

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|---|----------|
| Liste des abréviations..... | XIX |
| Bibliographie..... | XXII |
| INTRODUCTION | 1 |
| A. L'objet de la thèse | 1 |
| B. Le plan et la méthode | 2 |
| I. PARTIE GENERALE | 3 |
| A. Fondements économiques et juridiques | 3 |
| 1. La concurrence | 3 |
| 1.1. La notion..... | 3 |
| 1.2. Les modèles micro-économiques de la concurrence parfaite et du monopole | 4 |
| 1.2.1. La puissance sur le marché..... | 4 |
| 1.2.2. La concurrence parfaite | 5 |
| 1.2.3. Le monopole..... | 6 |
| 1.3. Les fonctions de la concurrence | 6 |
| 2. Les conceptions de la concurrence..... | 8 |
| 2.1. Généralités | 8 |
| 2.2. Les différentes écoles | 8 |
| 2.2.1. Les théories classiques | 8 |
| 2.2.2. L'école de Harvard..... | 8 |
| 2.2.3. L'école de Chicago..... | 9 |
| 2.2.4. Développements ultérieurs..... | 10 |
| 2.3. Implications en relation avec l'abus de position dominante..... | 10 |
| 3. Les déterminants de la structure du marché..... | 11 |
| 3.1. Généralités | 11 |
| 3.2. Les différents éléments..... | 12 |
| 3.2.1. Le nombre d'acteurs sur le marché, leur nature et leurs caractéristiques | 12 |
| 3.2.2. La nature des produits et de leur production | 13 |
| a) En général..... | 13 |
| b) Les économies d'échelle et de gamme | 13 |
| c) La présence de coûts irréversibles..... | 15 |
| d) La différenciation des produits..... | 15 |
| 3.2.3. L'impact de la technologie et des droits de propriété intellectuelle..... | 17 |
| 3.2.4. La structure des partenaires à l'échange | 17 |
| 3.2.5. La variation de la demande dans le temps..... | 17 |
| 3.2.6. La réglementation du marché | 17 |
| 3.2.7. La présence d'entreprises intégrées verticalement..... | 18 |
| 3.2.8. Les relations entre les participants au marché..... | 18 |
| 4. Le droit de la concurrence | 19 |
| 4.1. Introduction | 19 |
| 4.2. Les objectifs du droit de la concurrence | 20 |
| 4.3. Le droit suisse de la concurrence..... | 20 |
| 4.4. Le droit européen de la concurrence..... | 23 |
| 4.5. Le droit américain de la concurrence | 25 |
| 4.6. Eléments de comparaison | 28 |

