

Licéité et limites du boycott : à propos de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral

Autor(en): **Deschenaux, Henri**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **70 (1951)**

Heft 2

PDF erstellt am: **27.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896476>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Licéité et limites du boycott

(A propos de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral)

par Henri Deschenaux,
privat-docent à l'Université de Fribourg,
greffier au Tribunal fédéral

§ 1. Introduction et plan

La question n'est pas nouvelle¹. Mais les raisons ne manquent pas d'en reprendre l'examen.

L'industrie, le commerce et l'artisanat, d'une part, le monde du travail, d'autre part, tendent de plus en plus à s'organiser. On assiste à un développement toujours plus grand des associations professionnelles, des syndicats ouvriers et des conventions collectives de toutes sortes. Or, dans

¹ *Principaux travaux parus en Suisse (par ordre chronologique)*: Liechti, Die Verrufserklärung im modernen Erwerbsleben, Zurich, 1897. Hofstetter-Leu, Der Boykott nach Schweizer Recht, Berne, 1911. L. Vogt, La mise à l'interdit et la responsabilité des syndicats ouvriers, Genève, 1911. Holer, Zur Rechtsprechung über Boycott, SJZ 16 (1919-1920), p. 149; Lösungsversuche, ibid., p. 169; Boycott und Schikane, p. 185 et 200. Fick, Zur Rechtsprechung über den Boycott, SJZ 16, p. 222; Réfutation de Holer, ibid., p. 245. W. Vogt, Die Widerrechtlichkeit im sozialen Wirtschaftskampfe, Zurich, 1923. Vodoz, Le boycottage en droit civil suisse, Lausanne, 1926. Meier, Beschränkung der Arbeitsfreiheit, SJZ 23, p. 321. Miller, Der Boycott nach schweiz. Zivilrecht, rapport à la Société suisse des juristes, ZSR 1927, p. 173a. Bolla, La responsabilità del promotore del boicotaggio verso il boicotato nel diritto civile svizzero, second rapport, ZSR 1927, p. 219a. La discussion, p. 275a. Gysin, Grundlinien des schweizerischen Kartellrechts, ZSR 1930, p. 364 sv. F. Guisan, La protection de la personnalité et le boycott commercial, dans Festgabe für Wieland, 1934, p. 149. E. Naegeli, Die Kartelle in der Wettbewerbsordnung, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, St-Gall, 1944, p. 151. O. A. Germann, Concurrence déloyale, Zurich, 1945, p. 299, 313. Thilo, Fiches juridiques suisses, Actes illicites, cas particuliers de responsabilité, Boycott, 1947. Tschudy, Koalitionsfreiheit und Koalitionszwang, ZSR 1948, p. 355. *Traité et commentaires*:

ce mouvement de concentration de l'économie, le boycott est une des armes dont les groupements divers se servent pour chercher à diriger plus ou moins complètement une branche de l'industrie ou du commerce ou un secteur du travail. Et il ne s'agit plus de boycotts sporadiques et empiriques, mais de mesures durables et systématiques.

Ensuite, dans le domaine législatif, certaines innovations de ces dernières années pourraient éclairer le problème du boycott d'un jour nouveau. C'est la loi fédérale sur la concurrence déloyale (LCD), du 30 septembre 1943, entrée en vigueur le 1er mars 1945. C'est l'arrêté fédéral du 23 juin 1943 (renouvelé depuis), qui permet de donner force obligatoire générale aux contrats collectifs de travail. C'est aussi l'art. 31 bis al.3 de la Constitution fédérale, adopté par le peuple en 1947 et conférant à la Confédération certains nouveaux droits d'intervention dans le domaine économique.

Enfin, dans ces dix ou quinze dernières années, le Tribunal fédéral a été amené à se prononcer sur quelques questions posées précisément par le développement récent des organisations professionnelles et l'état nouveau de la législation². Dans la même période, la doctrine a aussi apporté ses contributions.

Pour ces raisons diverses, il a paru opportun de reconsidérer le problème juridique du boycott sous quelques-uns de ses aspects essentiels.

*

Il s'agira, dans un premier chapitre, de fixer quelques notions importantes pour la discussion : nature du boycott, ses formes d'organisation, ses buts.

A. von Tuhr-Siegwart, *Allg. Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, 1942, I p. 352. Oser-Schönenberger, *Das Obligationenrecht*, 2e éd., 1929, art. 41, nos 40 à 51. Becker, *Obligationenrecht*, 1941, art. 41, nos 76 à 86.

² La fiche de Thilo donne un aperçu de toute la jurisprudence jusqu'en 1947. On considérera principalement dans cette étude les arrêts rendus par le Tribunal fédéral de 1935 à 1950.

On se posera, dans le chapitre II, la question de la licéité du boycott dans le principe.

Cette question étant résolue par l'affirmative, on cherchera, dans le chapitre III, à tracer les limites du boycott licite.

On abordera, en appendice, quelques questions relatives aux actions dont dispose le boycotté.

CHAPITRE PREMIER

Généralités

§ 2. *Notion du boycott*

Dans un arrêt *Schweizerischer Großhandelsverband der sanitären Branche* de 1950³, le Tribunal fédéral définit le boycott: «Die organisierte Meidung eines Gewerbetreibenden, mit dem Zwecke, ihn zu einem bestimmten aktiven oder passiven Verhalten zu veranlassen oder ihn für ein solches zu maßregeln.»

Le boycott suppose en effet la réunion de trois éléments:

1. Boycotter, c'est avant tout éviter quelqu'un, l'isoler, en s'abstenant d'avoir des rapports ou certains rapports avec lui. Dans la vie juridique, cette *abstention* consistera soit à refuser de nouer des liens contractuels, soit à cesser d'entretenir des relations existantes. Le boycott n'implique de soi aucune rupture de contrat. Ou bien les personnes en présence ne sont pas du tout liées; ou bien, si elles le sont, l'une d'elles dénoue ces liens dans les formes légales⁴. L'abstention peut être de tous rapports quelconques ou seulement de rapports déterminés.

