

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

Les limites de la contrainte cartellaire interne

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

DANIEL JEANNERET

IMPRIMERIE ANDEREGG-GUENIN, BIENNE
1972

Monsieur Daniel Jeanneret est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée «Les limites de la contrainte cartellaire interne».

Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, 10 juillet 1972

Le doyen
de la Faculté de droit
et des sciences économiques

Henri Thévenaz

A mes parents

I N T R O D U C T I O N

La plupart des ouvrages qui traitent du droit des cartels mettent l'accent sur la contrainte externe, plus particulièrement sur le boycott dirigé contre un dissident. Il ne faut pas en déduire que les problèmes posés par la contrainte interne manquent d'intérêt ou ne présentent qu'une signification théorique. Au contraire, ce domaine fait appel à des notions essentielles du droit privé, comme celles de la bonne foi ou de la liberté contractuelle. Il implique aussi une étude approfondie des diverses formes que peuvent revêtir les cartels et il touche par là à de nombreux aspects du droit des personnes morales. Il est au confluent du droit public et du droit privé, car les juges, puis le législateur, ont fait appel à plusieurs notions de droit constitutionnel et administratif (celles d'égalité, de proportionnalité et de subsidiarité, par exemple). En outre, si l'article 31 de la Constitution fédérale ne garantit pas la concurrence entre les particuliers, il n'en est pas moins admis aujourd'hui que c'est à la lumière de cette disposition que doit être interprété le droit des cartels.

La rareté des décisions judiciaires fondées sur l'article 27 du Code civil ou sur les articles 11 à 15 de la loi sur les cartels est trompeuse. Des problèmes de contrainte interne se posent à chaque cartel. Il s'agit d'abord de connaître le degré de cohésion des membres du cartel à créer et de choisir la forme juridique la plus adéquate. Chaque membre d'un cartel - et il y en a des milliers en Suisse - devrait ensuite savoir quels sont ses droits et ses obligations, en

d'autres termes, quelle est l'étendue exacte de la contrainte qu'implique son appartenance au cartel. Il paraît enfin indispensable, tant pour la sauvegarde des droits des personnes que pour le maintien d'une dynamique économique rationnelle, que chacun sache de quelle manière il peut se libérer de ses obligations (1).

Cette dernière remarque met en lumière les rapports étroits qui existent entre l'objet du présent travail et l'économie d'une part, la contrainte cartellaire externe d'autre part. C'est la situation économique qui provoque la création de cartels et détermine le degré de cohésion désiré par les intéressés. Certes, il faut abandonner l'idée si longtemps répandue selon laquelle les cartels seraient "les enfants de la misère". La misère n'est plus qu'un mauvais souvenir pour l'économie suisse; ce qu'on ne peut dire des cartels. Mais il n'est pas douteux que la haute conjoncture puisse donner naissance à des forces ayant un effet désintégrant sur les cartels. Le développement économique n'est concevable qu'en dehors de structures rigides et il implique une adaptation constante aux circonstances nouvelles. L'étude de ces problèmes incombe à l'économiste. La tâche du juriste consiste à examiner comment parvenir au minimum de contrainte indispensable à toute entreprise commune et comment éviter que la contrainte ne se transforme en une tyrannie néfaste.

Quelles que soient les limites de la contrainte interne, elles demeureront lettre morte sans une protection efficace des dissidents. Le principe de la "concurrence possible" exige que les membres du cartel puissent recouvrer leur liberté sans s'exposer à la ruine. Les règles relatives à la contrainte externe constituent le complément indispensable des dispositions qui limitent la contrainte interne.

(1) MERZ, Instrument, pages 21 et 22

La présente étude a pour objet principal les articles 11 à 15 de la loi sur les cartels ainsi que les autres dispositions de droit privé qui demeurent applicables aux cartels malgré la loi de 1962. Un examen de la doctrine et de la jurisprudence antérieures à la loi permettra de déterminer quelles solutions nouvelles ont été apportées en 1962. Il s'agira ensuite de placer les limites de la contrainte interne dans l'ensemble du système juridique suisse. L'essentiel du travail sera enfin consacré à l'étude des nombreuses dispositions qui restreignent ou facilitent la contrainte interne, en d'autres termes, des forces centrifuges et centripètes qui s'exercent sur les cartels.

On répète volontiers que toute étude du droit cartellaire se heurte au secret dont les intéressés entourent leurs ententes. "Je tiefer die Kartelle in die wirtschaftlichen Verhältnisse eingreifen, desto mehr haben sie das Bestreben, im Hintergrund zu bleiben", disait Liefmann en 1930 déjà (1). La situation ne s'est guère modifiée avant l'entrée en vigueur de la loi du 20 décembre 1962: "Die Kartelle scheuen im allgemeinen recht eigentlich das Licht der Oeffentlichkeit" (2). En revanche, les publications de la Commission des cartels constituent actuellement une source de renseignements non négligeable. Elles révèlent la forme et, dans les grandes lignes, le contenu de nombreux cartels, elles indiquent les sanctions prévues et la fréquence de leur application, elles permettent de se rendre compte du degré de cohésion qui règne dans chacun des cartels examinés. De tels renseignements, peut-être insuffisants pour une étude économique, sont très utiles pour le juriste.

(1) LIEFMANN, page 221

(2) BOECKLI, page 95

CHAPITRE I : HISTORIQUE

=====

La contrainte est un phénomène inhérent à toute organisation collective. Elle est apparue avec l'humanité et elle l'accompagnera jusqu'à sa fin. Toujours et partout, le but du groupe est la force, la force pour survivre, la force pour se développer ou pour conquérir. Tels sont les buts des cartels modernes.

La contrainte interne atteint son point culminant dans les corporations du Moyen Age. Elle se fonde alors sur l'intérêt qu'ont les membres d'un groupe social à défendre leurs privilèges. Elle est imposée par des circonstances extérieures contre lesquelles les individus ne peuvent se défendre seuls. Les corporations se distinguent des cartels par la façon dont elles sont intégrées dans l'ordre juridique d'alors, par leur caractère indispensable au fonctionnement du système et par l'intervention de l'autorité qui assure la cohésion en fixant l'ordre économique et social dans un cadre très rigide.

Le développement des villes, du commerce et de l'importation fit souffler un esprit nouveau qui porta un coup fatal aux corporations. La fin du Moyen Age et la révolution industrielle mettent en lumière un phénomène dont tout constituant ou législateur qui adopte des règles de droit économique doit tenir compte : la contrainte interne ne résiste pas lorsque ceux qui s'y sont soumis ont intérêt à la rompre. Encore faut-il qu'ils connaissent cet intérêt, écrit Merz (1).

(1) MERZ, Instrument, page 21

Ce problème, capital à une époque où il faudrait souvent procéder à une étude approfondie de l'économie tout entière pour connaître son propre intérêt, était jadis secondaire. La concurrence offrait des avantages trop considérables pour ne pas convaincre commerçants et industriels. Les classes défavorisées payaient le prix du risque.

Comparer le système issu de la révolution économique à celui des corporations revient à opposer les premières manifestations de l'autonomie de la volonté (1) et celles de la liberté du commerce et de l'industrie à une organisation de type cartellaire extrêmement rigide. Le Moyen Age ignorait la notion même d'autonomie de la volonté et contenait dans des limites très étroites une certaine liberté du commerce, liberté d'organisation abandonnée aux corporations plus exactement: "La position de l'individu dans la société n'est pas caractérisée par la reconnaissance de droits individuels, mais par l'idée d'un droit de groupe, spécialement d'un droit corporatif" (2). Les droits de la personnalité, dans la mesure où ce terme moderne peut être utilisé, n'allaient pas beaucoup plus loin que la garantie, l'institutionnalisation des droits corporatifs. Les XVII, XVIII et XIXèmes siècles qui découvraient l'autonomie de la volonté en ont fait une application plutôt désastreuse pour une majorité de la population. La liberté des contrats, élément essentiel de l'autonomie de la volonté, et la libre concurrence, d'abord conséquences logiques de la nouvelle ère puis consacrées à titre de dogme politique et social par le droit, ont fait la preuve qu'on ne pouvait se passer de toute contrainte.

(1) OFTINGER, Vertragsfreiheit, pages 321 et 322

(2) FAVRE, page 297a

Farouchement hostile au régime économique et social du passé, la première partie du XIX^{ème} siècle s'est opposée aux ententes. Les cartels étaient interdits et leurs membres souvent menacés d'une sévère répression pénale: "La loi Le Chapelier de 1791 avait interdit tant aux employeurs qu'aux employés de s'associer et même de se réunir pour discuter "de leurs prétendus intérêts communs"". (1). Il va sans dire que, dans de telles conditions, même si des organisations clandestines ont vu le jour, leurs membres n'étaient pas soumis à une contrainte interne puisque leurs engagements constituaient des actes illicites dont nul ne pouvait obtenir l'exécution devant les tribunaux.

Certes la cause principale de l'échec du libéralisme classique doit d'abord être recherchée dans l'absence d'une législation sociale. Mais l'interdiction des corporations et le maintien d'une concurrence "à tout prix" ont sans doute créé une situation économique qui reposait sur un équilibre précaire très favorable aux crises.

Pour sauver le système libéral, les Etats-gendarmes devaient se transformer en "redresseurs de torts" et ouvrir le chemin à une nouvelle pensée juridique qui a profondément modifié les rapports entre les individus d'une part, entre l'individu et l'Etat d'autre part (2). Sur un autre plan, l'hostilité à l'égard de toute organisation corporative cessa et la liberté contractuelle prit une dimension nouvelle : sous le nom de liberté d'association, elle permit aux particuliers d'organiser eux-mêmes leurs rapports juridiques. Dans les seules limites - très rares alors - de la loi, des bonnes moeurs et de la bonne foi, il devint possible de

(1) FAVRE, page 580a

(2) MERZ, Instrument, pages 7 et suivantes

faire de la liberté des contrats l'objet d'une convention. La concurrence imposée jadis par l'Etat lui-même put être librement restreinte et de façon obligatoire pour les contractants puisqu'il devint possible d'agir en exécution contre un cocontractant devant les tribunaux civils.

La Suisse n'a pas eu de difficultés considérables à suivre cette évolution. Pour diverses raisons d'ordre historique (1), la Confédération a toujours été très ouverte à l'esprit corporatif. En tout cas dans sa partie alémanique, et abstraction faite du régime éphémère imposé par la France (2), des groupements de toutes sortes y ont toujours proliféré. L'individualisme excessif de 1789, incompatible avec la société moderne, n'a pas été servilement copié; il a tout au plus inspiré les constituants du XIXème siècle qui l'ont adapté aux réalités locales. La Suisse était, depuis longtemps déjà, prédisposée à devenir le pays des cartels.

Le constituant de 1874, le législateur de 1881 et celui de 1907 n'ont pas ignoré les problèmes posés par l'existence des cartels. Ils en ont cependant considérablement minimisé l'importance et, après avoir considéré que les conventions à caractère de cartel étaient licites, ils se sont contentés de les soumettre au droit commun. Jusqu'à l'entrée en vigueur du Code fédéral des obligations, la Confédération ne pouvait en aucun cas réglementer la contrainte cartellai- re interne puisque le droit privé n'avait pas été unifié. 1881 n'a apporté aucune disposition spéciale, pas plus que 1907. Si, dans son arrêt Vöggtlin du 30 mars 1898, le Tribunal fédéral a laissé sans réponse la question de la licéité des

(1) LIVER , pages 1 et suivantes, 37 et suivantes notamment
(2) FAVRE , page 380a

cartels, il a ensuite adopté une attitude plus claire tant par son résultat que par sa justification juridique. Il ne s'est jamais prononcé de façon approfondie sur les rapports de la contrainte interne avec la liberté du commerce et de l'industrie, les droits de la personnalité et l'autonomie de la volonté.

Introduire la notion si complexe de cartel dans le droit privé n'était pas tâche facile: "Die Boykottrecht-sprechung der schweizerischen Gerichte liess bis vor wenigen Jahren deutlich die Verlegenheit erkennen, welche die Ein-ordnung des Tatbestandes in das traditionelle Zivilrecht be-reitet" (1). La rareté des décisions sur la nature des car-tels et les limites de la contrainte interne s'explique avant tout par la jurisprudence qui, de 1898 à 1962 admettait la licéité du boycott dirigé contre les dissidents. Qui aurait cherché à secouer le joug cartellaire en invoquant l'article 27 du Code civil pour être soumis, dès l'entrée en force du jugement lui donnant raison, à un boycott d'assujettissement, voire d'anéantissement, jugé licite dans certains cas (2).

*

(1) MERZ; Instrument, page 5
(2) RO 62 II 276

CHAPITRE II : LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA LOI SUR
LES CARTELS : LICÉITE DE LA CONTRAINTE
INTERNE ET DROITS DE LA PERSONNALITE

SOUS-CHAPITRE 1: L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE ET LA LIBERTE
DES CONTRATS

La liberté des contrats, qui constitue l'une des manifestations les plus importantes de l'autonomie de la volonté, est souvent considérée comme emportant la licéité des cartels et, par conséquent, celle de la contrainte que leurs membres s'imposent.

L'autonomie de la volonté caractérise en effet le droit privé des pays qui ont choisi un régime économique libéral. La vider de son contenu reviendrait à porter un coup fatal, tant quantitativement que qualitativement, au droit de la personnalité. Mais ce raisonnement ne saurait être poursuivi par l'affirmation que l'autonomie de la volonté cesse d'exister ou voit son essence modifiée là où elle ne comprend pas la liberté de créer des cartels.

C'est au niveau de la politique économique que la décision favorable ou défavorable aux cartels doit intervenir (1); et cela lors de l'élaboration du système économique tout entier.

(1) voir sous-chapitre 3 ci-dessous

C'est à ce stade aussi que les problèmes de collisions de libertés doivent être résolus. Ils ne le sont malheureusement pas toujours et les difficultés qui en résultent peuvent parfois prendre des proportions tout à fait inattendues. Ni le constituant, ni le législateur n'ont voulu régler le conflit entre la liberté des contrats et la liberté de concurrence (cet élément du droit au libre développement de la personnalité économique dont l'idée remonte à l'arrêt Vögtlin). Il en est résulté une des controverses les plus passionnées du droit économique suisse et une très longue incertitude illustrée par les fluctuations de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative au boycott.

Le conflit a trouvé son point final dans la loi sur les cartels. L'autonomie de la volonté l'a emporté et demeure le principe fondamental du droit cartellaire, mais elle s'est vu imposer des limites nouvelles par la liberté de concurrence.

S'il fallait suivre à la lettre le principe "volenti non fit injuria", on pourrait se borner à constater que seule la liberté de concurrence des dissidents est protégée et que la contrainte interne, fondée sur l'autonomie de la volonté, n'a d'autres limites que celles de l'article 27 du Code civil. Le législateur en a décidé autrement: les articles 11 à 15 de la loi sur les cartels dépassent le cadre d'une simple application des principes de l'article 27 du Code civil dont l'interprétation restrictive exigée par la doctrine et la jurisprudence (1) n'a pas été affectée. Le législateur a, dans une certaine mesure, restreint la liberté des contrats au profit de la liberté de la concurrence. Jusqu'où est-il allé?

(1) GROSSEN, page 22a; JAEGGI, page 223a;
RO 67 II 130; 84 II 23, 277, 365.

Comment faut-il interpréter les nouvelles dispositions ? La réponse à ces questions doit tenir compte du rôle central de l'autonomie de la volonté. La règle veut que la contrainte interne soit licite. Les limites fixées par les articles 11 à 15 de la loi sur les cartels ne sont que des exceptions, quelle que soit leur importance.

SOUS-CHAPITRE 2 : LA COHESION NECESSAIRE AU CARTEL ET LA CONTRAINTE INTERNE

I. DUREE

L'efficacité de la grande majorité des cartels dépend de leur durée. Il existe certes des cartels limités à une très courte période (par exemple ceux qui ont pour but la participation à une soumission, à un comptoir ou à une exposition), mais il s'agit toujours de cas exceptionnels et il est souvent difficile de savoir s'ils tombent sous le coup de l'article 2 de la loi sur les cartels. En effet, pour influencer ou être propres à influencer "le marché de certains biens ou de certains services", les cartels doivent avoir une certaine durée.

En réalité, les cartels qui se fixent une durée limitée sont rares. Les membres doivent pouvoir compter sur une durée minimum, sinon les risques de leur participation seraient trop grands. Celui qui organise sa production, limite volontairement ses capacités concurrentielles, renonce à certaines formes de publicité, consacre des sommes importantes à la création d'un laboratoire de recherches commun à tous les membres, ne doit pas être exposé au risque de voir

ses efforts mis à néant dès qu'un ou plusieurs autres membres jugent avantageux de reprendre leur indépendance.

II. RESPECT DES OBLIGATIONS

Outre l'assurance de pouvoir durer, le cartel doit avoir la possibilité de faire respecter par tous ses membres les obligations qu'ils ont assumées. Sans une certaine cohésion, le cartel deviendrait une arme dangereuse dont les membres les plus forts ne manqueraient pas de se servir contre les autres membres. Un système juridique qui admettrait la licéité des cartels mais leur refuserait la possibilité d'assurer leur cohésion méconnaîtrait les dangers économiques et sociaux que cela comporte : élimination systématique des entreprises les moins fortes, création d'oligopoles et de monopoles, concentrations industrielles et commerciales pas toujours opportunes.

III. COHESION DE FAIT ET PAR IDENTITE DES INTERETS

La cohésion peut être imposée par des circonstances indépendantes de la volonté des membres du cartel. La concentration d'une partie importante d'une branche économique ou la création d'un cartel par des entreprises puissantes peuvent contraindre les dissidents à former un cartel : "Eine interessante Beobachtung ist, dass die Konzentration der Grossen in zunehmenden Masse auch eine Konzentration unter den Kleinen ruft, welche, um im scharfen Wettbewerb der Giganten mithalten zu können, ihr Heil ihrerseits in einer Zusammenlegung ihrer bescheideneren Mittel sehen" (1).

(1) BOECKLI, Gesetzgeber, page 155

Il peut même arriver que les membres d'un cartel ne disposent pas des connaissances (économiques, commerciales, comptables, etc...) nécessaires pour jouer le rôle de dissidents et, par manque de moyens financiers ou par apathie, préfèrent s'en tenir aux réglementations cartellaires. La Commission des cartels l'a constaté notamment dans le secteur du bâtiment où "de nombreuses entreprises n'ont ni le temps ni les connaissances nécessaires pour une calculation individuelle" (1). Une telle cohésion tire son intensité du fait que ceux qui s'y soumettent ne peuvent pas s'en libérer sans courir de graves dangers. La réalisation du but cartellaire correspond à tel point à l'intérêt des membres que la cohésion n'a guère besoin d'être assurée par des moyens de droit. Souvent, la contrainte se limite à une menace d'exclusion jugée suffisante pour rappeler à l'ordre les récalcitrants.

Les cartels de la première moitié du XXème siècle avaient été imposés par des circonstances extérieures et ils constituaient souvent une condition de la survie économique des membres: "Ich kenne jetzt ungefähr 50 bis 60 schweizerische Kartelle näher. Es befindet sich m.W. nur einer darunter, von dem mit gutem Recht gesagt werden könnte, dass es nicht aus einer Bedrängnis, sondern aus Preisübermut entstanden ist" écrivait Marbach en 1937 (2). La situation s'est profondément modifiée depuis lors. Dans de très nombreux domaines du commerce et de l'industrie, l'évolution favorable de la situation économique a supprimé l'impérieuse nécessité qu'avait constatée Marbach. Vingt ans plus tard, la Commission d'étude des prix relevait l'existence de cartels dynami-

(1) PCSC 1966, pages 35 et 50

(2) MARBACH, Kartelle, page 14

ques qui avaient pour but le gain plutôt que la sécurité et dont la cohésion était menacée par l'intérêt que pouvaient avoir certains membres à en sortir (1). Il suffit de lire les publications de la Commission des cartels pour mesurer combien les changements ont été profonds et rapides: dans aucun des domaines examinés la libre concurrence n'aurait des conséquences insupportables, du moins dans la mesure où elle se maintiendrait dans des limites loyales.

La cohésion a cessé, dans la plupart des cas, d'être imposée de façon presque automatique par des circonstances extérieures. Le but fixé au cartel - commun à tous les membres à un moment donné - peut rapidement cesser de coïncider avec un ou plusieurs intérêts particuliers. Certes, il peut être modifié ou même abandonné si l'unanimité ou une majorité des membres en décide ainsi (2). Mais, plus fréquemment, il en résulte un conflit entre un ou plusieurs membres et la majorité. C'est alors que la contrainte interne doit assurer le minimum de cohésion nécessaire pour que la liberté des contrats ne devienne pas une "liberté de violer ses obligations", ni l'autonomie de la volonté une "garantie de l'anarchie". Les difficultés de la tâche que cette nécessité impose au législateur et aux juges sont mises en lumière par les nombreuses controverses doctrinales suscitées par ce problème. Analysant l'avant-projet d'avril 1959, Beringer se demandait, à propos de l'action en libération, si les cartels disposeraient encore de moyens de contrainte suffisants: "Es ist jedoch fraglich, ob der wichtige Grund allein ausreicht, um die Kartelle vor einem willkürlichen Ausscheiden ihrer Mitglieder zu schützen und so in ihrem Bestand zu sichern; denn Artikel 3 lässt in seiner jetzigen Formulierung zahlreiche andere Möglichkeiten des Austritts offen" (3).

(1) Commission d'étude des prix, page 129
(2) PCSC 1969, page 16
(3) BERINGER, page 332

La cohésion est nécessaire et doit atteindre un certain degré, mais elle ne saurait être utilisée pour fixer le système économique dans un cadre rigide et ce que dit von Büren de la contrainte interne vaut aussi lorsqu'il s'agit de déterminer le degré de cohésion idéal que la loi ou la jurisprudence doivent autoriser: "Dass neue Kräfte sich durchsetzen, liegt im Wesen des Wettbewerbes. Der Richter darf nicht einer Interessengemeinschaft die Zwangsgewalt des Staates zu Beschränkung der freien Konkurrenz zur Verfügung stellen (BGE 52 II 384)" (1). Il suffit de mentionner encore la controverse entre Merz et Schürmann à propos de l'interprétation de l'article 14 de la loi, plus précisément de l'utilité du boycott-sanction (2).

IV.-----DEGRE DE COHESION SOUHAITABLE

Il n'existe pas un degré de cohésion idéal, valable pour tous les cartels et le droit ne peut qu'offrir une variété de solutions, suffisante pour que les intéressés puissent choisir celle qui leur convient. L'échelle des combinaisons offertes par le Code civil, le Code des obligations et la loi sur les cartels (choix de la forme juridique, de la durée, des effets de l'inexécution des obligations contractées, etc..) ne contient aucune limite précise, mais, en revanche, elle empêche que la cohésion n'atteigne un degré incompatible avec les droits de la personnalité des membres. Cette limite supérieure se trouve dans la loi sur les cartels et à l'article 27 du Code civil. Elle est immédiate et générale en ce sens qu'elle s'applique directement à tout rapport contractuel. Il en résulte qu'on doit faire preuve de réserve dans l'application des limites, en tout cas en ce qui concerne l'article 27 du Code civil, car "une appli-

(1) VON BUEREN, page 10

(2) SCHUERMAN, Kommentar, pages 63 et 130;

MERZ, Kartellgesetz, page 85

cation trop généreuse de l'article 27 du Code civil aux relations d'affaires risquerait d'atteindre la valeur même du contrat" (1). Les limites indirectes concernent la forme juridique choisie par le cartel. Si l'on admet, avec la doctrine dominante, que les cartels ne peuvent revêtir que la forme de sociétés (2), on doit constater que les limites qui en résultent sont d'une grande importance, tant par leur nature que par leur nombre.

L'ensemble de ces limites constitue un tout indissociable. Quand bien même leurs rapports ne sont pas toujours logiques parce que le législateur ne les a pas toutes fixées dans le même but et n'a, notamment, pas toujours pensé aux cartels en élaborant le droit des sociétés, les limites forment un ensemble cohérent et efficace qui restreint la contrainte interne de façon sensible mais n'en laisse pas moins à ceux qui veulent créer un cartel la possibilité de choisir la solution assurant le degré de cohésion correspondant le mieux à leurs besoins.

SOUS-CHAPITRE 3 : LES FONDEMENTS CONSTITUTIONNELS DE LA LICEITE DE LA CONTRAINTE INTERNE

Le sous-chapitre 5 sera consacré aux limites qu'impose le droit constitutionnel à la contrainte interne, plus spécialement aux effets des normes constitutionnelles sur le droit privé. On se bornera à examiner ici dans quelle mesure la Constitution autorise la contrainte interne.

(1) GROSSEN, page 22a
(2) Voir chapitre III ci-dessous

I. LA LIBERTE DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

Les cartels ne sont pas une création du XXème siècle. Il en existait en 1874 et, même si leur nombre était restreint par rapport à l'époque actuelle, le constituant n'ignorait pas le phénomène (1).

La Constitution fédérale de 1874 n'a pas interdit les cartels. Selon la quasi unanimité de la doctrine et la jurisprudence constante, elle les a, au contraire, admis comme une conséquence logique du régime économique institué par l'article 31 de la Constitution fédérale. A une époque où le néo-libéralisme n'avait pas encore démontré quelle est l'importance de la concurrence pour le développement économique et où l'esprit d'initiative pouvait s'exercer dans des domaines qui semblaient infinis, les conflits de libertés étaient difficilement concevables et la liberté des contrats ne semblait pas receler le germe de sa propre destruction (2). Dans l'esprit de ses auteurs, l'article 31 de la Constitution fédérale ne garantit rien d'autre que la liberté des individus face à l'Etat (3). Il impose au droit privé le respect de la liberté des contrats, la consécration du principe de l'autonomie de la volonté puisque, sans eux, la liberté dont il s'agit ne pourrait être exercée et ne nécessiterait aucune protection. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre le terme "garantir" employé par Aubert : "... le fait qu'il ait fallu un texte exprès pour permettre à la Confédération de limiter les cartels montre assez bien qu'ils sont licites en l'absence de toute règle constitutionnelle, et que, par conséquent, l'article 31 garantit la liberté contractuelle plutôt que la libre concurrence" (4).

-
- (1) GEYER, page 184
 - (2) JUNOD, pages 610 à 612
 - (3) FF 1887, page 687
 - (4) Tome II, numéro 1928

De même, le passage suivant de Schürmann ne doit pas tromper: "Die Kartellfreiheit ist Teil der Handels- und Gewerbefreiheit..., weshalb die lit. d unter den Ausnahmen zur Handels- und Gewerbefreiheit figuriert..." (1). Il n'existe pas de liberté cartellaire "garantie" implicitement par l'article 31 de la Constitution fédérale et l'introduction des articles économiques en 1947 n'y a rien changé. L'article 31 de la Constitution fédérale a uniquement consacré la liberté du commerce et de l'industrie dans le droit positif suisse. On en a déduit que le droit privé devait consacrer la liberté des contrats, mettre à la disposition des individus un ensemble d'instruments qui leur permette de faire usage de leur liberté (droit des personnes; droit des obligations; droit commercial; etc..). La faculté de se grouper dans un cartel et d'en assurer la cohésion par la contrainte interne ne constitue pas une liberté constitutionnelle, elle n'est que l'un des nombreux moyens destinés à mettre en pratique le régime économique et social choisi par le constituant.

On peut tirer de ce qui précède la conclusion provisoire suivante: bien que l'article 31 de la Constitution fédérale ne garantisse pas la "liberté cartellaire", les autorités et la grande majorité des auteurs (2) ont estimé que la mise en application du système exigé par cette disposition impliquait la consécration de la liberté des contrats par le droit privé, une liberté des contrats sur laquelle repose la licéité des cartels.

(1) KOMMENTAR, page 38

(2) Le "dissident" principal est Guisan, pages 149 et suivantes

C'est dans ce sens seulement qu'il est juste de dire qu'une interdiction des cartels aurait dû se fonder sur une révision constitutionnelle (1). En revanche, vouloir institutionnaliser la "liberté cartellaire" et ne lire dans l'article 31 de la Constitution fédérale qu'une autorisation des cartels, reviendrait à enlever à cette disposition son caractère de "philosophie du système" et à s'interdire la création d'un régime économique et social cohérent.

La licéité des cartels est la règle, mais la source même de cette licéité en limite l'étendue.

II. LA LIBERTE D'ASSOCIATION

La liberté d'association se définit comme "le droit de créer une association avec d'autres personnes, ou de la dissoudre; d'entrer dans une association déjà existante, ou de nous en tenir à l'écart; d'y rester ou d'en sortir; sans que l'Etat nous en empêche ou nous y contraigne" (2).

Quelles associations l'article 56 de la Constitution fédérale protège-t-il ? Les cartels sont-ils garantis par la liberté d'association ? L'examen détaillé des diverses définitions qui ont été proposées sortirait du cadre de ce travail. Qu'il suffise de rappeler que l'incertitude a longtemps régné. Une définition conforme à la logique de la Constitution fédérale doit nécessairement délimiter le champ d'application de l'article 56 par rapport à celui de l'article 31. De plus, la fidélité à la volonté du constituant interdit d'étendre, par voie d'interprétation,

(1) FF 1961 II, page 558

(2) AUBERT, tome II, numéro 2135

le champ d'application de l'article 56 de la Constitution fédérale à ce que l'on voudrait qu'il protège. La définition d'Aubert répond à ces deux exigences et doit être retenue: "L'association (Verein), au sens de l'article 56 de la Constitution fédérale, est un groupement durable de personnes physiques qui poursuivent un but idéal commun" (1).

Les cartels ne sont pas durables par nature (mais, souvent, par nécessité), ils groupent aussi bien des personnes physiques que des personnes morales et leur but essentiel n'est pas idéal. Il n'est pas possible de fonder la licéité des cartels sur l'article 56 de la Constitution. Ce serait méconnaître la nature de la liberté d'association et cela provoquerait des difficultés innombrables; imposerait une sorte de révision par l'interprétation de la Constitution pour s'appliquer à tous les cartels, ou ne concernerait qu'un nombre restreint d'entre eux (ceux qui revêtent la forme d'association, qui ne sont formés que de personnes physiques et dont le but serait, partiellement du moins, idéal).

S'il existe une liberté d'association en droit privé (2), elle n'est que la jumelle de la liberté contractuelle et a sa source, de la même façon que cette dernière, dans l'article 31 de la Constitution fédérale (3).

-
- (1) AUBERT, tome II, numéro 2137
(2) OFTINGER, Zusammenhang, page 228;
Eingriffe , page 504a
(3) AUBERT , tome II, numéro 2137;
OFTINGER, Zusammenhang, page 228.

III. L'ARTICLE 31 BIS, ALINEA 3, LETTRE d, DE LA
CONSTITUTION FEDERALE

Cet article, introduit en 1947, donne à la Confédération la compétence de réprimer les abus des cartels, "pour remédier aux conséquences nuisibles, d'ordre économique ou social, des cartels ou des groupements analogues".

"L'article 31 bis permet d'édicter des prescriptions de droit public; celles de droit privé se fondent sur l'article 64, qui confère à la Confédération une compétence législative générale en matière de droit civil" (1). Les dispositions de droit administratif que contient la loi sur les cartels n'ont qu'une influence indirecte sur la contrainte interne: elles peuvent, dans certains cas, amener les membres d'un cartel à se donner plus de liberté, à renoncer à certaines pratiques par peur de provoquer une intervention de la Commission des cartels. Mais l'article 31 bis mérite un examen pour d'autres raisons.

L'article 31 bis ne garantit pas les cartels et ne les interdit pas non plus. Il ne fait que constater leur existence et leur licéité de principe. C'est ailleurs qu'il faut chercher le principe de la concurrence possible dont il diffère par sa nature et sa portée. L'article 31 bis ne permet que la répression des conséquences nuisibles. "Il n'autorise donc pas une interdiction de principe des cartels comme tels" (2) et l'application de l'article 64 doit respecter cette limitation. Or les dispositions de droit privé vont plus loin qu'une répression des effets nuisibles d'ordre économique et social et personne n'a jamais douté de leur conformité à la Constitution.

(1) FF 1961 II, page 558

(2) FF 1961 II, page 558

SOUS-CHAPITRE 4 : LES FONDEMENTS DE DROIT PRIVE

La contrainte cartellaire interne serait libre et l'Etat devrait se garder de lui porter la moindre atteinte si l'autonomie de la volonté ne connaissait pas de limites. "Die Privatautonomie ist... die leitende Idee des Privatrechts" (1). Cette affirmation va trop loin, elle tend à créer une solution de continuité entre le droit privé et le droit public, elle restreint le rôle du droit privé et n'en exprime pas toute l'essence. Sans vouloir nier l'importance de l'autonomie de la volonté, sur laquelle Oftinger a eu raison d'insister, il convient de la mettre à la place que lui réserve l'ordre juridique. La licéité de la contrainte interne n'en sera pas affectée, mais ses limites apparaîtront plus clairement.

I.----- LA PERSONNALITE

"Tous les droits, de près ou de loin, peuvent être considérés comme servant la personnalité" (2). C'est la personnalité que l'on doit qualifier d'idée maîtresse du droit. C'est elle qui donne sa signification au droit, en fait autre chose qu'un but en soi ou une pure construction de l'esprit. Chaque règle de droit, publique ou privée, doit être à son service, consacrer sa dignité, offrir à son développement les meilleures conditions possibles. Quels que soient les impératifs de la vie sociale, quel que soit le degré d'intégration de l'homme dans la société, la personnalité demeurera toujours la seule finalité concevable pour le droit.

(1) OFTINGER, Zusammenhang, page 226

(2) MARTY & RAYNAUD, page 248

Le droit de la personnalité fait partie du droit positif en ce sens qu'il peut être invoqué devant les tribunaux. Il est en constante évolution et ne s'épuise pas dans un catalogue exhaustif de droits et de libertés (1). Il reflète les moeurs du pays et en suit l'évolution. Le rôle central de la personnalité - et de sa protection - en fait un des principaux points de rencontre du droit avec les autres sciences humaines telles que la morale et la sociologie : "Der Schutz der Persönlichkeit ist das Anliegen der ganzen Rechtsordnung, nicht nur des Privatrechts; und "Persönlichkeit" ist nicht einzig ein Rechtsbegriff, sondern ein allgemeinemenschlicher Sachverhalt, der, wie kaum ein zweiter, allen Bereichen des Sittlichen und des Gesellschaftlichen angehört und im Lichte der Geistesgeschichte gesehen werden muss" (2).

Que le développement de la notion de personnalité soit une des principales conquêtes des temps modernes ne saurait être mis en doute. Il faut s'en réjouir tout en se gardant d'un optimisme exagéré. Combien d'ordres juridiques de ce XXème siècle ne s'attachent-ils pas au "développement harmonieux" de la personnalité des membres d'une minorité ?

Tout en ayant conscience du caractère peut-être trop schématique du procédé, on peut classer les manifestations du droit général de la personnalité en trois groupes:

- 1) l'autonomie de la volonté, liée à l'idée que l'homme "est normalement capable de mesurer la portée de ses actes" (3) ;

(1) GROSSEN, page 6a
(2) JAEGGI , page 137a
(3) GROSSEN, page 23a

- 2) les divers droits de la personnalité ;
- 3) le droit au libre développement de la personnalité économique (ou, pour simplifier, la liberté économique) qu'il convient de séparer du deuxième groupe en raison de sa nature - l'aspect social y jouant un plus grand rôle - et de son importance toujours croissante.

