Le droit aux renseignements	401
2.	La remise du gain	401
D.	La remise du gain et la réparation du dommage	405
§ 3	La mise en œuvre de l'action civile	407
I.	La preuve	408
A.	La charge et le fardeau de la preuve	408
B.	L'accès aux moyens de preuve	411
1.	Quelques généralités	411
a.	Le système américain et la pre-trial discovery	412
b.	Le système européen et la directive 2014/104/UE	414
c.	Le système suisse	415
2.	La production de documents en main de la partie adverse	417
3.	La production du dossier en main de l'autorité de la concurrence	419
a.	L'accès fondé sur le droit administratif	419
b.	L'accès fondé sur la procédure civile	422
4.	La protection des secrets d'affaires	423
a.	Le secret d'affaires	423
b.	La mise en œuvre de la protection	425
C.	Une synthèse	427
II.	Le recours à l'arbitrage	428
III.	Les mesures provisionnelles	431
A.	La vraisemblance du droit	432
B.	Les conditions de la requête	434
1.	L'existence vraisemblable de la prétention au fond	434
2.	Une atteinte actuelle ou imminente	435
3.	Le risque d'un préjudice difficilement réparable	435
C.	Les mesures	439
IV.	Les actions collectives	442
A.	La consorité	444
B.	L'action associative	445

C.	La cession de créances	446
D.	L'action de groupe	448
	1. Le modèle de la class action en droit américain	449
	2. Le rejet de la class action en droit suisse	450
	3. Un bref commentaire	453
	4. Une proposition : étendre l'action associative	455
V.	La coordination entre l'action civile et la procédure administrative	460
A.	L'avis de la Comco dans les procédures civiles	461
	1. Les conditions	463
	a. L'existence d'une procédure civile	463
	b. Un doute sur la licéité de l'entrave à la concurrence	465
	2. La procédure	468
	3. La portée de l'avis	472
B.	Le renvoi au Conseil fédéral	473
	1. Les conditions	473
	2. La procédure	474
C.	L'effet réciproque des décisions de la Comco et des jugements civils	475
	1. L'effet de la décision administrative sur le jugement civil	475
	2. L'effet du jugement civil sur la décision administrative	478
	3. Une appréciation	479
D.	Le lien entre le montant de l'amende et la hauteur des dommages-intérêts	481
	1. Les critères de fixation de la sanction administrative	482
	2. La prise en compte de la réparation civile	484
E.	Le lien entre l'action civile et la participation au programme de clémence	487
	1. Les programmes de clémence	488
	a. Le principe	489
	b. Le programme suisse	490
	2. L'accès aux documents du programme de clémence	492
	a. L'état de la question en droit européen	493
	b. L'arrêt Pfleiderer	493
	c. L'arrêt Donau Chemie	495
	d. Les dispositions de la directive 2014/104/UE	497
	e. L'état de la question en droit suisse	499
	3. Une limite à la responsabilité civile des entreprises participant au programme de clémence ?	502
F.	Une synthèse	503

<b>Chapitre 4 : Les avantages et limites de la voie civile</b>	<b>507</b>
§ 1 Les avantages	508
I. Une meilleure gestion des ressources publiques	508
A. L'apport de ressources financières complémentaires	508
B. La possibilité de concentrer l'action des autorités administrative sur les cas importants du point de vue de l'intérêt public	510
II. Le développement du droit de la concurrence	512
III. La réparation des dommages causés par les infractions au droit de la concurrence	515
IV. La mise en œuvre effective des règles de la concurrence	516
V. La mise à jour d'infractions	518
§ 2 Les limites	520
I. Le risque de compromettre les efforts des autorités publiques	520
A. La diminution de la coopération volontaire des entreprises	520
B. La remise en cause du pouvoir d'appréciation des autorités de la concurrence	522
C. L'absence de contrôle sur le niveau des sanctions	523
II. Le risque d'abus et l'absence d'intérêt public	525
A. Le risque d'abus	525
B. L'absence d'intérêt public	527
III. L'absence de moyens d'investigation efficaces	529
IV. La création de coûts excessifs	530
V. L'absence de perspective ou de connaissances du juge civil	531
§ 3 Une synthèse	533
<b>Chapitre 5 : Le rôle du <i>private enforcement</i> au sein d'un système                   juridique : un aperçu</b>	<b>536</b>
§ 1 L' <i>adversarial legalism</i> américain	537
I. Les caractéristiques	538
II. Les origines	539
III. Une explication complémentaire : le <i>private enforcement</i> comme mode de gouvernance	542
§ 2 Le développement de l' <i>Eurolegalism</i>	545
I. Les caractéristiques	545
II. Les origines	546
§ 3 Les conséquences pour l'action civile en droit de la concurrence	548
I. Aux Etats-Unis	548

II. Au sein de l'Union européenne	550
III. En Suisse	551
<b>UNE CONCLUSION</b>	<b>553</b>