³ RO 76 II 281 sv., 285.

⁴ C'est la principale différence avec la grève et le lock-out, qui sont aussi des actions d'ensemble visant à contraindre le groupe opposé à une certaine attitude, mais qui ne vont généralement pas sans violation d'obligations contractuelles. Dans le boycott, la cessation de rapports d'affaires peut comporter parfois l'inexécution d'un contrat conclu pour une longue durée; mais cette violation d'obligations contractuelles sera sanctionnée pour elle-même.

Le boycott économique — le seul dont on s'occupe ici — peut être dirigé non seulement contre des industriels ou des commerçants pris comme tels, mais aussi contre des employeurs et des salariés. Il convient donc de désigner comme boycotté — sujet passif de l'abstention — tout agent économique⁵.

2. Le boycott est une abstention *organisée* de rapports contractuels. On reviendra plus loin sur les formes de cette organisation (§ 3). C'est sur le caractère collectif du boycott qu'il faut insister ici.

On admet généralement que le boycott est le fait d'une pluralité de personnes qui se concertent pour n'avoir pas de relations avec telle ou telle autre personne⁶. Ce concert peut résulter soit d'une convention soit de l'adhésion préalable aux statuts d'une association⁷. Dans l'un et l'autre cas, le boycott sera exécuté par un certain nombre d'agents économiques. C'est cela qui compte. Il n'importe pas qu'il soit provoqué par une personne unique: association douée de la personnalité⁸ ou même entreprise individuelle⁹. Par

⁵ L'abstention de relations d'affaires avec une personne entraîne pour elle un *dommage*, en ce sens qu'elle se voit privée, totalement ou partiellement, de la possibilité d'acheter, de vendre, de louer ses services, d'occuper du personnel, d'obtenir crédit, et, partant, d'utiliser — du moins comme elle l'entend — sa force de travail et ses moyens financiers. Cet aspect du boycott va de soi et n'a pas besoin d'être relevé dans sa définition.

⁶ Oser-Schönenberger, op. cit., note 42 à l'art. 41 CO. Vodoz, op. cit., p. 13 sv.

⁷ Arrêt *Berner Schachtelfabrik A.-G. et Fromagerie Le Castel S.A.*, RO 62 (1936) II 276 consid. 2.

⁸ C'est l'avis du Tribunal fédéral dans l'arrêt cité à la note précédente. D'ailleurs, dans l'association professionnelle, la pluralité demeure. Le boycott n'est pas une institution juridique qu'il faille apprécier selon des critères formels; c'est un certain comportement social, qu'il faut déceler en considérant la réalité des choses.

⁹ Ainsi, un industriel assez puissant pour obtenir des commerçants en gros d'une branche l'engagement de ne pas conclure avec certains détaillants ou de ne conclure avec eux qu'à certaines con-

ailleurs, on n'hésitera pas à considérer que le boycott est le fait d'une collectivité lorsqu'il est exécuté par une organisation autonome, mise sur pied par un groupement d'industriels¹⁰.

3. L'isolement d'un individu par l'abstention de rapports juridiques avec lui est organisé à une fin déterminée: l'obliger à prendre une certaine attitude ou éventuellement sanctionner une attitude qu'il a prise. Le fait même de boycotter se présente comme une omission, un acte négatif; mais l'abstention est observée dans le dessein de produire un certain résultat, par exemple que le boycotté accepte de prendre certains engagements ou qu'il renonce à exercer une certaine activité. Toujours le boycott est un moyen de contrainte sous l'empire duquel le boycotté doit changer quelque chose à son comportement économique. A notre sens, ce résultat n'a pas besoin d'être voulu pour lui-même; il suffit qu'il se présente comme la conséquence acceptée d'engagements pris par les membres d'un groupement professionnel¹¹.

ditions. Là aussi il y a concert: entre le promoteur du boycott et les exécutants, et entre ces exécutants eux-mêmes.

¹⁰ En sens contraire, le Tribunal fédéral dans l'arrêt RO 57 (1931) II 263 consid. 3. Il s'agissait d'un bureau de vente créé par la grande majorité des fabriques de papier de la Suisse. Le tribunal convient que la situation de la personne privée de fournitures est analogue à celle d'un boycotté, mais il pense ne pas pouvoir assimiler ce cas à celui où une personne engage des tiers à rompre leurs liens avec une autre personne. Toutefois, de ce point de vue, la question était plutôt de savoir, non s'il y avait abstention organisée, mais si l'action n'aurait pas dû être dirigée contre les fabricants, organisateurs du bureau de vente. En fait, le tribunal a tout de même examiné le cas d'après les principes applicables au boycott.

¹¹ En sens contraire, le Tribunal fédéral dans l'arrêt *Schweiz. Coiffeurmeisterverband Basel*, RO 73 (1947) II 65. L'Association suisse des maîtres coiffeurs, section de Bâle-ville, avait adopté dans ses statuts une disposition disant qu'un patron ne peut engager un employé qui a travaillé pendant les six derniers mois dans un salon situé à moins de 500 m du sien, que si l'ancien patron y consent. Le but de la disposition est d'empêcher les patrons de

Le boycott qu'on peut appeler répressif ou punitif, qui est destiné à sanctionner la violation d'obligations contractuelles¹² ou même légales¹³, n'a pas de portée distincte. Pendant qu'il est soumis au boycott, le boycotté est obligé de se plier aux conditions qui lui sont faites, voire de cesser en tout ou en partie son activité. Cela généralement pour que, dans la suite, le boycott ayant pris fin, il adopte l'attitude qu'on lui demande.

*

Tels sont les trois éléments auxquels se ramène le boycott.

Contrairement à ce qu'on admet souvent, une mise à l'index ou à l'interdit formelle (*Verrufserklärung*), c'est-à-dire l'avis donné aux professionnels d'une branche économique d'avoir à cesser ou à ne pas nouer des relations avec une personne, n'est nullement nécessaire¹⁴. Aussi bien, avec le développement des organisations professionnelles et interprofessionnelles, le processus d'isolement se déclenche-t-il automatiquement par l'effet d'engagements conventionnels ou statutaires qui obligent les intéressés, dans des conditions données, à tenir une certaine personne à l'écart.