Il suffit d'énumérer ces manifestations pour se rendre compte que leur coexistence donnera lieu à des conflits, à des collisions. Le législateur ou le juge devra tracer avec le plus de précision possible les limites que chaque groupe impose aux autres.

II. L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE ET LA LIBERTE DES CONTRATS

On a vu que l'autonomie de la volonté n'exigeait pas la "liberté cartellaire". Dans un grand nombre de pays qui attribuent un rôle important à l'autonomie de la volonté, la contrainte cartellaire interne est, en principe, illicite.

L'être humain est doué de discernement, il a la faculté de comprendre la signification de ses actes et de développer sa personnalité dans le sens qui lui plaît. Le droit doit lui donner les moyens de faire usage de ces facultés et prévoir une réglementation autonome des relations privées : "Die autonome Regelung zeichnet sich dadurch aus, dass es die Rechtsgenossen selber sind, die ihre Beziehungen nach ihrem Gutdünken ordnen"(1). Il s'agit là d'un "des piliers de l'ordre juridique privé" (2). L'acte juridique (Rechtsgeschäft) et tout particulièrement le contrat sont les instruments de l'autonomie.

(1) OFTINGER, Zusammenhang, page 225

(2) GROSSEN, page 23a

La liberté des contrats doit être garantie de la façon la plus générale possible, ce qui ne veut pas dire qu'elle doive être illimitée.

Lorsqu'on accepte les cartels, on doit donner à leurs membres la possibilité d'assurer leur contrainte, sinon la parole donnée n'aurait plus de valeur et une insécurité dangereuse caractériserait la vie économique. La solution suisse, qui consiste à ne pas soustraire les cartels à la liberté des contrats, est plus conforme aux exigences de l'autonomie de la volonté et crée un système plus cohérent que celui qui résulte d'une interdiction de principe assortie d'exceptions. Quand bien même les deux systèmes ne diffèrent que très peu (1) par leurs effets, ils ne sont matériellement pas identiques. Dans le second, la contrainte interne dépend d'une autorisation étatique; la seule volonté des intéressés ne suffit pas à rendre la convention exécutoire. L'essence du contrat en sort amoindrie et l'autonomie de la volonté est remplacée par une sorte de tutelle de l'Etat qui appelle les particuliers à lui soumettre leurs conventions et qui se réserve la faculté de refuser d'attribuer la force exécutoire à ces dernières. Une généralisation du procédé, par exemple son application à tous les contrats jugés importants, remplacerait notre système autonome par un système hétéronome. Quelle que soit l'attitude que l'on désire adopter à l'égard des cartels, quelque limitée que soit la contrainte interne qu'on veut leur accorder pour assurer leur cohésion, il est préférable d'agir au niveau des droits de la personnalité, plutôt que de s'en prendre à l'autonomie de la volonté uniquement (en restreignant son champ d'application de l'extérieur, car les atteintes à une liberté ne se justifient que si elles s'accompagnent, directement ou non, du renforcement d'une autre liberté.

(1) AUBERT, tome II, numéro 1928

Le contenu de la liberté des contrats dont jouissent les cartels est vaste, il est la somme de plusieurs libertés dont l'interdépendance doit être mise en évidence. Ces libertés sont au nombre de quatre :

- 1) La liberté de conclure donne aux sujets de droit la faculté d'organiser leur vie et leurs relations dans le sens qu'ils ont choisi et son aspect négatif interdit de contraindre quelqu'un à contracter contre sa volonté. Le Tribunal fédéral a jugé que la liberté des contrats donnait aux particuliers le droit de conclure ou de refuser de conclure sans que la décision fondée sur ce droit n'ait à être justifiable objectivement: "Wer kraft eines subjektiven Rechtes oder auf Grund einer Norm des objektiven Rechtes zu einem Tun oder Lassen befugt ist, ist nicht verpflichtet, von seiner Befugnis um beim Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung Gebrauch zu machen. Er ist auch nicht gehalten, über den Grund seines Handelns Rechenschaft abzulegen" (1).

- 2) La liberté de choisir son cocontractant permet la réalisation d'un des postulats les plus importants de l'individualisme : l'homme n'ouvre sa sphère juridique qu'à ceux qu'il désire y voir entrer. L'individu ne choisit pas l'Etat avec lequel il est lié par des rapports de droit public, sa volonté n'intervient pas et, sinon par le biais de ses droits civiques, il ne peut influencer l'Etat. Il suffit d'évoquer le contrat de travail pour mettre en évidence le rôle capital joué par la liberté du choix dans les relations privées (2).

(1) RO 80 II 40; } OPTINGER, Zusammenhang, page 226;
(2) RO 80 II 26; } Vertragsfreiheit, pages 315 et ss

- 3) La liberté de fixer librement le contenu du contrat permet aux contractants de parvenir au résultat juridique qu'ils désirent. C'est elle qui est le plus souvent menacée par des circonstances de fait ou par le droit. Elle est particulièrement sensible à l'inégalité des forces en présence et peut même disparaître lorsqu'une des parties dispose d'un monopole ou occupe une place importante sur le marché. C'est alors le plus fort qui impose le contenu du contrat, ne laissant à l'autre partie que la possibilité de conclure ou d'y renoncer. Les cartels se sont longtemps servis de leur puissance pour contraindre des dissidents à l'adhésion et, avec la "complicité" du Tribunal fédéral, à leur faire accepter une forte contrainte interne sous la menace d'un boycott d'anéantissement ;
- 4) La liberté de mettre fin à un contrat permet aux parties de renoncer à la relation durable que créent certains contrats. Il ne faut pas y voir un moyen d'échapper aux exigences qu'impose le principe de la parole donnée. Cette liberté implique toujours l'accord des parties qui fixent, soit au moment de la conclusion, soit après coup, la durée du contrat, les conditions de résiliation ou s'en remettent aux règles du Code des obligations. Ce dernier aspect de la liberté des contrats sera traité plus à fond lorsqu'il sera question des divers moyens par lesquels les membres des cartels peuvent mettre fin à leurs obligations.

En droit privé, la liberté d'association apparaît comme un cas particulier de la liberté des contrats: "Die Assoziationfreiheit ist die korporative Parallele zur rechtsgeschäftlichen Freiheit und eigentlich ein Sonderfall davon" (1).

Quels sont les effets de la liberté des contrats sur la contrainte interne ? Elle autorise la création même du cartel, mais interdit aussi que quelqu'un soit contraint à faire partie d'un cartel. Elle permet aux membres du cartel de choisir leurs cocontractants et, une fois le cartel créé, d'accepter ou de refuser l'entrée de nouveaux membres. Elle abandonne au libre choix des membres la détermination du but cartellaire, des moyens qu'ils entendent mettre en oeuvre et de la contrainte à laquelle ils désirent se soumettre. Elle exige que le cartel puisse prendre fin ou que ses membres puissent en sortir aux conditions fixées par la convention ou par la loi.

SOUS-CHAPITRE 5 : LES LIMITES APORTEES AU PRINCIPE DE LA LICEITE

Pour réaliser le principe de la "concurrence possible", le législateur a repris à son compte une interprétation des articles 31 de la Constitution fédérale, 27 et 28 du Code civil, préconisée depuis longtemps par la doctrine et mise en pratique pour la première fois par le Tribunal fédéral en 1960 dans son fameux arrêt Giesbrecht (2). Ce revirement de jurisprudence, codifié deux ans plus

(1) OFTINGER, Zusammenhang, page 226

(2) RO 86 II 365

tard, constitue un des changements les plus profonds qu'ait jamais connu le droit économique suisse. Plus, il marque peut-être - sans le vouloir - un tournant dans les rapports du droit public avec le droit privé. Son étude se justifie dans le cadre de ce travail car il n'a pas eu des effets que sur la contrainte externe. Certes, les résultats pratiques de l'illicéité de la contrainte externe sont plus spectaculaires que ceux d'un simple relâchement de la contrainte interne. Le Conseil fédéral est de cet avis. Dans son message à l'appui de la loi, il affirme tout d'abord que "le projet tend surtout à relâcher la contrainte à l'intérieur du cartel et à limiter celle qui s'exerce sur les outsiders par des dispositions de droit civil" (1), pour comparer ensuite les effets des deux sortes de mesures : "Le projet influera beaucoup moins sur les rapports internes du cartel que sur ses relations avec les non-membres..." (2). Sur le plan théorique, il n'en va pas de même. Les dispositions qui limitent la contrainte externe découlent tout directement d'une saine application du droit au libre développement de la personnalité économique contenu dans l'article 28 du Code civil. Celles qui tendent à relâcher la contrainte à l'intérieur du cartel ont un aspect plus nouveau et n'étaient pas absolument indispensables à la mise en application du principe de la concurrence possible. Elles ont fait sauter le cadre de l'interprétation toujours très restrictive de l'article 27 du Code civil et, en ce sens, le Conseil fédéral a tort d'en minimiser l'importance et de ne pas en mettre la nouveauté en évidence lorsqu'il écrit que "le projet tend à instaurer un régime conforme à nos conceptions et à la situation dans notre pays" et qu'"il se borne au minimum indispensable" (3).

(1) FF 1961 II, page 561

(2) FF 1961 II, page 561

(3) FF 1961 II, page 561

I. LA LIBERTE DE CONCURRENCE EN DROIT CONSTITUTIONNEL

Le régime qu'a choisi le constituant de 1874 était libéral. Il voulait que l'Etat limite le plus possible ses interventions dans les relations entre les particuliers. Mais ce que celui-là ne faisait pas, il fallait bien que ceux-ci le fassent (production économique, commerce, etc..) (1) et disposent des moyens nécessaires pour y parvenir, notamment de la liberté des contrats. Il serait faux de qualifier le régime économique de 1874 de révolutionnaire ou même de nouveau. Le régime antérieur n'était ni collectiviste ni fondé sur des relations privées de nature hétéronomes. Il s'agissait beaucoup plus de donner une base au système d'alors que de créer quelque chose de nouveau et, pour retrouver l'intention du constituant, il faut avant tout rechercher quelle était l'économie du troisième quart du XIXème siècle. On a vu que, malgré l'existence de cartels, la concurrence jouait un rôle qu'elle allait perdre par la suite : "Es scheint, dass in den wenigen Jahren von 1874 bis zum Ersten Weltkrieg die Entwicklung in der Schweiz die beiden Phasen von einem strengen Wirtschaftsindividualismus zu einem gruppenindividuellen Verhalten durchschritten hat" (2). Rien ne pouvait laisser prévoir cette évolution : l'autonomie de la volonté était une conquête trop récente pour qu'on ait pu se rendre compte des dangers qu'elle pouvait faire courir à la concurrence (3). Fallait-il vraiment laisser le système se transformer à un point qui faisait écrire à Marbach, en 1937 : "Wir leben inmitten einer ausgesprochenen Verbandswirtschaft, die in manchen Dingen der Zunftwirtschaft näher steht als der liberalistischen Ordnung, wie sie dem Geist der Verfassung entspräche" (4) ?

-
- (1) OFTINGER, Vertragsfreiheit, page 318
(2) SCHUERMANN, Entwicklung, page 151
(3) MERZ , Schranken, page 19
(4) MARBACH , Kartelle, pages 44 et 45

N'a-t-on pas commis une violation de la Constitution par "omission" ? Le législateur et les juges n'avaient-ils pas le devoir de faire respecter l'esprit de l'article 31 de la Constitution fédérale ? Les juges fédéraux de 1891 avaient ouvert cette voie avec l'arrêt Vögtlin (1) et ils l'avaient fait en se fondant sur une connaissance directe des intentions du constituant. Leurs successeurs les ont désavoués malgré les nouvelles armes que leur avait données le Code civil. Ce revirement a certainement été dicté beaucoup plus par des raisons pratiques que par de subtils raisonnements théoriques. Placés devant une situation économique difficile (crises, guerres), ils ont sans doute jugé qu'une orientation nouvelle s'imposait, qu'une économie de type corporatif - la *Verbandswirtschaft* dont parle Marbach - serait mieux à même de surmonter les difficultés qu'une économie fondée sur la concurrence du libéralisme classique. C'est à l'économiste qu'il incombe d'analyser les résultats de la thérapeutique cartellaire choisie par la Suisse. Mais une chose est certaine : l'économie se porte bien.

Bien avant la mise en chantier de la loi sur les cartels, des voix se sont élevées dans la doctrine pour exiger que l'on retire aux particuliers la possibilité de supprimer la concurrence, pour qu'on en revienne à un régime plus conforme à la leçon de l'article 31 de la Constitution fédérale. Lorsque le problème a été posé, il a suscité un nouvel examen de l'effet des dispositions constitutionnelles sur les relations entre particuliers. Une forte majorité de la doctrine s'est prise au piège d'un raisonnement trop formaliste. Selon elle, la liberté du commerce et de l'industrie ne s'applique qu'aux relations

(1) RO 22, page 175

des particuliers avec l'Etat, elle interdit à ce dernier toute intervention qui ne serait pas dictée par des besoins de police. En revanche, elle est sans effet sur le droit privé et n'empêche pas les particuliers d'organiser leurs relations comme ils l'entendent. Non seulement elle autorise ceux qui le désirent à renoncer à se faire concurrence, mais encore elle se refuse à intervenir lorsque ces mêmes personnes, qui se sont groupées dans un cartel, interdisent toute concurrence aux dissidents.

En 1930, Egger s'élevait déjà contre cette façon de penser: "Wenn das öffentliche Recht eine Freiheit gewährleistet, darf auch die entsprechende private Freiheit nicht illusorisch gemacht werden" (1). Les pays voisins avaient adopté depuis longtemps une attitude qui fait penser à celle que propose Egger. En France, "la reconnaissance de certains droits de la personnalité par le droit public a toujours été considérée comme impliquant l'obligation du respect de ces mêmes droits par les particuliers" (2). En Allemagne, la doctrine et la jurisprudence reconnaissent que les libertés constitutionnelles ont un effet sur le droit privé. Aucune règle de droit privé ne doit être en opposition avec la Constitution et l'interprétation du droit privé doit s'inspirer du contenu des dispositions constitutionnelles car l'ordre juridique forme un tout dans lequel la Constitution joue un rôle central: "... bei der Entscheidung darüber, was diese sozialen Gebote jeweils im Einzelfall fordern, muss in erster Linie von der Gesamtheit der Wertvorstellungen ausgegangen werden, die das Volk in einem bestimmten Zeitpunkt seiner geistig-kulturellen Entwicklung erreicht und in seiner Verfassung fixiert hat" (3).

(1) EGGER, numéro 10 ad article 28 du Code civil
(2) AMIAUD, page 294
(3) BVGE 7, pages 198 et suivantes

Et le Tribunal constitutionnel de conclure en formulant un principe important : "Deshalb sind mit Recht die Generalklauseln als die "Einbruchstellen" der Grundrechte in das bürgerliche Recht bezeichnet worden". Cette jurisprudence s'appuie sur une doctrine unanime (1).

En Suisse, après avoir inlassablement répété que l'article 31 de la Constitution fédérale n'offrait aucune protection à la victime d'un boycott, le Tribunal fédéral s'est rallié à la solution d'une doctrine qui se faisait de plus en plus pressante : "Das durch Artikel 31 der Bundesverfassung gewährleistete System des freien Wettbewerbes darf ohne hinreichende Gründe auch durch privatrechtliche Abmachungen nicht vereitelt werden" (2). Dans un arrêt plus récent, il formulait sa pensée plus clairement et disait de la disposition constitutionnelle: "Sie verrät aber dennoch, dass die schweizerische Wirtschaft auf freiem Wettbewerb beruhen soll" (3). Et, dans ce dernier arrêt, il n'est plus répété que les libertés constitutionnelles ne concernent que les relations entre l'Etat et les particuliers : "Diese Bestimmung bietet unmittelbar nur Schutz gegen Eingriffe des Staates...". C'est admettre un effet indirect de la Constitution sur les relations entre particuliers.

Cette jurisprudence ne consacre pas une nouvelle liberté constitutionnelle, elle ne garantit pas la concurrence directement, elle se contente de constater que l'article 31 implique un régime dans lequel les particuliers peuvent bien s'interdire la concurrence mais n'ont pas le droit d'imposer une conduite semblable à des tiers. La libre concurrence cesserait d'être libre si l'Etat l'imposait

-
- (1) HUBMANN, page 104 ;
ENNECCERUS-NIPPERDEY, pages 71 à 109, 581
(2) RO 82 II 302
(3) RO 86 II 376

à grand renfort de mesures administratives; les principes constitutionnels doivent contenir la philosophie du droit privé et non en changer la nature autonome :

"Soweit solche Prinzipien im privaten Prozess durchsetzbar sind, mag das angehen; werden sie von Staates wegen, z.B. verwaltungsmässig, durchgesetzt, wird die Sache bedenklich, weil der Staat an einem neuen Orte gestaltend, sogar befehlend auftritt, also interveniert" (1). Inversement, la libre concurrence n'est plus qu'un vain mot si les particuliers peuvent la supprimer dans leurs rapports.

L'article 31 s'adresse d'abord au législateur et lui enjoint de rendre possible le régime de libre concurrence en droit privé, de la même façon qu'il exige que les particuliers disposent de la liberté contractuelle. Comme l'autonomie de la volonté doit englober la liberté contractuelle pour ne pas rester sans effets, le régime libéral exige que chacun dispose d'un droit au libre développement de sa personnalité économique. Il y avait deux façons de réaliser cette exigence dans la pratique : édicter une clause générale ou préférer une réglementation détaillée. Cette dernière méthode a été choisie pour la liberté des contrats, mise en application par l'ensemble du droit des obligations. Elle l'a aussi été dans la loi sur les cartels après que les dispositions générales des articles 27 et 28 du Code civil se soient révélées insuffisantes. Une insuffisance dont les interprètes de ces règles sont en partie responsables. "Aufgabe der Wissenschaft und der Praxis bleibt es immerhin, das Gesetz so auszulegen und zu handhaben, dass es seinem Zwecke zu dienen vermag" (2).

(1) SCHUERMANN, Fragen, page 4
(2) SCHUERMANN, Fragen, pages 2 et 3

Cela met en évidence la deuxième fonction de l'article 31, celle de principe d'interprétation. Le juge n'applique pas la règle constitutionnelle aux rapports entre les particuliers mais doit y chercher le but dont parle Schürmann.

Il n'est pas question d'appliquer l'article 31 de la Constitution fédérale aux relations entre particuliers (1). Ses effets ne doivent cependant pas être exclusivement limités à ceux d'un principe d'interprétation. Il ne s'agit pas seulement de prendre en considération les libertés individuelles "dans l'interprétation des droits de la personnalité, au stade de la pesée des intérêts que les articles 27 et 28 du Code civil exigent du juge" (2). C'est le contenu même des articles 27 et 28 que déterminent les libertés constitutionnelles. Elles en font les "Einbruchstellen" dont parle le Tribunal constitutionnel allemand (3). L'interprétation n'intervient qu'après coup et a pour but d'adapter les principes d'origine constitutionnelle aux particularités du droit privé. En d'autres termes, l'effet des libertés constitutionnelles sur le droit privé est antérieur au stade où se posent les problèmes d'interprétation. Les dispositions aussi générales que celles des articles 27 et 28 du Code civil ne sont pas des normes vides de sens auxquelles il s'agirait de donner vie avec l'aide du droit constitutionnel. Elles contiennent au contraire un nombre plus ou moins élevé de règles de droit positif immédiatement applicables aux relations entre particuliers. A ce point de vue, il est possible d'affirmer que le Tribunal fédéral a "violé" les articles 27 et 28 du Code civil dans sa jurisprudence antérieure à 1960.

(1) MERZ, Schranken, page 20; GROSSEN, page 17a
(2) GROSSEN, page 17a
(3) BVGE 7, pages 198 et suivantes

Quel contenu la liberté du commerce et de l'industrie a-t-elle donné aux articles 27 et 28 du Code civil ? Quelle est la portée de la liberté de concurrence ?

La liberté de concurrence ne se limite pas à donner aux particuliers le droit d'être défendus contre les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social des cartels, car la concurrence peut être plus ou moins complètement supprimée dans une branche économique sans qu'il en résulte nécessairement des conséquences nuisibles pour la collectivité. Le principe de la concurrence possible, dégagé par la doctrine et repris par la Commission d'étude des prix, se fonde beaucoup plus sur l'article 31 que sur l'article 31 bis de la Constitution fédérale (1). Il ne se contente pas d'une intervention de l'Etat contre les mauvais cartels - d'ailleurs réalisée depuis 1962 par les dispositions de droit administratif de la loi sur les cartels - mais voit dans la concurrence un des fondements de l'ordre constitutionnel et veut empêcher que des particuliers puissent en contraindre d'autres à renoncer à leur faire concurrence. Certes l'article 31 ne donne pas aux plus faibles le droit d'exiger des plus forts qu'ils renoncent à vendre leurs produits à des prix insoutenables pour les premiers, mais il doit permettre à tous ceux qui le désirent de se soumettre aux lois du marché, que ce soit de façon indépendante (en s'affrontant à tous leurs concurrents) ou en se groupant volontairement. Telle est l'image du libéralisme consacré par la liberté du commerce et de l'industrie et tel qu'il s'est implanté en Suisse.

(1) Voir à ce sujet les avis opposés de JUNOD, pages 621, 628, 752 et suivantes, 763; HOMBURGER, pages 59 à 64 et 68 à 69 notamment; voir également GYGI, page 360.

Gygi professe une conception différente : "Aus der Wirtschaftsverfassung der Wirtschaftspolitik heraus erklärt sich die ordnungspolitische Bedeutung der Wettbewerbspolitik weit überzeugender als mit dem ungenügend tragfähigen Versuch, der Handels- und Gewerbefreiheit eine institutionelle Bedeutung beizufügen. Zugleich wird dadurch die Verklemmung gelöst, die in der Wirtschaftsverfassung der Handels- und Gewerbefreiheit zur Fragestellung führte, ob die Kartellbestimmung Ausnahme von der Gewerbefreiheit ist oder diametral gegensätzlich gar Mahhmal der Ernsthaftigkeit des verfassungsrechtlichen Wettbewerbswillens sein könnte" (1).

En relâchant la contrainte interne, le législateur a simultanément modifié la notion de liberté de concurrence. Il a introduit une légère empreinte de néolibéralisme dans le système économique. Les articles 11 à 15 de la loi sur les cartels ne veulent pas seulement rendre possible la concurrence entre particuliers; ils ne constituent pas des normes neutres à l'égard des faits économiques. Ils cherchent à favoriser la concurrence en permettant aux membres des cartels de reprendre plus facilement leur liberté. C'est la seule façon d'expliquer la protection plus étendue qu'accorde la loi sur les cartels par rapport à l'article 27 du Code civil. On peut dire en ce sens que les articles 11 à 15 constituent l'innovation la plus importante de la loi et marquent un tournant du droit économique. Encore faut-il ne pas s'abuser. L'importance théorique de ces nouvelles conceptions dépasse de beaucoup leur importance pratique. La contrainte inter-

(1) GYGI, page 360

ne n'a pas été fortement relâchée. On est loin des théories dominantes en Allemagne (1) et pour lesquelles le rôle de régulateur de la concurrence revêt une importance capitale et est fréquemment associé à l'idée que la propriété doit s'étendre au plus grand nombre possible de personnes. Le droit suisse évite l'accueil qui consiste à protéger davantage le système économique en tant que tel que l'individu et la collectivité. Merz a raison de voir le but des règles anticartellaires dans le bien public : "Letztes Ziel ist hier - genau besehen - nicht die Marktwirtschaft, sondern der nationale Wohlstand. Sollte sich in einer bestimmten Situation zeigen, dass dem Wohlstand mit Wettbewerbsbeschränkungen besser gedient ist, so wird das Steuer herumgeworfen" (2).

Pour résumer les effets du principe de la liberté de concurrence sur la contrainte cartellaire interne, il est permis d'affirmer que l'article 31 de la Constitution fédérale implique une réglementation des relations entre particuliers qui empêche ceux-ci de rendre impossible le jeu de la libre concurrence. La contrainte interne, en principe justifiée par la liberté des contrats, a cependant été relâchée dans une certaine mesure, avec l'intention de stimuler la concurrence. Ce faisant, le législateur a teinté de néolibéralisme sa notion de liberté de concurrence. La liberté du commerce et de l'industrie, qui est plus menacée par les particuliers que par l'Etat, verrait sa portée considérablement réduite si elle ne s'imposait pas à tous les sujets de

(1) (dont les rapports avec le droit des cartels ont été remarquablement mis en lumière par GUENTHER, pages 20 et suivantes)

(2) MERZ, Instrument, page 26

droit par l'intermédiaire de dispositions qui l'adaptent au droit privé. L'unité de l'ordre juridique veut que le contenu même des règles de droit privé dépende, partiellement tout au moins, de celui des libertés constitutionnelles. L'interprète du droit privé n'a pas à faire appel à des notions étrangères aux articles 27 et 28 du Code civil, 19 du Code des obligations, par exemple, mais doit y trouver les "libertés privées" qui correspondent aux libertés constitutionnelles. La tâche du juge à qui se pose un problème de contrainte interne est rendue particulièrement ardue par le fait que ce domaine se situe au point de rencontre de deux notions difficile à concilier : la liberté des contrats et la liberté de concurrence dont l'expression "droit au libre développement de la personnalité économique" qualifie mieux l'aspect privé. Cette dualité est la conséquence inévitable d'un régime économique libéral qui implique nécessairement une réglementation autonome des relations entre particuliers mais doit, pour rester libéral, empêcher que la liberté des contrats ne supprime la concurrence.

II. LE DROIT AU LIBRE DEVELOPPEMENT DE LA PERSONNALITE ECONOMIQUE (liberté économique) ET LA LIBERTE CONTRACTUELLE

La liberté économique est le droit de chacun de participer à la vie économique, de soumettre sa production ou ses services aux lois du marché sans que d'autres l'en empêchent ou rendent sa tâche difficile autrement que par le jeu des mêmes lois. En d'autres termes, elle ouvre à chacun l'accès au marché et - c'est l'es-

sence du libéralisme - attribue au consommateur le rôle d'arbitre. C'est l'aspect privé de la liberté de concurrence.

La liberté économique est un des piliers de l'ordre juridique. Avec l'autonomie de la volonté et les autres droits de la personnalité, elle constitue l'un des fondements de la figure centrale du droit, la personnalité. Son rôle croît avec le développement de la vie moderne. Jadis garantie par les faits plus que par le droit, elle est maintenant menacée par la situation qu'elle a contribué à créer. Les domaines nouveaux se font rares, les marchés sont difficiles à conquérir, ceux qui les dominent ne se laissent pas volontiers déloger et n'hésitent souvent pas à abuser de leur puissance pour défendre leur position. On a parlé avec raison de "féodalités modernes" pour caractériser certains aspects de la vie économique (1).

Si cette évolution ne s'accompagnait pas d'un renforcement de la liberté économique, elle mettrait le droit au service d'une minorité - ce qu'a fait le Tribunal fédéral dans ses quelques arrêts qui admettaient le boycott d'anéantissement - (2), et viderait la personnalité d'une grande partie de son sens. Le renforcement de la liberté économique et son adaptation constante aux transformations de la vie moderne sont plus que nécessaires : ils constituent une condition indispensable au fonctionnement du système économique et social. "Die freie Wirtschaft bietet jedem, der Unternehmungsgestalt und kaufmännische Initiative hat, ein fast unabsehbares Betätigungsfeld auf den verschiedensten gewerblichen Gebieten und auf weltweiten Absatzmärkten" (3).

(1) GROSSEN, page 20a

(2) RO 62 II 276; 105; 54 II 174

(3) HUBMANN, page 190

Une telle affirmation n'est vraie que si l'individu est protégé contre ceux qui voudraient briser son développement, et Hubmann n'aurait pas pu la faire en Suisse avant le revirement de jurisprudence de l'arrêt Giesbrecht.

C'est une caractéristique presque immuable que chaque conquête des temps modernes recèle de nouveaux dangers pour la personnalité. La liberté économique a dû être renforcée. Le législateur s'y est surtout attaché pendant ces dernières décennies. Il a été suivi, et même parfois précédé, par une orientation nouvelle de la jurisprudence. La liberté économique revêt deux aspects: elle protège l'individu contre les tiers et contre lui-même. Le premier aspect a donné lieu à une littérature trop abondante pour qu'il soit nécessaire d'en parler. On comprend mieux la véritable signification du second aspect si l'on constate que l'expression consacrée "protection de la personnalité contre elle-même" est un raccourci exagérément simplificateur: le droit ne peut empêcher les atteintes que l'individu porte lui-même, directement, à sa personnalité (à sa vie ou à son honneur, par exemple). "Le bipartisme des règles protectrices de la personnalité fait simplement ressortir les deux types d'atteintes qui se peuvent concevoir: certaines d'entre elles se font avec le consentement de la victime alors que d'autres interviennent sans sa volonté" (1). Celles du premier type se heurtent à l'idée que l'homme est responsable de ses actes et doit respecter ses engagements. Mais c'est une pure vue de l'esprit que de considérer que tous les hommes sont doués du même de-

(1) GROSSEN, page 20a

gré de discernement, agissent avec la même réflexion et poursuivent les mêmes buts avec une inlassable constance. Le droit a tenu compte de cette réalité en créant une réglementation variable pour chaque conflit entre un droit de la personnalité et le principe du discernement (qui n'est autre qu'une des manifestations de l'autonomie de la volonté). Certains droits revêtent une telle importance qu'ils ne peuvent faire l'objet d'un marché ou d'une renonciation volontaire (célibat, liberté de croyance, etc...) (1).

La liberté économique n'a pas ce caractère absolu : loin d'abolir l'autonomie de la volonté, elle lui laisse un large champ d'application et ne lui fixe de limites que lorsque ses effets seraient d'une gravité certaine. Une évolution, à vrai dire très discrète, se manifeste depuis une dizaine d'années. La liberté économique a pris du terrain sur l'autonomie de la volonté. La jurisprudence relative à l'article 27 du Code civil n'a pas évolué; les tribunaux l'appliquent toujours avec beaucoup de réserve au domaine économique (2); c'est plutôt le législateur qui a étendu son champ d'application par des dispositions spéciales dont les articles 11 à 15 de la loi sur les cartels ne sont qu'un exemple. Les articles 226a et suivants du Code des obligations vont dans le même sens : ils réglementent la vente à tempérament en tenant compte de l'inégalité des parties en présence et protègent la liberté économique beaucoup plus que ne l'aurait permis le seul article 27 du Code civil. La protection des locataires connaît actuellement une évolution semblable.

(1) GROSSEN, page 21a; RO 44 II 77 ; RO 51 II 118.

(2) RO 95 II 55 ; 88 II 174 ; 84 II 23, 277 et 635;
51 II 167; 40 II 240 .

Les collisions entre le droit au développement de la personnalité économique et la liberté contractuelle seront de plus en plus nombreuses et l'inégalité économique des parties se fera de plus en plus sentir. Elle appellera sans doute une application un peu moins stricte de l'article 27 du Code civil. Il ne s'agira pas de soumettre chaque individu à une sorte de tutelle générale en attribuant au juge la tâche de déterminer si les particuliers sont tenus d'exécuter leurs engagements (1). Mais, sans perdre de vue la responsabilité des personnes, il faudra les protéger plus efficacement contre des pressions rendues dangereuses par leur intensité et les moyens dont elles se servent.

Une autre dualité se situe au niveau du but de la liberté économique. Elle a surtout été mise en évidence par la doctrine allemande, sous l'influence du courant néolibéral. Dans la mesure où elle concerne le droit des cartels, la liberté économique aurait, indirectement, des conséquences heureuses d'ordre économique et social. "Durch seine gewerbliche Betätigung dient der einzelne der Gesamtwirtschaft und zugleich seiner persönlichen Lebensaufgabe; er entfaltet seine individuellen Kräfte und schafft materielle und geistige Werte" (2). On a vu que le législateur s'était quelque peu engagé sur cette voie en relâchant la contrainte interne pour mettre en pratique le principe de la concurrence possible.

Il ne peut y avoir d'activité économique sans contrainte. De même la sécurité des relations économiques suppose souvent le recours à des moyens de contrainte. Le fondement de la contrainte doit être cherché dans la li-

(1) RO 84 II 13
(2) HUBMANN, page 190

berté contractuelle. Dès lors, comme la liberté contractuelle et la liberté économique sont toutes deux indispensables à la vie économique mais s'excluent par certains de leurs aspects, leur collision est inévitable (1). Ni la sécurité des transactions, ni l'activité économique elle-même n'ont été affectées par la façon dont le législateur a relâché la contrainte cartellaire interne. Le législateur s'est contenté de renforcer légèrement un des éléments de la personnalité : le droit au libre développement de la personnalité économique, au détriment d'une autre : l'autonomie de la volonté ou, plutôt, d'un des sous-éléments de cette dernière : la liberté contractuelle.

La collision a été réglée par les articles 27 du Code civil, 11 à 15 de la loi sur les cartels en ce qui concerne la contrainte interne. Mais il a fallu utiliser des termes généraux qui ne permettent pas toujours une application directe et simple comme c'est le cas, par exemple, pour la plupart des dispositions relatives à la vente à tempérament. Cela rend la tâche du juge particulièrement ardue.

*

(1) HIRSCH, page 45, est d'un autre avis.

CHAPITRE III : NATURE JURIDIQUE DES CARTELS

=====

Le problème de la nature juridique des cartels a donné lieu à de vives controverses et à une littérature abondante. Son étude approfondie exigerait des développements qui dépasseraient le cadre de ce travail. Il doit cependant être résolu, car sa solution exerce une influence sur les limites de la contrainte interne.

Les cartels qui revêtent la forme d'une société coopérative, d'une association ou d'une société à responsabilité limitée, qui constituent plus de 80 % des cartels recensés par la Commission d'étude des prix (1), ne sont pas touchés par la controverse. Le nombre des cartels dont la nature juridique donne lieu à des contestations se trouve considérablement réduit si on ajoute au chiffre précédent les gentlemen's agreements (4 %) qui ne comportent aucune contrainte et les sociétés doubles formées de la combinaison, d'une part, d'une association, d'une coopérative ou d'une société à responsabilité limitée et, d'autre part, d'une société anonyme.

Certains cartels se fondent sur un simple échange de correspondance ou s'intitulent "convention" sans autres désignations, certains se soumettent aux règles de la société simple, d'autres enfin ne revêtent pas la forme écrite.

Dix pour-cent des cartels font partie de l'une de ces catégories. S'agit-il de contrats synallagmatiques ou de contrats de société ? La réponse serait indifférente puisque ces cartels tombent de toute façon sous le coup de l'article 2 de la loi sur les cartels si l'article 545 du Code des obligations ne règlementait pas la fin de la société simple autrement que celle du contrat synallagmatique.

La plupart des auteurs et la jurisprudence estiment que les cartels ont toujours la nature de société. La Commission d'étude des prix s'est ralliée à cet avis: "Selon la doctrine dominante et la jurisprudence du Tribunal fédéral, les entreprises qui concluent des accords ayant force juridique visant des buts cartellaires sont toujours réputés constituer une société (RO 52 II 370). Un système de contrats individuels internes suffit même pour qu'on lui attribue le caractère d'une société (RO 31 II 913)" (1). Le législateur l'a admis comme une évidence lors de l'élaboration de la loi: "La démission est autorisée en tout temps pour de justes motifs quelle que soit la forme juridique du cartel, à savoir, par un jugement s'il s'agit d'une société simple ou d'une société à responsabilité limitée (articles 545 et 822 du Code des obligations) ou par déclaration unilatérale dans le cas d'une association (selon la jurisprudence établie) ou d'une société coopérative (article 843 du Code des obligations)" (2).