| | | |
|-----------|---|-----------|
| B. | L'abus de position dominante | 28 |
| 1. | Généralités | 28 |
| 1.1. | La notion de puissance..... | 29 |
| 1.2. | Les objectifs de la lutte contre les abus de position dominante..... | 30 |
| 1.2.1. | La licéité de principe des positions dominantes | 30 |
| 1.2.2. | La contradiction entre les objectifs purement économiques et les autres objectifs, en matière de concentration des marchés..... | 31 |
| 1.2.3. | L'efficacité économique | 32 |
| 1.2.4. | Les objectifs alternatifs..... | 34 |
| a) | La protection des petites et moyennes entreprises..... | 34 |
| b) | La décentralisation de l'économie..... | 36 |
| c) | Le but d'intégration du droit européen..... | 36 |
| 1.2.5. | Coexistence des différents objectifs et choix des politiques de concurrence..... | 37 |
| 2. | La construction de l'infraction | 38 |
| 2.1. | Les éléments constitutifs de l'infraction | 38 |
| 2.2. | Les conséquences juridiques de l'infraction | 41 |
| 2.3. | La relation de l'abus de position dominante avec les autres normes du droit de la concurrence..... | 42 |
| 3. | La position dominante | 43 |
| 3.1. | Généralités | 43 |
| 3.2. | La définition du marché pertinent..... | 44 |
| 3.2.1. | La notion et la portée dans l'analyse concurrentielle | 44 |
| 3.2.2. | Le marché de produits ou de services (aspect matériel)..... | 46 |
| 3.2.3. | Le marché géographique | 48 |
| 3.2.4. | Le marché temporel | 48 |
| 3.3. | Les déterminants de la position dominante..... | 49 |
| 3.3.1. | Définition générale de la dominance | 49 |
| 3.3.2. | La concurrence actuelle..... | 51 |
| 3.3.3. | La concurrence potentielle..... | 52 |
| a) | Généralités | 52 |
| b) | Les avantages absolus..... | 55 |
| c) | Les avantages stratégiques | 56 |
| d) | Dominance et comportement stratégique | 59 |
| e) | Critique | 60 |
| 3.3.4. | Autres formes de dominance | 61 |
| a) | La dominance collective..... | 61 |
| b) | La dominance découlant d'un rapport de dépendance | 62 |
| 4. | L'abus | 64 |
| 4.1. | La notion | 64 |
| 4.2. | Le bien juridique protégé..... | 65 |
| 4.3. | Typologie | 66 |
| 4.3.1. | Généralités..... | 66 |
| 4.3.2. | L'abus d'exploitation..... | 66 |
| 4.3.3. | L'abus d'exclusion ou d'obstruction | 67 |
| 4.3.4. | Hypothèse : l'abus structurel comme catégorie individuelle..... | 68 |
| 4.4. | Nécessité d'un lien de causalité entre la position dominante et le comportement abusif?..... | 69 |
| 4.5. | Les critères d'analyse des pratiques abusives d'exclusion | 71 |
| 4.5.1. | Absence d'une définition précise | 71 |

| | | |
|------------|---|-----------|
| 4.5.2. | Les éléments de la définition..... | 73 |
| 4.5.3. | Les motifs justificatifs..... | 74 |
| a) | La théorie de la concurrence par le mérite..... | 74 |
| b) | Les considérations commerciales légitimes..... | 76 |
| c) | Justification par l'efficacité économique?..... | 77 |
| 4.6. | Rapport à l'interdiction de « <i>monopolization</i> » en droit américain..... | 78 |
| C. | Les origines de l'abus de structure..... | 80 |
| 1. | L'absence de contrôle des concentrations dans le Traité de Rome..... | 80 |
| 2. | L'arrêt Continental Can..... | 81 |
| 2.1. | Les faits de la cause..... | 81 |
| 2.2. | L'appréciation juridique de la Commission..... | 82 |
| 2.3. | L'appréciation juridique de la Cour..... | 83 |
| 3. | La portée de l'arrêt Continental Can et des arrêts subséquents..... | 85 |
| II. | PARTIE SPECIALE : LES CAS D'ESPÈCE IDENTIFIÉS COMME ABUS STRUCTURELS..... | 87 |
| A. | Les concentrations d'entreprises et opérations d'intégration analogues..... | 87 |
| 1. | Généralités..... | 87 |
| 2. | La notion de concentration et ses effets sur la concurrence..... | 87 |
| 2.1. | Terminologie..... | 87 |
| 2.2. | Les formes de concentration..... | 88 |
| 2.3. | Les moyens d'intégration des entreprises..... | 89 |
| 2.4. | Les effets économiques..... | 91 |
| 2.4.1. | En cas d'intégration complète..... | 91 |
| 2.4.2. | En cas d'intégration partielle..... | 93 |
| 3. | L'applicabilité des différentes règles du droit de la concurrence aux opérations de concentration..... | 95 |
| 3.1. | L'applicabilité des règles sur les abus de position dominante..... | 95 |
| 3.1.1. | En droit européen..... | 95 |
| a) | La pratique des autorités européennes..... | 95 |
| b) | Analyse..... | 97 |
| 3.1.2. | En droit suisse..... | 101 |
| 3.2. | Ex cursus : l'applicabilité des règles sur les ententes..... | 102 |
| 3.2.1. | En droit européen..... | 102 |
| 3.2.2. | En droit suisse..... | 106 |
| 3.3. | Le contrôle des concentrations..... | 107 |
| 3.4. | Le rapport entre le contrôle des concentrations et le régime des ententes et des abus de position dominante..... | 110 |
| 3.4.1. | En droit européen..... | 111 |
| 3.4.2. | En droit suisse..... | 116 |
| 4. | Les conditions de l'illicéité des opérations menant à une influence au regard de l'abus de position dominante..... | 117 |
| 4.1. | La délimitation des cas de figure..... | 117 |
| 4.2. | Les critères d'analyse juridique : le test « Gillette »..... | 118 |
| 4.2.1. | L'évolution de la jurisprudence à partir de Continental Can et la décision Gillette..... | 118 |
| 4.2.2. | Les critères de comportement abusif selon « Gillette »..... | 120 |
| 4.3. | L'économie des participations minoritaires et autres moyens d'influence..... | 121 |