Le boycott peut donc être défini simplement: l'abstention organisée de rapports juridiques avec un agent économique à l'effet de le contraindre à adopter une certaine attitude.

tenter de débaucher les employés de leurs collègues. Mais cette limite apportée à la concurrence entre patrons a pour effet de limiter la liberté des garçons coiffeurs de s'engager chez qui bon leur semble. Ce résultat est aussi visé (*mitgewollt*), quoiqu'en seconde ligne. Il s'agit donc d'un véritable boycott. En fait, le Tribunal fédéral juge le cas d'après les mêmes principes.

¹² Cf. RO 36 (1910) II 557 consid. 4 et arrêts cités. Dans le cadre du contrat collectif de travail: *arrêt X c. Union Helvetia*, RO 69 (1943) II 80.

¹³ Pour réprimer une concurrence jugée déloyale: RO 57 (1931) II 481.

¹⁴ Le Tribunal fédéral le relève dans l'arrêt RO 76 (1950) II 286.

Selon chacun des éléments de cette définition, on peut distinguer diverses sortes de boycott. Du point de vue juridique, ce sont les distinctions prises de l'organisation du boycott et de ses buts qui ont de l'importance¹⁵.

§ 3. Les formes d'organisation du boycott

1. Le cas le plus simple est celui où plusieurs personnes décident d'un commun accord de s'abstenir de contracter avec une autre. Par exemple, un certain nombre de fabricants conviennent tous et quasi spontanément de ne plus livrer de marchandises à un commerçant. Dans ce cas, on n'a que deux parties en présence: les boycotteurs et le ou les boycottés. On pourrait parler ici de *boycott simple*¹⁶.

Cette forme de boycott est plutôt théorique. On n'en trouve en réalité pas d'exemple dans la jurisprudence et on peut se demander si elle répond déjà à la notion d'abstention «organisée». En pratique, un noyau se formera, dans un milieu professionnel donné, qui non seulement s'abstiendra de rapports juridiques avec une personne, mais tentera d'obtenir que d'autres en fassent autant. Dès ce moment, un troisième personnage intervient, le *promoteur* du boycott, dont le rôle est si important qu'on l'appelle le boycotteur; celui-ci s'adresse à ceux qui seront les agents du boycott, ses *exécutants*, lesquels procéderont à l'isolement du *boycotté*. Le boycott implique ainsi la présence de trois personnes¹⁷. On les distingue en tout cas dans le boycott décidé par l'organe compétent d'une association et exécuté par ses membres en vertu de leurs obligations statutaires; il n'est plus question là de commun accord et d'abstention quasi spontanée; on a un instigateur du boy-

¹⁵ Selon le genre de rapports juridiques sur lesquels porte l'abstention, on aura: le boycott de fournisseurs ou interdit sur les matériaux; le boycott de consommation, organisé par les consommateurs et dans leur intérêt; le boycott personnel ou mise à l'index dans les relations entre patrons et ouvriers.

¹⁶ Mais dans un sens plus étroit — on le verra — que né fait Vodoz, op. cit., p. 14, 112 sv.

¹⁷ Bolla, op. cit., p. 220a.

cott — l'association — et des agents plus ou moins consentants — les membres de celle-ci¹⁸. On discernerait sans peine la même structure dans des boycotts qui sont le fait de coalitions occasionnelles; il y a toujours un ou des initiateurs.

Ce boycott à trois personnages pourrait être appelé *tripartite* par opposition au boycott simple ou bipartite. Ce sera, pour nous, le boycott proprement dit, le seul véritablement «organisé».

2. Le fonctionnement du boycott sera différent selon que le boycotteur et le boycotté appartiendront ou non au même palier économique. C'est la distinction entre boycott direct et boycott indirect¹⁹.

a) Si boycotteur et boycotté se trouvent sur des paliers économiques différents, le boycott pourra s'exercer directement par ceux auxquels il doit profiter. Boycott *direct*, celui que décide un syndicat ouvrier à l'égard d'un patron²⁰, un cartel de fabricants à l'égard de commerçants²¹. Ici, le boycotteur est le syndicat professionnel, les exécutants sont les membres mêmes du syndicat, et l'abstention vise le membre d'un autre groupe économique.

b) Si un groupe professionnel veut plier à sa volonté un agent du même groupe, c'est-à-dire un concurrent, il est forcé de s'adresser pour cela au groupe économique de l'échelon supérieur ou inférieur. Par exemple, les commerçants en gros qui veulent agir sur un dissident devront, d'une manière ou d'une autre, voire par la menace d'un

¹⁸ Ainsi, on ne verrait pas, avec Vodoz (op. cit., p. 114), un boycott simple dans l'arrêt *Heine* (RO 33 [1907] II 106) où il s'agissait d'une coopérative, groupant 37 maisons d'apprêtage, qui avait décidé de faire boycotter par ses membres une maison de broderie.

¹⁹ Vodoz n'évite pas de la confondre avec la distinction précédente. Il oppose boycott simple à boycott indirect. Or, si le boycott simple ne peut guère être que direct, le boycott tripartite peut être direct ou indirect.

²⁰ Exemple: arrêt X c. Union Helvetia, RO 69 (1943) II 80.

²¹ Exemple: arrêt Berner Schachtelfabrik, RO 62 (1936) II 276.

boycott direct, s'assurer le concours des fabricants ou des commerçants en détail pour que ceux-ci boycottent ce dissident. Le boycott est *indirect* en ce sens qu'il est exécuté par un groupe économique autre que celui auquel appartiennent les promoteurs du boycott, ses bénéficiaires et le boycotté. Des accords sont à cet égard conclus entre les associations professionnelles des divers échelons, aux termes desquels par exemple les membres d'une association ne peuvent traiter qu'avec les membres de l'autre, ou du moins avec les personnes qui ont pris certains engagements à l'égard de cette autre association²². Il suffit de penser à l'organisation de la branche du tabac ou de la branche cinématographique, ou aussi à l'organisation du travail créée dans une profession par certains contrats collectifs²³. Pour pouvoir exercer une activité économique dans ces secteurs, il faut commencer par faire partie de l'organisation de ses futurs concurrents.