Ainsi, le législateur a jugé que tous les cartels répondent à la définition de l'article 2, alinéa 1 de la loi sur les cartels - les cartels proprement dits -

(1) Commission d'étude des prix, page 61

(2) Message du Conseil fédéral, FF 1961 II, page 589

créaient des rapports de société entre leurs membres. L'emploi du terme "contractants" à l'article 12, alinéa 4 de la loi sur les cartels ne doit pas tromper; il ne concerne que les accords visés à l'article 2, alinéa 2. Il faut noter que seul le texte français manque de clarté : les membres d'une société simple ne sont pas des "contractants" dans la terminologie des articles 530 et suivants du Code des obligations. Les expressions allemandes et italiennes "vertragliche Bestimmungen" et "dispositioni contrattuali" ont l'avantage de s'appliquer à la société simple. Cette imprécision de la version française écartée, on doit constater que le législateur a réservé l'application des règles légales et jurisprudentielles auxquelles le Conseil fédéral faisait allusion dans son message.

La récente thèse de Schwyn a relancé la discussion. Se fondant sur une analyse détaillée des diverses sortes de cartels (cartels bilatéraux ou multilatéraux; cartels verticaux ou horizontaux; cartels n'ayant que des effets internes ou destinés à exercer une contrainte externe), son auteur a cherché à démontrer qu'une partie d'entre elles se fondait sur des contrats synallagmatiques et ne remplissaient pas les conditions des articles 530 et suivants du Code des obligations.

Selon l'opinion dominante, les membres des cartels ont un but commun, leurs intérêts ne sont pas opposés, comme dans le contrat synallagmatique, et ils ne procèdent pas à un échange de valeurs : "Bei einem zweiseitigen Vertrag findet immer unmittelbar ein Wertaustausch statt. Hingegen bei einem Kartell stehen sich die Interessen nicht gegenüber" (1).

(1) BIERI, page 21

Peu importe que les motifs qui poussent chacun des membres à poursuivre le but commun soient égoïstes (1). C'est l'orientation des intérêts qui compte, non leurs causes : "Nach schweizerischer Auffassung...ist eine gleiche Interessenrichtung der Beteiligten nötig, eben die auf Beschränkung des Wettbewerbs im gemeinsamen Interesse erfolgende Verständigung" (2).

Le but commun ne suffit pas à la création d'une société simple. Il faut encore que chaque associé fasse un apport "de la nature et importance qu'exige le but de la société" (article 531 alinéa 2 du Code des obligations). L'article 531 alinéa 1 du Code des obligations n'énumère que de façon très générale les diverses sortes d'apports qui peuvent consister "en argent, en créances, en d'autres biens ou en industrie". Certains cartels ne se donnent qu'un seul moyen pour atteindre le but commun : le devoir d'abstention des membres (obligation de ne vendre que dans un rayon déterminé, obligation de ne pas vendre en-dessous des prix fixés par le cartel, etc..). Plusieurs auteurs ont affirmé qu'une obligation négative ne pouvait constituer un apport, car le terme "industrie" impliquerait une activité positive (3). Sans aller jusqu'à qualifier l'obligation d'abstention de "positive" comme le fait Hodel (4), on doit constater que l'apport ne se limite pas à une abstention. Au-delà de cette dernière, il y a l'influence sur le marché et la réglementation de la concurrence (5). L'abstention en elle-même n'a pas de sens et ne présente aucun intérêt pour les membres du cartel; c'est son organisation conforme au but cartellaire qui importe.

-
- (1) HODEL, pages 11 et suivantes
 - (2) SCHUERMAN, Kommentar, page 40
 - (3) SCHAERER, page 54; TAPERNOUX, page 206
 - (4) HODEL, page 12
 - (5) GYSIN, page 378; MERZ, Schranken, page 8

Ceux qui nient le caractère de société se fondent sur une fausse notion du cartel. Ils étendent le champ d'application de l'article 2 de la loi sur les cartels à des "conventions" ou à des "décisions" qui n'ont pas pour but d'influencer le marché ou pour moyen une limitation collective de la concurrence. Pour eux, l'existence d'une contrainte interne suffit à créer le cartel. En réalité, c'est la contrainte externe qui caractérise le cartel et cela ressort clairement de l'article 2 de la loi sur les cartels qui place l'engagement obligatoire sur le même pied que les accords sans force obligatoire. Chaque contrat passé entre deux commerçants ne donne pas naissance à un cartel du seul fait qu'il règle leurs relations de concurrence. C'est même là une des différences les plus marquantes entre le droit anticartellaire suisse et celui des pays du Marché commun qui n'exige pas de mesures collectives "und daher auch individuelle Wettbewerbsbeschränkungen, wie Alleinvertretungsverträge, erfasst". (1).

*

(1) SCHUERMANN, Kommentar, page 40

CHAPITRE IV : LES FORCES CENTRIFUGES

Les cartels disposent de multiples moyens pour assurer leur contrainte interne. Chacun appelle un examen particulier car la loi ne leur a pas fixé une limite unique. La contrainte interne a été relâchée de plusieurs façons, ce qui a soumis les cartels à des forces centrifuges, mais, dans d'autres cas, le législateur s'est abstenu d'intervenir ou il n'a fait que confirmer les solutions consacrées par la pratique, soumettant les cartels, directement ou indirectement, à des forces centripètes qui feront l'objet du chapitre V.

Certaines forces centrifuges ont trait à la forme, certaines à la procédure et d'autres enfin au fond. Ces dernières ne sont pas uniquement constituées par les articles 12 et 13 de la loi sur les cartels mais comprennent de nombreuses règles du droit des sociétés et l'article 27 du Code civil.

La rareté des décisions judiciaires relatives à la contrainte interne depuis l'entrée en vigueur de la loi ne diminue en rien l'importance des articles 11 à 16 de la loi sur les cartels, mais elle montre bien que les forces centrifuges ne sont pas imposées par l'Etat. Chacun peut renoncer à se prévaloir de ses droits et se soumettre à une contrainte interne qui dépasse les limites fixées par la loi. Ce problème mériterait une étude à la fois sociologique et économique qui chercherait à mettre en lumière les effets de la morale commerciale et de la

situation économique sur la contrainte interne. Le présent travail se limite à l'étude des moyens de droit dont disposent les cartels pour assurer leur cohésion et de ceux qui sont accordés aux membres pour protéger leur personnalité économique.

SOUS-CHAPITRE 1 : LA FORME ECRITE

I. JUSTIFICATION

Le principe de la liberté de la forme peut être écarté pour deux raisons principales : d'abord pour des motifs de sécurité, et il s'agit alors de protéger les tiers, et ensuite pour protéger les intéressés contre des décisions hâtives et irréfléchies lorsqu'ils ont à prendre une décision importante. Souvent, les deux buts sont atteints simultanément. Parfois la protection des tiers est renforcée par une exigence supplémentaire telle que l'inscription dans un registre public.

L'article 11 de la loi sur les cartels qui dispose que "les conventions et décisions créant des engagements à caractère de cartel ne sont valables qu'en la forme écrite" ne protège en rien les tiers. Il ne leur donne pas même la possibilité de savoir contre qui intenter une éventuelle action car il n'impose aucune publicité aux cartels (1). Seuls les membres du cartel sont protégés.

(1) Voir ci-dessous, chapitre V, sous-chapitre 2.

La loi veut les inciter à réfléchir à la portée de leurs engagements et les obliger à déterminer avec précision quels seront leurs droits et leurs obligations. Elle cherche aussi à éviter que, par la suite, la majorité n'impose de nouveaux buts au cartel ou n'exige l'emploi de nouveaux moyens. La première de ces trois justifications revêt, dans le cadre du droit des cartels, une plus grande importance que dans celui de la vente à tempérament par exemple. Cela tient à la complexité inhérente à chaque cartel. Le contrat de vente par acomptes n'est pas, ou presque jamais, rédigé par les parties à la suite de véritables négociations. Bien au contraire, il a presque toujours été rédigé préalablement par le vendeur qui n'a pas fait des intérêts de l'acheteur son principal souci. Tout compte fait, on ne réfléchit pas beaucoup plus en signant une formule couverte de petits caractères, rédigée d'une manière difficilement compréhensible qu'en répondant par l'affirmative à une offre orale. Le contrat de vente est souvent un contrat d'adhésion dont la conclusion n'est pas précédée d'un marchandage. Fréquemment, la distance qui sépare les parties, l'inégalité des rapports de forces, le fait que les clients des grandes entreprises n'entrent en contact qu'avec des employés subalternes, rendent un réel marchandage impossible (1). En revanche, la convention cartellaire est presque toujours une convention de discussion. Sauf dans les cas exceptionnels où une partie fait usage de sa puissance pour imposer sa volonté à l'autre, le cartel est le résultat d'un long marchandage.

L'élaboration d'un contrat de société simple ou de statuts n'est pas facile; elle nécessite presque toujours

(1) PATRY, pages 362 à 371

des négociations plus ou moins longues. Le temps qui s'écoule entre la décision de créer un cartel et la signature de l'acte permet une réflexion beaucoup plus sérieuse. Le simple fait que chaque membre doit formuler ses intentions, exprimer par écrit, dans un échange de correspondance, les droits et les obligations qu'imposera le cartel, l'amène à mieux délimiter leur étendue, à mieux prévoir quels en seront les effets pour son commerce ou son industrie.

La sécurité ne justifie la forme écrite que si le texte du contrat ou des statuts ne se contente pas d'allusions imprécises à des obligations dont la portée réelle ne doit apparaître que par la suite, au gré de l'évolution du marché ou des intérêts d'une partie des membres. Les obligations à caractère de cartel doivent ressortir clairement du texte signé ou, lorsqu'un pouvoir de décision est abandonné à un organe commun, ses compétences fixées de façon précise, par l'énumération des buts du cartel et des moyens dont l'organe "exécutif" pourra se servir. Celui qui aliène une partie de sa liberté économique doit savoir d'avance quelles en seront les répercussions. C'est dans cette mesure que l'exigence de la forme écrite protège la personnalité économique.

La précision du contenu des obligations cartellaires est une exigence légale. On enlèverait presque toute son utilité à l'article 11 si on admettait que des obligations cartellaires reposent sur de vagues clauses ne faisant que renvoyer aux décisions à venir d'un organe exécutif. Les points essentiels du contrat doivent revêtir la forme spéciale prévue par la loi. En l'espèce, les points essentiels sont les engagements par lesquels les membres renoncent à une partie de leur liberté au profit du cartel.

La forme écrite ne porte pas atteinte à la liberté contractuelle. Il en irait autrement si la forme exigée était si compliquée ou si coûteuse qu'elle rende illusoire la liberté de contracter. La liberté de la forme est un des éléments, peu important il est vrai, de l'autonomie de la volonté. L'Etat doit en tenir compte en s'interdisant toute exigence qui rendrait impossibles ou excessivement difficiles certaines transactions entre particuliers, mais il doit l'écarter chaque fois que la protection des tiers ou celle des contractants l'exige.

Des considérations d'ordre procédural peuvent aussi justifier la forme écrite. On s'éloigne de plus en plus des conceptions qui attribuaient au juge, dans le procès civil, un rôle uniquement passif et limitaient ses pouvoirs à l'appréciation des indices et des preuves fournies par les parties. La preuve d'obligations cartellaires est particulièrement difficile à apporter puisque les cartels se créent presque toujours dans le secret le plus complet. Il sera souvent impossible de prouver l'existence même d'un cartel. A supposer que cela soit possible, la tentation sera grande pour les membres de violer leurs obligations avec de fortes chances d'impunité puisqu'ils connaissent par avance les moyens de preuve dont disposeront leurs adversaires. Il ne faut pas assimiler les cartels qui revêtent la forme orale aux gentlemen's agreements comme le fait Schärer : "Die Sanktion solcher mündlicher Verträge liegt eben gewöhnlich nicht im Recht, sondern ist in der Geschäftssehre der Unternehmer begründet" (1). Un contrat de société simple conclu avant 1964 a la même nature qu'un contrat écrit répondant aux exigences de l'article 11 de la loi sur les cartels.

(1) SCHAERER, page 47

L'un et l'autre peuvent donner lieu à une action en justice. Il n'est pas plus conforme à l'"honneur commercial" de violer les obligations résultant du premier. En revanche, dans l'un des cas, les obligations ne pourront être prouvées que très difficilement ou même pas du tout alors que, dans l'autre cas, le juge disposera d'un document décisif.

"Das Kartellgeschäft wird aber üblicherweise, auch wo kein Zwang hierzu besteht, schriftlich abgefasst, was der Wichtigkeit der aufgestellten Verpflichtungen wohl allein entspricht" (1). Cette constatation, formulée en 1930 déjà, permet de dégager la véritable justification de l'article 11 de la loi sur les cartels. Il ne s'agit pas de s'en prendre aux rares cartels qui ne revêtent pas la forme écrite, c'est-à-dire aux cartels qui n'imposent pas à leurs membres des obligations assez importantes ou assez compliquées pour que la forme écrite ait été indispensable, mais bien aux cartels qui imposent à leurs membres des obligations fondées sur un texte élastique, imprécis et peu clair du genre: "sauvegarde des intérêts de la branche". Si l'article 11 se contentait de telles généralités, son utilité serait nulle puisqu'il poserait au juge les mêmes problèmes que les conventions orales. Il faut toutefois corriger une imprécision assez répandue qui veut voir dans ces formulations vagues une atteinte à la liberté des membres, une violation de l'article 27 du Code civil: "In Anwendung von Artikel 27 ZGB folgt daraus, dass der Umfang der Kartellbindung in bestimmter, oder jedenfalls bestimmbarer Weise im Kartellvertrag festgelegt sein muss, und dass es grundsätzlich einer ausdrücklichen Bestimmung über die Schranken der Bindung bedarf" (2).

(1) GYSIN, page 386

(2) MISLIN, pages 93 et 94

Cela n'est vrai que lorsque le contrat ou les statuts abandonnent à un organe commun ou à la majorité le pouvoir de décider quels sont les intérêts communs et par quels moyens ils doivent être sauvegardés.

II.-----PORTEE DE L'ARTICLE 11

L'article 11 n'admet pas les clauses générales. La précision requise est cependant difficile à déterminer; elle dépend partiellement des besoins du cartel et de la façon dont les décisions sont prises. Certains cartels ont un caractère plutôt statique qui n'exige pas d'organisation; ils ne font qu'appliquer des décisions valables pour une longue durée. Les obligations des membres doivent alors être très précises. Par exemple, lorsqu'il s'agit de procéder à une division territoriale du marché, l'efficacité voulue ne peut être atteinte que si le secteur de chaque membre est exactement délimité et cela pour une durée qui lui permette de tirer profit de ses investissements. D'autres cartels doivent réagir rapidement aux évolutions économiques, à une hausse du prix des matières premières, à l'ouverture de nouveaux marchés ou à des changements dans la structure de leur branche. Il est alors souvent impossible de parvenir à la mobilité nécessaire sans qu'un pouvoir de décision ne soit transféré à une sorte d'organe exécutif auquel chaque membre abandonne une partie de sa liberté de décision. C'est sur ce point que la portée réelle de l'article 11 n'a pas été suffisamment étudiée. Dans quelle mesure les décisions de l'organe exécutif doivent-elles avoir une base claire et précise dans le contrat de société simple

ou dans les statuts? Faut-il admettre avec Merz que l'article 11 n'est d'aucun secours dans de tels cas : "einmal wird die schon gekennzeichnete Gefahr nicht behoben, dass nämlich Kartellpflichten zwar schriftlich formuliert, jedoch nur generell umschrieben werden und dass die Konkretisierung durch Beschlussfassungen der Kartellorgane erfolgt, denen die Mitglieder sich unterzuordnen haben. Das Problem der Ueberprüfung des internen Kartellzwangs unter dem Gesichtspunkt von Art. 27 ZGB bleibt somit in vollem Umfange bestehen" ? (1). Une interprétation plus stricte de l'article 11 paraît possible et souhaitable. Seul l'acte constitutif peut créer des obligations à caractère de cartel liant les signataires. Les décisions dont il est question dans la deuxième phrase de l'article 11 alinéa 1 ne peuvent que fixer les modalités de ces obligations et ne lient pas ceux qui n'y ont pas adhéré si elles en contiennent de nouvelles, transforment leur nature ou leur donne une intensité qui n'avait pas été prévue. En d'autres termes, l'acte constitutif doit fixer un cadre strict aux obligations des membres et l'organe chargé de prendre les décisions ne peut en sortir. Une autre interprétation donnerait un sens illogique à la loi. "Les conventions à caractère de cartel qui, par nature, engendrent des sociétés simples, ne sont valables que si elles sont signées par tous les participants tandis que pour les décisions, un procès-verbal signé suffit" (2). Si les décisions pouvaient imposer aux membres de nouvelles obligations à caractère de cartel, elles réaliseraient le tour de force de superposer un nouveau cartel à celui qui est censé leur servir de base, d'imposer une nouvelle société simple à ceux qui n'en ont pas accepté le but et, qui plus est,

(1) MERZ, Kartellgesetz, page 80

(2) MESSAGE du Conseil fédéral, FF 1961 II, page 588

sans respecter la forme écrite (puisque le procès-verbal n'est pas nécessairement signé par les associés). L'interprétation suivante s'impose: l'acte constitutif du cartel doit préciser les obligations auxquelles se soumettent les signataires ou, tout au moins, en indiquer la nature et l'importance en abandonnant à un organe exécutif le soin de prendre les décisions d'espèce dans le cadre fixé. Les verbes "créer", "begründen" et "instituire", utilisés dans la première phrase de l'article 11 alinéa 1 ne doivent pas être purement et simplement repris dans la deuxième phrase où il ne s'agit plus de "créer" des obligations mais bien d'en fixer les modalités. Plutôt que d'imposer aux membres du cartel une contrainte excessive incompatible avec l'article 27 du Code civil, le contrat de société simple ou les statuts qui manqueraient de précision et confieraient à un organe exécutif la tâche de fixer (ou, pour reprendre le terme légal, de "créer") les obligations à caractère de cartel aboutiraient à un résultat opposé à celui que désiraient ses auteurs.

Saisi d'une éventuelle contestation, le juge devrait constater que les parties n'ont pas signé de document leur imposant les obligations dont il s'agit et appliquer les articles 4 et suivants plutôt que les articles 11 et suivants. Une autre solution reviendrait à admettre que des personnes non consentantes puissent se voir imposer la qualité d'associé d'une société simple.

La contrainte excessive à laquelle Merz fait allusion (1) n'est pas inconcevable. Elle peut intervenir lorsque l'acte constitutif du cartel, sans manquer de la préci-

(1) MERZ, Kartellgesetz, page 80

sion requise, donne à l'organe exécutif la faculté de fixer les modalités des obligations cartellaires d'une façon qui porte atteinte à la liberté de certains membres. C'est le degré de contrainte prévu par le contrat ou les statuts qui dépasse l'atteinte admissible. Mais si la précision fait défaut, si les décisions sont prises sur la base d'une clause générale telle que "la sauvegarde des intérêts de la branche", il n'y a pas de cartel "valable" au sens de l'article 11, donc pas de contrainte interne. Selon la Commission des cartels, les marchands de meubles peuvent fort bien limiter leur liberté d'organiser des soldes, des liquidations ou d'autres opérations analogues, "wenn sie die Formvorschriften von Art. 11 KG innehalten" (1). Ils n'aliènent pas de la sorte leur liberté de façon contraire aux bonnes moeurs, dans la mesure où ils peuvent apprécier la portée de leurs obligations : "Erforderlich ist allerdings, dass die Möbelhändler die Tragweite ihrer Verpflichtungen abschätzen können. Zu diesem Zweck müssen sie die Kriterien, welche die Geschäftsstelle.... für die Erteilung der Bewilligungen leiten werden, wenigstens in grossen Zügen kennen" (2). L'avis de la Commission doit être approuvé quant à son résultat puisqu'il incite les membres du futur cartel à fixer leurs obligations avec précision. Mais si les destinataires de l'avis ne suivaient pas les conseils de la Commission, ce n'est pas l'article 27 du Code civil qui serait violé, mais l'article 11 de la loi sur les cartels avec, pour conséquence, le fait que les marchands de meubles ne seraient pas liés par leur convention.

(1) PCSC 1966, page 67

(2) PCSC 1966, page 67

Un procédé ingénieux qui permet d'éviter les problèmes posés par le transfert d'un pouvoir de décision à un organe commun sans rendre impossibles des mesures rapides et efficaces est utilisé dans le domaine bancaire (1). Il consiste à adresser aux membres des circulaires dont certaines, qui contiennent des obligations cartellaires proprement dites, doivent être signées par ceux qui en approuvent le contenu, alors que d'autres se contentent de donner des recommandations. Les exemples cités par la Commission des cartels (2) révèlent l'importance des obligations engendrées par la signature des circulaires. Si de telles obligations devaient être imposées aux banques par un organe commun, cela nécessiterait une convention de base fort détaillée mais qui, en raison des changements souvent rapides, présenterait des lacunes et entraverait la mobilité du cartel. La circulaire no. 172D en offre une bonne illustration: elle interdit la publicité à la télévision, tant en Suisse qu'à l'étranger. Pareille restriction de la liberté des membres du cartel ne pourrait être imposée par un organe commun que si la convention le prévoyait expressément ou, tout au moins, si elle donnait à l'organe commun la compétence d'interdire certains moyens de publicité ; une disposition moins précise enlèverait tous ses effets à l'interdiction qui ne respecterait pas l'article 11.

L'article 11 alinéa 2 prévoit que "celui qui adhère à un cartel n'est lié par les engagements à caractère de cartel que s'il les reconnaît par écrit". Il est évident que l'exigence de forme de l'alinéa 1 n'aurait pas

(1) PCSC 1968, page 266

(2) PCSC 1968, page 273

beaucoup de sens si elle ne s'appliquait qu'à la création du cartel et pouvait être éludée à l'entrée de chaque nouveau membre. En réalité, l'article 11 alinéa 2 a une signification plus précise et cherche à tenir compte de la complexité - parfois bien inutile - de beaucoup d'organisations cartellaires. Il veut éviter que celui qui adhère à un cartel ne se voie imposer d'autres obligations que celles qui résultent de l'acte qu'il a signé (sociétés simples indépendantes de l'acte de base, décisions d'application prises par les anciens membres ou l'organe commun auquel ceux-ci avaient régulièrement délégué leurs compétences, par exemple). Le problème de la précision des obligations auxquelles se soumet le nouveau membre est particulièrement important. Les développements qui précèdent valent aussi pour ce cas. Il convient cependant d'ajouter que le nouveau membre mérite une meilleure protection que les autres parce qu'il n'a pas participé à l'établissement du cartel et qu'il n'a pas une connaissance directe de la façon dont les dispositions cartellaires sont interprétées. La jurisprudence du Tribunal fédéral qui interprète les dispositions contractuelles obscures contre leur rédacteur (1) s'applique également dans le domaine des cartels. Il en résulte que les anciens membres devront formuler très clairement les obligations qu'ils entendent imposer à l'adhérent car toute obscurité serait favorable au nouveau membre.

Le troisième alinéa de l'article 11 apporte une exception importante aux deux premiers: "Les accords relatifs aux prix imposés assujettis à la loi ne nécessitent pas la forme écrite". Cette exception se justifie par des raisons pratiques faciles à comprendre: il serait pratiquement impossible d'obtenir un engagement écrit de

(1) RO 87 II 242; 81 II 159; 50 II 543; 48 II 246.

tous les vendeurs des produits concernés car leur nombre est souvent très élevé. De plus, des changements fréquents (remises de commerce, successions, etc....) exigeraient une mise à jour continuelle des engagements qui serait fort difficile, voire impossible à réaliser (1).

L'exception est certes très utile mais elle soulève un problème délicat: comment savoir qui est lié par les accords de prix de seconde main ? A défaut de dispositions spéciales, il convient de se référer aux règles générales sur la formation des obligations (2). La seule volonté du cartel ne suffit pas à donner naissance à l'obligation de revendre à un certain prix. Le destinataire de cette volonté doit en avoir eu connaissance de façon non équivoque: tant le prix que son caractère obligatoire doivent être connus de lui. En cas de procès, c'est au cartel qu'il incombe de prouver que le vendeur avait connaissance de l'obligation. Avant février 1967, cette preuve était relativement facile, car le prix imposé était presque toujours imprimé sur l'emballage du produit. Il en va autrement depuis le 2 février 1967, date à laquelle l'association Promarca a renoncé aux prix imposés au profit de prix "recommandés" (3). Il s'en est suivi que les prix imprimés ont cessé, pour un très grand nombre de produits, d'être obligatoires pour le revendeur. La décision de Promarca n'a pas eu d'effets que pour ses membres. Elle a aussi enlevé une bonne partie de sa force probante à l'impression du prix.

-
- (1) SCHUERMANN, Kommentar, page 116
(2) MERZ, Kartellgesetz, page 81
(3) PCSC 1969, page 169

En cas de litige, d'autres moyens de preuve seront souvent nécessaires, tels que listes de prix, circulaires, etc....

L'obligation de respecter le prix imposé peut exister même si le prix ne figure pas sur le produit (1). Il arrive d'ailleurs que le produit n'ait pas d'emballage (combustibles, fruits, véhicules automobiles, etc..) et que le fabricant ou le grossiste ne puisse pas inscrire le prix sur la marchandise. Bien entendu, dans de tels cas, le vendeur doit savoir qu'il s'agit d'un prix imposé et en connaître le montant (2).

Les effets de l'article 11 dépendent essentiellement de l'interprétation que la jurisprudence donnera du premier alinéa. Ils seront minimes si elle n'exige pas que les "essentialia negotii" de chaque obligation à caractère de cartel figurent dans le contrat ou les statuts signés par tous les membres. Seule une interprétation beaucoup plus stricte que celle que semble proposer l'opinion dominante (3) permettrait de conférer une efficacité réelle à la disposition légale dont il s'agit.

Les conventions passées oralement avant l'entrée en vigueur de la loi ne sont pas soumises à l'article 11 (4). Le sort des conventions postérieures à la loi et qui ne respecteraient pas ou, ce qui sera certainement moins rare, ne respecteraient que partiellement les exigences de l'article 11 n'est pas aussi évident qu'il paraît à première vue.

-
- (1) SCHUERMANN, Kommentar, page 116
(2) MERZ, Kartellgesetz, page 81, note 128
(3) A l'exception de Giger, page 169
(4) SCHUERMANN, Kommentar, page 117; Cour d'appel du canton de Berne, PCSC 1967, page 341.

Ce n'est pas le lieu d'examiner d'une façon générale le problème de l'abus de droit que constitue parfois le fait d'invoquer la nullité d'un acte lorsque les obligations qui en résultaient ont été exécutées et lorsque la partie qui invoque le vice de forme en est partiellement ou totalement responsable (1). Saisi d'un litige, le juge devra examiner d'office (2) si celui qui invoque la nullité ne commet pas un abus de droit. L'exécution des obligations cartellaires pendant une longue période, les avantages obtenus par celui qui invoque la nullité et sa participation à la conclusion de la convention orale peuvent constituer les indices d'un abus.

Le juge aura souvent à peser les intérêts de parties qui sont toutes de mauvaise foi (3) et devra fonder sa décision sur toutes les circonstances du cas, plutôt que sur des règles rigides, établies à l'avance. L'exécution des prestations (paiement du prix, inscription au Registre foncier, etc...) constitue un indice d'abus (4). La sécurité du droit voudrait que l'on voie un indice de la mauvaise foi de celui qui invoque le vice de forme lorsque, par exemple, il a participé à la création d'un laboratoire de recherche très coûteux. Il faudrait adopter une attitude beaucoup plus stricte à l'égard d'obligations qui n'ont pas encore été exécutées ou ne l'ont été que partiellement.

-
- (1) DESCHENAUX, Le Titre préliminaire, pages 178 et ss
(2) RO 92 II 323; 88 II 23; MERZ, numéro 99 ad art.2 CC
(3) RO 92 II 325
(4) MERZ, numéros 485 à 486 ad article 2.
-

SOUS-CHAPITRE 2 : LA PROCEDURE

I. LA JURIDICTION ARBITRALE

Dans certains cas, l'arbitre est préféré au juge parce que ses sentences sont plus rapides et surtout plus discrètes. En Suisse, le législateur ne s'est jamais montré hostile à l'égard de cet état de fait; bien au contraire, il a donné à l'arbitrage des bases solides. Le Tribunal fédéral n'a pas traité l'arbitrage comme une concurrence mal venue. Il ne s'en est pris qu'aux mauvais tribunaux arbitraux qui n'offrent pas les garanties d'impartialité indispensables (1). La loi de 1962 n'a rien changé à cette jurisprudence qui reste aussi importante que par le passé, mais elle a ajouté une protection supplémentaire qui consiste à rendre possible, dans des cas déterminés, l'usage de la procédure ordinaire malgré une clause d'arbitrage valable.

Il conviendra de tenir compte, dans les développements qui suivent, du concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 (2) qui, dans les cantons qui l'auront ratifié, exercera une influence importante sur le domaine de l'arbitrage cartellaire, avant tout grâce au recours en nullité que son article 36 ouvre contre les décisions arbitraires.

L'article 15 de la loi sur les cartels concerne des litiges pour lesquels l'ordre public et l'intérêt des parties exigent que les tribunaux ordinaires puissent être saisis.

(1) RO 81 I 321; 78 I 97; 72 I 88;
SCHUERMANN, Kommentar, pages 138 et 139;
NEF, pages 99 et suivantes

(2) ROLF 1969, page 1117

A. Justification des restrictions

Avant 1962, le domaine de la contrainte cartellaire interne était presque entièrement soustrait aux tribunaux ordinaires. Les contestations entre membres du cartel étaient, à de rares exceptions près, soumises à des tribunaux arbitraux, soit que cette solution résultât du contrat ou des statuts, soit qu'elle fût choisie après coup. Selon la Commission d'étude des prix, trente-cinq pour cent des cartels contenaient des clauses d'arbitrage (1). La rareté des litiges portés devant les juridictions ordinaires tend à prouver que les autres cartels choisissaient l'arbitrage beaucoup plus volontiers que les voies ordinaires lorsque surgissaient des contestations.

La publicité constitue le principal défaut que les cartels reprochent à la juridiction ordinaire. Les tribunaux rendent la justice en public et, souvent, publient leurs décisions. Les cartels craignent que leurs secrets d'affaires et leurs buts soient révélés au grand jour à l'occasion d'un procès. En revanche, la juridiction arbitrale ne présente pas de tels dangers: "Die Rechtsprechung der Schiedsgerichte spielt sich unter der Decke ab und ist unzugänglich" (2).

Mais la situation va changer dans les cantons qui ratifieront le concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969. Il sera possible de saisir les tribunaux ordinaires de recours en nullité pour divers motifs dont le plus important est sans doute celui de l'article 36 lettre f du con-

(1) Commission d'étude des prix, page 65

(2) LEUCH, cité par Merz, Kartellgesetz, page 93

cordat: "Lorsque la sentence est arbitraire parce qu'elle repose sur des constatations manifestement contraires aux faits résultant du dossier ou parce qu'elle constitue une violation évidente du droit ou de l'équité". L'article 36 du concordat est impératif; les cartels ne pourront éviter ce risque de publicité. Et le recours en nullité n'aura pas à être bien fondé pour que les tribunaux ordinaires en soient saisis; il suffira qu'il soit recevable.

Les restrictions de l'article 15 sont d'abord destinées à sauvegarder la personnalité économique des membres du cartel: "On évite ainsi qu'un accord prévoyant la juridiction arbitrale n'amène un membre du cartel à contracter un engagement dont il ne peut mesurer exactement quelle serait la portée en cas de contestations" (1). Il faut donner raison au Conseil fédéral: la jurisprudence des tribunaux ordinaires est accessible aux parties et, en tout cas, à défaut de jurisprudence, les critères sur lesquels se fondent les juges et leur façon de procéder à la pesée des intérêts. A l'aide de la jurisprudence, les membres du cartel peuvent mesurer la portée de leurs engagements avec une certaine précision.

Le législateur n'a pas tiré toutes les conséquences de son raisonnement. Après avoir insisté sur la nécessité de connaître la portée d'un engagement, le Conseil fédéral affirme: "Si donc une action est intentée auprès d'un tribunal arbitral et que le défendeur n'accepte pas cette juridiction, c'est le juge ordinaire qui sera compétent" (2).

(1) Message du Conseil fédéral, FF 1961 II, page 596
(2) FF 1961 II, page 596

Il n'est pas beaucoup plus facile de déterminer la portée de ses engagements "en cas de contestations" lors de la création du cartel que lorsqu'un litige apparaît; dans les deux cas, on ne sait pas comment l'arbitre tranchera et il faut attendre sa sentence pour connaître l'étendue de ses obligations. Afin de répondre au besoin de sécurité dont parle le Conseil fédéral, il aurait été peut-être plus logique de généraliser les voies de recours contre les sentences arbitrales en matière cartellaire. Ce n'est qu'après avoir eu connaissance de la sentence que les intéressés peuvent mesurer la portée exacte de leurs engagements; à ce moment là seulement, il leur est possible de savoir si la sentence est conforme au droit et à la jurisprudence ou si elle constitue une justice de caste, fondée essentiellement sur les intérêts d'une branche économique donnée

L'article 36 du concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 améliorera la position des membres des cartels qui s'estiment lésés par une décision arbitrale. Mais les tribunaux ordinaires ne pourront annuler que les décisions arbitraires, ce qui laissera une certaine marge aux tribunaux arbitraux, celle qui se trouve entre une décision parfaitement conforme au droit et à l'équité et une décision arbitraire.

La solution légale protège cependant la personnalité économique des membres des cartels en leur donnant le choix entre la juridiction arbitrale et la juridiction ordinaire. Elle limite la contrainte interne en empêchant les cartels d'imposer leur propre "droit" à leurs membres.

Elle a aussi un effet de dissuasion difficile à apprécier qui contraint les cartels à faire preuve de précautions dont ils pouvaient se passer avant l'entrée en vigueur de l'article 15. Plus le cartel craint la publicité, plus il cherchera à éviter qu'un de ses membres ne choisisse la procédure ordinaire en cas de litige et les articles 15 de la loi sur les cartels et 36 du concordat sur l'arbitrage ne lui laissent qu'un moyen pour parvenir à ce but: le respect des droits de chaque membre.

C'est surtout par l'intérêt public que le législateur a justifié l'article 15: après avoir parlé des inconvénients de la juridiction arbitrale, le Conseil fédéral ajoutait: "Cette observation ne vaut certes pas que pour les tribunaux d'arbitrage en matière de cartels, mais elle revêt une importance toute particulière dans ce domaine du fait que l'intérêt public est fortement en jeu" (1). C'est aussi l'avis de Deschenaux: "La ratio legis de ces règles qui désamorceront les juridictions arbitrales d'associations réside dans l'idée que ces contestations mettent en jeu le régime de la libre concurrence et que, dès lors, les parties ne peuvent disposer librement des droits en litige, parce que l'intérêt public y est engagé" (2). En 1959, Leuch mettait l'accent sur l'intérêt public qui s'attachait à la liberté de la concurrence économique (3). Il est délicat et même parfois dangereux de ne justifier l'article 15 que par l'intérêt public. Si l'intérêt public est si fortement en jeu, pourquoi ne pas avoir exclu totalement la juridiction arbitrale? Le législateur n'a-t-il pas simplement abandonné la sauvegarde de l'intérêt public au bon vouloir de quelques particuliers?

