

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

*Edités par Peter Gauch*

210

ISABELLE CHABLOZ

# L'autorisation exceptionnelle en droit de la concurrence

Etude de droit suisse et comparé

**G**

ÉDITIONS UNIVERSITAIRES FRIBOURG SUISSE  
2002

## TABLE DES MATIÈRES

Table des matières.....	IX
Bibliographie.....	XIX
Travaux préparatoires... ».....	XLVII
Table des abréviations.....	XLIX
Introduction.....	1
<i>Partie 1 : Les fondements économiques et juridiques</i> .....	5
<i>Chapitre 1 : Les objectifs poursuivis par le droit des cartels</i> .....	7
I. Les objectifs généraux.....	7
A. Les objectifs en théorie économique.....	8
1. La théorie classique de la concurrence.....	8
2. La théorie néoclassique de la concurrence (concurrence parfaite). 9	
3. L'approche de Harvard.....	11
a) La concurrence efficace.....	11
b) Le schéma SCP.....	12
c) La politique de la concurrence.....	14
4. Le concept dynamique de la concurrence.....	15
5. L'école de Chicago.....	16
6. Les nouveaux développements.....	18
a) La nouvelle école de Harvard.....	18
b) La théorie des marchés contestables.....	18
c) La théorie des coûts de transaction.....	19
d) La nouvelle organisation industrielle.....	21
7. Conclusions intermédiaires.....	22
B. L'objectif d'efficacité économique.....	23
1. Introduction.....	23
2. L'efficacité allocative.....	23
3. L'efficacité productive.....	27
4. L'efficacité innovative.....	29
C. Les objectifs de la politique de la concurrence.....	31
II. La LCart et ses objectifs.....	32
A. L'historique.....	33
1. La pratique des tribunaux jusqu'en 1962.....	33
a) Les contraintes cartellaires externes.....	33
b) Les contraintes cartellaires internes.....	34

2. La LCart62.....	35
a) La conception de base.....	35
b) Les dispositions de droit civil.....	36
c) Les dispositions de droit administratif.....	37
d) L'appréciation.....	38
3. La LCart85.....	39
a) Le système.....	39
b) Les dispositions de droit civil.....	39
c) Les dispositions de droit administratif.....	40
d) L'appréciation.....	42
4. Les principes à la base de la loi actuelle (LCart).....	43
5. Conclusions intermédiaires.....	44
B. Le but fixé par la LCart.....	45
1. L'article 1 LCart.....	45
2. La base constitutionnelle.....	45
a) En général.....	45
b) La révision de la Constitution.....	46
c) La relation entre l'article sur « les cartels » et la liberté économique.....	48
d) Le contenu et l'étendue de la règle de compétence.....	49
e) Une brève appréciation.....	51
3. La protection de la concurrence efficace.....	51
C. Conclusions intermédiaires.....	54
<b>Chapitre 2 : Le droit comparé.....</b>	<b>55</b>
I. L'autorisation ministérielle du droit allemand.....	55
A. Les fondements.....	56
1. L'historique de la GWB.....	56
2. Aperçu de la GWB.....	57
a) Les autorités compétentes.....	57
b) La systématique de la loi.....	58
c) Les autorisations ministérielles.....	58
B. L'autorisation ministérielle du § 8 GWB.....	59
1. La présentation du § 8 GWB.....	59
2. La portée du § 8 GWB.....	60
3. La délimitation par rapport aux « autres » motifs justificatifs.....	61
a) L'interdiction du § 1 GWB et ses exceptions.....	61
b) Les exceptions des §§ 2 à 7 GWB.....	62
4. Les conditions matérielles d'application du § 8 ch. 1 GWB.....	64
a) Les motifs liés à l'économie globale et à l'intérêt général.....	65
b) La prépondérance du motif.....	67
c) La nécessité de la restriction et son caractère exceptionnel.....	68
5. La procédure d'autorisation du § 8 ch. 1.....	69