Dans le boycott indirect, on a une action d'une association professionnelle sur une autre (des commerçants sur les fabricants) et une action de cette autre association sur ses membres (les diverses fabriques affiliées). Il y a double incitation au boycott.

§ 4. Buts du boycott

Il importe de distinguer entre le but premier du boycott, son objectif immédiat, et le but second du boycott, son objectif lointain.

²² Exemple: arrêt *Grosshandelsverband* (RO 76 [1950] II 281) où l'association des commerçants en gros d'appareils sanitaires avait obtenu des fabricants des contrats d'exclusivité réservant à ses seuls membres la représentation desdits appareils, et où elle avait en outre pris des arrangements avec les ferblantiers et appareilleurs, lesquels s'obligeaient à ne poser que des appareils livrés par les membres du Verband.

²³ Cf. arrêt *Müller et Landesverband Freier Schweizer Arbeiter*, RO 75 (1949) II 305: contrat collectif instituant le principe de la «fidélité au contrat», cette fidélité impliquant que les employeurs n'engagent que des ouvriers qui font partie du syndicat ouvrier

1. L'abstention organisée de rapports juridiques avec une personne tend directement à lui faire adopter un certain comportement économique. On peut distinguer selon que ce comportement doit être actif ou passif. Actif: le boycotté est amené à prendre certains engagements. Passif: il est contraint à cesser ses rapports avec certaines personnes, voire avec les agents mêmes du boycott. Mais cette distinction est sans véritable intérêt. En réalité, l'attitude demandée au boycotté est toujours active, en ce sens qu'il doit modifier quelque chose à ses relations juridiques avec des tiers: fournisseurs, clients, personnel, bailleurs de fonds, ou en tout cas à son projet de nouer de telles relations.

Il est utile en revanche de distinguer selon que le boycott vise à l'assujettissement du boycotté à certaines conditions fixées par les boycotteurs, ou à son évincement du secteur économique dont il s'agit.

Boycott d'assujettissement (Unterwerfungsboykott). Le boycotté doit s'aligner. Il doit par exemple adapter ses prix à ceux d'un cartel, accepter une répartition des débouchés, et souvent aujourd'hui entrer dans une association professionnelle ou un syndicat ou souscrire à une convention collective.

Boycott d'évincement (Verdrängungsboykott). On ne demande aucun engagement au boycotté. On fait seulement pression sur lui pour qu'il renonce à tout ou partie de son activité dans la branche, pour toujours ou pour un certain temps²⁴.

Inutile de dire que boycott d'assujettissement et boycott d'évincement sont complémentaires. Si le boycotté invité à s'aligner ne se soumet pas, les mesures de boycott seront maintenues et tendront à son élimination.

ou qui du moins ont adhéré au contrat collectif moyennant paiement de la contribution de solidarité, les ouvriers s'obligeant eux-mêmes à ne prendre un emploi que chez des patrons «fidèles», c'est-à-dire qui ont signé le contrat collectif.

²⁴ Dans le boycott dit répressif, l'évincement est généralement temporaire, exécuté en vue d'un alignement ultérieur.

La jurisprudence opère souvent avec la notion de boycott visant à l'*anéantissement* de l'existence économique du boycotté (Vernichtungsboykott). Cette notion est prise uniquement des effets concrets du boycott pour la personne qui en est l'objet. Elle est singulièrement imprécise. L'anéantissement implique-t-il la faillite de l'entreprise ou déjà sa fermeture avec répartition des actifs? Qu'en est-il si le boycotté a d'autres entreprises qu'il peut continuer à exploiter ou qu'il possède des capitaux qu'il peut mettre en valeur d'une autre manière? Peut-on parler d'anéantissement lorsque le boycotté est simplement empêché d'ouvrir un commerce? D'autre part, il faut noter que ce qu'on appelle l'anéantissement peut résulter non seulement d'un boycott tendant à l'évincement de la personne visée, mais aussi d'un boycott tendant à son alignement. Si le boycotté est obligé de travailler dans certaines conditions de prix, de débouchés, etc., il est possible que son entreprise, telle qu'il l'a organisée, ne soit plus viable²⁵.

2. Evincement, alignement, voire anéantissement, c'est le but immédiat du boycott, inhérent à ce comportement économique. Ce résultat n'est toutefois pas recherché pour lui-même. Il l'est en vue d'un autre but. Ce but sera par exemple la satisfaction d'un besoin de vengeance ou de malveillance. Ce sera, le plus généralement, le désir de créer, de maintenir et de développer une organisation visant à dominer dans une certaine mesure un secteur de l'économie ou du travail. Lorsqu'on parle du but du boycott, pour s'interroger notamment sur sa licéité, c'est ce but second qu'on a en vue, non l'objectif direct du boycott. L'évincement ou l'alignement du boycotté sont des moyens pour atteindre l'objectif lointain du boycott, c'est-à-dire le plus souvent l'organisation d'un monopole de fait.

²⁵ Cf. arrêt RO 62 (1936) II 276 (fabricants de fromage en boîte).

CHAPITRE II

La licéité de l'acte de boycott

La jurisprudence du Tribunal fédéral de ces dix ou quinze dernières années est fixée dans le sens suivant:

Le boycott est, dans la vie économique, un moyen de lutte admissible en soi; mais il devient inadmissible lorsque le but visé ou les moyens utilisés sont illicites ou contraires aux mœurs ou s'il existe entre l'avantage recherché et le dommage causé à la personne visée une disproportion évidente²⁶. Donc, licéité de principe; illicéité exceptionnelle²⁷.