(1) FF 1961 II, page 595
(2) DESCHENAUX, Esprit, page 217
(3) Cité par MERZ, Kartellgesetz, page 93

En réalité, le législateur n'a préservé l'intérêt public que très indirectement. Il n'a pas voulu empêcher les particuliers de disposer librement de leurs droits. Il s'est contenté de chercher à éviter que la loi ne soit rendue lettre morte par ceux à qui elle est destinée. Il s'agissait plus de garantir l'efficacité du relâchement de la contrainte interne que de le provoquer directement. Le public a un intérêt évident à ce que les lois soient appliquées. Or, c'est dans le domaine économique que les particuliers ont le plus tendance à s'écarter du droit positif pour soumettre leurs rapports à des règles spéciales. "Der Sinn des Regelung liegt darin, zu verhindern, dass die im Gesetz in den Art. 11-14 angestrebte Lockerung des internen Kartellzwanges der Beurteilung durch die staatlichen Gerichte entzogen und durch die Schiedsgerichtsbarkeit mehr oder weniger zunichte gemacht wird" (1). Le législateur a voulu mettre l'intérêt privé au service de l'intérêt public en permettant - sans l'imposer - le recours à la procédure ordinaire dans des contestations qui touchent les droits de la personnalité de très près. L'entrée en vigueur de la loi est encore trop récente pour que l'on puisse juger du succès de cette politique législative. Une constatation s'impose cependant: rares sont les intéressés qui ont fait usage de l'article 15 et de nombreux cartels n'ont pas même adapté leurs réglementations d'arbitrage aux exigences légales (2). Il ne faut pas en tirer une conclusion négative, car il est possible que les tribunaux arbitraux ont été amenés à respecter la lettre et l'esprit des articles 11 à 14 de la loi sur les cartels pour ne pas inciter les parties que la procédure ordinaire aurait avantagées à renoncer à l'arbitrage en cas de nouveaux litiges ou, même, à provoquer volontairement un conflit pour en saisir les juges ordinaires.

(1) SCHUERMANN, Kommentar, page 138

(2) PCSC 1967, page 269; 1968, page 332; 1969, page 110; 1971, pages 140 et 175

B. Solutions proposées

La solution de l'article 15 n'a été retenue qu'à la suite de longues discussions. Merz fut le premier auteur à proposer une intervention législative. En 1953, il ouvrit le débat en demandant s'il ne fallait pas, à l'image de certaines législations étrangères, accorder une voie de recours ordinaire contre les sentences arbitrales (1). Cette solution aurait l'avantage de garantir entièrement l'application du droit fédéral et l'uniformité des sentences arbitrales. Elle protégerait avec beaucoup d'efficacité la personnalité économique des particuliers. D'abord envisagée par la Commission d'experts, elle a ensuite été abandonnée "car on ne pourrait éviter une immixtion trop profonde du droit fédéral dans la procédure cantonale" (2). L'argument ne convainc pas. Il en cache un autre, déterminant: la vive opposition des milieux intéressés à laquelle le législateur a cédé.

La Commission d'experts proposa aussi que la juridiction arbitrale soit purement et simplement exclue "en matière de contestations touchant des questions de principe (naissance et extinction d'engagements cartellaires, entraves à la concurrence)" (3). C'est la solution dont Leuch s'était fait le défenseur (4). Elle se fonde essentiellement sur l'intérêt public que seuls les juges ordinaires ont l'obligation de sauvegarder. De plus, lorsque l'intérêt public est en jeu, l'Etat doit garder le contrôle de la jurisprudence. A peine formulée, cette proposition souleva une forte opposition et tout spécialement celle du Tribunal fédéral.

(1) Schranken, page 27

(2) (3) Message du Conseil fédéral, FF 1961 II, page 595

(4) MERZ, Kartellgesetz, page 93

C. Solution retenue

Le législateur a finalement donné sa préférence à une troisième solution, celle qui fait l'objet de l'article 15 de la loi et qui, sans accorder une voie de recours contre les sentences arbitrales plus étendue que celle que prévoit l'article 36 du concordat sur l'arbitrage, permet aux particuliers de choisir la procédure ordinaire malgré une clause d'arbitrage. C'est le Tribunal fédéral qui a proposé cette solution: "Le Tribunal fédéral a marqué sa préférence pour une disposition accordant aux parties le droit de décider si elles veulent porter la cause devant un tribunal arbitral ou le juge ordinaire" (1). Le modèle dont s'est inspiré le législateur figure au paragraphe 91 de la loi allemande. Il est intéressant de constater que le droit suisse, moins hostile aux cartels que le droit allemand, n'en a pas moins retenu, sur ce point, une réglementation semblable.

Le principal défaut de l'article 15 de la loi sur les cartels réside dans sa complexité (2) qui résulte de la distinction entre les litiges soumis à la réserve de l'alinéa 1 et ceux qui peuvent donner lieu à une clause d'arbitrage valable et définitive. Pour prendre le risque de saisir les tribunaux ordinaires, les intéressés doivent avoir une connaissance parfaite des articles 11 à 14 de la loi. Dans les cas limites, la partie qui choisira la juridiction ordinaire s'exposera au danger de voir le tribunal saisi se déclarer incompétent et mettre à sa charge des frais et des dépens considérables, le tout à la suite d'une procédure longue et compliquée qu'il fau-

(1) Message du Conseil fédéral, FF 1961 II, page 595
(2) SCHUERMANN, Kommentar, page 137

dra recommencer devant des arbitres. De plus, bien des intéressés ne savent pas exactement ce qu'est un tribunal arbitral ou le confondent avec l'organe du cartel chargé d'assurer le respect des engagements (1). Enfin, le nombre de cartels que la Commission des cartels a dû rappeler à l'ordre parce qu'ils n'avaient pas adapté leurs clauses d'arbitrage à l'article 15 permet de se demander si la loi est suffisamment connue de ceux à qui elle s'adresse (2).

Ces défauts ne sont pas sans remèdes; ils peuvent être éliminés si les tribunaux et la Commission des cartels s'emploient à donner une interprétation claire, accessible et complète des articles 11 à 15 de la loi et si les milieux intéressés sont suffisamment informés.

Schürmann a bien mis en évidence les avantages de l'article 15: "Die Regelung erscheint unnötig kompliziert, respektiert aber die Vertrags- und Entscheidungsfreiheit insofern, als die Schiedsabrede prinzipiell auch für die grundsätzlichen Fragen der Art. 11 - 14 zulässig bleibt" (3). La loi est parvenue à créer un équilibre solide et logique entre la protection de la personnalité économique et l'autonomie de la volonté. Elle a sauvegardé l'intérêt public de façon indirecte en assurant la protection des particuliers, ce qui est conforme à son esprit. Les publications de la Commission des cartels et la doctrine peuvent suppléer à la rareté de la jurisprudence. La solution retenue offre aussi l'avantage de respecter la nature de la juridiction arbitrale: elle ne supprime par le caractère obligatoire de ses sentences.

-
- (1) Tribunal III de Berne, PCSC 1967, page 332
(2) PCSC 1967, page 269; 1968, page 332;
1969, page 110
(3) SCHUERMANN, Kommentar, page 137

D. La réserve du premier alinéa

Les clauses d'arbitrage sont toujours possibles. Elles peuvent prévoir d'avance que les litiges futurs seront jugés par des arbitres plutôt que par les juges ordinaires et que les sentences ainsi rendues seront obligatoires pour les parties. Pour être valables, elles doivent cependant accorder "à chaque partie le droit, dans chaque cas, d'intenter action auprès du juge ordinaire ou de demander dans les trente jours qui suivent la notification de la plainte que la contestation soit tranchée non par le tribunal arbitral mais par le juge ordinaire" (article 15, alinéa 1). Il aurait été plus simple d'accorder le choix aux parties sans exiger que la clause d'arbitrage le prévoie expressément. Mais les intéressés, qui ne connaissent pas toujours la loi, auraient été exposés au risque de laisser passer le délai de trente jours.

Seules "les contestations relatives à la naissance, à la validité et à l'extinction d'engagements à caractère de cartel ou à des mesures prises à titre de sanction en vertu de l'article 14" (article 15, alinéa 1) sont soumises à la réserve. Cette énumération dépourvue de précision constitue un défaut de la loi. La liste est à la fois exhaustive et exemplative ! Mieux: elle se veut exhaustive mais n'est qu'exemplative à cause de son double renvoi qui aboutit à la liste non exhaustive de l'article 4 (énumération des entraves à la concurrence).

Quatre sortes de litiges tombent sous le coup de l'article 15:

-) Ceux qui ont trait à la naissance des engagements à caractère de cartel. Ils concernent la forme

écrite et, surtout, la précision requise dans la formulation des obligations. Mais il s'agit aussi de tous les litiges relatifs à la naissance des obligations selon les dispositions générales du Code des obligations (1). Il faut encore ajouter les règles spéciales à chacune des formes juridiques que peuvent revêtir les cartels.

-) Ceux qui ont trait à la validité des engagements à caractère de cartel. Ce sont des contestations relatives aux articles 11 de la loi sur les cartels, 27 du Code civil et 20 du Code des obligations.

-) Ceux qui ont trait à l'extinction des engagements à caractère de cartel. Ce sont essentiellement des contestations au sujet de l'application des articles 12 et 13 (2). Mais la réserve concerne aussi toutes les règles de droit privé sur la fin des associations et des sociétés.

-) Ceux qui ont trait aux sanctions prises à l'encontre des membres. L'article 15 précise qu'il s'agit des sanctions énumérées à l'article 14, celles qui prennent la forme d'entraves à la concurrence.

La réserve de l'article 15 doit figurer expressément dans l'acte constitutif du cartel : "Praktisch hat Art. 15 zur Folge, dass Kartellverpflichtungen im Sinne des Art. 11 (Verträge und Beschlüsse), welche Schiedsgerichtsklauseln

(1) SCHUERMANN, Kommentar, page 139

(2) SCHUERMANN, Kommentar, pages 138 et 139

enthalten, den Inhalt des Art. 15 Abs. 1 wörtlich oder sinngemäss wiedergeben müssen, ansonst sie nichtig sind" (1). Un simple renvoi à l'article 15 serait insuffisant car ce dernier ne donne pas directement le droit de saisir la juridiction ordinaire. En revanche, une clause qui conférerait aux membres du cartel le droit d'intenter action auprès du juge ordinaire ou d'exiger que le litige soit tranché par lui dans les cas prévus par l'article 15 de la loi sur les cartels devrait être considérée comme valable. Il va sans dire que l'article 15 n'est que relativement impératif et qu'il autorise les clauses plus favorables, notamment celles qui étendraient la réserve à toutes les contestations, de quelque nature qu'elles soient.

Le texte de l'article 15 n'indique pas clairement si le cartel est entièrement nul ou si la clause d'arbitrage est seule entachée de nullité lorsqu'elle n'est pas conforme aux exigences légales. Le législateur, la doctrine et la Commission des cartels sont unanimes pour affirmer que seule la clause d'arbitrage est visée (2). Le message n'y fait allusion qu'en quelques mots et indirectement, tant la solution semblait évidente aux auteurs de la loi: Le projet "dispose que les accords prévoyant la juridiction arbitrale doivent donner aux parties le droit de demander, dans un cas donné, que la contestation soit tranchée non par le tribunal arbitral, mais par le juge ordinaire. En l'absence de cette clause, l'accord sera nul" (3).

-
- (1) SCHUERMANN, Kommentar, pages 138 et 139
(2) PCSC 1968, page 332; 1969, page 110;
SCHUERMANN, Kommentar, page 128
(3) FF 1961 II, pages 595 et 596

Il en résulte que toutes les clauses d'arbitrage qui n'ont pas été mises en accord avec l'article 15 sont nulles même si elles sont antérieures à l'entrée en vigueur de la loi (1). Elles le sont entièrement, c'est-à-dire qu'elles doivent être considérées comme inexistantes même en ce qui concerne les litiges que ne vise par l'article 15. Les intéressés ont, dès lors, tout intérêt à rendre leurs clauses arbitrales conformes aux exigences de la loi.

Le concordat sur l'arbitrage n'exige pas que les voies de recours aux juridictions ordinaires soient mentionnées dans les clauses d'arbitrage. Les articles 36 et suivants sont impératifs et déploieront leurs effets même si, comme c'est parfois le cas (2), tout recours au juge ordinaire est expressément exclu par la convention.

E. Le jugement des exceptions

L'article 15 alinéa 2 prévoit que "lorsque, dans d'autres contestations, des droits visés au premier alinéa sont invoqués devant une juridiction arbitrale, celle-ci est compétente pour en connaître, à moins que la partie qui fait valoir ces droits ne saisisse le juge ordinaire dans les trente jours". Par "autres contestations", la loi entend surtout celles qui ont trait aux amendes conventionnelles (3).

-
- (1) GULDENER, Zivilprozessrecht, page 49;
SCHUERMANN, Kommentar, pages 141 et 142
(2) PCSC 1971, pages 140 et 175
(3) SCHUERMANN, Kommentar, page 141

Lorsqu'un tribunal arbitral est saisi d'un litige de ce genre, il se peut qu'une partie invoque la violation d'une ou de plusieurs des quatre catégories de droits énumérées ci-dessus. Par exemple, le défendeur contestera la validité des obligations cartellaires invoquées par le demandeur ou prétendra que ses obligations ont pris fin.

Le deuxième alinéa de l'article 15 n'a qu'une portée restreinte. Il n'était pas inutile car il fallait préciser quel serait le sort des exceptions, mais il contribue à rendre la procédure compliquée et délicate. Une affaire pourra passer du tribunal arbitral au tribunal ordinaire qui, pour juger l'exception, devra presque toujours procéder à un examen approfondi mais sera contraint, au moment où il serait le mieux à même de juger au fond, de transmettre le dossier au tribunal arbitral.

Le contenu de l'alinéa 2 n'a pas besoin d'être repris par les clauses d'arbitrage: "Abs. 2 bildet nicht Gegenstand der Vorbehaltsklausel im Sinne des Abs. 1, muss also vertraglich nicht vorbehalten werden, sondern bildet unmittelbar anwendbares Recht. Es ist Sache des Beklagten, die Einwendung zu erheben; weder müssen der Vertrag noch das Schiedsgericht ihn darauf hinweisen" (1). L'alinéa 2 n'en suppose pas moins que l'on soit en présence d'une clause d'arbitrage valable, qui respecte l'alinéa 1. Si tel n'était pas le cas, la juridiction arbitrale reposerait sur une clause nulle. Il ne pourrait être question de juger les "autres contestations".

(1) SCHUERMANN, Kommentar, page 141

Les amendes conventionnelles constituent la sanction la plus utilisée par les cartels. Elles offrent une arme efficace contre ceux qui violent ou cherchent à violer leurs obligations. Elles ont, sur les sanctions de l'article 14, l'avantage d'être rapidement applicables, d'exercer leurs effets immédiatement - alors qu'un boycott ou une discrimination en matière de prix n'agit souvent qu'à retardement - et de pouvoir mieux tenir compte des principes de proportionnalité et d'égalité. Il est regrettable que l'article 15 ait fait une exception pour les amendes conventionnelles (1). D'une part, le législateur a jugé qu'elles ne constituaient pas des "entraves à la concurrence". Or, du moment qu'elles sont destinées à assurer la contrainte interne, elles restreignent aussi la liberté économique. Par leur fonction, elles sont bien des entraves à la concurrence (2). D'autre part, le législateur a voulu créer une symétrie absolue entre les articles 4 et 14 qui lui interdisaient de tenir compte dans ce dernier de mesures incompatibles avec le premier; et les amendes conventionnelles sont inconcevables dans le cadre de la contrainte externe. Le renvoi à l'article 4 empêche une interprétation extensive des entraves à la concurrence telle que la souhaite Merz: "Es ist nicht ausgeschlossen, dass allfällige Missstände, wie die Ausfällung exzessiver Konventionalstrafen, zu einer ausdehnenden Interpretation des Begriffes "wettbewerbsbehindernde Vorkehren" führen könnten" (3). La loi ne concerne que les entraves qui peuvent être dirigées contre les tiers. Le texte de l'article 14 ne laisse subsister aucun doute à ce sujet car il ne fait que renvoyer aux "entraves à la concurrence définies à l'article 4".

(1) MERZ, Kartellgesetz, page 94; DESCHENAUX, A propos, page 99.

(2) MERZ, Kartellgesetz, page 94

(3) MERZ, Kartellgesetz, page 94

Le renvoi, qui se veut simple et efficace - parce que l'article 4 ne donne qu'une liste exemplative des entraves - est, en réalité, illogique et incomplet: il empêche les articles 14 et 15 de s'appliquer aux entraves qui ne relèvent que du domaine de la contrainte interne.

Le législateur a voulu cette solution et il faut s'y tenir, tout en regrettant son résultat qui abandonne aux tribunaux arbitraux le jugement des entraves à la concurrence les plus fréquentes et, parfois, les plus graves (résultat en partie corrigé par le concordat sur l'arbitrage).

F. Procédure

Lorsque celui qui entend faire usage des droits que lui confère l'article 15 est demandeur, il lui suffit d'ignorer la clause d'arbitrage et d'ouvrir action devant le juge ordinaire. Quant au fond, la compétence résultera le plus souvent des faits allégués à l'appui de la demande qui révéleront la nature de la contestation. Des cas limites peuvent cependant se concevoir et le tribunal verra probablement sa compétence contestée d'emblée par un moyen préjudiciel du défendeur. Il devra alors examiner si les conditions d'application de l'article 15 sont remplies. Le tribunal ne pourra se déclarer incompétent d'office. Il lui faudra déduire du silence du défendeur qu'il renonce à invoquer les droits - de nature contractuelle - que lui donne la clause d'arbitrage.

La situation est moins claire lorsque les rôles sont inversés et que le défendeur veut saisir la juridiction ordinaire. L'article 15 alinéa 1 lui permet de "demander dans les trente jours qui suivent la notification de la plainte que la contestation soit tranchée ... par le juge ordinaire". Le délai commence à courir au moment où la demande est notifiée au défendeur. Il faut entendre par là le moment où le défendeur reçoit la demande du tribunal arbitral. La loi ne dit pas à qui le défendeur doit faire part de sa décision. Si la clause d'arbitrage ne fixe pas la procédure à suivre dans de tels cas, la solution la plus simple et la plus sûre sera que le défendeur s'adresse au tribunal ordinaire compétent. Quant à son contenu, l'avis du défendeur doit se limiter à refuser la juridiction arbitrale au profit de la juridiction ordinaire.

G. Tribunal arbitral international

Le terme "tribunal arbitral international" utilisé à l'article 15 alinéa 3 prête à confusion. "International" n'implique pas une juridiction superétatique à laquelle la Suisse céderait son pouvoir de juger. Le message ne donne pas une explication beaucoup plus claire: "Le troisième alinéa dispose... que la loi sur les cartels n'est pas applicable s'il est prévu que les contestations seront portées devant un tribunal arbitral étranger" (1). En réalité, il s'agit d'un tribunal arbitral conventionnel dont les arbitres sont, le plus souvent de nationalités diverses mais

(1) FF 1961 II, page 597

dont la caractéristique essentielle réside plutôt dans le fait que les membres du cartel sont domiciliés dans plusieurs pays, dont la Suisse. L'alinéa 3 serait applicable même si les parties à la convention choisissaient un seul arbitre, de nationalité suisse. Si le tribunal international a son siège en Suisse, dans un canton ayant ratifié le concordat sur l'arbitrage, ses décisions pourront faire l'objet de recours aux juridictions ordinaires.

L'article 15 alinéa 3 n'a qu'une importance pratique minime. Il ne fait que reprendre l'idée de l'article 5 alinéa 2 lettre d) selon laquelle les effets nuisibles des cartels n'intéressent le législateur que s'ils s'exercent en Suisse. Sa portée est sérieusement limitée par les sévères lois anti-cartellaires de la plupart des pays avec lesquels la Suisse a des relations économiques étroites.

II. L'EFFET RETROACTIF DU JUGEMENT DE LIBERATION

L'action en libération sera examinée plus loin (1). Il ne sera question ici que du relâchement de la contrainte interne que constitue l'effet rétroactif du jugement de libération prévu à l'article 12 alinéa 1 de la loi sur les cartels: "Le jugement rétroagit au jour de l'introduction de la demande, à moins qu'exceptionnellement le juge n'en décide autrement".

Pour mieux comprendre l'utilité de cette règle de procédure et ses conséquences sur la contrainte interne,

(1) Chapitre IV, sous-chapitre 3

il faut se représenter la situation de celui qui se voit contraint à ouvrir l'action en libération. Cette situation s'est "notablement détériorée" ou "un autre juste motif rend son engagement incompatible avec les règles de la bonne foi". Il y a donc presque toujours péril en la demeure et il est souvent impossible pour le demandeur d'attendre que le tribunal ait rendu son jugement pour se libérer, partiellement au moins, d'entraves qui pourraient le conduire à la ruine. Les mesures provisionnelles ne parviennent pas toujours à tenir compte de nécessités urgentes. Le demandeur peut ne pas être parvenu à bénéficier de mesures provisionnelles.

Parmi les conséquences de l'effet rétroactif, on peut citer le fait que les prestations pécuniaires du demandeur cessent d'être dues au moment de l'introduction de la demande ou peuvent être répétées si elles ont été faites. D'autre part, le demandeur a droit à la restitution de la part du patrimoine commun qui lui revient en vertu du contrat, des statuts ou du jugement lui-même dès l'introduction de la demande, c'est-à-dire qu'il pourra exiger le paiement des intérêts de la somme dont il s'agit à compter de cette date.

Le juge peut, dans des cas exceptionnels, renoncer à conférer l'effet rétroactif au jugement: "Es sind Fälle denkbar, wo die Kartellbindung beidseitig während des Prozesses andauern muss und eine Rückwirkung entweder praktisch nicht möglich ist oder nicht tunlich erscheint" (1). Il peut arriver que l'activité du demandeur ne puisse s'exercer, jusqu'à la fin du procès, que dans le cadre du respect mutuel des obligations cartellaires.

(1) SCHUERMANN, Kommentar, page 124

C'est le cas pour les cartels qui entretiennent des laboratoires de recherche scientifique ou pour ceux dont l'organisation de la distribution ou de la vente dépend entièrement d'organes communs, le demandeur ne pouvant réorganiser son activité du jour au lendemain. Le cartel n'a pas le droit de rompre tous les liens qui le liaient au demandeur et de ne plus exécuter ses obligations - une telle attitude serait d'ailleurs étrange de la part du cartel qui conteste le droit à la libération. Inversement, il serait inéquitable de libérer le demandeur de toutes obligations pour une période pendant laquelle il a joui des avantages que lui procurait sa participation au cartel. L'effet rétroactif sera sans doute accordé lorsque le cartel repose sur une organisation simple, alors qu'il sera refusé lorsque la sortie immédiate est impossible et que le demandeur, avant de pouvoir renoncer à l'organisation cartellaire, devra créer l'infrastructure qui servira de base à son activité indépendante.

L'article 12 donne au juge un moyen efficace de tenir compte des besoins des parties au procès, de sauvegarder la personnalité économique du demandeur quand le besoin s'en fait sentir et de tenir compte des exigences du principe de la bonne foi.

III. LES MESURES PROVISIONNELLES

L'article 16 prévoit que l'article 10 concernant les mesures provisionnelles est applicable "aux contestations relatives à des engagements à caractère de cartel".

L'article 10 renvoie lui-même à la loi sur la concurrence déloyale. Il convient de rappeler ici que les mesures provisionnelles sont de la compétence des tribunaux étatiques, sauf si les parties se soumettent volontairement aux mesures provisionnelles proposées par le tribunal arbitral (article 26 du concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969).

Le Conseil fédéral a justifié comme suit ce qui faisait alors l'objet de l'article 9 du projet : "Les mesures provisionnelles constituent un moyen de procédure assurant la sauvegarde provisoire des prétentions de droit privé. Comme il s'écoule souvent un laps de temps considérable jusqu'au jugement, le juge ordonnera, à la requête de l'une des parties, les mesures nécessaires selon la voie de la procédure sommaire. Dans le cas d'entraves à la concurrence, on peut craindre en particulier que le demandeur ne subisse un préjudice difficilement réparable avant le jugement de la cause "(1).

L'avant-projet avait prévu, en son article 9 également, une réglementation plus détaillée qui s'inspirait des règles de la loi sur la concurrence déloyale. Il s'est avéré inutile de s'écarter de dispositions qui ont fait leurs preuves depuis fort longtemps et le Conseil fédéral proposa le renvoi auquel les Chambres donnèrent leur accord. Il faut louer cette décision quant au fond tout en se demandant si, quant à la forme, il n'eut pas été préférable de reprendre les articles 9 à 12 de la loi sur la concurrence déloyale et de les incorporer à la loi, avec les quelques adaptations terminologiques nécessaires.

(1) FF 1961 II, page 588

Les avantages qu'offre l'identité des deux réglementations se manifestent surtout au niveau de la pratique. Elle facilite la tâche du praticien qui, de par la parenté des deux domaines, aura à requérir des mesures provisionnelles sur la base des deux lois et, tout en lui évitant les risques de confusion, met à sa disposition la doctrine publiée dans les deux domaines.

Le législateur n'a pas unifié la totalité de la procédure de mesures provisionnelles en matière de cartels (et de concurrence déloyale). Il n'a fait qu'exiger que les cantons mettent à la disposition des intéressés la voie de la procédure sommaire, les laissant libres d'organiser celle-ci comme ils l'entendaient, dans la mesure tout au moins où l'application des règles fédérales n'est pas rendue impossible.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi, les mesures provisionnelles se sont révélées, à plusieurs reprises, fort utiles à la protection de la personnalité économique (1). Il est vrai qu'elles n'ont pas encore été utilisées dans un procès relatif aux articles 11 et suivants, mais leur application serait identique et elles exerceraient le même effet protecteur à l'égard des membres des cartels.

C'est lorsque le cartel aura pris des mesures destinées à entraver la concurrence d'un de ses membres (discriminations en matière de prix, boycott, etc...) que les mesures provisionnelles seront le plus utiles. Mais alors, la tâche du juge sera particulièrement délicate, car il ne pourra se fonder sur l'illicéité de principe de toute entrave et partir de la présomption que la seule existence d'atteintes atteste leur caractère notable (2).

(1) (2) SCHUERMAN, Durchführung, page 80;
RO 96 I 297, Denner.

Il ne sera possible d'accorder les mesures requises que si la victime des entraves rend vraisemblable que celles-ci dépassent, par leur nature ou leur intensité, le degré autorisé par l'article 14. Si une action en libération a été introduite, le demandeur pourra rendre vraisemblable qu'une libération immédiate le mettra à l'abri de dangers impossibles à écarter autrement.

Plus la situation semblera sérieuse, plus le dommage que le demandeur risque de subir sera important, moins le juge devra faire preuve de sévérité quant à l'interprétation de la notion de vraisemblance. "Glaubhaftmachen ist nicht beweisen" (1).

*

(1) VON BUEREN, Kommentar, page 205

SOUS-CHAPITRE 3 : LES CONDITIONS DE SORTIE
INADMISSIBLES

L'article 13 paraît simple. Aucun auteur ne s'est arrêté longuement à cette disposition dont le second alinéa ne fait qu'appliquer à tous les cartels la règle de l'article 842 alinéa 3 du Code des obligations.

Mais deux problèmes méritent un examen plus approfondi: les rapports de l'article 13 avec l'article 12 et l'interprétation des mots "visant principalement des fins semblables à celles des cartels". L'avis de la Commission des cartels sur le marché du lait (1) a montré que l'application de l'article 13 n'était pas aussi simple qu'il ne paraissait à première vue et que la réglementation privée pouvait subir les interférences de règles de droit public.

I. L'INDEMNITE DE SORTIE

"Aucune indemnité de sortie ne peut être exigée de la personne dont les engagements à caractère de cartel prennent fin ou qui sort d'une association visant principalement des fins semblables à celles des cartels" (article 13, alinéa 1). Le Conseil fédéral a proposé aux Chambres l'interdiction de l'indemnité de sortie parce qu'elle aurait cons-

(1) PCSC 1969, pages 83 et suivantes

titué "un obstacle à la sortie d'un cartel". (1).

L'article 13 constitue une disposition spéciale par rapport à l'article 842 du Code des obligations qui autorise de telles indemnités. En cas de collision, c'est celui-là qui l'emporte. Il est difficile de déterminer l'importance pratique du premier alinéa de l'article 13. La Commission d'experts avait déclaré qu'il était assez rare que l'on prévoie une indemnité de ce genre (2). Le fait que les coopératives laitières utilisent les indemnités de sortie pour assurer la cohésion de leurs membres pourrait faire penser que de telles pratiques ne sont peut-être plus aussi rares qu'au moment où la Commission a élaboré son rapport. De plus, il peut arriver que les cartels cherchent à éluder l'article 13 alinéa 2 en utilisant des indemnités déguisées.

Le premier alinéa constitue un relâchement sensible de la contrainte interne. Il tient compte des différences évidentes entre la situation du membre d'un cartel et celle d'un associé dans une société coopérative ne visant pas des buts cartellaires. La liberté économique du premier est plus restreinte et ses intérêts peuvent cesser plus rapidement de correspondre à ceux des autres membres. Mais le législateur est allé au-delà des seules nécessités d'une protection efficace des droits de la personnalité, car celle-ci aurait pu s'accommoder d'une réglementation semblable à celle de l'article 842 alinéa 2 du Code des obligations (assortie d'une interprétation stricte de la notion de "sérieux préjudice"). C'est en partie au nom de la concurrence possible que le législateur a levé un obstacle à la sortie

(1) FF 1961, II, page 591

(2) Rapport de la Commission d'experts, page 15

des cartels. L'intérêt général l'a emporté sur celui des cartels à s'assurer que la sortie d'un membre ne leur cause pas un trop grand préjudice. C'est, en d'autres termes, le législateur qui a procédé à la pesée des intérêts en présence et qui a opté en faveur de la protection de la personnalité et de l'intérêt général.

Pour savoir si, dans un cas particulier, on a affaire à une indemnité de sortie, il faut examiner la nature de l'indemnité, sans s'attacher aux dénominations erronées qu'auraient pu employer les parties. Il est indispensable d'éviter que les cartels n'imposent des indemnités de sortie déguisées à leurs membres. Peu importe, notamment, le moment où la somme est versée. Si la finance d'entrée n'est pas destinée à couvrir les dépenses du cartel et si sa restitution est prévue en cas de dissolution, le refus de la restituer au membre sortant peut équivaloir à une indemnité de sortie. Il en ira parfois de même pour le droit à une part de la fortune sociale. Celle-ci peut, en effet, être composée de telle façon que le refus d'en restituer une partie soit assimilable à une indemnité de sortie. La création de réserves manifestement disproportionnées aux besoins du cartel pourrait constituer un indice dans ce sens.

Le premier alinéa de l'article 13 ne s'applique qu'à la personne "qui sort d'une association visant principalement des fins semblables à celles des cartels". Que faut-il entendre par "association" ? Le terme ne recouvre-t-il que la personne morale réglementée par les articles 60 et suivants du Code civil ou a-t-il un sens plus général qui engloberait toutes les formes que les cartels peuvent revêtir ?

La Commission des cartels a opté pour la seconde interprétation; parlant des indemnités de sortie prévues par les sociétés coopératives laitières, elle a utilisé le terme "association" (1) dans un sens très large:

"Quand il a proscrit une telle clause dans un cartel, le législateur a certainement eu en vue une association instituant entre ses membres des restrictions de concurrence de pur droit privé, tendant à la réalisation de fins d'intérêt privé" (2).

Cette interprétation est préférable; elle évite que l'existence d'un but cartellaire accessoire et de peu d'importance ne permette aux membres d'une société coopérative, par exemple, de refuser le paiement d'une indemnité de sortie.

Dans son avis sur le marché du lait, la Commission des cartels a dû se prononcer sur la licéité des indemnités de sortie prévues par les sociétés coopératives laitières. La Commission a constaté que le but des sociétés était conforme à l'article 828 du Code des obligations: "Sous cet angle, les producteurs de lait ne font qu'utiliser une possibilité offerte par la loi de favoriser par une action commune, des intérêts économiques" (3). Le but n'en est pas moins également cartellaire: "Cependant, l'obligation qu'assument collectivement les producteurs de livrer tout le lait de leurs vaches à leur coopérative, en s'abstenant de l'utiliser dans leur propre exploitation au-delà des besoins du ménage et de l'engraissement du jeune bétail de la ferme, constitue en même temps un engagement cartellaire". (4).

(1) En allemand: "Verband" et non "Verein"

(2) PCSC 1969, page 101

(3) (4) PCSC 1969, page 100

L'obligation de ne livrer qu'à la coopérative a le même but que le droit administratif: assurer le ravitaillement du pays en lait et en produits laitiers. De plus, la restriction de droit privé "est complétée par une série de restrictions de concurrence de droit public concernant l'obligation de livrer aux centres collecteurs, la fixation du prix, la détermination du mode d'utilisation" (1).

La Commission a déduit de la coexistence de réglementations privées et publiques ayant des buts semblables que "la réserve des prescriptions de droit public de l'article 23 alinéa 2... s'oppose à ce que l'on applique l'interdiction pure et simple de l'indemnité de sortie" (2). On peut se demander si des arguments tirés uniquement de l'esprit du droit administratif autorisaient une dérogation à l'article 13 et s'il n'aurait pas été préférable d'examiner dans quelle mesure les buts cartellaires des coopératives n'étaient pas qu'accessoires - et cela d'autant plus que les particuliers ne peuvent guère exercer une influence sensible sur le marché du lait.

Qu'une autre solution ait peut-être été possible ne diminue pas l'importance de l'avis sur le marché du lait qui met l'accent sur l'unité de l'ordre juridique et implique que l'on tienne compte de toute la réglementation, tant privée que publique, du domaine auquel doit être appliquée la loi sur les cartels.

(1) PCSC 1969, page 100

(2) PCSC 1969, page 101

II. L'INTERDICTION DE RENDRE LA CESSATION DES
ENGAGEMENTS DIFFICILE A L'EXCES

Selon l'article 13 alinéa 2, "le cartel ne doit pas rendre la cessation des engagements difficile à l'excès par la manière dont il règle les droits pécuniaires du membre sortant ainsi que les délais de dénonciation ou d'autres conditions de sortie".

Il est impossible de juger, en dehors de cas concrets, si des mesures destinées à rendre la sortie difficile sont excessives (1). Une minutieuse pesée des intérêts du cartel et du membre sortant est indispensable. La jurisprudence et la doctrine relatives aux articles 942 et 843 du Code des obligations pourront servir à l'interprétation de l'article 13 alinéa 2 puisque celui-ci constitue une extension de ceux-là à tous les cartels, quelle que soit leur forme juridique.

Sous cet aspect-là, l'article 13 alinéa 2 sera surtout utile aux membres sortant qui réclament une part de la fortune sociale (2).

L'article 13 alinéa 2 a un autre aspect, extrêmement important, qui ne ressort pas directement de son texte: il interdit que la sortie ne soit exclue pour une longue durée. En ce qui concerne la durée des engagements cartellaires, l'article 12 n'offrirait pas une protection suffisante: un cartel peut durer des dizaines d'années sans que la position des membres ne se détériore notablement ni que d'autres justes motifs ne permettent une action en libération.