a) Les règles applicables.....	69
b) Les parties à la procédure.....	69
c) La demande d'autorisation.....	70
6. La décision du Ministre.....	71
a) La forme de la décision et son contenu.....	71
b) Les effets de l'autorisation ministérielle.....	71
c) La révocation et le contrôle de la décision.....	73
C. L'autorisation ministérielle du § 42 GWB.....	75
1. En général.....	75
a) La présentation du § 42 GWB.....	75
b) La portée du § 42 GWB.....	76
2. La délimitation par rapport à l'autorisation ordinaire.....	77
3. Les conditions matérielles.....	78
a) En général.....	78
b) Les intérêts d'économie globale (Gesamtwirtschaft).....	78
c) Les motifs d'intérêt général primordiaux.....	80
d) La pesée des intérêts.....	81
e) Pas de mise en danger du système d'économie de marché ...	82
4. Les questions liées à la procédure.....	82
a) La demande d'autorisation.....	82
b) Le délai pour rendre la décision.....	83
c) L'avis de la Commission des monopoles.....	83
d) La prise de position de l'autorité supérieure du Land.....	84
5. La décision du Ministre.....	84
a) Son contenu.....	84
b) Sa révocation.....	85
D. Un cas spécial : l'exception en faveur des éditeurs ... ;.....	85
1. Le but de l'exception.....	86
2. Les articles d'édition concernés.....	86
3. La fixation des prix.....	87
E. Conclusions intermédiaires.....	88
II. Les exemptions du droit européen.....	89
A. Les objectifs du droit européen de la concurrence.....	90
1. En général.....	90
2. La relation avec les objectifs du Traité.....	90
3. Les exceptions comme instrument d'harmonisation.....	91
B. L'exemption de l'art. 81 § 3 CE.....	92
1. Les conditions de l'exemption individuelle.....	93
a) La première condition positive.....	93
b) La deuxième condition positive.....	97
c) La première condition négative.....	98
d) La deuxième condition négative.....	100

e) Deux illustrations : la protection de l'environnement et le prix des livres.....	100
3. La procédure d'exemption.....	104
a) Les règles applicables.....	104
b) La compétence exclusive de la Commission.....	105
c) La notification.....	105
d) La procédure devant la Commission.....	107
4. Les modalités, les effets et les moyens de droit.....	109
a) Les modalités de l'exemption.....	109
b) Les effets de l'exemption.....	112
c) Les moyens de droit.....	114
C. L'abus de position dominante.....	114
1. L'interdiction des abus de position dominante.....	114
2. Les justifications.....	116
a) Justification par des contraintes publiques.....	116
b) Les « legitimate business reasons ».....	117
c) Les justifications exceptionnelles.....	117
D. Le « rachat » des concentrations.....	118
1. Le contrôle des concentrations.....	118
a) Le principe.....	118
b) L'appréciation des concentrations en général.....	118
c) La création ou le renforcement d'une position dominante ....	119
2. Les motifs justificatifs.....	121
a) Le principe.....	121
b) L'exception de l'entreprise défaillante.....	122
E. La prise en compte de considérations d'ordre social.....	123
F. Conclusions intermédiaires.....	124
III. Aperçu du droit américain.....	126
A. Les fondements.....	126
1. Les objectifs.....	126
2. L'évolution récente du droit antitrust américain.....	126
B. La définition du marché pertinent.....	128
C. Les trois piliers.....	129
1. Les accords entre entreprises.....	129
a) Les restrictions horizontales.....	129
b) Les restrictions verticales.....	130
2. La monopolisation.....	131
3. Les fusions et acquisitions.....	131
a) Les règles applicables.....	131
b) L'appréciation des concentrations.....	132
c) Les motifs justificatifs.....	134
4. Les résultats.....	136
D. Conclusions intermédiaires.....	136