| | | |
|--------|---|-----|
| 4.3.1. | Les exigences quant à la structure du marché | 121 |
| 4.3.2. | Les distinctions selon les raisons de la prise de participation | 121 |
| 4.3.3. | Les effets des participations minoritaires | 123 |
| a) | L'effet sur la quantité produite (output) | 123 |
| b) | La facilitation de l'implémentation d'accords auxiliaires ou de la collusion | 125 |
| c) | Les effets bénéfiques éventuels | 126 |
| 4.4. | Les facteurs de prise d'influence | 127 |
| 4.4.1. | Les participations minoritaires | 127 |
| a) | Exposé de la jurisprudence | 127 |
| b) | Les spécificités des participations croisées | 133 |
| 4.4.2. | Les facteurs annexes | 133 |
| a) | L'échange de dirigeants | 133 |
| b) | L'échange d'informations | 135 |
| c) | Les relations contractuelles | 135 |
| i. | Les prêts entre entreprises | 136 |
| ii. | Les accords portant sur un droit de propriété intellectuelle..... | 137 |
| iii. | Les accords de fourniture | 138 |
| iv. | Les droits de préemption | 138 |
| v. | Les accords supprimant la concurrence potentielle | 139 |
| 4.4.3. | Synthèse | 139 |
| 4.5. | L'effet requis : le renforcement de la position dominante | 140 |
| 4.6. | L'invocation de motifs justificatifs ? | 141 |
| 4.7. | Synthèse et critique | 143 |

B. L'acquisition d'un droit de propriété intellectuelle ou d'une licence sur un tel droit 145

| | | |
|--------|---|-----|
| 1. | Généralités, contexte de l'analyse | 145 |
| 2. | Les notions | 146 |
| 2.1. | Les droits de propriété intellectuelle et droits analogues | 146 |
| 2.1.1. | Les brevets | 147 |
| 2.1.2. | Le droit d'auteur | 147 |
| 2.1.3. | Les marques | 147 |
| 2.1.4. | Le savoir-faire (know-how) | 148 |
| 2.1.5. | Les autres droits de propriété intellectuelle | 148 |
| 2.2. | Le transfert des droits de propriété intellectuelle | 149 |
| 2.3. | Les accords de licence | 149 |
| 3. | Les rapports du droit de la concurrence et de la propriété intellectuelle | 150 |
| 3.1. | Du point de vue économique | 150 |
| 3.2. | Dans les différents ordres juridiques | 151 |
| 4. | L'applicabilité des régimes des ententes et du contrôle des concentrations | 153 |
| 4.1. | Le contrôle des concentrations | 154 |
| 4.2. | Les règles sur les ententes | 156 |
| 5. | Les conditions de l'infraction | 157 |
| 5.1. | L'arrêt de principe : Tetra Pak I | 157 |
| 5.1.1. | L'état de fait | 157 |
| 5.1.2. | L'analyse de la Commission | 158 |
| 5.1.3. | L'analyse du TPI | 159 |
| 5.2. | Les conditions spéciales quant à la structure du marché | 160 |
| 5.3. | Les comportements visés | 160 |