Dans l'arrêt dernier en date²⁸, un revirement semble se dessiner, qui marquerait un retour à l'ancienne jurisprudence. Il y est dit (consid. 3) qu'un boycott qui entraîne l'anéantissement de l'existence économique du boycotté n'est légitime que si des intérêts dignes de protection des boycotteurs justifient, voire imposent l'éloignement de la personne visée du domaine économique en question. Pour ce boycott-là du moins, l'illicéité serait la règle, la licéité l'exception, que pourrait justifier la sauvegarde d'intérêts légitimes.

La licéité du boycott doit être examinée sous l'aspect de chacun des trois éléments qui le constituent: *abstention* de rapports juridiques, *abstention organisée*, en vue de *con-*

²⁶ RO 73 (1947) II 76 consid. 6, 69 (1943) II 82, 62 (1936) II 280 et les arrêts cités.

²⁷ On sait que telle n'a pas toujours été l'attitude du Tribunal fédéral. Il résume lui-même l'évolution qu'il a parcourue dans l'arrêt *Cementkontor* (RO 56 [1930] II 434): illicéité de principe au regard de la protection de la personnalité économique; acceptation des conséquences résultant du libre jeu des énergies, sous réserve de l'anéantissement de l'existence économique; recours à l'idée de bonnes mœurs. Dans les arrêts subséquents, le Tribunal fédéral a peu à peu élaboré la formule citée au texte, abandonnant le principe de non-anéantissement (RO 52 [1926] II 383, 54 [1928] II 175).

²⁸ RO 76 (1950) II 281.

traindre le boycotté à une certaine attitude. On groupera les deux premiers éléments et on traitera à part du troisième.

§ 5. *L'abstention organisée de rapports juridiques*

1. *L'abstention* de rapports juridiques avec une personne n'est pas illicite. Chacun est libre de conclure ou de ne pas conclure un contrat, comme de résilier dans les formes légales un contrat conclu. Il faut une disposition spéciale de la loi pour créer une obligation de contracter. Le Tribunal fédéral a admis, avec von Tuhr et le Tribunal d'empire allemand²⁹, que même une personne au bénéfice d'un monopole de fait n'avait pas une telle obligation; seul le refus sans motif d'une prestation d'importance vitale peut constituer une atteinte aux bonnes mœurs et obliger à payer des dommages-intérêts³⁰. Ces conditions ne seront que très exceptionnellement réunies dans le boycott commercial.

2. Qu'en est-il de l'abstention *organisée* de rapports juridiques?

D'une part, ce qui est permis à l'individu, même s'il occupe une position dominante, doit aussi en principe être permis au groupe, que celui-ci soit organisé en association ou société commerciale, ou qu'il constitue une simple coalition. On ne voit pas à priori ce qui empêcherait plusieurs personnes de décider, dans une convention ou dans les statuts d'une association, qu'elles ne traiteront qu'à certaines conditions avec leurs partenaires économiques, ou qu'elles ne noueront pas de relations avec certains industriels ou commerçants, patrons ou ouvriers. C'est là une simple conséquence de la liberté des contrats et de la liberté d'association³¹. Une autre question est celle de la validité

²⁹ Cf. von Tuhr-Siegwart, t. I, p. 257 note 35.

³⁰ RO 56 (1930) II 269.

³¹ Le Tribunal fédéral l'a admis dès ses premiers arrêts en la matière. «Le fait de l'union des ouvriers ne modifie pas la nature de l'acte; il n'a d'influence que sur sa portée économique et ne touche en rien à son caractère juridique» (arrêt Boujon, RO 25 [1899] II 802).

des obligations réciproques prises par les boycottteurs, du point de vue de la limitation qu'elles apportent à leur liberté économique³²; il suffit de constater ici que leur objet même est licite.

D'autre part, si un groupe de personnes a le droit de s'abstenir de relations juridiques avec tel entrepreneur ou tel travailleur, il ne peut pas être non plus en soi illicite d'inciter ce groupe à pratiquer l'abstention, que cette instigation émane d'une personne individuelle ou de nouveau d'un groupe de personnes. L'acte du promoteur du boycott n'est pas de soi contraire au droit, puisque c'est le droit de l'adressataire de ne pas s'engager dans des liens contractuels. Demeure réservée la question de la licéité des moyens employés pour obtenir le concours des agents du boycott³³.

§ 6. *L'atteinte aux intérêts du boycotté*

L'abstention organisée de rapports d'affaires avec une personne lui cause un préjudice. Cela ne suffit naturellement pas pour que le boycott soit illicite, tant que ses promoteurs ou ses exécutants n'ont pas transgressé une injonction du régime juridique. Quelle pourrait être la norme violée par l'acte de boycott ?

1. La personne isolée par l'interdit jeté sur elle souffre une restriction de sa liberté de commercer. On s'est dès lors demandé si le boycott ne violait pas le principe de la *liberté du commerce et de l'industrie* encore garanti par l'art. 31 Cst. Mais le Tribunal fédéral l'a souvent déclaré: cette disposition se rapporte seulement aux rapports du citoyen avec l'Etat contre les empiétements duquel elle lui permet de se défendre³⁴. C'est donc au regard des seules règles de droit civil qu'il faut apprécier les ingérences de tiers dans les relations privées d'une personne.

2. On sait que, dans sa première jurisprudence, le Tribunal fédéral avait admis un droit au libre exercice de la

³² Ci-dessous, chap. III/§ 8, 2a p. 153.

³³ Ci-dessous, note 53.

³⁴ RO 62 (1936) II 100, 52 (1926) II 384 et 32 (1906) II 368.

profession, en vertu duquel nul n'est tenu de souffrir que des tiers viennent entraver la marche de ses affaires en troublant les conditions normales sur lesquelles elles reposent. Or il est porté atteinte à ce droit du commerçant ou de l'industriel de faire valoir sa personne dans le commerce et d'en exiger le respect (*Recht auf Achtung und Geltung seiner Persönlichkeit im Verkehr*) lorsque des tiers ont recours à des menaces ou à la contrainte pour empêcher des clients ou des fournisseurs de traiter avec lui³⁵.