(1) SCHUERMAN, Kommentar, page 128

(2) MERZ, Kartellgesetz, page 90

Le législateur n'a pas fixé de durée maximum aux engagements cartellaires; il s'est contenté de constater que, "dans la société coopérative, le délai de cinq ans demeure la limite extrême...", ce délai pouvant naturellement "être aussi réduit par application de l'article 12" (1). La doctrine a soutenu une interprétation stricte de l'article 13, alinéa 2, selon laquelle la limite de cinq ans prévue pour les sociétés coopératives valait aussi pour les cartels revêtant une autre forme juridique (2). La Commission des cartels a adopté cette interprétation (3). Les cartels eux-mêmes peuvent naturellement durer plus de cinq ans; ce sont uniquement les membres qui doivent pouvoir se libérer de leurs engagements après cinq ans. Il va sans dire que la sortie ne s'effectue pas d'office le dernier jour de la cinquième année. Les intéressés doivent pouvoir faire usage de leur autonomie et continuer à respecter leurs engagements. Mais comment peuvent-ils exercer le droit de sortie que leur confère l'article 13 alinéa 2 ? Le contrat ou les statuts devraient prévoir un délai de résiliation pour ceux qui désirent sortir du cartel. Si tel n'est pas le cas, les candidats à la sortie devront annoncer leur intention dans un délai raisonnable, tenant compte des besoins du cartel. Une action civile n'est pas exclue. Parfois, le membre qui désire sortir du cartel et se heurte à une forte résistance, aura intérêt à faire constater son droit par le juge. Ce sera notamment le cas si le cartel a proféré des menaces de boycott.

La limite de cinq ans constitue sans doute l'une des forces centrifuges les plus importantes consacrées par la loi sur les cartels. Elle se fonde autant sur le principe de la concurrence possible que sur la nécessité de pro-

-
- (1) Message, page 592
(2) SCHUERMANN, Kommentar, page 128;
MERZ, Kartellgesetz, page 92
(3) PCSC 1969, page 92

téger la personnalité économique des particuliers. Il s'agit d'éviter que ces derniers ne se lient pour une trop longue durée et parviennent ainsi à rendre la concurrence illusoire sur le marché de certains biens ou de certains services. Le principe de la concurrence possible exige une intervention du législateur dans les rapports entre les particuliers. Interdire aux cartels de prendre des mesures discriminatoires à l'encontre des dissidents ne suffit pas: il faut, en plus, permettre à leurs membres de reprendre leur liberté après un certain temps. On ne pouvait compter sur l'article 12 pour parvenir à un tel résultat. L'intérêt public n'est pas satisfait si seuls les membres dont la situation s'est détériorée ou qui ont un autre juste motif de libération peuvent reprendre leur liberté; les membres du cartel qui ont une situation prospère sont ceux dont la dissidence est la plus favorable pour les consommateurs.

Très souvent, l'appartenance à un cartel implique une aliénation sensible de la liberté économique, aliénation dont l'admissibilité est fonction de la durée des engagements cartellaires. Dans ce sens, la limite de cinq ans est heureuse. Mais une remarque s'impose: cette durée maximum aurait été difficilement justifiable si elle ne s'était appuyée que sur la protection de la liberté économique.

La solution actuelle a quelque chose de rigide par sa façon de ne pas tenir compte des besoins du cartel et de ses membres pour fixer la durée maximum: cinq ans peuvent être trop longs pour certains cartels, trop courts pour d'autres. Dans le premier cas, l'article 12 est en mesure, à des conditions assez strictes, de permettre la libération anticipée. Dans le second cas, il ne devrait pas être absolument exclu que les engagements puissent durer un

peu plus de cinq ans. Le membre qui désire sortir du cartel pourrait commettre un abus de droit si sa liberté économique n'était que peu affectée par l'appartenance au cartel, s'il s'était engagé volontairement pour plus de cinq ans et si sa sortie devait causer un dommage sensible au cartel. Les tribunaux devraient se montrer très stricts dans l'application de ces dernières conditions. Le principe de la concurrence possible exige, en effet, que la durée de cinq ans ne soit en principe pas dépassée. La position claire adoptée par la Commission devrait inciter la plupart des cartels à ne pas exclure la sortie pour une durée supérieure à cinq ans (1).

III. LES RAPPORTS ENTRE LES DEUX ALINEAS DE
L'ARTICLE 13

Le premier alinéa constitue une disposition spéciale par rapport au second. Le législateur a voulu empêcher que la sortie ne soit rendue excessivement difficile (alinéa 2) et, dans ce but, il a notamment interdit les indemnités de sortie (alinéa 1) qui constitueraient sans doute un moyen d'assurer une cohésion très forte.

Sauf dans des cas limites, comme celui du marché du lait, le premier alinéa devrait être d'une application relativement facile. Il prohibe un acte juridique déterminé et sa violation entraîne une nullité que le juge doit constater d'office. En revanche, la situation de celui qui prétendrait avoir dû verser une indemnité déguisée est moins

(1) PCSC 1969, page 92

favorable: il a la charge de prouver le véritable caractère de la non restitution de sa finance d'entrée ou de sa part à la fortune sociale.

L'article 13 ne concerne pas les amendes conventionnelles (1). Même si leur paiement met fin aux engagements, elles ont une nature juridique propre: elles se fondent sur la faute de celui à qui elles sont imposées. Si leur montant est trop élevé et contraint indirectement les membres à se plier aux volontés du cartel (qui, par exemple, pourrait leur imposer de renoncer à sortir), l'article 13 alinéa 2 n'est d'aucun secours; seuls les articles 160 et suivants du Code des obligations permettent une réduction de l'amende.

IV. LES RAPPORTS DE L'ARTICLE 13 AVEC L'ARTICLE 12

Selon Giger, l'article 13 serait partiellement inutile; son contenu résulterait déjà, dans une large mesure, de l'article 12 (page 41). Cette interprétation prête une étendue beaucoup trop vaste à l'article 12. Celui-ci ne régit que la résiliation des rapports sociaux pour de justes motifs. En revanche, l'article 13 a une portée plus générale, puisqu'il traite de la fin des engagements cartellaires, indépendamment de sa cause. Des mesures qui rendraient la sortie difficile à l'excès ne permettraient pas, à elles seules, au membre du cartel d'obtenir sa libération. Il faudrait que le membre ait un juste motif - par exemple un changement du genre

(1) SCHUERMANN, Kommentar, page 128

d'exploitation agricole (1) -, pour pouvoir demander à être libéré des engagements cartellaires qu'il a pris et qui rendent sa sortie difficile à l'excès.

L'article 13 alinéa 2 implique la pesée des intérêts du membre sortant et du cartel alors que l'article 12 ne tient compte que des justes motifs du demandeur. La Commission des cartels est d'un autre avis (2): pour elle, l'indemnité de sortie prévue par les coopératives laitières est de nature cartellaire. Elle n'est pas soumise à l'article 13, mais à l'article 12. Pour l'application de ce dernier, la Commission propose de procéder à une pesée des intérêts et de réduire l'indemnité en la fixant "d'après les seuls critères du dommage à réparer" (3). La solution de la Commission paraît reposer sur une contradiction: pourquoi appliquer l'article 12 à une indemnité qui ne tombe pas sous le coup de l'article 13 en raison de la réserve des prescriptions de droit public? N'aurait-il pas été préférable de renoncer aussi à l'application de l'article 12 au profit de l'article 842 alinéa 2 du Code des obligations qui permet de fixer une indemnité équitable pour les deux parties? Cela aurait permis de ne pas procéder à une pesée des intérêts que l'article 12 ne requiert pas et qui paraît même contraire à son esprit.

Du point de vue pratique, l'article 13 est certainement plus important que l'article 12. Il permet à ceux qui le désirent de sortir du cartel après l'écoulement d'un certain temps; il s'applique donc à tous les membres des cartels, et pas seulement à ceux dont la position s'est dé-

(1) PCSC 1969, page 103

(2) (3) PCSC 1969, page 103

tériorée ou qui peuvent faire valoir un autre juste motif. L'article 12 a un effet dissuasif certain, mais l'action qu'il prévoit n'a encore jamais été utilisée; au contraire, l'article 13 influence ou influencera directement la création et la fin de chaque cartel.

*

SOUS-CHAPITRE 4 : LA LIBERATION DES ENGAGEMENTS A
CARACTERE DE CARTEL

I.-----INTRODUCTION

Seuls les engagements valables doivent être exécutés. Le contrat nul ne donne naissance à aucune créance. En revanche, si le juge saisi d'un litige constate que le contrat est valable, il ne peut en principe que condamner le débiteur récalcitrant à exécuter ou à payer les dommages-intérêts, sans se demander si le contrat n'est pas objectivement mauvais, illogique ou défavorable pour l'une des parties.

Mais des événements imprévisibles bouleversent parfois l'équilibre originnaire des prestations. Dans le domaine cartellaire, des changements d'ordre économique peuvent rendre tout à coup très difficile, voire impossible, le respect des engagements contractés. Comment le droit tient-il compte de ces circonstances ? Certaines législations sont dotées de règles générales qui constituent une sorte de codification de la "clausula rebus sic stantibus" des canonistes (1). En Suisse, il n'existe aucune règle semblable de portée générale. "A priori, on s'engage rebus sic non stantibus" (2). Il ne faut pas en déduire que le droit suisse ne s'est pas inspiré de la Glose des XVIème et XVIIème siècles. Au contraire, il en a tenu compte de trois façons: dans des dispositions spé-

(1) Articles 1467 à 1469 du Code civil italien;
Article 388 du Code civil hellénique.

(2) DESCHENAUX, Le Titre préliminaire, page 185.

ciales d'abord, puis en permettant aux contractants d'en éviter les risques dans leurs conventions (clauses d'indexation, par exemple), et enfin par le recours à l'article 2 du Code civil dans des cas particulièrement graves et à défaut de règles légales ou contractuelles expresses.

Parmi ces règles, lesquelles concernent-elles les obligations à caractère de cartel ?

1. Selon l'article 119 du Code des obligations, "l'obligation s'éteint lorsque l'exécution en devient impossible par suite de circonstances non imputables au débiteur". La règle est reprise, pour la société simple, par l'article 545, alinéa 1, chiffre 1 du Code des obligations, mais elle a une portée générale et vaut pour toutes les obligations cartellaires, quelle que soit la forme juridique que revêt le cartel. Les articles 119 et 545 du Code des obligations, qui doivent être interprétés de façon identique, ne peuvent mettre fin aux obligations cartellaires qu'à des conditions relativement sévères. Le Tribunal fédéral a abandonné son ancienne jurisprudence par laquelle il assimilait l'exorbitance à l'impossibilité (1). Il utilise les notions d'impossibilités subjective et objective. La première ne doit pas être confondue avec l'exorbitance qui conserve un caractère objectif et dont les conséquences économiques sont mesurables. Il y a impossibilité subjective lorsque, d'après les règles de la bonne foi en affaires, on ne saurait plus exiger du débiteur qu'il continue à respecter ses engagements (2).

(1) RO 43 II 1970; 48 II 124; 59 II 378; 68 II 172, revirement.

(2) RO 82 II 332

L'assimilation de l'exorbitance à l'impossibilité fausserait la notion d'impossibilité (1). Tout en admettant le rejet d'une interprétation trop extensive de l'article 119 du Code des obligations, on doit constater que la notion d'exorbitance a une parenté évidente avec celle de "position notablement détériorée" de l'article 12. En outre, l'absence de faute est nécessaire pour que celui dont la prestation est devenue impossible ne soit pas tenu à réparer le dommage subi par son co-contractant. Si le membre d'un cartel promet une prestation en sachant qu'il ne pourra peut-être pas la fournir, il s'expose à devoir répondre de l'inexécution (2).

Les obligations cartellaires sont rarement impossibles au sens des articles 119 ou 545 du Code des obligations. Il est presque toujours possible de respecter un prix ou un contingent, de ne vendre que dans un secteur déterminé ou de ne pas faire concurrence à ses co-contractants. Des cas tels que l'impossibilité de livrer des producteurs de matières premières sont très rares et ne donnent en principe pas lieu à des procès.

2. Le Code des obligations contient un certain nombre de dispositions qui permettent la résiliation pour de justes motifs ou des circonstances graves : articles 269 et 291 (contrat de bail); article 337,

(1) DESCHENAUX, Le Titre préliminaire, page 185.

(2) RO 88 II 195;

OFTINGER / JEANPRETRE, pages 132 à 133.

titre X modifié du Code des obligations (contrat de travail); article 373 alinéa 2 du Code des obligations (contrat d'entreprise); article 418r (contrat d'agence); article 545, chiffre 7 (contrat de société simple). Avant l'entrée en vigueur de la loi sur les cartels, le Tribunal fédéral avait ajouté les ententes cartellaires à cette liste (1). Loi et jurisprudence tiennent compte, outre des circonstances personnelles aux parties, "d'une modification imprévisible et durable de la situation" (2).

3. Dans de nombreux arrêts, le Tribunal fédéral a procédé à des interventions dans les contrats en se fondant sur l'article 2 du Code civil. Il a soumis ses interventions à diverses conditions qui n'ont, somme toute, qu'une valeur d'exemples et constituent des essais de concrétisation du principe général. Longtemps, le Tribunal fédéral ne s'est porté au secours du débiteur que si l'exécution de la prestation eût entraîné sa ruine (3). Il a ensuite parlé d'exploitation usuraire de la situation difficile dans laquelle se trouvait le débiteur (4). Le déséquilibre des prestations était parfois si grand que les juges fédéraux y ont vu un enrichissement sans cause de l'une des parties (5). Ces conditions sont sévères et ne tiennent pas compte des besoins spécifiques des cartels.

(1) RO 62 II 36; 97; DESCHENAUX, Le Titre préliminaire, page 186
(2) RO 46 II 168; 60 II 205; DESCHENAUX, Le Titre préliminaire, page 186.
(3) RO 45 II 398; 46 II 162; 48 II 247; 50 II 264; 59 II 304.
(4) RO 59 II 377
(5) RO 45 II 355; 54 II 276.

La sécurité des affaires nécessitait l'introduction d'une disposition spéciale offrant le triple avantage de la simplicité, de la rapidité et de l'efficacité. Il était aussi nécessaire d'uniformiser partiellement les dispositions relatives à la sortie pour de justes motifs du droit des sociétés et de l'association.

Le législateur a opté pour la solution suivante : "Celui qui est lié par un engagement à caractère de cartel peut demander au juge d'en être totalement ou partiellement libéré lorsque sa position s'est notablement détériorée ou lorsqu'un autre juste motif rend son engagement incompatible avec les règles de la bonne foi" (1).

II. L'ELABORATION DU TEXTE LEGAL

La Commission d'experts admit d'emblée la nécessité de ne pas rendre la sortie trop difficile. Elle se fondait sur deux arguments: d'une part, une cohésion trop forte menacerait la concurrence de paralysie et, d'autre part, la liberté des membres serait trop restreinte si des conditions de sortie très strictes pouvaient être imposées par le cartel. Les experts ont donc placé les arguments économiques avant ceux qui ont trait à la personnalité.

(1) Article 12

La Commission a examiné trois réglementations possibles:

- 1) la résiliation sans condition après l'écoulement d'un certain temps ;
- 2) la résiliation pour de justes motifs ;
- 3) l'action en libération pour de justes motifs.

Sans faire la moindre allusion au principe "pacta sunt servanda", la Commission a rejeté la résiliation sans condition. Elle a vu son principal défaut dans le fait qu'il aurait fallu prévoir une autorisation judiciaire pour les exceptions justifiées. En effet, la généralisation d'une solution semblable à celle de l'article 70 alinéa 2 du Code civil obligerait les cartels à renoncer à des buts relativement éloignés et nécessitant des investissements considérables. Du point de vue économique, les cartels qui durent longtemps ne sont pas nécessairement les plus nuisibles (les cartels de soumission, par exemple, ne durent que quelques semaines et sont souvent néfastes alors que les cartels qui se consacrent à la recherche ou la conquête de marchés étrangers, et qui doivent durer longtemps, ont parfois une importance vitale pour de nombreuses petites et moyennes entreprises). Du point de vue de la protection de la personnalité, il est impossible d'affirmer que "durée" soit synonyme d'"atteinte excessive". L'octroi d'un bref délai de résiliation n'aurait pas manqué de porter atteinte à la sécurité du droit: on crée parfois des cartels sans le savoir, en se fondant sur les dispositions qui régissent la société choisie; le cartel est souvent constitué par une multitude d'engagements dont une partie seulement a une nature cartellaire.

Au sujet de la dénonciation pour de justes motifs, la Commission a constaté que "pour la personne qui désire quitter le cartel, elle serait plus pratique que l'action en libération" (page 14). Elle a rejeté la solution par crainte que des décisions inconsidérées n'obligent le cartel à ouvrir action lui-même, ce qui n'aurait pas été désavantageux seulement pour celui-ci. Le membre qui cesserait subitement de respecter ses engagements en invoquant de justes motifs s'exposerait, si ceux-ci n'étaient pas admis par le juge, à devoir réparer le dommage causé au cartel.

L'action en libération ne présente pas ce dernier inconvénient; elle "offre au cartel une plus grande sécurité juridique - abstraction faite de la rétroactivité du jugement - et empêche les membres d'invoquer à la légèrè un juste motif pour se retirer" (1).

Le droit (formateur) à la libération ne peut être exercé que par une action formatrice et non par un acte formateur (2). L'obligation de recourir à une action formatrice est importante pour la sécurité des affaires. Il s'agit d'éviter qu'une personne modifie sans droit et par sa seule volonté l'équilibre d'un ensemble de relations contractuelles. La possibilité de requérir des mesures provisionnelles compense les inconvénients de l'action en libération, car elle permet de mettre provisoirement fin à des obligations dont l'exécution est devenue intolérable et pourrait avoir des conséquences catastrophiques.

(1) Commission d'experts, page 15

(2) Tel que celui que prévoit l'article 70 alinéa 2 du Code civil

Une minorité de la Commission aurait préféré une solution plus proche de celle du droit allemand, selon laquelle il aurait été possible de dénoncer les obligations cartellaires ou de quitter l'association pour de justes motifs. Le texte proposé a recueilli l'adhésion d'une partie des milieux intéressés. Certains avis allèrent même jusqu'à soutenir la dénonciation sans condition.

Dans son message, le Conseil fédéral n'a rien ajouté aux arguments développés par la Commission d'experts. Il a pris position en faveur de l'action en libération sans cacher que la résiliation pour de justes motifs aurait été préférée dans certains milieux. Il sera intéressant de revenir sur la valeur des arguments qui ont entraîné la décision du Conseil fédéral lors de la comparaison de l'article 12 avec le paragraphe 13 de la loi allemande.

III. LES CONDITIONS DE LA LIBERATION

Le texte légal va du particulier au général. La détérioration de la position du demandeur n'est, en effet, qu'un exemple de juste motif (1). On peut se demander pourquoi le législateur n'a pas donné davantage d'exemples de justes motifs. Celui qu'il a retenu s'avère relativement peu important puisque, depuis 1962, aucune action en libération n'a été introduite. La loi allemande, qui donne les

(1) SCHUERMAN, Kommentar, page 121

exemples de restriction excessive de la liberté économique et d'inégalité de traitement, risque moins de prêter à confusion.

Il est assez rare, en période de haute conjoncture, que l'appartenance à un cartel puisse provoquer la détérioration notable de la position d'une personne. En pratique, cela devrait se produire malgré le cartel plutôt qu'à cause de lui. Une rédaction moins vague et illustrée de plusieurs exemples aurait rendu l'article 12 plus compréhensible pour les intéressés. Dans le même ordre d'idées, le Conseil fédéral aurait dû consacrer une plus grande partie de son message à l'étude des justes motifs. Il n'est pas indifférent que ceux qui adhèrent à un cartel sachent dans quelles circonstances ils pourraient se libérer de leurs engagements. Or, le texte légal ne leur est pas d'un grand secours. A quel moment les justes motifs doivent-ils s'être manifestés pour pouvoir être invoqués dans une action en libération ? Le juste motif doit-il nécessairement être postérieur à la création du cartel ou à l'entrée du membre qui l'invoque ?

La version allemande du projet de la Commission d'experts était plus précise que le texte définitif : "oder sonst ein wichtiger Grund eintritt". Selon Schürmann, le changement de rédaction n'a pas modifié le sens de l'article 12 : "Bei der Aenderung, die die bundesrätliche Fassung brachte ("vorliegt"), war offenbar einzig eine Anpassung an die Terminologie des Art. 352 Abs. 2 OR, wo vom Vorhandensein eines wichtigen Grundes die Rede ist, beabsichtigt". (1).

(1) SCHUERMAN, Kommentar, page 123

Faut-il en conclure que les justes motifs doivent être postérieurs à la création du cartel ou à l'entrée du membre concerné ? C'est l'opinion de Hirsch : "à notre avis, cette demande ne doit être admise que lorsqu'un membre déterminé d'un cartel est dans une situation tout à fait particulière, qui était imprévisible au moment où les engagements cartellaires ont été pris (1). C'est aussi l'opinion répandue en Allemagne (2).

Toute autre solution violerait le principe de l'autonomie de la volonté et celui du respect des obligations. Le simple particulier ne serait protégé que de façon très exceptionnelle par l'article 27 du Code civil alors que le membre d'un cartel pourrait se dégager assez facilement de ses engagements pris à la légère ou dans un but spéculatif. Celui qui signe un contrat sans le lire est tenu d'exécuter ses obligations (3). Le membre du cartel qui n'a pas jugé bon d'examiner avec soin la situation économique et les effets qu'auraient ses obligations sur son commerce ou son entreprise doit en subir les conséquences, sous réserve, naturellement, de l'application de l'article 27 du Code civil.

(1) Page 48

(2) Voir ci-dessous, page 128

(3) RO 49 II 167; 64 II 355; Semaine judiciaire 1962, page 129; PIOTET, page 160.

IV. LES JUSTES MOTIFS

A. La détérioration notable de la position d'un
membre du cartel

Le projet parlait de "position juridique". L'abandon de l'adjectif est heureux, car il aurait fallu lui donner un sens bien large pour pouvoir le faire englober, avant tout, la position économique. Les particuliers n'auraient pas compris le sens du terme "juridique" et se seraient peut-être montrés encore moins enclins à se servir de l'action en libération.

a) La notion de détérioration

Litttré définit ainsi le verbe "détériorer": "rendre pire, gâter". Il en donne l'exemple suivant, tiré de Vauban: "Faire une imposition sur les ... marchandises, telle que le commerce la pourrait supporter sans être altéré ou détérioré". La loi sur les cartels n'a donc pas innové en employant le terme "détérioré" dans le domaine économique.

Dans la première acception, "détérioré" implique qu'une situation mauvaise devient pire alors que, dans la seconde, la position de départ pouvait être bonne. Le terme "aggraver" est trompeur, car il ne recouvre que la première acception. Que la Commission d'experts (1) ait utilisé le terme "aggravé" dans son rapport ne saurait permettre une interprétation restrictive du terme

(1) Commission d'experts, Rapport page 14

"détérioré" de l'article 12, d'autant moins que le projet de la même Commission contenait le verbe "altérer" qui, toujours selon Littré, signifie "Changer une chose de bien en mal", et recouvre donc uniquement la seconde acception de "détériorer" !

Pour savoir s'il y a eu détérioration, il faut connaître l'évolution de la situation du demandeur. Peu importe qu'elle ait été florissante ou mauvaise au moment de l'adhésion au cartel. Il suffit que le demandeur prouve qu'il vend moins, que ses profits baissent ou que ses déficits augmentent, qu'il ne peut plus offrir des services ou des produits de même qualité ou qu'il n'est plus en mesure de résister à la pression des dissidents ou des concurrents étrangers.

Pour se prononcer sur le bien-fondé de l'action, le juge doit connaître l'évolution de l'ensemble de la position du demandeur. La seule diminution des ventes, par exemple, n'implique pas nécessairement une détérioration; elle peut être compensée par une augmentation des prix ou par une baisse du prix des matières premières.

Une détérioration passagère n'entre pas en considération s'il est possible d'y remédier dans un délai raisonnable et dans le cadre du cartel.

On conçoit mal que le juge puisse souvent se passer d'une expertise pour déterminer s'il y a bien eu détérioration durable. Sa tâche exige une analyse approfondie de la situation du demandeur à la lumière de principes d'économie d'entreprise complexes que le juriste a fréquemment de la peine à appliquer seul.

b) Le caractère notable de la détérioration

"Notable" (erheblich), a été employé par le législateur aux articles 4 et 12 de la loi. En bonne logique, le même terme ne devrait revêtir qu'un seul sens dans la même loi. C'est ce que Schürmann avait pensé: "Der Ausdruck "erheblich" ist gleich zu verstehen wie in Art. 4 KG. Es muss sich um eine ins Gewicht fallende Veränderung der Stellung handeln, so dass die weitere Einhaltung der Bindung unzumutbar wird" (1).

Cela aurait impliqué une interprétation assez restrictive du terme "notable" de l'article 4. Or, le Tribunal fédéral a fait le contraire: "Dass eine so unbedeutende Schmälerung des Bruttogewinnes die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Klägerin erheblich zu beeinträchtigen vermöge, kann selbst dann nicht angenommen werden, wenn man den Begriff "erheblich" sehr weit fasst, d.h. jede nicht ganz geringfügige Behinderung darunter zieht." (2). Admettre facilement le caractère notable d'une atteinte est conforme à l'esprit de l'article 4. Une autre interprétation pourrait faire s'effondrer tout l'édifice de la loi. En revanche, les conditions d'application de l'article 12 doivent nécessairement être plus sévères. Le mot "détérioration" n'est d'aucun secours; il ne contient aucun élément quantitatif; il peut s'agir d'une aggravation ou d'une altération minimes, à peine perceptibles.

Hirsch exige à juste titre "une situation tout à fait particulière" (3) pour que l'action en libération puisse être admise. Le juge ne devrait pas donner raison

(1) SCHUERMANN, Kommentar, page 122
(2) RO 91 II 319
(3) HIRSCH, page 48

au demandeur en constatant simplement que la détérioration n'est pas minime. Au contraire, la preuve d'une détérioration sérieuse doit être apportée. Il faut qu'en vertu des règles de la bonne foi, il ne soit raisonnablement plus possible d'exiger que le demandeur continue à respecter ses engagements cartellaires. Certes, le membre du cartel n'a pas besoin d'attendre que sa ruine ou sa faillite soient imminentes pour ouvrir action. Il lui faut cependant prouver que sa position deviendrait très mauvaise sans la libération; en d'autres termes, il lui faut démontrer qu'il se trouve sur une pente qui, si elle ne conduit pas à la ruine, permet au moins de prévoir de graves difficultés.

Interpréter le terme "notable" comme à l'article 4 reviendrait à porter atteinte à l'essence même du contrat. Les engagements cartellaires ne lieraient que pour les bons jours ou, en tout cas, tant que leurs effets négatifs éventuels ne seraient que minimes. Personne ne défend une telle interprétation.

Le paragraphe 13 de la loi allemande est rédigé d'une façon beaucoup plus simple que l'article 12 de la loi suisse. Le législateur suisse aurait pu adopter une rédaction semblable, malgré son choix de l'action en libération. En effet, "notablement" et "incompatible avec les règles de la bonne foi" constituent des notions déjà contenues dans celles de "justes motifs". Au surplus, la seconde notion contient entièrement la première: une détérioration rendant l'engagement incompatible avec les règles de la bonne foi est nécessairement notable.

B. Les autres justes motifs

Il est évidemment impossible d'en donner une liste exhaustive, car toute circonstance qui rend un engagement contraire aux règles de la bonne foi peut être prise en considération. La libération doit être accordée dès qu'il n'est raisonnablement plus possible d'exiger du membre qu'il continue à respecter ses engagements (1).

a) L'inégalité de traitement

Les organes ou la majorité des membres du cartel peuvent avoir intérêt à prendre des mesures discriminatoires à l'encontre de certains membres. La formation de groupes antagonistes est difficilement évitable lorsque, la situation ayant changé depuis la création du cartel, les intérêts deviennent divergents.

Il ne faut pas oublier que les membres d'un cartel horizontal sont des concurrents virtuels.

L'accord cartellaire durable ne peut pratiquement pas se passer de décisions d'application. Et, même si l'article 11 interdit qu'un organe puisse imposer de nouvelles obligations cartellaires, il est presque toujours possible de défavoriser un ou plusieurs membres, lors de la fixation de nouveaux contingents, par exemple.

(1) RO 61 II 194

"Da das Kartellrecht wie auch das Gesellschaftsrecht vom Grundsatz der Gleichbehandlung aller Mitglieder getragen wird...., liegt ein wichtiger Grund stets dann vor, wenn Massnahmen getroffen werden, die ein einzelnes Mitglied schädigen" (1). Cela vaut aussi pour le droit suisse et, bien que les travaux préparatoires n'y fassent pas allusion, l'inégalité de traitement devrait constituer un des justes motifs les plus souvent invoqués.

La doctrine et la jurisprudence admettent que l'inégalité de traitement soit invoquée à titre de juste motif dans le cadre du droit des personnes morales (2). Il doit en aller de même en droit des cartels. En effet, tous les justes motifs que l'on est en droit d'invoquer dans le cadre des sociétés ou de l'association (les formes juridiques que peuvent revêtir le cartel) doivent être admis lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 12.

L'inégalité de traitement n'implique pas de préjudice. Elle peut consister en un avantage inférieur à celui que le cartel procure aux autres membres. Il suffit que le cartel ait agi intentionnellement et qu'il ait refusé de modifier son attitude pour que le juge ne puisse plus exiger que le demandeur continue à faire partie du cartel.

(1) MULLER-GRIES-GIESSLER, numéro 3 ad paragraphe 13
GWB

(2) RO 67 II 162; 24 II 199; 20, 597;
La Société Anonyme Suisse, 13, page 46;
F. von STEIGER, Aktiengesellschaft, page 336;
W. von STEIGER, No. 17 ad article 820 du Code
des obligations;
SIEGWART, No. 31 ad article 547 du Code des obligations.

b) Atteinte excessive au droit au libre développement de la personnalité économique

En général, de telles atteintes résultent des engagements cartellaires eux-mêmes et sont soumises à l'article 27 du Code civil. Si de telles atteintes n'ont pas une intensité suffisante pour que l'engagement soit déclaré nul, le membre du cartel ne peut les invoquer par la voie de l'article 12 : il en connaissait, ou aurait dû en connaître, la portée au moment où il s'est engagé.

Il peut cependant arriver que des changements imprévisibles enlèvent toute ou presque toute liberté économique aux membres du cartel (apparition de biens de substitution, impossibilité de choisir entre plusieurs fournisseurs, perte de la faculté de s'étendre sur de nouveaux marchés, etc...). Sans que les parties l'aient voulu, on en arrive alors à une aliénation contraire aux moeurs de la liberté d'un ou de plusieurs membres, qui est susceptible de constituer un juste motif au sens de l'article 12. Ce dernier permet d'invoquer tous les justes motifs et n'a pas un caractère subsidiaire par rapport aux dispositions analogues du Code civil ou du Code des obligations.

c) Disparition d'éléments jugés essentiels lors de la création du cartel

Il peut arriver que des changements importants n'affectent pas la liberté économique des membres dans une mesure inadmissible mais n'en modifient pas moins le sens du cartel (1).

(1)

RO 61 II 194.

Les cartels "enfants de la misère" constituent un exemple frappant d'une telle évolution: la haute conjoncture les rend inutiles, voire dangereusement statiques.

La sortie d'un membre important, dont le passage à la dissidence enlève sa raison d'être au cartel, peut aussi constituer un juste motif (1). "Beim Mitglied kann als wichtiger Grund.... in Frage kommen... ganz allgemein ein Wegfall der Voraussetzungen, die nach Auffassung beider Teile für die Mitgliedschaft nötig sind" (2). Le droit allemand admet aussi de tels justes motifs (3).

d) Impossibilité

L'impossibilité d'atteindre le but cartellaire constitue un juste motif au sens de l'article 12. Schürmann prévoit l'application de l'article 119 du Code des obligations plutôt que l'action en libération (4). Mais, quelle que soit la forme que revête le cartel, l'impossibilité constitue un juste motif qu'il est possible d'invoquer sans se fonder sur l'article 119 du Code des obligations (5). Le demandeur n'a pas à se référer expressément à l'article 119 du Code des obligations. En revanche, les juges devront s'inspirer de la

-
- (1) W. von STEIGER, No. 17 ad art. 820 CO
(2) GERWIG, page 245
(3) HELM , page 34
(4) SCHUERMANN, Kommentar, page 123
(5) W. von STEIGER, No. 15 ad art. 820 CO;
SIEGWART , No. 29 ad art. 547 CO.

jurisprudence et de la doctrine relatives à cette dernière disposition.

e) Profondes divergences de vue et manque de confiance

Dans les cartels, la confiance joue un rôle essentiel. Les membres doivent s'entendre sur les buts et sur la manière de les atteindre. Il n'est naturellement pas possible d'exiger que des concurrents virtuels se fassent aveuglément confiance et partagent toujours les mêmes avis. Cependant, dans certains cas, le manque de confiance atteint une si grande intensité qu'on doit accorder aux membres qui le désirent la possibilité de sortir du cartel. C'est notamment le cas lorsque certains membres ou la direction violent le contrat ou les statuts, ne recherchent que leur propre avantage, donnent des indications inexactes sur l'état de la société, abusent de l'inexpérience des autres membres (1). Il n'est alors plus possible d'exiger qu'un membre continue à abandonner une partie de sa liberté au profit de ses associés ou de ses cocontractants.

Il arrive que les personnes à qui la direction est confiée ou la majorité des membres se montre incapable de mener à bien leur tâche (par inexpérience, par manque des connaissances requises, par légèreté, voire par mauvaise volonté). Ces circonstances peuvent aussi constituer de justes motifs (2).

-
- (1) W. von STEIGER, No. 17 ad art. 820 CO;
SIEGWART, No. 31 ad art. 547 CO.
- (2) W. von STEIGER, No. 16 ad art. 820 CO;
F. von STEIGER, Aktiengesellschaft, page 336;
MUELLER-GRIES-GIESSLER, No. 4 ad paragraphe
13 GWB.

V. LA LIBERATION TOTALE OU PARTIELLE

L'article 12 al. 2 prévoit que : "le juge ne peut ordonner la libération partielle que s'il peut admettre que les parties se seraient liées même en l'absence des clauses attaquées".

Merz n'attache pas beaucoup d'importance à cette disposition ni à celle du 3ème alinéa: "Es handelt sich hier um Ausnahmemöglichkeiten, die vermutlich wenig praktische Bedeutung besitzen" (1). En effet, la libération partielle ne peut être imposée d'office par le juge: "l'action peut être limitée à la libération partielle des engagements (2). On peut admettre, avec Schürmann (3) que cette solution est objectivement préférable à celle que préconise Giger (4) et qui prévoit l'application d'office des 2ème et 3ème alinéas de l'article 12. Même s'il fallait absolument résoudre le problème par voie d'interprétation analogique, ce qui ne paraît pas être le cas en raison de la position claire adoptée par le Conseil fédéral, il serait préférable de faire appel à l'article 6, al. 2 de la loi sur les cartels, plutôt qu'à l'article 205, alinéa 2 du Code des obligations.

La procédure en libération partielle diffère sensiblement de la procédure en libération totale. Dans celle-ci, le demandeur peut se contenter de prouver qu'

-
- (1) MERZ, Kartellgesetz, page 89
(2) Message du Conseil fédéral, FF 1961, II, p. 591
(3) SCHUERMAN, Kommentar, page 125
(4) GIGER, page 37

il existe de justes motifs de libération. Les effets que le succès de l'action pourrait exercer sur le cartel n'importent pas; seule la position du demandeur doit être prise en considération. En revanche, le juge doit avoir une connaissance beaucoup plus complète du cartel pour ne prononcer qu'une libération partielle. Il s'agit d'abord de déterminer la volonté réelle de toutes les parties au moment de la création du cartel, ce qui n'est pas chose facile. Il faut ensuite veiller au respect du principe de l'égalité: le juge ne peut modifier les rapports entre les autres membres du cartel or, en libérant partiellement le demandeur de son engagement, il engendrerait souvent une inégalité de traitement au détriment des autres membres. On voit mal comment le juge pourrait admettre, sauf dans des cas exceptionnels, que les parties se soient liées malgré une inégalité de traitement.