| | | |
|-------------|---|------------|
| 5.3.1. | L'acquisition dérivée du droit ou d'une licence exclusive..... | 161 |
| 5.3.2. | Le dépôt ou l'acquisition de droits de propriété intellectuelle à des fins de blocage | 165 |
| 5.4. | Les effets abusifs de l'acquisition du droit de propriété intellectuelle..... | 168 |
| 5.4.1. | Le renforcement de la puissance économique individuelle et des barrières à l'entrée | 168 |
| 5.4.2. | Le cloisonnement des marchés..... | 170 |
| 5.4.3. | La standardisation | 171 |
| 5.5. | L'invocation de motifs justificatifs ?..... | 172 |
| 6. | Synthèse et critique | 173 |
| C. | La constitution d'un portefeuille de marques (pouvoir de portefeuille).... | 175 |
| 1. | Introduction | 175 |
| 2. | La notion de pouvoir de portefeuille | 176 |
| 2.1. | Les conditions et les effets supposés | 176 |
| 2.2. | La jurisprudence topique | 178 |
| 2.3. | Synthèse de la jurisprudence | 183 |
| 3. | L'analyse économique..... | 184 |
| 3.1. | La concentration conglomérale | 184 |
| 3.2. | Les effets économiques du pouvoir de portefeuille sur la concurrence..... | 185 |
| 3.2.1. | Les transactions couplées | 185 |
| a) | Les formes de transactions couplées | 185 |
| b) | Les effets potentiels des transactions couplées | 186 |
| c) | Les conditions de l'apparition d'effets anticoncurrentiels | 187 |
| 3.2.2. | L'efficacité économique..... | 189 |
| 3.3. | Conclusion intermédiaire : une approche <i>ex ante</i> est-elle justifiée ? | 190 |
| 4. | L'applicabilité des autres règles de droit de la concurrence | 191 |
| 5. | Les conditions de l'infraction..... | 192 |
| 5.1. | Remarques liminaires quant à la dominance | 192 |
| 5.2. | Les comportements visés..... | 192 |
| 5.3. | Les motifs justificatifs | 194 |
| 6. | Synthèse et critique | 194 |
| III. | LA CONSTRUCTION DE L'ABUS STRUCTUREL | 196 |
| A. | Remarques liminaires | 196 |
| 1. | L'objet du chapitre | 196 |
| 2. | L'exigence constante de la dominance..... | 196 |
| B. | La distinction de l'abus structurel..... | 197 |
| 1. | Les caractéristiques propres de l'abus structurel..... | 197 |
| 2. | La nécessité de la distinction..... | 199 |
| 3. | L'introduction d'un contrôle <i>ex ante</i> ?..... | 201 |
| C. | L'objet du comportement abusif : la structure du marché..... | 203 |
| D. | La forme du comportement | 205 |
| 1. | Le principe : une action identifiable..... | 206 |
| 2. | La notion de transaction | 206 |
| 3. | Typologie | 207 |
| 4. | L'exigence d'un effet direct et immédiat sur la structure du marché..... | 209 |