## Partie 2 : Le régime de l'autorisation exceptionnelle.....139

<i>Chapitre 1 : Les conditions.....</i>	<b>143</b>
I. Le contexte général.....	143
A. Une restriction, illicite ou une concentration interdite.....	143
1. La définition du marché pertinent.....	144
a) En général.....	144
b) Le marché du produit.....	145
c) Le marché géographique.....	146
2. L'autorisation de l'art. 8 LCart.....	147
a) Un accord illicite.....	147
b) Un abus de position dominante.....	153
3. L'autorisation de l'art. 11 LCart.....	157
a) Le contrôle des concentrations.....	157
b) Comme objet de l'autorisation exceptionnelle.....	159
4. Conclusions intermédiaires.....	159
B. La décision d'une autorité compétente.....	160
1. Les autorités compétentes.....	160
2. Une décision.....	161
a) La décision en matière de restriction à la concurrence.....	161
b) L'interdiction d'une concentration d'entreprises.....	163
c) La décision de rejet du recours.....	164
C. Conclusions intermédiaires.....	165
II. La sauvegarde d'intérêts publics.....	165
A. Le régime constitutionnel.....	165
1. Le régime économique, constitutionnel.....	166
a) En général.....	166
b) Le respect du principe de la liberté économique.....	166
c) La conséquence sur le catalogue des intérêts publics.....	167
2. Les intérêts publics protégés par la Constitution.....	169
B. La concrétisation dans la LCart.....	170
1. La notion d'intérêt public en droit administratif.....	170
2. Le régime étatique de marché ou de prix.....	172
a) Le régime de l'art. 3 al. 1 LCart.....	172
b) La parenté des art. 3 al. 1 et 8 LCart.....	174
3. L'application dans des domaines voisins.....	174
a) La loi fédérale sur le marché intérieur.....	175
b) La loi fédérale sur les entraves techniques au commerce.....	178
c) Les conséquences.....	180
4. Conclusions intermédiaires.....	180
C. La définition négative.....	182
1. Le principe théorique à la base de la délimitation.....	182
2. La délimitation entre les art. 5 al. 2 et 8 LCart.....	183

a) Le rôle des 5 al. 2 et 8 LCart.....	183
b) Les motifs d'efficacité économique de l'art. 5 al. 2 LCart....	184
3. La délimitation entre les art. 7 et 8 LCart.....	191
4. La délimitation entre les articles 10 et 11 LCart.....	193
a) En général.....	193
b) L' « efficiency défense » ?.....	193
c) L'argument de politique industrielle.....	194
d) Le cas particulier des banques.....	196
5. Conclusions intermédiaires.....	197
III. La mise en balance des intérêts.....	198
A. Le caractère exceptionnel.....	198
B. La nécessité.....	199
1. En général.....	199
2. L'aptitude.....	200
3. La nécessité.....	201
4. La proportionnalité au sens étroit.....	201
C. La prépondérance.....	201
D. Appréciation.....	203
IV. Résultats appliqués au cas des livres .....:	203
A. Le contexte général.....	204
B. Les conditions de l'art. 8 LCart.....	206
1. Les intérêts publics en jeu.....	207
2. Le principe de la proportionnalité.....	207
a) L'aptitude.....	208
b) La nécessité.....	209
c) La proportionnalité au sens étroit.....	210
3. La mise en balance des intérêts.....	211
C. Conclusions intermédiaires.....	212
<b>Chapitre 2 : La procédure d'autorisation.....</b>	<b>215</b>
I. Généralités.....	215
A. L'autorité compétente.....	215
B. Les règles applicables... •.....	216
1. En général.....	216
2. L'application de la PA.....	217
C. Les trois types de procédure.....	218
II. En relation avec une procédure administrative.....	218
A. L'introduction de la requête (phase 1).....	219
1. La demande.....	219
2. La qualité pour requérir l'autorisation.....	220
a) L'autorisation de l'art. 8 LCart.....	220
b) L'autorisation de l'art. 11 LCart.....	222
3. Le moment du dépôt.....	223