VI. LA LIBERATION DES SEULES OBLIGATIONS
CARTELLAIRES

"Si le membre d'une association entend se libérer de ses engagements à caractère de cartel sans cesser d'être membre, le juge n'en décidera ainsi que si l'on peut équitablement l'exiger de l'association" (1).

Cette disposition ne devrait pas s'appliquer très souvent. Elle suppose, en effet, que les droits et les obligations de nature cartellaire puissent être séparés sans dommage pour l'association des autres droits et des autres obligations.

(1) Article 12, alinéa 3

Or, ces droits et ces obligations sont presque toujours étroitement liés et, ensemble seulement, forment un tout cohérent. En revanche, le 3ème alinéa n'exige pas une libération totale (1). C'est même en cas de libération partielle que son application se conçoit le mieux et que l'on peut équilibrer les droits et les obligations restants.

Le 3ème alinéa ne s'applique pas d'office (2). Il ne peut être appliqué que si la continuation des rapports sociaux peut équitablement être exigée du cartel et si cela n'entraîne pas une inégalité de traitement inacceptable.

VII. LA RESERVE DES DISPOSITIONS PLUS FAVORABLES

Si le 4ème alinéa n'avait pas réservé l'application des dispositions plus favorables, l'article 12 aurait constitué un resserrement de la contrainte interne, car la sortie aurait été rendue plus difficile pour certaines formes juridiques revêtues par les cartels. De plus, il aurait été contraire à l'esprit de la loi de ne pas admettre les dispositions conventionnelles plus favorables: l'autonomie de la volonté subirait une atteinte inutile, et donc inadmissible, si la loi imposait une limite minimum à la contrainte interne.

(1) SCHUERMANN, Kommentar, page 125

(2) SCHUERMANN, Kommentar, page 125

La sortie ou la résiliation pour de justes motifs est possible, quelle que soit la forme que revêt le cartel. Les articles 545 et 822 du Code des obligations prévoient une solution très semblable à celle de l'article 12, mais présentent les inconvénients de ne pas permettre au jugement d'avoir des effets rétroactifs et d'abandonner la réglementation des mesures provisionnelles à la procédure cantonale. Ils ne constituent donc pas des dispositions plus favorables au sens de l'article 12, alinéa 4.

Si l'on fait abstraction des articles 70 du Code civil, 546 et 843, alinéa 1 du Code des obligations qui concernent la sortie (et non la libération) et seront examinés à propos de l'article 13, on constate que la réserve ne concerne que l'article 843 alinéa 2 du Code des obligations et la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la sortie de l'association pour de justes motifs.

1. - L'article 843 alinéa 2 du Code des obligations prévoit que la sortie de la société coopérative est permise en tout temps "si elle se fonde sur de justes motifs". Les justes motifs qui peuvent être invoqués sont semblables à ceux dont il a été question ci-dessus; il n'est pas nécessaire de revenir sur leur nature et sur les conditions auxquelles ils sont soumis.

L'article 843 alinéa 2 constitue une disposition plus favorable que l'article 12, car il permet à l'associé de faire valoir ses justes motifs par

une déclaration unilatérale de volonté, par un acte formateur (et non pas une action formatrice telle que celle de l'article 12 de la loi sur les cartels). "Il est normal que l'associé qui se retire pour de justes motifs puisse exercer son droit de sortie immédiatement. Seul le juge décidera, en cas de contestation, si l'attitude de l'associé était justifiée. Si l'administration fait opposition avant que la radiation soit opérée, le préposé, par application de l'article 32, alinéa 2 de l'ordonnance sur le registre du commerce, impartira à la société un délai suffisant d'après la procédure cantonale pour obtenir du juge une ordonnance provisionnelle. Si le juge n'interdit pas l'inscription dans ce délai, le préposé y procédera".
(1).

C'est au cartel qu'incombe le fardeau de la preuve, puisque c'est lui qui joue le rôle de demandeur. Mais l'inexistence d'un fait s'avère toujours très difficile à prouver et il serait contraire à la bonne foi de permettre au défendeur de rester passif. La jurisprudence exige du défendeur qu'il collabore à l'administration des preuves (2). L'associé qui désire quitter la société devra donc indiquer quels sont ses justes motifs et, dans le cas où cela s'avère indispensable, en apporter la preuve. La position du membre sortant n'est pas beaucoup plus favorable que dans le cadre d'un procès en libération; elle lui

(1) F. von STEIGER, Droit coopératif, page 124

(2) RO 74 IV 94; 66 II 147.

permet cependant d'éviter certains des inconvénients attachés à la qualité de demandeur (plaider au for du défendeur, notamment).

La sortie pour de justes motifs prend immédiatement effet (1). L'opinion selon laquelle l'article 844 du Code des obligations s'appliquerait malgré l'existence de justes motifs (2) est erronée. Le Tribunal fédéral interprète l'article 843 du Code des obligations de la façon suivante: "Diese Bestimmung beruht auf dem Gedanken, dass man sich von einer auf längere Sicht eingegangenen Bindung doch mit sofortiger Wirkung soll befreien können, wenn die Umstände das weitere Verbleiben im betreffenden Rechtsverhältnis unzumutbar machen" (3). Pour Gerwig, ce sont les principes généraux du droit qui exigent que l'article 843 alinéa 2 du Code des obligations s'applique aussi au délai de dénonciation. Cet auteur ajoute, à juste titre, que si le délai est très bref ou touche à sa fin, on pourra souvent exiger de l'associé qu'il en attende l'expiration (4).

2. - Selon l'article 70 du Code civil, "chaque sociétaire est autorisé de par la loi à sortir de l'association, pourvu qu'il annonce sa sortie six mois avant la fin de l'année civile ou, lorsqu'un exercice administratif est prévu, six mois avant la fin

(1) F. von STEIGER, Droit coopératif, page 124
(2) BROSSET & SCHMIDT, Tome III, page 174;
ROSSEL, Code des obligations annoté, 10ème édition,
page 382
(3) RO 89 II 153; dans le même sens: RO 71 II 194.
(4) GERWIG, page 245

de celui-ci". La sortie immédiate pour de justes motifs n'a pas été prévue par le code. Mais, dans un arrêt du 5 juillet 1945 (1), le Tribunal fédéral a jugé que le droit de sortie immédiate devait être accordé au membre d'une association comme à celui d'une société coopérative. La sortie pour de justes motifs doit être admise lorsqu'il s'avère impossible d'exiger que le membre continue à faire partie de l'association jusqu'à la fin du délai de dénonciation: "Angesichts des sehr persönlichen Charakters der Vereinsmitgliedschaft lässt die Rechtsprechung mit Recht auch den sofortigen Austritt wegen wichtigen Gründen zu, das heisst bei Vorliegen von Tatsachen, die es dem Mitglied unter gar keinen Umständen mehr zumutbar lassen, dem Verein wenigstens bis zum Ablauf der ordentlichen Austrittsfrist anzugehören" (2). Les cartels qui revêtent la forme d'association ne se caractérisent pas toujours par le caractère personnel des rapports sociaux; les buts économiques peuvent être prédominants. Cela ne supprime pas le droit de résiliation pour de justes motifs qui a été reconnu pour l'association en tant que telle et non pour certaines sortes d'associations.

La réserve de l'article 12 alinéa 4 donne aux membres de la majorité des cartels la possibilité de choisir la sortie immédiate plutôt que l'action en libération. Il paraît peu probable qu'un associé qui jugerait avoir de justes motifs de sortie choisisse l'action de l'article 12 et prenne le risque de se voir refuser les

(1) RO 71 II 194

(2) HEINI, II, page 553

mesures provisionnelles requises. Certes, l'associé s'expose au risque que le juge constate l'inexistence de justes motifs. Mais les particuliers répondent de leurs actes et le droit n'a pas à les empêcher de prendre les risques d'un procès sous prétexte qu'il pourrait leur en cuire.

VIII. LE DROIT ALLEMAND

L'article 8 de la loi allemande de 1923 prévoyait déjà la résiliation immédiate pour de justes motifs. Selon la même disposition le cartel pouvait, dans un délai de deux semaines, exiger que les tribunaux cartellaires se prononcent sur la licéité de la résiliation. Ces tribunaux se sont surtout fondés sur des critères qui ressortissent au droit de la personnalité: "Als wichtiger Grund galt nach Par. 8 Abs. 2 immer die Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Kündigenden, insbesondere hinsichtlich Erzeugung, Absatz oder Preisgestaltung" (1).

La loi du 27 juillet 1957 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) n'est pas fondamentalement différente de celle de 1923. Elle prévoit la résiliation pour de justes motifs avec la faculté, pour le cartel, d'ouvrir action dans un délai de quatre semaines afin d'obtenir que la résiliation soit déclarée nulle par le tribunal (2).

(1) MUELLER-GRIES-GIESSLER, No. 1 ad paragraphe 13

(2) Paragraphe 13 alinéa 1 GWB.

Le projet du gouvernement prévoyait l'intervention des autorités cartellaires en cas de résiliation. Les Chambres ont jugé cette procédure contraire à l'esprit de la loi : Les forces centripètes - la commission de politique économique du Bundestag utilisait l'expression "Sprengungsversuche" - ne doivent pas être renforcées par l'exigence d'une autorisation (1).

Il serait prétentieux et, au surplus, inutile de vouloir donner la liste des faits qualifiés de justes motifs par la jurisprudence et la doctrine allemandes depuis 1923. Beaucoup de justes motifs ne diffèrent pas ou presque pas de ceux que nous connaissons en Suisse. Certains peuvent faciliter l'interprétation de l'article 12 de notre loi. Mais une sorte de justes motifs mérite cependant d'être évoquée: elle est inconnue en Suisse et met en lumière l'importance conférée par le législateur allemand à l'aspect économique du droit cartellaire. La commission de politique économique du Bundestag a constaté que la situation économique avait à tel point évolué depuis 1923 que les particuliers devraient tenir compte, eux aussi, des mesures de politique économique prises par l'Etat (Massnahmen der aktiven Konjunkturpolitik). Cela entraîne la question suivante: un particulier peut-il résilier ses engagements cartellaires pour le motif que le cartel serait économiquement néfaste et l'empêcherait de prendre les mesures nécessaires (par exemple pour contribuer à la lutte contre l'inflation) ?

(1) MUELLER-GRIES-GIESSLER, No. 1 ad paragraphe 13 GWB

Répondre par l'affirmative, c'est admettre une solidarité entre les individus et l'Etat dans la contribution au bon fonctionnement du régime économique et reconnaître aux particuliers une responsabilité dans la sauvegarde du bien commun. La Commission a émis l'avis qu'on pouvait parler de justes motifs quand "eine wesentliche, bei Vertragsschluss nicht voraussehbare Aenderung der Verhältnisse, der anders als durch Kündigung nicht Rechnung getragen werden könne, eingetreten sei und die weitere Einhaltung des Vertrages bei Würdigung aller Belange nicht mehr zumutbar erscheinen lasse" (1). Bien que très prudente, la réponse est affirmative et a été jugée comme telle par la doctrine (2).

Ne peuvent constituer de justes motifs que les circonstances postérieures à la création du cartel ou à l'entrée du membre qui cherche à se libérer de ses obligations. Les conséquences des engagements qui pouvaient être prévues par une personne douée de discernement doivent être assumées. La loi ne cherche pas à faciliter la rupture arbitraire des liens contractuels (3). "Deshalb muss sich derjenige, der einem Kartellvertrag beitrifft, über die regelmässigen Wirkungen einer Kartellbindung wie auch über die besonderen Verhältnisse gerade des Kartells unterrichten, dem er beizutreten beabsichtigt, wobei es nicht nur darauf ankommt, den Inhalt der Satzungen kennen zu lernen, sondern überhaupt sich diejenigen Aufklärungen zu verschaffen, die zu einer möglichst erschöpfenden Beurteilung der Sachlage erforderlich sind". (4).

-
- (1) Ausschlussprotokoll No. 154, pages 7 à 8
(2) MUELLER-GRIES-GIESSLER, No. 1 ad paragraphe 13 GWB
(3) MUELLER-GRIES-GIESSLER, No. 5 " " "
(4) CALLMANN, page 560

IX. COMPARAISON DES ARTICLES 12 DE LA LOI SUISSE
ET 13 DE LA LOI ALLEMANDE

Si l'on tient compte du fait que, pour une bonne majorité des cartels suisses, l'article 843 alinéa 2 du Code des obligations et la jurisprudence du Tribunal fédéral permettent la résiliation avec effets immédiats pour de justes motifs, on doit constater que le droit suisse ne diffère pas beaucoup du droit allemand.

En revanche, lorsque le recours à l'article 12 est indispensable (pour environ 20 % des cartels selon la commission d'étude des prix), les différences sont plus sensibles. Le droit allemand épargne les inconvénients de l'ouverture d'une action au membre qui a de justes motifs pour se libérer de ses engagements tout en l'exposant aux risques qu'impliquerait une résiliation irréfléchie. En abandonnant l'initiative d'une action au cartel, le paragraphe 13 ne défavorise pas celui-ci de façon inéquitable et n'offre pas une prime au non respect des obligations cartellaires.

Il est curieux de constater que notre Tribunal fédéral, dans un arrêt du 10 juillet 1935 (1), a prévu pour l'ancienne société coopérative une sortie avec effets immédiats qui ressemble fort à celle du paragraphe 13 de la loi allemande. Les arguments du Tribunal fédéral sont valables pour les cartels, quelle que soit la forme juridique qu'ils revêtent : "Die Mitglieder sind nicht, oder jedenfalls nicht nur mit Kapital an der Genossen-

(1) RO 61 II 188

schaft beteiligt, sondern mit ihrer wirtschaftlichen Persönlichkeit; der Verband dient der Förderung ihres Berufes, ihrer Unternehmung, ihrer Erwerbs- und Verbrauchswirtschaft, die mehr oder weniger eng mit ihm verknüpft werden.... Daraus ergibt sich ohne weiteres die Notwendigkeit, dem Genossenschafter auf wichtige Gründe hin den sofortigen Austritt aus dem Verbände zu gewähren" (1).

Le législateur ne s'est pas inspiré de cette jurisprudence. Pour se prononcer sur son choix, il faudrait pouvoir comparer l'application de l'article 12 avec celle du paragraphe 13 de la loi allemande. Cela sera impossible tant que l'article 12 n'aura pas été appliqué. On peut tout au plus présumer que les différences ne seront pas très grandes grâce aux mesures provisionnelles et à l'effet rétroactif.

X. L'IMPORTANCE DE L'ARTICLE 12

Les effets de l'article 12 sur la contrainte cartellaire interne dépendent essentiellement de la façon dont les tribunaux interpréteront la notion de justes motifs. Une interprétation semblable à celle qui a été adoptée en droit des sociétés est souhaitable. Il n'y a pas de raisons d'accepter plus facilement la libération pour de justes motifs lorsque celui qui en fait la demande est membre d'un cartel.

L'article 12 présente cependant deux avantages par rapport aux solutions antérieures. Par l'effet rétroactif qu'il confère au jugement de libération, il tient compte des intérêts du demandeur auquel la durée du procès pourrait faire subir un dommage irréparable si l'exécution des obligations était toujours exigible jusqu'à l'entrée en force du jugement. De plus, l'article 12 offre une voie de droit ouverte à tous les cartels, indépendamment de la forme juridique choisie; cela permet aux membres d'associations ou de sociétés coopératives de choisir la sécurité (et peut-être aussi la publicité) plutôt que la rapidité et la simplicité de la résiliation avec effets immédiats.

Comment expliquer pourquoi personne n'a encore fait usage de l'article 12 ?

Deux facteurs ont sans doute joué un rôle important: la situation économique prospère (qui rend peu probable l'apparition de véritables justes motifs) et la crainte de la publicité (qui peut amener le cartel à accepter une résiliation avec effets immédiats dans les cas où la libération pourrait être exigée).

CHAPITRE V : LES FORCES CENTRIPETES

Comme l'avait fait le Tribunal fédéral, les Chambres ont admis que les cartels puissent se servir des entraves à la concurrence pour faire observer les engagements de leurs membres. Cette solution a été retenue à la suite de controverses assez vives qui n'ont pu se réaliser le succès des partisans de la réglementation actuelle qu'au tout dernier moment, lors des délibérations parlementaires. Les travaux préparatoires avaient conduit le Conseil fédéral à proposer une solution qui constituait un plus net relâchement de la contrainte interne.

L'article 14 de la loi sur les cartels est encore en butte à de nombreuses critiques. On l'accuse d'être incompatible avec une saine protection de la personnalité économique et de rompre l'unité du droit privé en réglant l'inexécution des obligations autrement que ne le fait la partie générale du Code des obligations.

Outre l'examen de ces problèmes théoriques, il conviendra de rechercher quelle est la portée pratique de l'article 14, de le situer dans l'ensemble du droit cartellaire pour déterminer ses effets sur la contrainte interne.

Il serait vain d'examiner toutes les mesures qui n'ont pas été prises pour relâcher la contrainte interne. L'une d'elles, la renonciation au registre des cartels mérite cependant un examen attentif car elle reprendrait une importance considérable si la Suisse devait un jour, d'une façon ou d'une autre, s'intégrer à la Communauté économique européenne, ou adapter son droit aux exigences du Traité de Rome.

SOUS-CHAPITRE 1 : LES ENTRAVES A LA CONCURRENCE
VISANT A FAIRE OBSERVER DES ENGA-
GEMENTS A CARACTERE DE CARTEL
(ENTRAVES-SANCTION)

I. ----- DEFINITION DES ENTRAVES-SANCTION

Les entraves-sanction peuvent être définies comme des atteintes portées à la capacité concurrentielle d'une personne, par ses associés ou cocontractants, dans le but de lui faire respecter les obligations à caractère de cartel qu'elle a violées.

A. Les atteintes

Elles résultent des "entraves à la concurrence définies à l'article 4" (article 14). Le boycott a toujours occupé une place centrale dans le droit de la concurrence. Il vient en tête dans l'énumération de l'arti-

cle 4, quoique sous un autre nom: "interdiction d'acheter et de livrer des marchandises". Il n'empêche que cette forme d'atteinte n'est pas nécessairement la plus efficace ni la plus fréquente. Plus les marchés deviennent vastes, plus les moyens de communication se développent, plus les frontières s'ouvrent (1), moins le boycott est apte à remplir sa fonction. Dans la pratique, on lui préfère souvent les discriminations en matière de prix ou de conditions d'achat, qui s'adaptent mieux aux circonstances et permettent souvent de contraindre le membre récalcitrant à respecter ses obligations sans l'inciter à chercher à s'organiser sans l'aide du cartel. La sous-enchère dirigée contre un concurrent déterminé, à laquelle l'article 4 fait allusion, est une mesure que l'on peut prendre contre un dissident plutôt que contre un membre du cartel. On conçoit mal que le cartel baisse ses prix, c'est-à-dire entre dans le jeu de la concurrence pour contraindre un de ses membres à fixer les siens conformément à ses engagements.

La liste de l'article 4 n'est pas exhaustive. La loi s'étend à toutes les autres mesures qui peuvent être prises contre un dissident, telles que la livraison de produits de qualité inférieure, le refus d'accorder certains rabais, le fait d'imposer de longs délais de livraison. Les mesures illicites en elles-mêmes tombent en revanche uniquement sous le coup des dispositions générales du Code des obligations, de la loi sur la concurrence déloyale, voire du Code pénal. Si l'article 4 devait concerner de telles atteintes (menace, contrainte - dans le sens que lui donne le droit pénal -, destruction de marchandises, etc...), on en arriverait au résultat inadmissible que l'article 14 les déclarerait en principe licites !

(1) GUENTHER, pages 45 et 46
Moins catégorique, KOLLER, pages 150 et suivantes

B. Les auteurs des entraves

Pour que l'article 14 soit applicable, il faut que les entraves proviennent d'un cartel. L'exigence de la forme écrite laisse peu de place aux contestations. Il sera souvent évident que les mesures discriminatoires ont une nature cartellaire.

C. La victime des entraves

Elle ne peut être qu'un membre du cartel. Le texte français pourrait prêter à confusion et faire penser que l'article 14 consacre la licéité du boycott d'assujettissement : "Les entraves à la concurrence ... qui visent à faire observer des engagements à caractère de cartel ou des prix imposés raisonnables, assujettis à la loi, ne sont licites que ...". Le terme "observer" n'exprime pas, à lui seul, l'idée qu'il s'agit d'un membre du cartel. Le texte allemand qui emploie l'expression "bestehende Kartellverpflichtungen" est plus clair. Mais, de toute façon, la place de l'article 14 dans le chapitre consacré aux "engagements internes des membres du cartel" écarte les doutes qui pourraient subsister. Il ne suffit pas, pour que l'article 4 cède la place à l'article 14, que la victime des entraves ait été membre du cartel; il faut qu'elle le soit encore, qu'elle n'en ait pas été libérée par le juge ou que ses obligations n'aient pas pris fin d'une autre manière. "Im Falle der Massregelung sollen die Sanktionen denjenigen, der sich über eingegangene Kartellverpflichtungen hin-

wegsetzt, zwingen, sie zu erfüllen" (1). La victime s'est engagée et l'est toujours au moment où les entraves sont dirigées contre elle.

D. Violation d'obligations à caractère de cartel

D'autres obligations n'entrent pas en ligne de compte, quelle que soit leur importance. C'est la nature des obligations violées qui importe, et non pas la gravité de la violation. Les rapports entre les membres du cartel ne sont pas toujours de nature cartellaire; il existe souvent tout un réseau de contrats (de bail, de vente, d'entreprise, etc...) parallèlement aux engagements cartellaires proprement dits. La violation des obligations qui résultent de ces contrats n'autorise pas le cartel dont les membres sont lésés à chercher à obtenir une sorte de réparation indirecte de leur dommage grâce à des entraves à la concurrence.

L'obligation violée doit exister au moment où les entraves-sanction exercent leurs effets. Le refus de celui qui n'exécute pas ses obligations doit être illicite. Qu'en est-il lorsqu'une action en libération a été introduite ? En principe, les obligations ne cessent pas pendant le procès et on pourrait concevoir que le demandeur soit victime d'entraves-sanction. Mais, dans certains cas, leur interdiction pourrait être obtenue grâce à des mesures provisionnelles (2).

(1) MERZ, Kartellgesetz, page 86

(2) Voir ci-dessus, Chapitre IV, sous-chapitre 2, III.

Et, même sans mesures provisionnelles, le cartel hésitera parfois à prendre le risque de voir l'effet rétroactif rendre ses entraves illicites à compter de la date d'introduction de la demande (1).

E. But des atteintes

Selon Deschenaux, l'article 14 "reconnait la validité d'un boycott punitif et de discriminations punitives" (2). Les mesures autorisées par l'article 14 sont destinées à dissuader les membres du cartel de violer leurs engagements. Selon le texte de la loi, elles "visent à faire observer des engagements à caractère de cartel". Elles ont donc également pour but de contraindre le membre récalcitrant à exécuter ses obligations. Les deux buts sont indissociables. Celui qui est victime d'un boycott-sanction doit en subir les effets jusqu'au moment où il accepte d'exécuter à nouveau ses obligations. Comme les amendes conventionnelles, les entraves-sanction auraient pu, théoriquement, avoir trois buts distincts :

- 1) donner au débiteur des obligations cartellaires le choix entre l'exécution et le boycott (peine conventionnelle exclusive), en choisissant ce dernier, il aurait été libéré de ses engagements ;
- 2) donner au cartel (créancier des obligations cartellaires) le choix entre l'exécution et le boycott (peine conventionnelle alternative) ;

(1) Voir ci-dessus Chapitre IV, sous-chapitre 2, II
(2) DESCHENAUX, A propos, page 96

- 3) donner au cartel le droit de boycotter le membre qui n'exécute pas ses obligations tout en continuant à exiger l'exécution, éventuellement par une action en justice (peine conventionnelle cumulative).

C'est ce troisième but qui a été assigné aux entraves-sanction. Le membre boycotté pourrait se trouver dans une situation telle qu'il ne puisse plus respecter ses engagements sans courir de graves dangers. Il lui incombe, dans un tel cas, d'introduire une action en libération en requérant que des mesures provisionnelles interdisent le boycott. Si les conditions de l'article 12 ne sont pas réalisées, si le membre ne cherche qu'à tirer profit de la violation d'engagements cartellaires, il est tout à fait admissible que le cartel puisse exiger, et obtenir par les moyens adéquats le respect des obligations violées. Il ne faut pas perdre de vue que le membre boycotté agit sans excuse: il refuse d'attendre que les obligations qu'il a librement acceptées prennent fin par l'écoulement du temps.

Les entraves-sanction peuvent avoir de graves conséquences pour ceux qui en sont victimes. Les cartels ne doivent pas être autorisés à en faire un usage abusif. Les entraves ne doivent servir qu'à ramener le membre récalcitrant à respecter ses obligations, elles ne devraient pas durer plus longtemps que la violation. Si le membre qui accepte de se soumettre à nouveau à ses engagements continuait à être boycotté, cela dévoilerait une intention d'anéantissement de la part du cartel. Le boycott serait illicite, car il ne viserait plus "à faire observer des engagements à caractère de cartel" comme l'exige l'article 14.

Les entraves-sanction peuvent-elles avoir pour but la "prévention générale" des violations que les autres membres du cartel pourraient être tentés de commettre ?

A première vue, la Commission des cartels semble répondre affirmativement à cette question: "Alle Massnahmen, die nicht notwendig wären, um den Betroffenen an seine Kartellverpflichtungen zu erinnern und neue Uebertretungen seinerseits oder von seiten anderer Kartellmitglieder zu verhindern, müssten als unzulässig betrachtet werden" (1). En réalité, les entraves ne jouent ce rôle qu'indirectement: elles ne peuvent pas être sévères pour servir d'exemple. Mais elles n'en sont pas moins extrêmement importantes pour l'avenir du cartel. Celui-ci doit adopter une attitude qui respecte le principe d'égalité. S'il fait preuve de clémence à l'égard d'un membre, il devra agir de même lorsqu'un autre membre commettra la même violation, car l'inégalité de traitement peut constituer un juste motif de sortie. En prenant des mesures contre le premier qui commet une certaine violation, le cartel manifeste donc bien son intention de ne pas admettre d'autres violations: tous les membres sont mis en garde. C'est ce que la Commission des cartels a voulu dire dans le passage ci-dessus.

II. NATURE JURIDIQUE DES ENTRAVES-SANCTION

Les entraves-sanction constituent-elles une peine conventionnelle, faut-il les définir comme un usage autorisé de la force (article 52 du Code des obligations),

(1) PCSC 1966, page 70

ou enfin s'agit-il de mesures spécifiques à la loi sur les cartels, qu'on ne pourrait rattacher à aucune disposition générale du Code des obligations ?

La réponse à cette question n'est pas indifférente: si les entraves avaient la nature de peines conventionnelles, elles seraient soumises aux articles 160 à 163 du Code des obligations (lex generalis) pour ce qui ne serait pas expressément réglé par l'article 14 de la loi sur les cartels (lex specialis). De plus, la jurisprudence relative aux articles 160 à 163 pourrait aider le juge et la Commission des cartels à interpréter l'article 14.

Dans le message relatif à la loi sur les cartels, le Conseil fédéral ne s'est pas prononcé de façon claire sur ce problème: "Ces entraves jouent alors le rôle de sanction et constituent une mesure de contrainte de caractère interne dont la plus importante est la peine conventionnelle que régissent les articles 160 à 163 du Code des obligations" (1). Peut-on en déduire que les mesures de contrainte ont la même nature que les peines conventionnelles ? Pour Schürmann comme pour la Commission d'experts, le boycott-sanction est une sorte de peine conventionnelle : "Beim Boykott als Sanktion liegt eine verschärfte Form der Konventionalstrafe vor (Exp II, 3), so dass rechts- und wirtschaftspolitisch angängig scheint, ihn als zulässig gelten zu lassen" (2).

Pour certains auteurs, seule l'adjonction d'une nouvelle obligation à celle qui constitue la base du

(1) FF 1961 II, page 592

(2) SCHUERMAN, Kommentar, page 130

contrat, ou l'augmentation de la prestation originai-
re répondent à la définition de la peine conventionnel-
le (1). Certains auteurs et la jurisprudence récente
ont défendu une interprétation plus large de la notion
de peine conventionnelle en mettant, à juste titre,
l'accent sur son but (2).

Il n'est pas douteux que les entraves-sanction
ont un caractère conventionnel. Si tel n'est pas le
cas, elles ne jouissent pas de l'autorisation de l'ar-
ticle 14 (article 14 alinéa 3). Ont-elles le caractère
punitif que le Tribunal fédéral considère comme l'élé-
ment essentiel de la clause pénale ? "Es darf nicht
aus den Augen verloren werden, dass die Konventional-
strafe nicht Schadenersatz ist, wie schon daraus her-
vorgeht, dass sie gemäss Artikel 161 bis Absatz 1 OR
auch verfällt, wenn dem Gläubiger kein Schaden er-
wachsen ist. Sie hat also nicht die Funktionen einer
pauschalen Schadenersatzfeststellung auf abgekürztem
Wege, sondern sie ist, wie ihr Name sagt, eine Strafe
für Vertragsverletzung, und dieses pönale Element ist
in den Vordergrund zu stellen" (3). Peu importe que
le cartel ne tire aucun profit matériel du boycott-
sanction qu'il exerce contre un membre récalcitrant.
Ce sont les désagréments infligés à la victime du boy-
cott qui déterminent la nature de celui-ci. Les mem-
bres du cartel entendent bien punir ceux qui refuse-
raient de respecter leurs engagements. Chacun d'eux
s'oblige à subir les conséquences d'un boycott ou d'au-
tres entraves pour le cas où il ne respecterait pas ses
engagements.

-
- (1) VON TUHR/SIEGWART, tome II, page 724;
VON BUEREN, Obligationenrecht, page 408
- (2) ZR 1962, page 124; SJZ 55, 1959, page 345;
GULDENER, RDS 1952, page 212a; MERZ, Kartell-
gesetz, pages 82 et 83
- (3) ZR 1962, page 128.

La victime des entraves subit un dommage, comme le débiteur d'une amende conventionnelle. La seule différence réside dans le fait que le dommage subi par la victime des entraves est souvent beaucoup plus difficile à évaluer. Ce n'est bien entendu pas une différence de nature.

On doit déduire de ce qui précède que les entraves-sanction sont des peines conventionnelles partiellement soumises, dans le cadre de la loi sur les cartels, à une réglementation spéciale, plus sévère que celle des articles 160 à 163 du Code des obligations. Ces dernières dispositions serviront à combler les lacunes de l'article 14 et la jurisprudence qu'elles ont suscitée sera fort utile à l'interprète de l'article 14. On peut notamment supposer que le Tribunal fédéral appliquerait l'article 14 de la loi sur les cartels avec la même réserve que l'article 163 alinéa 3 du Code des obligations, en s'inspirant de la jurisprudence dans laquelle il déclarait ne vouloir intervenir qu'avec beaucoup de réserve dans les rapports contractuels: "Diese Bestimmung, die einen Einbruch in den allgemeinen Grundsatz der Vertragsfreiheit darstellt, ist mit Zurückhaltung zu handhaben; ein richterliches Eingreifen ist nur geboten, wenn die Konventionalstrafe unvernünftig übersetzt ist und mit den Anforderungen der Gerechtigkeit und Billigkeit in offenbarem Widerspruch steht (BGE 82 II 146)" (1).

La principale dérogation aux articles 160 à 163 du Code des obligations imposée par l'article 14 de la loi sur les cartels concerne l'article 163 alinéa 1 du Code des obligations. Les membres du cartel ne peuvent fixer librement l'intensité et la durée des entraves-sanction. Il serait, par exemple, inadmissible de fixer d'avance la durée du boycott que déclencherait la viola-

(1) ZR 1962, page 127

tion des obligations cartelleires, car, dès que la victime de l'entrave cesserait de violer ses obligations, les mesures prises par le cartel cesseraient de bénéficier de l'autorisation prévue par l'article 14.

Les amendes conventionnelles constituent la clause pénale la plus fréquemment choisie. Elles offrent un double avantage de simplicité et de sécurité. Les co-contractants, qui en fixent librement le montant, parviennent facilement à déterminer la somme maximum qu'ils pourraient payer à titre d'amende. Il ne leur reste alors qu'à tenir compte de ce chiffre dans le contrat ou les statuts. Lorsqu'une amende conventionnelle a été stipulée, le "prix" d'une violation des engagements peut toujours être évalué avec une certaine précision. Même si le montant exact de l'amende ne peut être connu à l'avance parce que seuls le minimum et le maximum en sont fixés, le membre du cartel connaît le montant maximum qu'il aurait à payer. Tel n'est pas le cas pour les entraves-sanction dont les effets dépendent de divers facteurs souvent imprévisibles (stocks disponibles, sources d'approvisionnement, existence de biens de substitution, état du marché, etc...). Cette différence a conduit le législateur à ne réglementer plus sévèrement que ces dernières, laissant les premières sous le coup des seuls articles 160 à 163.

Une telle dualité est beaucoup plus acceptable à l'article 14 qu'à l'article 15 (1) et ce qui a été dit à propos du second ne peut être répété ici. Les amendes conventionnelles peuvent fort bien jouer le rôle d'entraves à la concurrence et s'avérer aussi néfastes pour le développement de la personnalité économique de leurs débiteurs que le boycott et les autres entraves-sanction. L'article 15 permet aux cartels d'empêcher le juge ordi-

(1) Voir ci-dessus, Chapitre IV, sous-chapitre 2, I.

naire de trancher les litiges relatifs aux amendes conventionnelles. Or, les effets des deux sortes de mesures cartellaires sont trop semblables pour pouvoir être soumis à des traitements différents. L'article 14, en revanche, ne fait qu'adapter les articles 160 à 163 du Code des obligations au cas particulier des entraves-sanction: un boycott ne peut être "réduit" comme une somme d'argent; d'autres critères sont nécessaires pour juger s'il respecte le principe de la proportionnalité et, si ce n'est pas le cas, le juge doit procéder différemment pour le ramener dans les limites autorisées.

L'article 14 a-t-il des rapports avec l'article 52 alinéa 3 du Code des obligations ? Les entraves-sanction constituent-elles un usage autorisé de la force ? Merz est de cet avis : "Gestattet man dem Gläubiger, gegenüber dem vertragsbrüchigen Schuldner neben allen diesen Ansprüchen auch noch die Waffe der Wettbewerbsbehinderung einzusetzen, so stellt das eine Erweiterung der erlaubten Selbsthilfe dar (Art. 52 Abs. 3 OR), für die ein Bedürfnis kaum nachgewiesen werden kann" (1). Selon Deschenaux, l'acceptation du lésé interdit une telle interprétation de l'article 14: "Du moment où les mesures de refus ou de discrimination sont l'objet d'une acceptation conditionnelle, on ne peut guère parler à leur sujet d'une extension de la défense propre (Selbsthilfe)" (2).

L'acceptation du lésé distingue l'usage autorisé de la force de la clause pénale. N'importe quelle mesure ne peut être acceptée: "Die Einwilligung wirkt rechtfertigend, soweit sie sich im Rahmen der Sittenordnung hält" (3).