| | | |
|-----------|--|------------|
| 5. | La répartition des actes abusifs dans le temps..... | 210 |
| 5.1. | Une action isolée..... | 210 |
| 5.2. | Une combinaison d'actes simultanés ou répartis sur une courte période | 210 |
| 5.3. | Plusieurs actes répartis sur une plus longue période..... | 211 |
| 5.3.1. | L'appréhension juridique..... | 211 |
| 5.3.2. | Le problème de la prescription..... | 212 |
| 6. | Les différents liens de causalité..... | 213 |
| 6.1. | La problématique..... | 213 |
| 6.2. | Entre la dominance et l'abus..... | 213 |
| 6.3. | Entre la dominance et l'effet anticoncurrentiel..... | 214 |
| 6.4. | Entre le comportement et l'effet anticoncurrentiel..... | 214 |
| E. | L'effet du comportement : une réduction de la concurrence..... | 215 |
| 1. | Remarques liminaires..... | 215 |
| 2. | La nature de l'effet sur la concurrence..... | 215 |
| 2.1. | L'effet global..... | 215 |
| 2.2. | L'effet sur la concurrence actuelle..... | 216 |
| 2.2.1. | L'augmentation de la concentration..... | 216 |
| 2.2.2. | La création de structures oligopolistiques..... | 217 |
| 2.3. | L'effet sur la concurrence potentielle..... | 218 |
| 2.3.1. | La diminution de l'accès à la technologie..... | 219 |
| 2.3.2. | L'intégration verticale..... | 219 |
| 2.3.3. | Le blocage des importations parallèles..... | 220 |
| 2.3.4. | Les effets de portefeuille et les ventes couplées..... | 220 |
| 2.3.5. | Les autres barrières à l'entrée..... | 220 |
| 3. | L'ampleur de l'effet anticoncurrentiel..... | 221 |
| 3.1. | Le degré de l'atteinte à la concurrence..... | 221 |
| 3.1.1. | L'absence de règle jurisprudentielle claire..... | 221 |
| 3.1.2. | Critère possible : application analogique du contrôle des concentrations ?..... | 223 |
| 3.2. | Protection des concurrents ou de la concurrence ?..... | 224 |
| 4. | Les conditions de l'effet anticoncurrentiel..... | 225 |
| 4.1. | L'importance de la structure du marché..... | 225 |
| 4.2. | Les caractéristiques spécifiques de la structure du marché..... | 226 |
| F. | Les motifs justificatifs..... | 227 |
| 1. | L'application de la théorie de la concurrence par le mérite..... | 227 |
| 1.1. | Rappel du contenu de la théorie..... | 227 |
| 1.2. | L'inadéquation de la théorie dans le cadre de l'abus de structure..... | 227 |
| 1.3. | La proposition : instauration d'une règle de raison basée sur une analyse économique complète..... | 228 |
| 2. | L'application analogue de la <i>failing company defence</i> | 233 |
| G. | Les particularités des différents ordres juridiques quant à l'abus structurel..... | 233 |
| 1. | Le droit européen..... | 233 |
| 2. | Le droit suisse..... | 233 |
| H. | Les mesures correctrices de l'abus structurel..... | 234 |
| 1. | Généralités et objectif des mesures correctrices..... | 234 |

| | | |
|--------------|--|------------|
| 2. | Typologie | 235 |
| 2.1. | Mesures structurelles et comportementales | 235 |
| 2.2. | La licéité des mesures structurelles | 235 |
| 3. | Les principes généraux guidant l'application des mesures correctrices | 237 |
| 3.1. | Le principe de légalité | 237 |
| 3.2. | Le principe de proportionnalité | 238 |
| 3.2.1. | En droit européen | 238 |
| 3.2.2. | En droit suisse | 239 |
| 3.3. | La possibilité de parvenir à un accord sur les mesures à prendre | 240 |
| 4. | Les différentes mesures possibles | 240 |
| 4.1. | Le désinvestissement et l'élimination des moyens d'influence | 240 |
| 4.2. | La suppression de clauses contractuelles | 242 |
| 4.3. | La suppression d'une exclusivité | 244 |
| 4.4. | La surveillance du comportement futur | 245 |
| 5. | Les sanctions en cas de mise en œuvre imparfaite des mesures ordonnées | 247 |
| 5.1. | Les astreintes et les amendes | 248 |
| 5.2. | L'exécution forcée | 248 |
| 6. | Les mesures ordonnées par un tribunal civil | 249 |
| IV. | CONCLUSIONS | 251 |
| A. | Les conditions d'illicéité de l'abus structurel | 251 |
| B. | Conclusions générales | 252 |
| Index | | 255 |