a) En général.....	223
b) A la fin de la procédure devant la Comco.....	223
c) Après la décision de la REKO.....	224
d) Après la décision du Tribunal fédéral.....	224
4. La forme et le contenu de la demande.....	224
5. Les effets liés au dépôt de la demande.....	225
a) Avant un éventuel recours devant la REKO.....	225
b) Après la décision de la REKO ou celle du TF.....	226
c) Début du délai imparti au Conseil fédéral.....	227
B. Le projet de décision du DFE (phase 2).....	228
1. Les règles applicables.....	228
2. Les participants à la procédure.....	228
a) Les participants à la procédure de l'art. 8 LCart.....	229
b) Les parties à la procédure de l'art. 11 LCart.....	234
c) Conclusions intermédiaires.....	235
3. L'intervention de la comco.....	236
4. La constatation des faits.....	236
5. La clôture de la procédure devant le département.....	237
C. La décision du Conseil fédéral et sa notification.....	237
1. La procédure devant le Conseil fédéral (phase 3).....	237
2. La notification et la publication de la décision (phase 4).....	238
III. Les particularités des autres procédures.....	239
A. La procédure civile.....	239
1. Aperçu.....	239
2. Le champ d'application de l'art. 15 al. 2 LCart.....	240
3. L'introduction de la requête.....	241
a) Le déclenchement de la procédure.....	241
b) Le(s) demandeur(s).....	241
c) Le moment du dépôt.....	241
d) Les effets de la demande d'autorisation.....	242
4. Les parties à la procédure.....	242
B. La procédure d'arbitrage.....	242
1. Aperçu.....	242
2. L'arbitrabilité.....	243
3. L'application de l'article 15 al. 2 LCart.....	243
4. La demande d'autorisation.....	244
C. Conclusions intermédiaires.....	244
<b>Chapitre 3 : La décision du Conseil fédéral.....</b>	<b>247</b>
I. Le contenu de la décision.....	247
A. L'autorisation exceptionnelle en général.....	247
1. La décision d'autorisation exceptionnelle.....	247
2. La durée.....	248



a) Le principe.....	248
b) La prolongation.....	249
B. L'autorisation conditionnelle ou avec charges.....	250
1. La compétence.....	250
2. Le but des clauses accessoires.....	251
3. Les notions de charge et de condition.....	251
a) La charge.....	251
b) La condition.....	252
c) La délimitation.....	252
4. Le contenu.....	252
a) Les types de clauses en général.....	252
b) La nature des clauses admises par la LCart.....	253
5. L'adoption.....	256"
6. La validité.....	257
7. Le non-respect d'une charge.....	257
C. Le rejet de la demande d'autorisation.....	258
D. Les frais de procédure.....	258
E. Conclusions intermédiaires.....	259
II. Les effets de la décision.....	259
A. Les destinataires de la décision.....	260
1. L'autorisation de l'art. 8 LCart.....	260
2. L'autorisation de l'art. 11 LCart.....	260
B. Les effets de droit civil de la décision.....	260
1. Les effets sur les accords restrictifs de concurrence.....	261
2. Les effets de droit civil d'une concentration.....	267
C. Les effets sur le déroulement de la procédure.....	268
1. Les effets d'une décision fondée sur l'art. 8 LCart.....	268
a) En procédure administrative.....	269
b) Les effets sur le déroulement de la procédure civile.....	270
2. Les effets d'une décision basée sur l'art. 11 LCart.....	274
a) Les effets d'une décision positive.....	274
b) Les effets d'une décision de rejet.....	274
D. Conclusions intermédiaires.....	275
III. La révocation et le contrôle de la décision.....	275
A. La révocation de l'autorisation.....	276
1. La révocation de l'autorisation de l'art. 11 LCart.....	277
a) La délimitation entre révocation et révision.....	277
b) Les conditions de la révocation.....	278
c) Le contenu et les effets de la décision de révocation.....	280
2. La révocation de l'autorisation de l'art. 8 LCart.....	280
3. Conclusions intermédiaires.....	282
B. Le contrôle des abus.....	283
1. Le contrôle exercé par la surveillance des prix.....	283

a) La présentation de la LSPr.....	283
b) La relation entre la LCart et la LSPr.....	283
c) Le contrôle d'un marché au bénéfice d'une autorisation exceptionnelle.....	284
2. Le contrôle des abus de position dominante.....	284
a) Un accord restrictif de concurrence autorisé.....	284
b) Une concentration autorisée.....	285
C. L'absence de moyen de recours.....	286
1. Le système.....	286
2. La compatibilité avec l'art. 6 par. 1 CEDH.....	287
a) En général.....	287
b) La procédure d'autorisation exceptionnelle.....	289
3. La mise en balance des avantages et des inconvénients.....	290
a) Les arguments pour l'introduction d'une voie de recours. . .	290
b) Les arguments contre l'introduction d'un moyen de recours	291
c) La mise en balance des arguments.....	292
Conclusions.....'	293
Schlussfolgerungen.....	301
Annexe.....	309
Registre des lois (suisses).....	311
Index alphabétique.....	319