-
- (1) MERZ, Kartellgesetz, page 85
(2) DESCHENAUX, A propos, page 97
(3) VON BUEREN, Obligationenrecht, page 267

En résumé, les entraves-sanction sont des peines conventionnelles qui doivent être admises pour deux raisons: d'abord parce qu'elles reposent, par leur nature même, sur la volonté des parties et ensuite parce qu'elles n'ont pas le même but nuisible et dangereux que lorsqu'elles sont dirigées contre un dissident (1).

III. DOCTRINE ET JURISPRUDENCE ANTERIEURES A LA LOI

Les entraves-sanction ont été très longtemps assimilées aux mesures dirigées contre un dissident, en ce qui concerne leur justification tout au moins: "Rien ne s'oppose en principe à ce qu'une association fasse usage du boycott contre ses membres comme d'un moyen de contrainte et d'une sanction disciplinaire, puisque cela est admissible juridiquement et de façon générale vis-à-vis des tiers" (2). C'est dire que les méandres de l'évolution de la jurisprudence relative au boycott n'ont pas été épargnés aux entraves-sanction. Il serait vain d'en refaire la relation détaillée, car l'article 14 de la loi sur les cartels a mis fin à l'insécurité qui régnait depuis le siècle passé. Mais il faut rendre justice au Tribunal fédéral qui a parfois pris une position très semblable à celle qui devait être adoptée par le législateur: "Le boycottage n'a pas un but illicite et contraire aux moeurs, lorsque c'est le seul moyen propre à amener un contractant à tenir des engagements qu'il viole sciemment et systématiquement, alors qu'il sait

(1) Comparer: MERZ, Kartellgesetz, page 84

(2) RO 36 II 557

que cette violation entraînera, par application d'une clause du contrat, la mise à l'index" (1).

Avant l'ouvrage de Merz sur les limites de la contrainte cartellaire (2), la doctrine n'a pas consacré d'étude approfondie au problème des entraves-sanction. Elle s'est contentée de prendre position pour ou contre les arrêts du Tribunal fédéral, à l'occasion d'études essentiellement consacrées à la contrainte externe.

L'insécurité à laquelle l'article 14 a mis fin présentait deux graves défauts. D'une part, les entraves-sanction pouvaient (selon certains arrêts en tout cas) ne pas avoir été prévues expressément par la convention et, d'autre part, leur but pouvait être purement punitif. En ne distinguant pas suffisamment le but des entraves-sanction de celui du boycott dirigé contre un dissident, le Tribunal fédéral en est arrivé à se méprendre sur la nature juridique de celles-là.

(1) RO 54 II 160

(2) Ueber die Schranken der Kartellbindung, notamment pages 27 et suivantes

IV. ELABORATION DE LA LOI

La grande majorité des membres de la Commission d'experts s'est prononcée pour l'admission des entraves-sanction lorsqu'il s'agissait de faire respecter des obligations importantes par des membres récalcitrants. Le Conseil fédéral a renoncé à l'élément qualitatif d'"importance" pour en choisir un autre : "Le projet dispose que les mesures prises à titre de sanction ne sont licites que si les engagements (par exemple les prix, les conditions) sont raisonnables" (1).

La solution du Conseil fédéral était moins heureuse que celle de la Commission d'experts: il est encore beaucoup plus difficile de déterminer quand des accords sont raisonnables que d'établir la liste de ceux qui sont importants. Si l'exigence avait été maintenue, les tribunaux auraient dû s'adjoindre des experts économiques et financiers à l'occasion de chaque procès relatif à des entraves-sanction. Un prix peut cesser d'être raisonnable du jour au lendemain pour des raisons indépendantes de la volonté des membres du cartel. Le prix raisonnable pour une entreprise peut être trop faible pour une autre. Il est souvent impossible de tenir compte d'une évolution probable ou possible, même à court terme, et le jugement civil qui qualifierait les engagements se fonderait souvent sur une expertise dépassée, car il s'écoule beaucoup de temps entre l'administration des preuves et l'entrée en force du jugement.

(1) FF 1961 II, page 593

A la limite, on en arriverait à une situation de procès permanent où tantôt l'une partie, tantôt l'autre l'emporterait, suivant l'évolution de la conjoncture.

"Es ist nunmehr durchaus angängig, auch unangemessene Kartellverpflichtungen sanktionemässig durchzusetzen" (1). La remarque de Schürmann est pertinente. Du moment qu'on a décidé que les entraves-sanction étaient licites, il n'y a pas de raison d'en limiter l'application à certains accords seulement, désignés qualitativement par le législateur. Le droit privé ne connaît pas de distinction semblable à celle que proposaient la Commission d'experts et le Conseil fédéral. Un contrat lie ou ne lie pas le débiteur. Dans le premier cas, le créancier dispose de tous les moyens que lui confère l'ordre juridique pour obtenir l'exécution de la prestation ou la réparation du dommage. On ne se demande jamais, à ce stade, si des facteurs d'ordre qualitatif en rapport avec l'obligation restreignent l'arsenal de moyens de droit du créancier. Le droit des obligations n'est certes pas définitivement figé et fermé à toute nouvelle notion, mais il faut toujours respecter son unité. La Commission d'experts et le Conseil fédéral semblent avoir eu mauvaise conscience en déclarant licites les entraves-sanction et avoir voulu, par le biais des distinctions proposées, en arriver à une solution qui n'aurait pas été très éloignée d'une illicéité de principe.

(1) SCHUERMANN, Kommentar, page 134

Les Chambres ont supprimé l'exigence d'engagements raisonnables, mais l'ont maintenue pour les prix imposés. Leur décision ne s'explique pas seulement par le fait qu'elles se sont révélées plus favorables aux cartels que la Commission d'experts et le Conseil fédéral. "Die parlamentarischen Beratungen führten zur Streichung des Passus "nur zulässig, wenn diese Verpflichtungen angemessen sind". Diese Aenderung war sinnvoll, da sonst vor dem eigentlichen Massregelungsprozess der materielle Inhalt der Verpflichtung hätte geprüft werden müssen, was das ganze Sanktionenwesen in Frage gestellt hätte" (1).

Bien que les conventions relatives aux prix imposés ne constituent pas des cartels et ne fassent pas l'objet de cette étude, leur parenté avec ceux-ci doit être mise en évidence. Les développements consacrés à ces derniers sont souvent valables pour les premières. Tel est le cas en ce qui concerne l'article 14. La dissymétrie consacrée par la loi n'a jamais été critiquée bien que presque tous les arguments qui ont conduit à écarter la solution du Conseil fédéral pour les engagements cartellaires valent aussi pour les prix imposés.

(1) SCHUERMANN, Kommentar, page 134

V. CONDITIONS DE LICITE DES SANCTIONS

A. Conditions de fond

1. Faire observer des engagements licites

Cette condition va de soi : "Mit Recht, richtet sich doch ... der Zwang gegen jemanden, der verpflichtet ist, der sich somit freiwillig seiner Wettbewerbs- und Handlungsfreiheit begeben hat, wobei wiederum, wie bei Art. 12, vorausgesetzt ist, dass die Bindung als solche rechtsgültig ist" (1). Seule l'inexécution d'une obligation valable peut avoir des effets au sens des articles 97 et suivants du Code des obligations ou d'autres dispositions de droit privé (l'application de l'article 2 du Code civil étant naturellement réservée).

On peut concevoir plusieurs cas dans lesquels cette première condition ne serait pas réalisée. Trois sont particulièrement importants:

- 1) Nullité des engagements parce que l'article 11 de la loi sur les cartels n'a pas été respecté ;
- 2) Nullité parce que la contrainte dépasse les limites fixées par l'article 27 du Code civil ;
- 3) Nullité du cartel dont le but est illicite (par exemple lorsqu'il s'agit de boycotter un dissident sans que l'une des exceptions de l'article 5 n'enlève à la mesure son caractère illicite).

(1) SCHUERMAN, Kommentar, pages 130 et 131

2. Faire observer des prix imposés raisonnables

Juger si un prix imposé est raisonnable n'est pas une tâche facile. Il s'agit d'abord de définir le terme "raisonnable", puis, dans chaque cas particulier, d'examiner les circonstances dans lesquelles le prix a été fixé.

L'arrêt Denner du 16 septembre 1970 (1) constitue un excellent exemple de détermination du caractère raisonnable d'un prix. Bien que rendu sous l'angle de l'arbitraire, cet arrêt permet d'entrevoir quelle serait la position du Tribunal fédéral s'il avait à se prononcer sur un recours en réforme.

Pour être raisonnable, un prix ne doit pas seulement ne pas être manifestement trop élevé. Il ne faut pas perdre de vue que le prix est imposé par un cartel ou une organisation analogue. Le libre jeu de la concurrence est fermé, car le détaillant ne peut pas ou ne peut que difficilement s'approvisionner ailleurs. En revanche, s'il existe une concurrence réelle, le fabricant ou le grossiste qui imposerait des prix nettement exagérés se condamnerait à ne plus vendre.

(1) RO 95 I 297

Il s'agit donc bien de protéger le consommateur, de tenir compte des avantages et des inconvénients que pourrait entraîner une hausse ou une baisse des prix.

Par sa façon de mettre les intérêts des consommateurs dans la balance, l'arrêt Denner rappelle certaines décisions de la Commission des Communautés Européennes (1).

L'exigence de prix raisonnables appelle deux remarques:

à) Les arguments avancés par les milieux intéressés lors de la procédure de consultation et par leurs représentants dans la Commission d'experts et au Parlement n'ont pas une solidité à toute épreuve et la dynamique n'est pas leur caractéristique principale. Fidèle au principe de la liberté contractuelle, la loi a peut-être eu raison de donner aux intéressés la liberté de se soumettre à des prix imposés. Mais l'erreur réside dans le parallélisme des articles 14 et 5 alinéa 2 littéra e dont on est bien obligé de déduire que la situation du dissident est identique en tous points à celle de celui qui s'est engagé au sens de l'article 14 : "Mit Recht geht es davon aus, dass das KG Wettbewerbsbeschränkungen zur Durchsetzung von Preisbindungen der zweiten Hand grundsätzlich zulässt", affirme le Tribunal fédéral dans l'arrêt Denner du 16

(1) Les décisions Kodak, JOCE L. 147 du 7 juillet 1970; Association belge de la parfumerie, JOCE L. 148 du 8 juillet 1970; Omega, JOCE L. 242 du 5 novembre 1970, pour ne citer que les plus récentes.

septembre 1970. La doctrine avait une opinion différente (1). L'interprétation du Tribunal est plus conforme à la lettre de la loi, mais la liberté contractuelle n'est plus qu'une vaine notion lorsqu'on en arrive au même résultat, que l'on en fasse usage ou non. C'est plus l'article 5 alinéa 2 littera e que l'article 14 qui est illogique.

b) Si la Suisse veut s'associer au Marché commun, ouvrir ses frontières aux produits étrangers pour bénéficier d'une mesure réciproque, elle devra adapter ses règles sur la concurrence à l'article 85 du Traité de Rome. Les prix imposés devront être soumis à des règles plus strictes. Il est regrettable que la loi n'ait pas tenu compte de cette évolution et n'ait pas cherché à préparer l'économie suisse aux exigences de la concurrence internationale. "La Commission des Communautés Européennes n'a cessé de manifester l'hostilité qu'elle nourrit au fond contre les systèmes de distribution qui comportent à la charge du revendeur une obligation de respect d'un prix minimum" (2).

3) Ne pas causer de préjudice excessif

Plus que toute autre, cette condition est difficile à interpréter abstraitement, car elle se caractérise par une souplesse qui doit lui permettre

(1) MATILE, page 246; MERZ, Kartellgesetz, p. 75
(2) PLAISANT/LASSIER, page 343

de tenir compte de chaque cas particulier. On peut en dégager les grandes lignes, mais il faut se garder de fixer des principes trop rigides. Le juge doit disposer d'une grande liberté et ne pas être entravé par des règles inadéquates lorsqu'un cas nouveau se présente à lui.

Fidèle à sa technique de symétrie entre la réglementation de la contrainte externe et de la contrainte interne, le législateur a repris presque textuellement le contenu de l'article 5 pour rédiger l'article 14 (1). Un passage important ne pouvait cependant pas être repris: "lorsqu'elles ne sont pas justifiées par des intérêts légitimes prépondérants". On ne retrouve pas, à l'article 14, la pesée des intérêts qui caractérise l'article 5. Dans cette dernière disposition, le juge se trouve en face de deux ou plusieurs intérêts juridiquement protégés qui s'opposent; dans la première, c'est le législateur lui-même qui a procédé à la pesée des intérêts. Le créancier d'une obligation valable a toujours un intérêt digne de protection à exiger l'exécution de la prestation à laquelle il a droit. En principe, cet intérêt l'emporte sur celui que le débiteur pourrait avoir à ne pas exécuter. Pour que l'intérêt du débiteur l'emporte, il est indispensable que l'obligation ait été frappée d'une cause d'extinction expressément prévue par la loi. "Die Interessen des Kartells an der Kartellbindung und an deren Durchsetzung gehen vor; das Kartell muss nicht überwiegende schutzwürdige Interessen im Sinne des Artikels 5 KG nachweisen"(2).

(1) MERZ, Kartellgesetz, page 88

(2) SCHUERMANN, Kommentar, page 132

L'article 14 ne fait que contenir les entraves-sanction dans des limites raisonnables. Il concerne la nature et l'application des mesures cartellaires. Il soumet celles-ci aux critères de la proportionnalité et de la subsidiarité ainsi qu'au principe de l'égalité de traitement. Il ne faut pas en conclure que les entraves soient toujours possibles. Lorsque le débiteur est en droit d'invoquer l'article 12, il va de soi que l'intérêt du cartel cesse de l'emporter, dans une mesure inversement proportionnelle à la libération des engagements prononcée par le juge. En ce qui concerne la procédure, les rapports entre les articles 12 et 14 ne sont pas des plus simples. Le jugement de libération a un caractère constitutif (1). Cela oblige la victime d'entraves-sanction à ouvrir l'action de l'article 12 si elle estime se trouver dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations. L'action en libération ne met pas fin aux entraves-sanction, sauf si des mesures provisionnelles les ont interdites ou en ont atténué la rigueur. Le juge qui prononce de telles mesures devra faire preuve de circonspection, car le membre récalcitrant pourrait chercher à utiliser l'action en libération et les mesures provisionnelles pour se soustraire aux entraves pendant la durée du procès (plusieurs mois, voire plusieurs années si l'affaire est très complexe). Même en l'absence de mesures provisionnelles, le cartel ne devrait pas maintenir les entraves-sanction sans avoir examiné très attentivement les chances de l'action de son adversaire. Le succès de ce dernier rendrait en effet les entraves illicites à partir de la date d'introduction de

(1) SCHUERMAN, Kommentar, page 126

la demande et contraindrait le cartel à réparer le dommage subi par le demandeur.

(a) Les critères de la proportionnalité
et de la subsidiarité

Ces critères ont une origine constitutionnelle. Le Tribunal fédéral les a développés dans une abondante jurisprudence relative aux actes législatifs cantonaux qui restreignent la liberté du commerce et de l'industrie (1). Les atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie ne sont justifiées que si elles constituent le moyen approprié au but recherché et si elles ne restreignent pas inutilement la liberté des particuliers. L'intérêt du public à la restriction doit être comparé à celui des victimes de l'atteinte qu'implique la mesure de police. "Dans la rencontre entre l'ordre public et la liberté, c'est-à-dire entre un aspect de l'intérêt public et l'intérêt privé, le premier ne l'emporte pas nécessairement sur le second, ainsi qu'on le croit parfois. Tout est affaire de pesée. Un grand intérêt public aura toujours le pas sur un petit intérêt privé. Mais un petit intérêt public ne primera pas toujours l'intérêt privé. L'exercice de la liberté vaut bien quelques désagréments pour la collectivité" (2).

L'interprète de l'article 5 peut fort bien s'inspirer de la jurisprudence relative à l'article 31 de la Constitution. Celui de l'article 14 doit faire preuve de

(1) GRISEL, pages 183 et suivantes et citations;
JUNOD, pages 641 et 642

(2) AUBERT, tome II, numéro 1767

réserve et adapter les solutions du droit public à la situation que crée l'existence d'un engagement privé valable.

Il faut constater encore une fois que l'excès de symétrie constitue un des défauts de la loi. Les notions de proportionnalité et de subsidiarité ne sont pas identiques aux articles 5 et 14. Merz remarque, à propos de l'arrêt 9i I 464 : "Wie diese Formulierung erkennen lässt, besteht eine weitgehende Parallele der Wertungen im Verfassungsrecht einerseits, im Kartellrecht andererseits. Hier wie dort legitimiert erst ein höheres, öffentliches Interesse den Eingriff in die Freiheit gewerblicher Betätigung; hier wie dort darf der Eingriff nicht weiter gehen als unbedingt erforderlich" (1). Cela n'est pas valable pour les entraves-sanction. Le cartel n'a pas à prouver un intérêt qui l'emporte sur celui du membre victime des sanctions. De plus, le cartel ne peut doser l'atteinte avec autant de précision et de souplesse que l'Etat. Le premier est opposé à l'un de ses membres qui viole ses obligations, les deux parties sont en conflit; le second doit se préoccuper avant tout du bien des administrés en ménageant le cadre le plus large possible à leurs libertés. Plus ou moins directement, l'administration a toujours pour but la sauvegarde de l'intérêt public. On ne peut exiger des cartels qu'ils adoptent une attitude identique à l'égard des membres qui violent leurs obligations.

La doctrine et la Commission des cartels ont tenu compte de la nécessité de déterminer les effets

(1) MERZ, Kartellgesetz, page 51

des critères de la proportionnalité et de la subsidiarité d'une façon qui réponde aux besoins de l'article 14.

Le membre du cartel a droit, malgré son engagement, à une certaine liberté économique : "Das Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung ist trotzdem, wenn auch in ungleich geringerem Masse als im Rahmen des Artikels 5 KG, beachtenswert; der Kartellverpflichtete hat Anspruch auf Anerkennung eines Mindestmasses an Wettbewerbsfreiheit, kann aber nicht die Abwägung der Interessen des Kartells gegen die seinigen verlangen" (1). La Commission des cartels s'est ralliée à l'avis de son président : "Die von den Fabrikanten und Grossisten verhängte Liefersperre ist zweifellos ein geeignetes Mittel, die angeschlossenen Händler davon abzuhalten, in Verletzung übernommener Pflichten ohne Bewilligung Ausverkaufsveranstaltungen durchzuführen. Nun darf die wettbewerbsbehindernde Vorkehr im Verhältnis zum angestrebten Ziel aber nicht übermässig sein. ... Wegleitend mag das Kriterium sein, dass wettbewerbsbehindernde Vorkehrungen gegenüber Kartellmitgliedern nur zulässig sind, soweit sie notwendig sind, um den Zusammenhalt des Kartells zu sichern" (2).

La Commission pose ainsi trois conditions que les sanctions doivent remplir pour être conformes aux critères de la proportionnalité et de la subsidiarité :

(1) SCHUERMANN, Kommentar, pages 131 et 132

(2) PCSC 1966, page 70

-) Le moyen doit être matériellement apte à ramener le membre récalcitrant à respecter ses obligations. Cette première condition ne concerne pas l'intensité des sanctions; elle se contente d'interdire les mesures inadéquates, incapables d'atteindre leur but, qui ne servent qu'à nuire, en fermant la porte à une solution positive du différend.

 -) Les entraves-sanction doivent laisser un minimum de liberté à celui qui en est victime (1). Elles ne sauraient constituer le déguisement de mesures d'anéantissement ou retirer toute liberté au membre récalcitrant. Mais leur intensité dépend essentiellement de la victime elle-même. Celle-ci doit s'attendre à des mesures sévères si sa mauvaise volonté les rend nécessaires. Il est alors normal que les mesures lui enlèvent une grande partie de sa liberté économique. Les articles 27 du Code civil et 12 de la loi sur les cartels ne s'appliquent pas directement aux entraves-sanction. Ils peuvent rendre le cartel partiellement ou totalement nul si les membres ne disposent pas d'un minimum de liberté économique. En revanche, pour que l'article 14 de la loi sur les cartels puisse s'appliquer, il est indispensable que les engagements cartellaires soient valables. Le plus souvent, celui qui viole ses obligations recherche un profit supérieur et désire l'obtenir sans attendre que le cartel prenne fin ou sans respecter les délais de résiliation.
-

(1) SCHUERMANN, Kommentar, page 131

Le principe du respect des obligations l'emporte toujours sur un tel but. Il serait illogique de fixer aux sanctions une limite maximale qui les rendrait illusoires. La Commission des cartels a raison de ne pas exclure un boycott total (1). En effet, il n'est pas exclu que le boycott soit la seule mesure efficace dont dispose le cartel.

-) La troisième condition posée par la Commission veut que les entraves-sanction soient différentielles et graduées. Il ne s'agit plus de la nature des sanctions, mais de leur application. Le cartel doit prévoir plusieurs sortes de sanctions et n'appliquer que celles qui causent le moindre dommage. Il ne devrait pas prononcer un boycott dans un cas où une simple mise en garde suffirait. On peut en déduire que les cartels devront presque toujours faire usage de plusieurs sortes de sanctions pour mettre fin à une seule violation du contrat ou des statuts.

Il existe une trop grande variété de sanctions pour que la liste puisse en être établie. Chaque cartel peut choisir les mesures qui lui conviennent et paraissent le mieux adaptées aux obligations dont elles entendent assurer l'exécution. L'existence d'une seule mesure, le boycott par exemple, n'est pas exclu et n'affecterait en rien la validité du contrat ou des statuts. Mais cela

(1) PCSC 1966, page 70

présenterait l'inconvénient sérieux que seuls les cas de grave violation des engagements pourraient être réprimés. Les violations mineures n'ouvriraient au cartel que les actions prévues par le droit des obligations.

(b) Le principe de l'égalité de traitement

"Das Kartell darf nicht dem einen ankreiden, was dem andern durchgelassen wird" (1). Cela ne va pas de soi. La partie générale du droit des obligations ne contient aucun principe semblable. Le créancier est libre d'agir comme bon lui semble contre ses débiteurs qui n'exécutent pas leurs obligations; il peut faire preuve de patience à l'égard de l'un, ouvrir l'action en exécution dès qu'un autre est en demeure. L'existence d'un rapport de société appelle des solutions différentes : l'égalité devient un des éléments essentiels à la réalisation du but commun. C'est surtout l'égalité de traitement des actionnaires de la société anonyme qui a donné lieu à beaucoup de jurisprudence et de littérature (2). Mais le principe est valable dans les autres sociétés, et son non-respect constituerait souvent un juste motif pour mettre fin aux rapports sociaux.

Plus la contrainte à laquelle se soumettent les membres d'une société ou d'une association est intense, plus l'égalité de traitement est indispensable. Les membres du cartel sacrifient une part, souvent importante, de leur liberté économique à la réussite du but commun.

(1) MERZ, Kartellgesetz, page 89
(2) RO 88 II 105; 69 II 248 et doctrine citée;
F. VON STEIGER, Aktiengesellschaft, pages 177
et suivantes.

Les modifications ou les renversements d'intérêts que provoque l'évolution de la situation économique peuvent inciter certains membres à s'entendre pour réaliser leurs propres desseins au détriment des autres membres. Ils pourraient y parvenir en tolérant leurs propres violations des engagements cartellaires et, grâce à leur position majoritaire, en réprimant sévèrement les violations des membres de la minorité.

Comme les critères de la proportionnalité et de la subsidiarité, le principe d'égalité a une origine de droit public. Il a été développé par le droit constitutionnel et le droit administratif avant d'être repris par le droit privé. Pour l'interpréter dans le cadre de la loi sur les cartels, on peut largement s'inspirer de la jurisprudence et de la doctrine relatives à l'article 4 de la Constitution.

A violations semblables, sanctions semblables (1), peut-on dire à propos de l'article 14 de la loi sur les cartels en adaptant la formule consacrée en droit public: "à situations de fait semblables, traitement juridique semblable; à situations de fait différentes, traitement juridique différent" (2). Le principe a une double valeur: il s'applique à l'accord cartellaire lui-même et, de plus, à l'application de celui-ci lorsque des sanctions sont prises; de même que l'article 4 de la Constitution consacre l'égalité devant et dans la loi (3).

-
- (1) MERZ, Kartellgesetz, pages 88 et 89
(2) GRISEL, pages 174 et 175
(3) AUBERT, tome II, numéro 1785

-) Il est pratiquement inconcevable que le contrat ou les statuts sur lesquels repose le cartel prévoient l'inégalité de traitement dans l'application des sanctions. Même si le cartel imposait l'adhésion à un dissident auquel les circonstances rendraient toute résistance impossible, il serait très peu probable que les intéressés ne fassent pas preuve de prudence : une intervention de la Commission des cartels ou un procès constituerait une publicité beaucoup trop néfaste.

Les dispositions qui consacraient l'inégalité seraient nulles. Encore faudrait-il qu'il s'agisse d'une véritable inégalité, c'est-à-dire qu'une situation de fait différente ne justifie pas des sanctions différentes. Il pourrait être équitable de graduer les sanctions en fonction des effets dommageables de la violation. Dans certains cas, une violation d'une gravité subjective minime peut avoir des conséquences catastrophiques pour les membres du cartel qui demeurent fidèles à leurs engagements. Si l'un des membres est beaucoup plus puissant que les autres, une seule violation de sa part pourra réduire à néant tous les efforts déployés jusqu'alors par les autres membres. Il ne serait pas contraire aux principes d'égalité de prévoir des sanctions plus sévères contre celui-là.

-) L'inégalité de traitement résultera beaucoup plus souvent de l'application du contrat ou des statuts. L'organe chargé de prononcer les sanctions pourra ne pas être neutre et chercher à favoriser la majorité ou les membres les plus puissants.

Tel membre pourra se permettre une violation que tel autre se verra interdire. Or, l'application des sanctions est un acte très semblable à l'application des lois. Les organes cartellaires doivent respecter les principes que l'article 4 de la Constitution impose aux tribunaux et à l'administration : "le sens le plus immédiat de l'article 4 de la Constitution fédérale est que les lois ... doivent être appliquées avec égalité, qu'une même autorité doit les interpréter d'une manière constante, et qu'elle doit prendre, dans les mêmes circonstances, des décisions identiques... Bref, elle ne doit avoir qu'un poids, qu'une mesure" (1).

Comme les tribunaux et l'administration, les organes cartellaires n'en jouissent cependant pas moins d'une certaine liberté d'appréciation. Ils peuvent modifier une pratique qui s'est avérée mauvaise si des arguments raisonnables le justifient.

L'existence d'une échelle de sanctions ne facilitera pas la tâche du cartel et des juges saisis d'une violation du principe d'égalité. Tous les échelons devront être suivis dans certains cas alors que dans d'autres, il faudra en sauter ou passer plus vite de l'un à l'autre. Un avertissement sera inutile si le membre récalcitrant manifeste d'emblée sa volonté de ne plus respecter ses engagements. Un boycott n'aura pas de sens si d'autres sources d'approvisionnement, tout aussi avantageuses, sont ouvertes aux intéressés. Le cartel devra surtout éviter les mesures inadéquates : celles qui auraient un effet dommageable important feraient présumer une intention d'anéantissement et celles qui manqueraient de la vigueur indispensable éveilleraient l'idée que le cartel veut favoriser l'un de ses membres.

(1) AUBERT, tome II, numéro 1822

B. Conditions de forme

L'article 14 alinéa 3 prévoit que "les articles 4 et 5 sont applicables aux mesures auxquelles l'intéressé ne s'est pas soumis d'avance". L'expression qui manque de clarté a donné lieu à de vives controverses. Une prise de position ferme et précise du Conseil fédéral aurait pu éviter bien des difficultés. Malheureusement, le message n'a fait qu'accroître l'incertitude : "Il peut arriver aussi que l'intéressé se soit soumis tacitement, par exemple en ne contestant pas les conditions de livraison imprimées le menaçant de boycottage s'il n'observe pas les prix imposés. Rappelons à ce propos que les accords de prix ne revêtent généralement pas la forme écrite ..." (1). La première proposition, liée à l'emploi des mots "par exemple" au début de la deuxième, pouvait conduire à une interprétation qui aurait généralisé la possibilité d'accepter tacitement les entraves-sanction. La forme écrite n'aurait pas été exigée par l'alinéa 3 de l'article 14, qu'il s'agisse d'un cartel ou d'un accord de prix imposés. Il se serait agi d'une dérogation à l'article 11. Personne n'a soutenu une telle interprétation, ce qui prouve que les termes choisis par le Conseil fédéral n'exprimaient pas sa volonté réelle. Le texte légal lui-même aurait dû contenir un renvoi à l'article 11. Dans sa forme actuelle, il semble plutôt renvoyer aux dispositions générales du Code des obligations.

Pour ce qui est des sanctions prévues dans des accords cartellaires, la doctrine unanime admet qu'elles doivent revêtir la forme écrite.

(1) FF 1961 II, page 593

Si les conventions sont orales ou si elles ne sont pas prévues avec la précision requise par l'article 11 (1), on leur confère, par une sorte de fiction juridique, le caractère d'entraves à la concurrence de tiers, au sens des articles 4 et suivants de la loi sur les cartels (2).

Qu'en est-il des sanctions destinées à faire respecter des prix imposés ? Pour Merz, les intéressés doivent s'être soumis aux sanctions par écrit (3). Les accords relatifs aux prix ne nécessitent pas la forme écrite, mais, pour que celui qui viole l'accord puisse être boycotté, il faudrait qu'il ait accepté cette mesure par écrit. "Wer sich einer solchen Sanktionenordnung unterzieht, übernimmt neue, bisher nicht bestehende Kartellpflichten" (4). L'obligation de subir des entraves-sanction en cas de violation des obligations constituerait donc une nouvelle obligation, de nature cartellaire, indépendante de celle dont elle est destinée à assurer le respect.

L'opinion dominante, opposée à celle de Merz, se fonde sur deux arguments importants (5). Les accords de prix imposés n'auraient pas de sens sans les sanctions (6). Une action en exécution, quoique théoriquement concevable, est presque impossible en pratique, surtout depuis qu'un très grand nombre de commerces s'emploient à briser l'armature des prix imposés. Il est

-
- (1) Voir Chapitre IV, sous-chapitre 1
 - (2) SCHUERMANN, Kommentar, page 133
 - (3) MERZ, , Kartellgesetz, pages 85 et 86
 - (4) MERZ, , Kartellgesetz, page 86
 - (5) FF 1961 II, page 593; SCHUERMANN, Kommentar, p.133; DESCHENAUX, A propos, pages 97 et 98; MATILE, p.229
 - (6) MATILE, page 231

évident qu'un fabricant ou un grossiste ne peut se lancer dans des centaines de procès. Même un procès gagné est coûteux. Et, en l'absence de monopole, rien ne garantirait au demandeur que le défendeur ne trouverait pas une autre source d'approvisionnement, enlevant ainsi tout objet au litige ! Une action en dommages-intérêts serait possible si un dommage pouvait être prouvé sans trop de difficultés. Dans bien des cas, une expertise révélerait que la vente au-dessous du prix imposé a provoqué une hausse du chiffre d'affaires du "lésé" ! (Mais l'effet contraire peut aussi se produire, par exemple pour des produits de grand luxe).

Comme le législateur a renoncé à toute obligation de forme pour les prix imposés, il ne pouvait pas rendre illusoire la liberté qu'il accordait en empêchant sans qu'aucune disposition ne le stipule expressément, le recours aux seules sanctions efficaces.

Le deuxième argument a été développé par Deschenaux: "La clause pénale statuant des amendes conventionnelles ou des entraves à la concurrence de tiers est une convention accessoire au contrat principal; si celui-ci est libre de forme, celle-là l'est aussi" (1). C'est un principe général du droit des obligations auquel une disposition spéciale, telle que l'article 14 de la loi sur les cartels ne pourrait déroger qu'expressément. La sécurité du droit interdit que l'on déroge aux principes généraux du Code des obligations en interprétant des règles peu claires autrement que ne l'a fait le législateur. Dans la forme qui lui a été donnée, l'article 14 alinéa 3 n'implique aucune obligation de forme.

(1) DESCHENAUX, A propos, pages 97 et 98

Les intérêts dignes de protection des revendeurs ne sont pas méconnus par la solution légale. C'est à l'auteur du boycott qu'il incombera de prouver que la victime s'y est soumise d'avance. S'il échoue, les articles 4 et 5 s'appliqueront. Or, la preuve sera souvent difficile à faire. Il faudra démontrer que le revendeur savait qu'il devait respecter les prix imposés sous peine de boycott avant de conclure le contrat. Le fabricant ou le grossiste devra adresser des circulaires précises au revendeur, éventuellement faire figurer la menace de boycott sur ses listes de prix. De toute façon, il sera beaucoup plus difficile de prouver l'engagement que s'il avait revêtu la forme écrite.

VI. _____ PORTEE PRATIQUE DE L'ARTICLE 14

Il ne faut pas exagérer l'importance de l'article 14. Beaucoup de cartels ne prévoient pas d'entraves à la concurrence comme sanctions d'éventuelles violations ou renoncent même à toute sanction quand bien même une action en exécution ou en dommages-intérêts s'avère d'emblée impossible. Dans bien des domaines, les rapports économiques s'appuient sur une morale qui interdit que l'on viole ses obligations même si cela pouvait être avantageux. Cette morale s'accompagne d'une grande circonspection: par crainte de décisions irréfléchies, on ne se lie que pour une durée relativement courte, on consulte volontiers les spécialistes du droit cartellaire qui peuvent, par leurs conseils, faire respecter la loi et la jurisprudence.

Lorsque les conséquences de l'entente sont particulièrement importantes, la Commission des cartels est souvent priée de donner un avis au sens de l'article 19 alinéa 2 de la loi sur les cartels. La publicité qui peut être donnée aux accords par ceux qui seraient arbitrairement défavorisés (articles 11, 12 et 15) joue aussi un rôle important. On renonce parfois à certains procédés plutôt que de s'exposer aux risques d'une publicité indésirable.

On peut affirmer, en guise de résumé, que les effets prophylactiques de l'article 14 sont plus importants que ses effets thérapeutiques. Les tribunaux ne se pencheront pas journellement sur des litiges relatifs à des entraves-sanction, mais les intéressés s'inspireront largement de la leçon de l'article 14.

*

SOUS-CHAPITRE 2 : LA RENONCIATION AU REGISTRE DES
CARTELS

Le législateur a suivi la majorité de la Commission d'experts, qui était opposée à la création d'un registre des cartels. Il est difficile d'imaginer quels auraient été les effets d'une décision contraire. Un registre serait-il parvenu à déplacer les limites de la contrainte interne ?

Dès le début du siècle, le registre des cartels a eu ses partisans et ses adversaires dans tous les pays qui se sont dotés d'une législation anti-cartellaire. Il n'y eut cependant jamais de véritable controverse doctrinale et le problème ne fut pas étudié de façon très approfondie. Les solutions adoptées furent, au départ tout au moins, plutôt empiriques.

Le droit allemand nous donne d'utiles indications sur ce qu'aurait pu être un registre suisse. Mais les effets du registre ne dépendent pas uniquement de la nature juridique et du contenu des inscriptions. En pratique, ils sont beaucoup influencés par les moeurs économiques du pays. Il n'est pas certain que, si nous avions adopté une réglementation semblable à celle du paragraphe 9 de la loi allemande, les résultats eussent été en tous points identiques.