Mais déjà trois ans plus tard³⁶, le Tribunal fédéral reconnaît que le même droit peut être invoqué par la partie adverse, promoteur et bénéficiaire du boycott (in casu, les ouvriers). «Ce droit limite nécessairement celui du patron et vice-versa. Le droit de l'industriel... ne l'autorise donc à réagir que contre les atteintes qui excèdent les limites du droit concurrent.»

Tout devient donc un problème de limites. Dans sa jurisprudence subséquente, le Tribunal fédéral admet que, dans notre régime juridique fondé sur le libre jeu des forces, des atteintes peuvent être portées au droit de chacun au respect de sa personnalité économique par des actes de concurrence, parmi lesquels il fait rentrer le boycott³⁷. Il précise, en 1926, que le droit de faire valoir ses forces et ses qualités dans la vie économique ne garantit pas au commerçant une situation assurée, dans un genre déterminé d'affaires, de sorte qu'il serait à l'abri d'atteintes procédant de l'action d'autres commerçants ou industriels; il suffit qu'il puisse, d'une façon générale, mettre en valeur sa capacité de gain, seuls les biens inhérents à l'individu, tels que le nom, la réputation commerciale, les moyens d'individualisation (présentation des marchandises, etc.) étant protégés par l'art. 28 CC, non les intérêts purement économiques qui sont attachés à l'entreprise comme telle³⁸. Et c'est en pour-

³⁵ RO 22 (1896) p. 184-185.

³⁶ RO 25 (1899) II 802.

³⁷ RO 44 (1918) II 479.

³⁸ RO 52 (1926) II 382.

suisant dans cette direction qu'il en est venu à renoncer à la limite qu'il avait d'abord assignée au boycott: le maintien de l'existence économique du boycotté.

La doctrine approuve, dans sa majorité, cette position du Tribunal fédéral³⁹. Si l'on peut déduire de l'art. 28 CC un droit à la personnalité économique⁴⁰, il ne peut s'agir que de la liberté fondamentale d'exercer *une* activité dans la vie économique, non pas d'exercer une activité *déterminée*⁴¹. En l'absence d'un tel droit, le boycott n'est pas de soi illicite, qui a pour effet de restreindre ou même de supprimer⁴² pour un agent économique la possibilité d'exploiter tel genre d'industrie ou de se livrer à tel travail.

3. Cependant, si on ne peut construire, en droit positif suisse, un droit à l'entreprise (créée ou à créer)⁴³, il s'agit de savoir si la liberté économique comme telle n'est pas toujours entravée d'une manière inadmissible par le boycott. C'est l'idée qui inspirait les premiers arrêts du Tribunal fédéral.

Pour Vodoz⁴⁴, la personnalité économique impliquerait le droit d'entretenir des relations juridiques avec autrui, les tiers devant absolument respecter ce droit. Pour Guisan⁴⁵, l'art. 28 consacrerait un «principe d'autonomie» en vertu duquel nul n'aurait le droit d'entraver ou de supprimer la libre décision de A, B, C... N quant à leurs rapports avec X; celui-ci n'a pas le droit que A, B, C... N con-

³⁹ v. Tuhr, Oser-Schönenberger, Becker, loc. cit.

⁴⁰ Egger, Personenrecht, 2e éd., note 28 à l'art. 28 CC.

⁴¹ Cf. Bolla, op. cit., p. 231a: La liberté économique n'implique pas le droit d'obtenir des occasions de travail ni de contraindre autrui à faire des affaires.

⁴² On a d'ailleurs déjà souvent relevé ce que le principe de non-anéantissement avait de relatif, puisqu'il dépend de la résistance économique du boycotté (Vodoz, op. cit., p. 69. Miller, op. cit., p. 207a. Bolla, op. cit., p. 232a).

⁴³ Question amplement débattue en Allemagne. Cf. Staudinger, Kommentar, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 1929, à propos du § 828 BGB, II A 2 e, p. 1776; Vodoz, op. cit., p. 34 sv.

⁴⁴ Op. cit., p. 122-124.

⁴⁵ Personnalité et boycott, Festgabe für Wieland, p. 176.

tractent avec lui, mais bien qu'ils restent autonomes à son égard, donc libres de contracter s'ils le voulaient. On devrait ainsi déduire de l'art. 28 CC un devoir des tiers de ne pas s'immiscer même seulement dans des relations possibles d'une personne avec ses partenaires naturels; il est interdit d'obstruer le «pont» qui va des exécutants du boycott au boycotté⁴⁶.

L'art. 28 CC ne semble toutefois pas avoir une telle portée. Le droit de libre décision de l'individu, même dans le domaine économique, est certes protégé par l'ordre juridique, mais dans les limites fixées par la loi (voir l'art. 27 al. 2 CC). Le législateur n'a pas voulu, en édictant l'article 28 CC, resserrer encore ces limites, telles qu'elles résultent par exemple des art. 29, 21, 23, 28 CO, en consacrant de surcroît une manière d'autonomie intangible de la personne. Par l'emploi du terme «atteinte illicite», il montre qu'il envisage des atteintes licites aux intérêts personnels, et on ne voit pas que ces atteintes, pour être licites, devraient nécessairement ne provenir que de l'autre partie en cause, et non de tiers. Certes pourra-t-on déduire de cette disposition la défense pour un tiers de s'immiscer dans les rapports éminemment personnels des époux⁴⁷. Mais comment appliquer la même mesure à des relations purement économiques?⁴⁸ On ne dit pas que toutes les restrictions apportées par des tiers à la libre détermination de l'individu dans la gestion de ses intérêts matériels soient toujours licites. On dit qu'elles ne sauraient à priori être taxées d'illicites. Quantité de contrats dans la vie de chaque jour se concluent sous une certaine contrainte de la part de tiers, étrangers aux parties en présence. La thèse de Vodoz et Guisan reviendrait à appliquer l'art. 29 CO sur la crainte

⁴⁶ «Les *actes* seuls importent. Le juge n'acceptera pas d'excuser des actes répréhensibles en droit par les fins auxquelles ils tendent, et inversement il n'interdira pas des actes licites, parce que le but ou le mobile lui paraîtrait blâmable en morale individuelle» (op. cit., p. 173).

⁴⁷ Arrêt RO 44 (1918) II 319 cité par Guisan.

⁴⁸ Cf. la critique de Becker, op. cit., note 78 à l'art. 41 CO.

fondée dans tous les cas où cette crainte serait inspirée par des tiers, sans qu'on ait à rechercher si elle l'a ou non été «sans droit», comme s'exprime le texte de la loi.

4. Le déclenchement d'un boycott est-il un acte de *concurrence déloyale* dans le sens de la clause générale de l'art. 1^{er} al. 1^{er} LCD? Germann le pense, dans la mesure où le promoteur du boycott tend à exclure la personne visée du champ de la concurrence ou du moins à entraver son activité. Mais l'illicéité de cet acte peut être levée par des faits justificatifs, notamment par la sauvegarde d'intérêts légitimes⁴⁹.

La loi sur la concurrence déloyale ne peut s'appliquer qu'au boycott entre industriels et commerçants, et à leur égard, seulement s'ils sont dans un rapport de concurrence. C'est dire que seul le boycott dit indirect peut tomber sous le coup de la loi. Les fabriques qui, de leur propre initiative, refusent de fournir de la marchandise à un commerçant ne font pas par là un acte de concurrence. En revanche l'intervention d'une association professionnelle auprès du groupement économique de l'échelon supérieur ou inférieur pour faire boycotter un concurrent est de soi passible de la LCD; en effet, l'art. 2 de celle-ci a étendu sensiblement, par rapport à l'art. 48 CO, la notion de la concurrence déloyale: le concurrent peut être atteint ou menacé non seulement dans sa clientèle, mais aussi dans son crédit ou sa réputation professionnelle, ses affaires ou ses intérêts matériels en général⁵⁰. Et il est juste d'admettre⁵¹ que la loi s'appliquera tant au boycott d'assujettissement qu'au boycott d'évincement, car, si le but du premier est d'obtenir l'adhésion à une réglementation collective, c'est là un moyen pour que le boycotté modifie son activité de concurrent.

Germann tient le boycott pour illicite en principe parce que, d'après la jurisprudence, le simple fait d'inviter des acheteurs éventuels à ne pas acheter les produits ou la mar-

⁴⁹ Op. cit., p. 302 sv., 304, 315 sv.

⁵⁰ Naegeli, op. cit., p. 179.

⁵¹ Naegeli, loc. cit.; Germann, loc. cit.

chandise d'un concurrent constitue un acte de concurrence déloyale⁵². C'est cependant généraliser une règle qui a été établie en vue d'actes de concurrence spécifiques, s'adressant aux consommateurs. Cette invitation à ne pas acheter n'est jamais formulée pour elle-même; elle implique toujours soit le dénigrement de la marchandise d'autrui, soit l'éloge exagéré de sa propre marchandise. C'est en vue de cet acte de concurrence consécutif et déjà virtuellement contenu dans la recommandation de ne pas acheter que celle-ci a été taxée de déloyale (comme une sorte d'acte préparatoire). Dans la mise à l'index d'un concurrent par une association professionnelle, il n'y a, en règle générale, aucune intention de dénigrement ou de vantardise. Cette mesure n'aura donc pas, de ce point de vue, un caractère déloyal^{53 54}.

CHAPITRE III

Les limites du boycott

§ 7. *L'abus de droit*

Le boycott implique l'exercice de divers droits. Lorsqu'on se pose la question des limites du boycott, ce qu'il faut considérer avant tout, c'est le droit du promoteur du boycott d'exercer une pression sur le boycotté pour l'ame-

⁵² RO 59 (1933) II 25, 61 (1935) II 346.

⁵³ Que les exécutants du boycott soient eux-mêmes l'objet d'une pression, voire d'une menace de boycott, ne suffit pas à qualifier de «déloyal» ou contraire aux règles de la bonne foi le comportement des promoteurs. Il s'agira de savoir si cette pression est illicite ou contraire aux mœurs.

⁵⁴ Dans l'arrêt RO 61 (1935) II 253 que Germann cite à l'appui de son opinion, le Tribunal fédéral relève expressément que, même venant d'une coalition, l'avertissement donné à des fournisseurs qu'on ne s'adressera plus à eux s'ils continuent à servir un concurrent, n'est pas déjà un acte de concurrence déloyale; il l'est seulement si tous les fournisseurs sont atteints, de sorte que le boycotté sera empêché de continuer son commerce (boycott d'anéantissement).

ner à modifier son comportement économique; là est le nœud de l'acte de boycott. Les autres droits en jeu ne posent pratiquement pas de problèmes. Droit des exécutants de s'abstenir de rapports contractuels, droit du boycotteur d'y engager ces agents, droit des intéressés de se coaliser à ces fins, tous ces droits gravitent autour du droit de contrainte du boycotteur sur le boycotté et ne connaîtront guère d'autres limites que celles dans lesquelles sera contenu l'exercice de ce dernier droit.

Où trouver ces limites? Pas directement dans l'art. 41 al. 1er CO, l'exercice d'un droit ne pouvant, de soi, être illicite. L'art. 28 CC ne fait que reculer le problème, en réprimant les seules «atteintes illicites». Depuis 1925, la jurisprudence a beaucoup opéré avec l'art. 41 al. 2 CO⁵⁵. Cette disposition est capable d'arrêter l'exercice des droits. Mais il s'agit d'une «ultima ratio» à laquelle on ne doit recourir qu'en l'absence d'autre norme véritablement topique. Cette norme, on la voit, du moins pour la généralité des cas, dans l'art. 2 CC. Les droits dont font usage les agents du boycott connaissent les restrictions auxquelles est soumis l'exercice de tous les droits, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent être exercés que selon les règles de la bonne foi.