I. LES DIFFERENTES SOLUTIONS CONCEVABLES
ET LEURS EFFETS

Le premier problème à résoudre est celui du contenu des inscriptions. On peut concevoir un registre dans lequel ne figurerait que la désignation des membres du cartel, sans autres indications sur le contenu des conventions. Un tel document n'apporterait pas grand chose. Peut-être faciliterait-il quelque peu les investigations des autorités chargées d'enquêtes. Mais il est rare que ces autorités ne sachent pas d'où viennent les atteintes à la concurrence. Complet et à jour, le registre pourrait, en revanche, présenter une certaine utilité pour les victimes de mesures discriminatoires qui désirent ouvrir action contre un cartel. Le revirement de jurisprudence de l'arrêt Alex Martin SA était avant tout destiné à protéger les tiers pour qui il était très difficile de savoir si un cartel revêtant la forme d'association avait ou non la personnalité juridique : "Ainsi, la victime d'un boycott ou d'un acte de concurrence déloyale ne saura si elle doit rendre responsable de l'acte illicite qui la lèse l'association - laquelle contestera peut-être son existence juridique, voire sa responsabilité pour l'acte incriminé - ou ses membres qu'elle considérerait comme liés par un contrat de société simple (article 62 du Code civil)" (1). Un registre des cartels permettrait d'aller plus loin dans la voie de la sécurité juridique et de la protection des tiers, en écartant les risques d'actions mal introduites.

(1) RO 90 II 339

La contrainte interne ne serait pas affectée par un registre qui ne contiendrait aucune indication sur le contenu des conventions et plus précisément sur la façon dont la cohésion est maintenue ou imposée. Seule la publication du contrat ou des statuts, voire des décisions d'application, exercerait l'effet préventif souhaité. Beaucoup de cartels devraient réexaminer leurs règles de contrainte interne avant de les communiquer aux autorités compétentes. Non seulement l'objet de l'inscription devrait être conforme à la loi, mais encore, selon le degré de publicité accordé au registre, le cartel devrait tenir compte de l'opinion publique et des éventuelles réactions des concurrents.

Le contenu du registre allemand est très complet; pour chaque cartel, il doit contenir les indications suivantes:

- 1° - la raison sociale et le siège des membres
- 2° - les noms et adresses des propriétaires (pour les membres qui n'ont pas la personnalité morale), les noms et adresses des organes des personnes morales ;
- 3° - la forme juridique et le siège du cartel ;
- 4° - le nom et l'adresse du représentant du cartel ;
- 5° - l'essentiel du contenu des contrats ou des décisions, notamment des renseignements sur les produits ou les services concernés, sur le but du cartel et les mesures envisagées pour y parvenir, sa durée et les possibilités de sortie.

Il est intéressant de constater que les indications du registre allemand, exception faite des noms et adresses des représentants et des organes du cartel ou de ses membres, sont assez semblables à celles que donne notre Commission des cartels dans ses publications. En particulier, les chiffres 1, 3 et 5 sont presque toujours développés par la Commission. Le chiffre 5, de loin le plus important dans le domaine de la contrainte interne, fait souvent l'objet de descriptions détaillées. L'effet de dissuasion dû à la publicité joue alors entièrement, mais uniquement pour les cartels qui peuvent craindre une enquête de la Commission. Ces résultats pratiques de la loi suisse ne constituent-ils pas un argument de poids contre les adversaires du registre ? Pour un grand nombre de cartels, la situation est la même que s'ils étaient inscrits au registre des cartels. Du point de vue de l'équité, peut-être serait-il d'ailleurs préférable que tous les cartels soient logés à la même enseigne.

II. LES AVANTAGES ET LES INCONVENIENTS DU REGISTRE

Finalement, le problème du registre se résume à l'opposition de deux intérêts: l'intérêt des cartels à ne pas voir leur liberté réduite dans une mesure exagérée, et l'intérêt public et privé à la publicité. Il n'est certainement pas indifférent que l'Etat connaisse bien la structure des diverses branches économiques. Les dissidents ont toujours avantage à connaître l'organisation du cartel auquel ils font ou désirent faire concurrence, alors que les membres des cartels ont avantage à ne pas être soumis à une contrainte exagérée (ce que la publicité peut souvent leur garantir).

Le législateur est parti d'un principe de liberté largement reconnu aux cartels. "Wo die Freiheit nicht einfachhin verkündet und rechtsschutzmässig gewährleistet, sondern verwaltungsmässig durchgesetzt wird, ist auch Unfreiheit beteiligt und am Werk" (1). Il y aurait une certaine contradiction à traiter avec suspicion des actes juridiques que l'on considère comme licites en principe. De plus, il ne faut pas oublier la grande portée de la définition légale des cartels. Elle contraindrait à l'inscription un nombre très élevé de sociétés et d'associations.

Pour la majorité des membres de la Commission d'experts, le registre aurait encore eu l'effet néfaste suivant : il n'aurait pas empêché que certains cartels restent dans la clandestinité sous forme de gentlemen's-agreements. Parmi les cartels qui se seraient fait inscrire, seuls certains auraient eu des effets nuisibles; mais le public n'aurait pas fait la distinction et tous les cartels inscrits auraient été considérés avec méfiance - alors que le registre n'aurait peut-être pas contenu les plus mauvais cartels ! Ces résultats seraient en contradiction avec la Constitution qui ne s'en prend qu'aux ententes nuisibles.

La majorité en a déduit que, pour avoir un registre complet, il ne faudrait pas se limiter à donner un caractère constitutif à l'inscription, mais qu'il serait indispensable d'étendre celle-ci aux accords sans force obligatoire et d'assortir l'obligation de sanctions sévères.

(1) SCHUERMAN, WuR 1968, page 3

Le registre entraînerait sans doute un relâchement de la contrainte interne. Plus les possibilités de concurrence sont grandes - et c'est le cas en période de haute conjoncture -, plus les cartels peuvent craindre la publicité. Cartel et hausse des prix vont souvent de pair dans l'esprit du public. Par crainte que l'on n'associe forte contrainte interne à effets nuisibles, certains cartels renonceraient peut-être à des mesures trop sévères. Il ne serait pas exclu que les cartels renoncent à publier certains moyens d'assurer leur cohésion, qu'ils en fassent donc des gentlemen's agreements. Cela reviendrait à accélérer le processus dont il sera question dans le dernier chapitre : une certaine renaissance de l'esprit de concurrence liée à une désaffectation des moyens de contrainte purement juridiques.

Dans les principaux domaines de l'économie, la seule éventualité d'une enquête de la Commission des cartels joue un rôle aussi efficace qu'un registre. D'autres dispositions légales ont un effet semblable, notamment l'exigence de la forme écrite ou la possibilité de saisir les tribunaux ordinaires de certains litiges.

En résumé, la seule objection vraiment fondée que l'on puisse faire au registre des cartels tient au fait qu'il exigerait un appareil administratif impressionnant, tout en n'offrant qu'une utilité réduite.

SOUS-CHAPITRE 3 : CONTROLE DU RESPECT DES ENGAGEMENTS

La contrainte interne ne peut être assurée que si le cartel est en mesure de constater les éventuelles violations des engagements souscrits par ses membres. La tâche est facile lorsqu'il s'agit d'un cartel de prix et que chaque membre offre ses produits ou ses services publiquement ou à un grand nombre d'acheteurs. Il en va autrement dans certaines branches : souvent, le prix est discuté secrètement par les contractants. Si le jeu de l'offre et de la demande confère une position de force à l'acheteur, le vendeur pourra être amené à fixer le prix au-dessous de la limite cartellaire. L'acheteur n'aura pas intérêt à parler des conditions avantageuses qu'il a obtenues; son silence est indispensable à l'obtention d'un rabais lors de la conclusion du prochain contrat.

Les cartels ont toujours cherché à surveiller leurs membres dans deux buts complémentaires: celui qui se sent surveillé hésite à violer ses engagements et celui qui n'en a pas moins renoncé à respecter ses obligations est plus facilement découvert.

Les méthodes de contrôle dont dispose le cartel sont variées. Par leur nature, elles se divisent en deux groupes : celles qui ont été acceptées par les membres et celles qui s'exercent à leur insu. Parmi les premières, il convient de citer, à titre d'exemples: les achats fictifs ou réels par des personnes choisies secrètement; la surveillance des prix ou des conditions de vente; l'examen des livres par les autres membres ou par

un expert neutre choisi d'un commun accord. Les mesures que les membres n'ont pas acceptées sont nombreuses : achats ou négociations contractuelles faits sur l'ordre d'autres membres du cartel ; surveillance par des employés du cartel, éventuellement par des détectives privés - selon l'objet de la surveillance et la nature des moyens utilisés, on peut parler d'espionnage - ; enquêtes auprès des clients.

Jadis, la surveillance exercée à l'insu des membres était assez fréquente (1). Les publications de la Commission des cartels indiquent que les cartels donnent maintenant leur préférence à l'examen des livres auquel chaque membre doit se soumettre par avance (2). Mais il faut noter que les mesures secrètes ne sont pas nécessairement révélées à la Commission, car les membres du cartel cesseraient de les ignorer et elles deviendraient partiellement inutiles.

1) - Les mesures acceptées par les membres sont en principe licites. Quant à la forme, elles doivent respecter l'article 11, car elles constituent des conventions accessoires aux contrats ou aux statuts.

La surveillance peut porter atteinte à la sphère privée des personnes, et plus précisément à l'aspect économique de ce bien juridique (Geheimsphäre der wirtschaftlichen Persönlichkeit). Il en résulte que l'acceptation de certaines mesures peut tomber sous le coup de l'article 27 du Code civil. La nullité dépendra essentiellement

(1) RO 62 II 97 ; 57 II 342
(2) PCSC 1966, page 98; 1966, page 234;
1967, page 262; 1968, page 183.

de la façon dont le cartel pourra utiliser les renseignements obtenus. Il est évident que si la cohésion cartellaire est faible, si les membres cherchent à se faire concurrence ou si le point de rupture est proche, certains membres pourront avoir intérêt à connaître les secrets que recèlent les livres d'autres membres.

Pour juger si un engagement est nul en application de l'article 27 du Code civil, le juge devra déterminer si la liberté économique de celui qui se plaint du contrôle subit une atteinte grave, contraire aux moeurs ou aux règles de la bonne foi. Tel ne sera que rarement le cas si le cartel se fonde sur une solide cohésion et si les rapports (potentiels) de concurrence entre les membres sont minimes. En revanche, lorsque les circonstances ont changé depuis la création du cartel et que d'importantes forces centrifuges se sont développées, on devrait admettre que la révélation de secrets d'affaires constitue une atteinte inadmissible qui pourrait amener la ruine du membre dont il s'agit, selon l'usage que pourraient en faire les autres membres du cartel. Le juge devrait se montrer d'autant plus sévère qu'il n'est pratiquement jamais indispensable que le cartel effectue lui-même le contrôle de ses membres. Les livres et les autres documents indispensables au contrôle peuvent fort bien être examinés par un expert neutre jouissant de la confiance de tous les intéressés et tenu par le secret de fonction à ne révéler que les faits qui prouveraient l'existence d'une violation des engagements cartellaires. Cette solution est d'ailleurs déjà utilisée dans la pratique et la Commission des cartels n'a pas constaté que les intéressés aient eu à s'en plaindre (1).

(1) PCSC 1968, page 183

Il arrive que le contrat ou les statuts prévoient quand les contrôles auront lieu (contrôles périodiques; contrôles sur dénonciation, etc...). Dans le cas contraire, le cartel ne doit pas prendre de mesures impliquant une atteinte à la personnalité économique sans qu'un membre n'ait donné lieu à des plaintes ou ne puisse être valablement suspecté de violer ses obligations : "Als unstatthaft wäre ein solches Vorgehen des Verbandes allenfalls dann zu bezeichnen, wenn er nicht den geringsten Anlass gehabt hätte, an der Vertragstreue der Gegenpartei zu zweifeln" (1).

2) - Les mesures que les membres n'ont pas acceptées expressément ne peuvent être licites que si elles ne portent pas atteinte à la personnalité économique du membre contre lequel elles sont dirigées. Il faut lire avec réserve l'arrêt précité lorsqu'il affirme : "Eine wirksame Kontrolle hierüber war aber gar nicht denkbar, als eben durch eine eingehende Ueberwachung durch Spione und Spitzel, so unsympatich derartige Erscheinungen im allgemeinen auch anmuten mögen" (2). Le mot "espion" est trop fort. Employé dans le domaine économique, il fait penser à des actes tels que le vol de documents, la violation de domicile, l'installation d'appareils d'écoute ou de photographie. En vérité, le cartel ne peut qu'exercer une surveillance discrète, identique à celle dont il peut faire usage à l'égard des dissidents. Rien ne lui interdit de procéder à des achats pour vérifier si les prix ou les conditions de vente sont respectés ou pour procéder à des analyses destinées à vérifier si les rè-

(1)
(2) RO 62 II 101

gles de qualité ne sont pas violées. Si l'un des membres ne respecte pas ses engagements, ou est soupçonné de ne pas les respecter, le cartel dispose des moyens de droit mis à sa disposition par le droit privé et la procédure civile : "Auch die wirtschaftliche Persönlichkeit besitzt in ihren Bezugsquellen und in ihrer Abnehmerschaft ihre besondere Geheimsphäre, die ein anerkanntes Persönlichkeitsrecht ist und nicht durch die Mittel des Erlauschens und Ausspionierens gestärkt werden darf. Selbst beim Verdachte eines Verbrechens soll sich der Geschädigte der gesetzlichen Mittel der Polizei und des Strafprozesses bedienen". (1).

Le cartel ne peut pas, sous couleur de vérifier les violations présumées ou constatées, exercer un espionnage illicite.

(1) RO 57 II 342

CHAPITRE VI : LES EFFETS DES FORCES CENTRIFUGES ET CENTRIPETES SUR LA COHESION CARTELLAIRE

I. LE DEGRE DE COHESION POSSIBLE

La cohésion ne dépend pas seulement de la contrainte cartellaire. Des facteurs extérieurs au droit peuvent l'influencer fortement. La situation économique conduit parfois les intéressés à accepter un degré de cohésion plus fort que celui que permettrait la loi sur les cartels. Les autorités judiciaires, qui n'interviennent pas d'office, ne sont pas en mesure de les en empêcher. Le fait d'aller trop loin risque cependant de provoquer une désintégration le jour où, les circonstances ayant changé, certains membres estimeront avantageux de reprendre leur liberté.

La loi de 1962 autorise des moyens de contrainte relativement forts, ce qui est conforme à la "constitution économique" et à la liberté contractuelle. Les engagements cartellaires peuvent durer cinq ans - même plus longtemps dans des circonstances très spéciales - et leur respect peut être garanti par une échelle de sanctions efficaces. Chaque membre du cartel peut renoncer à une part importante de sa liberté économique au profit du but commun. Le législateur a tenu compte de la liberté contractuelle, qui implique le respect des engagements librement assumés.

Le juge ne modifiera ou ne supprimera les rapports sociaux qu'à certaines conditions bien déterminées (absence du minimum de liberté indispensable, détérioration de la position d'un membre, conditions de sortie inévitables, procédure de règlement des différends n'assurant pas l'impartialité nécessaire).

II. LES CHANGEMENTS INTRODUIITS PAR LA LOI DU
20 DECEMBRE 1962

La loi sur les cartels n'a peut-être fait que codifier la dernière jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la contrainte cartellaire externe. En ce qui concerne la contrainte cartellaire interne, elle a innové. Avant son entrée en vigueur, seul l'article 27 du Code civil constituait une limite commune à tous les cartels. Pour le surplus, les dispositions relatives à la forme juridique choisie s'appliquaient. Pour régler les litiges, il fallait souvent faire appel à des principes généraux du droit, difficiles à appliquer à un domaine aussi particulier que celui des cartels.

La loi a simplifié la tâche des juges et des membres des cartels. Mais, en même temps, elle a quelque peu compliqué la conclusion des ententes : l'exigence de la forme écrite constitue, nous l'avons vu, une force centrifuge importante (chapitre IV, sous-chapitre 1). Pour qu'une obligation soit valable, il faut qu'elle revête la forme écrite. Cela nécessite que l'évolution des activités du cartel soit prévue à longue échéance. De plus, la forme écrite ne convient pas à des engagements qui devraient conserver un caractère confidentiel.

La loi a voulu éviter les abus qui pourraient affecter la liberté économique. Allant même plus loin, elle a cherché à éviter que la concurrence ne soit écartée pour une très longue durée, ou que la sortie soit empêchée par de graves conséquences pécuniaires.

III. LES FORCES CENTRIFUGES INDIRECTES

Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur les cartels, la jurisprudence n'a pas pris l'ampleur attendue ; elle est rare, voire inexistante dans certains domaines. Cette situation s'explique par l'existence de forces centrifuges indirectes qui exercent un effet occulte sur les cartels, les retiennent de dépasser la limite de cohésion possible et engagent peut-être certaines entreprises à préférer d'autres formes de collaboration ou d'intégration.

Selon Matile, c'est dans "la remarquable efficacité de la Commission des cartels" qu'il faut chercher l'explication de la rareté de la jurisprudence : "Usant avec fermeté de l'arsenal de droit administratif mis à sa disposition par le législateur, la Commission a su en effet imposer d'emblée aux puissances économiques un respect qui se manifeste par l'empressement qu'elles mettent à suivre ses recommandations et à éviter des conflits qui enrichiraient la science juridique dans ce domaine" (1). Il faut ajouter qu'avec les années, les publications de la Commission touchent toujours plus de domaines et qu'il devient plus facile, à ceux qui veulent créer un cartel, de distinguer ce qui est autorisé et ce qui est interdit.

(1) MATILE, page 164

L'organisation d'un cartel et la contrainte recherchée dépendent souvent beaucoup des effets externes du cartel. Moins le cartel a la possibilité de s'en prendre au dissident, en raison de la sévérité de la Commission et des tribunaux à l'égard des mesures de contrainte externe, moins il a besoin d'une forte cohésion. La cohésion sans faille qu'il fallait jadis pour anéantir ou assujettir un dissident n'est plus nécessaire puisque de tels buts sont devenus illicites.

Les gentlemen's agreements sont parfois préférés aux cartels. C'est le cas notamment lorsque les mesures prévues paraissent contraires à des dispositions anti-cartellaires étrangères et que les membres du cartel s'exposeraient à une répression sévère s'ils donnaient un caractère obligatoire à leur entente. Lorsque le nombre des intéressés est relativement petit et que les rapports sont fondés sur une solide confiance, le gentlemen's agreement sera souvent choisi, quelles que soient les obligations de nature cartellaire assumées.

La principale force centrifuge indirecte se trouve peut-être dans la situation économique actuelle. En Suisse, les cartels ont eu leur heure de gloire à l'abri des frontières, à une époque où les guerres succédaient aux crises. Les frontières se sont ouvertes, la concurrence étrangère se fait de plus en plus pressante. Très souvent, le cartel est une organisation rigide difficile à modifier, incapable de réagir rapidement à des changements d'ordre économique ou technique. A juste titre, le cartel a été comparé à une escadre dont la vitesse doit s'adapter à celle de l'unité la plus lente. Le concurrent étranger ne fait pas partie de l'escadre !

Pour éviter les pertes de force qu'entraînent les cartels, les intéressés préfèrent de plus en plus la concentration à l'entente lorsque la situation économique exige que l'entreprise ait une dimension plus grande. Les entreprises regroupées ne constituent plus des unités juridiquement indépendantes soumises aux articles 11 et suivants de la loi sur les cartels. Certaines branches économiques se sont aperçues que leur cartellisation quasi caricaturale les conduisait à la catastrophe et elles ont aboli presque toute contrainte interne. Dans d'autres branches, l'existence de puissants dissidents a amené les membres des cartels à amorcer un processus de libéralisation.

Mais les articles 11 et suivants de la loi ne sont pour autant pas devenus sans objet. Il existe encore beaucoup de cartels. On en crée de nouveau, on modifie les anciens, on recherche des formules plus souples, plus efficaces dans la lutte contre les concurrents. De nombreux problèmes de contrainte interne se posent à chaque cartel.

*

CONCLUSION

=====

Il est peu probable que la loi sur les cartels soit modifiée dans le sens d'une interdiction de principe des cartels. De toute façon, les exemples étrangers, notamment celui de la Communauté économique européenne, démontrent que la situation n'en serait que peu modifiée. Des dispositions sur la contrainte interne devraient subsister pour les nombreux cartels expressément autorisés.

La cohésion recherchée par les cartels dépendra de la conjoncture. Si les tendances actuelles ne se modifient pas, il est possible que le nombre des cartels à forte cohésion ira en diminuant.

Dans les domaines où l'ouverture des frontières à la concurrence étrangère n'a pas eu pour effet de modérer les appétits de certains cartels, la Commission des cartels devra certainement intervenir avec vigueur pour maintenir l'inflation dans des limites supportables.

L'Etat et l'économie se trouvent placés devant une tâche de plus en plus ardue : tenir compte des besoins internes (qui appellent le maintien de la concurrence et son rétablissement dans les domaines où elle n'est plus qu'un vain mot) tout en prévoyant des structu-

res (cartels dynamiques, concentrations) qui permettent aux entreprises d'acquérir des dimensions européennes et mondiales.

L'interprétation des dispositions relatives à la contrainte interne dépendra en partie des options de politique économique.

Les articles 11 à 15 constituent un élément important d'un édifice complexe. Le législateur a su les intégrer de façon harmonieuse dans l'ensemble du droit économique où, bien que peu spectaculaire, leur rôle n'en est pas moins efficace et souvent indispensable.

* * * * *

A B R E V I A T I O N S

=====

BVGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CC	Code civil suisse
CO	Code des obligations
FF	Feuille fédérale
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
PCSC	Publications de la Commission suisse des cartels
RDS	Revue de droit suisse
RO	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
WuR	Wirtschaft und Recht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZR	Blätter für Zürcher Rechtsprechung

B I B L I O G R A P H I E

=====

AMIAUD André: Travaux de l'Association Henri Capitant, tome II, Les droits de la personnalité, Rapport de M. le Professeur Amiaud sur le problème en droit français, p. 292 à 304, Paris 1947.

AUBERT Jean-François: Traité de droit constitutionnel suisse, 2 volumes, Neuchâtel/Paris 1967.

VON BERINGER Harald: Der schweizerische Kartellgesetzentwurf, WuW 1960, p. 328 ss.

BIERI Hildegard: Die Aktiengesellschaft, die Genossenschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in ihrer Eignung für Kartelle, Berne 1941.

BOECKLI Hans Rudolf: Bemerkungen zur Frage der Kartellpublizität, WuR 1961, p. 95 ss.

BDECKLI Hans Rudolf: Der Gesetzgeber vor dem Konzentrationsproblem, WuR 1962, p. 136 ss. (Cité: Gesetzgeber).

BROSSET Georges et
SCHMIDT Claude : Guide des sociétés en droit suisse,
tome III, Genève 1962.

VON BUEREN Bruno: Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, Zürich 1957. (Cité: Kommentar).

VON BUEREN Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964. (Cité: Obligationenrecht).

CALLMANN Rudolf: Das deutsche Kartellrecht, Berlin 1934.

COMMISSION D'ETUDE DES PRIX: Les cartels et la concurrence en Suisse, Berne 1957.

DESCHENAUX Henri: A propos de l'ouvrage "Das schweizerische Kartellgesetz" du professeur Hans Merz, RDS 87, 1968, I., p. 73 ss. (Cité: A propos).

DESCHENAUX Henri: L'esprit de la loi fédérale sur les cartels et organisations analogues; Mélanges Carry; Mémoires de la faculté de droit de Genève, volume 18, 1964, p. 193 ss. (Cité: Esprit).

DESCHENAUX Henri: Licéité et limites du boycott, RDS 70, 1951, p. 127 ss. (Cité: Licéité).

BIBLIOGRAPHIE (suite)

=====

DESCHENAUX Henri : Le titre préliminaire du Code civil, (Traité de droit civil suisse, tome II/1), Fribourg 1969. (Cité: Le titre préliminaire).

EGGER August: Kommentar zum Personenrecht, 2e édition, Zürich 1930.

ENNECCERUS-NIPPERDEY : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15e édition, Tome I, Tübingen 1959.

FAVRE Antoine: L'évolution des droits individuels de la Constitution, RDS 55 1936, p. 291a ss.

GERWIG Max: Schweizerisches Genossenschaftsrecht, Berne 1957.

GEYER Ernst: Handels- und Gewerbefreiheit und Kartelle im Licht der ersten Urteile des Bundesgerichtes, WuR 1959, p. 179 ss.

GIGER Hans: Eine rechtliche Würdigung des Kartellgesetzentwurfes, WuR 1959, p. 163 ss.

GRISEL André: Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970.

GROSSEN Jacques Michel: La protection de la personnalité en droit privé, RDS 79, 1960, p. la ss.

GUISAN François: La protection de la personnalité et le boycott commercial, Festgabe für Carl Wieland, Bâle 1934, p. 149 ss.

GULDENER Max: Die Gerichtsbarkeit der Wirtschaftsverbände, RDS 71, 1952, p. 207a ss.

GULDENER Max: Das schweizerische Zivilprozessrecht, 2e édition, Zürich 1958. (Cité: Zivilprozessrecht).

GUENTHER Eberhard: Wege zur Europäischen Wettbewerbsordnung, Baden-Baden 1968.

GYGI Fritz: Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, RDS 89, 1970, II., p. 265.

GYSIN Arnold: Grundlinien des schweizerischen Kartellrechts, RDS 49, 1930, p. 364 ss.

HEINI Anton: Die Vereine ("Schweizerisches Privatrecht", volume II), Bâle et Stuttgart 1967.

HELM Horst: Das Kartellrecht in der Wirtschaftspraxis, Darmstadt 1970.

BIBLIOGRAPHIE (suite)

=====

- HIRSCH Alain: La loi fédérale sur les cartels et organisations analogues, Mémoires publiés par la faculté de droit de Genève, No. 20, Genève 1965, p. 43 ss.
- HODEL Andres: Der zulässige Umfang der Kartellbindung und der Austritt aus Wirtschaftsverbänden nach geltendem Recht, Thèse, Bâle 1956 (dactylographiée).
- HOMBURGER Eric: Rechtsgrundlagen der Interessenabwägung bei Anwendung des Kartellgesetzes, RDS 89, 1970, II., p.1.
- HUBMANN Heinrich: Das Persönlichkeitsrecht, 2e édition, Cologne 1967.
- JAEGGI Peter: Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, RDS 79, 1960, II., p. 133a ss.
- JUNOD Charles André: Problèmes actuels de la constitution économique suisse, RDS 89, 1970, II., p. 591.
- KOLLER Arnold: Die Konzeption des möglichen Wettbewerbes - Auslegungshilfe des Kartellgesetzes ? WuR 1970, p. 149 ss.
- LIEFMANN Robert: Kartelle, Konzerne und Trusts, Stuttgart/Saint-Moritz, 1927.
- LIVER Peter: Abhandlungen zur schweizerischen und bündnerischen Rechtsgeschichte, Coire 1970.
- MARBACH Fritz: Ueber die Kartelle und die Kartellierung in der Schweiz, Berne 1937. (Cité: Kartelle).
- MARTY Gabriel et RAYNAUD Pierre : Droit civil, Tome I, Paris 1956.
- MATILE Jacques: Problèmes du droit suisse des cartels, RDS 89, 1970, II., p. 159.
- MERZ Hans: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht, Artikel 2 ZGB, Berne 1966.
- MERZ Hans: Das schweizerische Kartellgesetz, Berne 1967. (Cité: Kartellgesetz).
- MERZ Hans: Kartellrecht - Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit ? WuR 1966, p. 1 ss. (Cité: Instrument).
- MERZ Hans: Ueber die Schranken der Kartellbindung, Berne, 1953. (Cité: Schranken).
- MISLIN Jean-Pierre: Der zulässige Umfang der kartellrechtlichen Bindung, thèse, Bâle 1947 (dactylographiée).

BIBLIOGRAPHIE (suite)

=====

MUELLER Heinz - GRIES Gerhard - GIESSLER Peter: Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt 1969.

NEF Hans: Unabhängige Schiedsgerichte, Fragen des Ver-
fahrens- und Kollisionsrechtes. (Festschrift zum 70. Geburts-
tag von Professor Dr Hans Fritzsche), Zürich 1952, p. 99 à
115.

OFTINGER Karl: Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht,
RDS 57, 1938, p. 481a ss. (Cité: Eingriffe).

OFTINGER Karl: Jurisprudence du Tribunal fédéral sur la par-
tie générale du Code des obligations (traduit de l'allemand
par Raymond Jeanprêtre), Zürich 1970. (Cité: Oftinger/Jean-
prêtre).

OFTINGER Karl: Die Vertragsfreiheit, dans "La liberté du
citoyen en droit suisse" (Recueil du centenaire de la Con-
stitution fédérale publié par les Facultés de droit des Uni-
versités suisses), Zürich 1948, p. 315 ss. (Cité: Vertrags-
freiheit).

OFTINGER Karl: Ueber den Zusammenhang von Privatrecht und
Staatsstruktur, SJZ 37, 1940/41, p. 225 ss et 241 ss.
(Cité: Zusammenhang).

PATRY Robert: Les contrats d'adhésion comme source du droit,
Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht, p. 367,
Festgabe der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fa-
kultät der Universität Bern für den schweizerischen Juristen-
verein, Tome 91bis de la revue des juristes bernois, Berne,
1955.

PIOTET Paul: La formation du contrat en doctrine générale et
en droit privé suisse, Berne 1956.

PLAISANT Robert et LASSIER Jacques: Evolution des réglemen-
tations de concurrence en France et dans le cadre de la Com-
munauté européenne, Revue internationale de la propriété in-
dustrielle et artistique, 1970, p. 324 ss.

SCHAERER Max: Die Natur des Kartellvertrages nach schweizer-
ischem Recht, Berne 1917.

SCHUERMAN Leo: Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Or-
ganisationen vom 20. Dezember 1962 (Textausgabe mit Erläuter-
ungen), Zürich 1964. (Cité: Kommentar).

SCHUERMAN Leo: Die Durchführung des Kartellgesetzes, WuR
1969, p. 65 ss. (Cité: Durchführung).

BIBLIOGRAPHIE (suite)

=====

SCHUERMANN Leo: Zur Entwicklung der kartellrechtlichen Doktrin in der Schweiz, Festschrift für W. Hug, p. 135 ss., Berne 1968. (Cité: Entwicklung).

SCHUERMANN Leo: Fragen aus der Praxis des Kartellrechtes, WuR 1968, p. 1 ss. (Cité: Fragen).

SIEGWART Alfred: Die einfache Gesellschaft, Die Personengesellschaften, Zürich 1938.

VON STEIGER Fritz: Précis de droit coopératif suisse, adaptation française par Pierre Subilia, Zürich 1967. (Cité: Droit coopératif).

VON STEIGER Fritz: Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4e édition, Zürich 1970. (Cité: Aktiengesellschaft).

VON STEIGER Werner: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 1965.

TAPERNOUX Benjamin: Les cartels, Saint-Maurice 1929.

VON TUHR Andreas - SIEGWART Alfred: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 2 volumes, Zürich, 1942-1944.

* * *

<u>TABLE DES MATIERES</u>	(suite)	<u>Pages</u>
<u>Sous-chapitre 5</u>	<u>: Les limites apportées au principe de la licéité</u>	28
I.	La liberté de concurrence en droit constitutionnel	30
II.	Le droit au libre développement de la personnalité économique (liberté économique) et la liberté contractuelle	39
<u>CHAPITRE III</u>	<u>: NATURE JURIDIQUE DES CARTELS</u>	45
<u>CHAPITRE IV</u>	<u>: LES FORCES CENTRIFUGES</u>	50
<u>Sous-chapitre 1</u>	<u>: La forme écrite</u>	51
I.	Justification	51
II.	Portée de l'article 11	56
<u>Sous-chapitre 2</u>	<u>: La procédure</u>	65
I.	La juridiction arbitrale	65
A.	Justification des restrictions	66
B.	Solutions proposées	71
C.	Solution retenue	72
D.	La réserve du premier alinéa	74
E.	Le jugement des exceptions	77
F.	Procédure	80
G.	Tribunal arbitral international	81
II.	L'effet rétroactif du jugement de libération	82
III.	Les mesures provisionnelles	84
<u>Sous-chapitre 3</u>	<u>: Les conditions de sortie inadmissibles</u>	88
I.	L'indemnité de sortie	88
II.	L'interdiction de rendre la cessation des engagements difficile à l'excès	93
III.	Les rapports entre les deux alinéas de l'article 13	96
IV.	Les rapports de l'article 13 avec l'article 12	

<u>TABLE DES MATIERES</u> (suite)	<u>Pages</u>
<u>Sous-chapitre 4 : La libération des engagements à caractère de cartel</u>	<u>100</u>
I. Introduction	100
II. L'élaboration du texte légal	104
III. Les conditions de la libération	107
IV. Les justes motifs:	110
A. La détérioration notable de la position d'un membre du cartel:	110
a) La notion de détérioration	110
b) Le caractère notable de la détérioration	112
B. Les autres justes motifs:	114
a) L'inégalité de traitement	114
b) Atteinte excessive au droit au libre développement de la personnalité économique	116
c) Disparition d'éléments jugés essentiels lors de la création du cartel	116
d) Impossibilité	117
e) Profondes divergences de vue et manque de confiance	118
V. La libération totale ou partielle	119
VI. La libération des seules obligations cartellaires	120
VII. La réserve des dispositions plus favorables	121
VIII. Le droit allemand	126
IX. Comparaison des articles 12 de la loi suisse et 13 de la loi allemande	129
X. L'importance de l'article 12	130.

TABLE DES MATIERES (suite)	Pages
=====	
CHAPITRE V : LES FORCES CENTRIPETES	132
=====	
<u>Sous-chapitre 1 : Les entraves à la concurrence visant à faire observer des engagements à caractère de cartel (entraves-sanction)</u>	133
I. Définition des entraves-sanction	133
A. Les atteintes	133
B. Les auteurs des entraves	135
C. La victime des entraves	135
D. Violation d'obligations à caractère de cartel	136
E. But des atteintes	137
II. Nature juridique des entraves-sanction	139
III. Doctrine et jurisprudence antérieures à la loi	145
IV. Elaboration de la loi	147
V. Conditions de licéité des sanctions:	150
A. Conditions de fond:	150
1. Faire observer des engagements licites	150
2. Faire observer des prix imposés raisonnables	151
3. Ne pas causer de préjudice excessif	153
(a) Les critères de la proportionnalité et de la subsidiarité	156
(b) Le principe de l'égalité de traitement	161
B. Conditions de forme	165
VI. Portée pratique de l'article 14	168
<u>Sous-chapitre 2 : La renonciation au registre des cartels</u>	170
I. Les différentes solutions concevables et leurs effets	171
II. Les avantages et les inconvénients du registre	173

<u>TABLE DES MATIERES</u> =====	(suite)	<u>Pages</u>
<u>Sous-chapitre 3 : Contrôle du respect des engagements</u>		176
CHAPITRE VI =====	: LES EFFETS DES FORCES CENTRI- FUGES ET CENTRIPETES SUR LA COHESION CARTELLAIRE =====	181
	I. Le degré de cohésion possible	181
	II. Les changements introduits par la loi du 20 décembre 1962	182
	III. Les forces centrifuges indirectes	183
CONCLUSION =====		186
ABREVIATIONS =====		188
BIBLIOGRAPHIE =====		189

Achévé d'imprimer le 6 octobre 1972
sur les presses offset de
l'imprimerie Anderegg-Guenin, à Bienne