L'idée de bonne foi implique en dernière analyse que les rapports des individus soient envisagés sous l'angle d'une réciprocité naturelle⁵⁶. Cette idée pénètre le droit des obligations pour y renforcer l'idée d'échange et y postuler une certaine correspondance des prestations⁵⁷. Mais elle n'est pas étrangère aux rapports des personnes qui sont normalement appelées à entrer en rapports dans le champ économique. Là aussi, les parties en présence sont non seulement

⁵⁵ RO 51 (1925) II 525.

⁵⁶ Egger, Personenrecht, note 2 à l'art. 2. Huber, System des schweizerischen Privatrechts, t. IV p. 261.

⁵⁷ Bürgi, Ursprung und Bedeutung der Begriffe «Treu und Glauben» und «Billigkeit» im schweizerischen Recht, Berne 1939, p. 296. Deschenaux, La revision des contrats par le juge, ZSR 1942, p. 546a.

des antagonistes, mais aussi, dans une certaine mesure, des partenaires qui doivent avoir égard les uns aux autres. C'est le sens notamment des prescriptions qui régissent la concurrence⁵⁸.

L'absence de toute commune mesure entre le droit exercé et la charge qu'il implique pour le « débiteur » constitue un abus. Cet abus de droit n'est pas protégé par la loi (art. 2 al. 2 CC). Cela signifie que le droit exercé n'est plus un droit; ce n'en est plus qu'une apparence. Selon la belle formule de Planiol, « le droit cesse où l'abus commence ». L'acte en quoi consiste l'exercice apparent du droit est illicite⁵⁹.

Dans le domaine du boycott, l'abus peut se présenter sous deux formes:

1. Les droits exercés dans l'acte de boycott le sont en vue d'un but réprouvé par l'ordre juridique. Il y a abus, car les droits ne nous sont accordés que pour des fins légitimes⁶⁰.

2. L'intérêt des boycotteurs est quasi inexistant ou du moins n'est pas comparable à l'intérêt qu'a le boycotté à garder sa liberté économique.

La notion d'abus de droit rend ainsi compte, d'une façon satisfaisante, de la formule jurisprudentielle citée plus haut (p. 138), du moins en ce qui concerne le *but* illicite ou contraire aux mœurs (qui vicie le boycott lui-même) et la *disproportion* entre l'avantage des boycotteurs et le dommage causé au boycotté⁶¹. Quant aux *moyens* illicites ou con-

⁵⁸ Germann, op. cit., p. 244-245.

⁵⁹ v. Tuhr-Siegwart, op. cit., p. 357-358.

⁶⁰ Cf. Becker, note 83 à l'art. 41 CO, et Egger, notes 33 et 34 à l'art. 2 CC. Il s'agit au fond d'un détournement de moyens légaux.

⁶¹ Le Tribunal fédéral a souvent aussi fait appel à l'art. 2 CC, déjà dans son ancienne jurisprudence (RO 25 [1899] II 804, 27 [1901] II 160, 30 [1904] II 271, 34 [1908] II 254, puis plus tard, notamment dans les arrêts RO 58 [1931] II 228, 61 [1935] II 351, incidemment dans l'arrêt 76 [1950] II 294). Mais il ne l'a pas mis explicitement à la base des critères qu'il a peu à peu énoncés. La

traires aux mœurs, leur mention est superflue. En effet, le Tribunal fédéral vise par là ou bien les procédés d'isolement eux-mêmes, qui sont le propre du boycott⁶², ou bien des actes qui accompagnent la mise à l'interdit⁶³. Les premiers ne sont illicites (ou éventuellement contraires aux mœurs) qu'en raison de leur but ou de l'atteinte excessive aux intérêts du boycotté. Quant aux seconds, ils n'entraînent pas l'illicéité du boycott comme tel (en tant qu'abstention de rapports d'affaires), mais pourront être réprimés pour eux-mêmes.

On dira donc simplement: Le boycott constitue un abus de droit si son but est illicite (ou contraire aux mœurs) ou si ses effets sont manifestement hors de proportion avec son but légitime.

*

Dans cette perspective, on n'a pas à se demander si le boycott lèse un droit du boycotté, par exemple un droit au libre développement de sa personnalité économique. Du simple fait que les agents du boycott franchissent les limites assignées à leur liberté d'action par les règles de la bonne foi, l'atteinte qu'ils portent aux intérêts d'autrui est illicite⁶⁴. D'ailleurs, s'il faut admettre du côté du boycotté

doctrines aussi opérant avec les règles de la bonne foi: Becker, op. cit., note 83; Bolla, op. cit., p. 278a; Germann, op. cit., p. 303, Vodoz, op. cit., p. 145. Pour ces deux derniers auteurs, il y a comme une présomption d'abus de droit, qui peut être détruite par la preuve d'intérêts légitimes à sauvegarder.

⁶² Par exemple contrats d'exclusivité, refus d'admettre dans l'association (arrêt RO 76 [1950] II 287), principe de fidélité au contrat (RO 75 [1949] II 314), mise à l'interdit (RO 73 [1947] II 76).

⁶³ Accusations publiques mensongères ou injurieuses, menaces ou intimidations (RO 33 [1907] II 121, 48 [1922] II 324), surveillance du boycotté par des agents de police privée, interception de marchandises en cours de route (RO 57 [1931] II 334). Il ne s'agit là que d'épiphénomènes.

⁶⁴ Holer (SJZ 16 p. 149) affirme à tort que le boycott ne peut être illicite parce qu'il n'est pas dirigé contre un bien juridique du boycotté.

un véritable droit dérivant de l'art. 28 CC, on n'a pas à se préoccuper non plus qu'il soit lésé. Dès le moment où l'on se place sur le terrain des droits subjectifs, l'illicéité ne commence que là où le droit du boycotté cesse. Jusque là, la lésion du droit du boycotté — si droit il y a — est licite.

L'abus du droit entraînant l'illicéité de l'acte de boycott, les art. 41 sv. CO deviennent applicables.

Si le boycott est abusif, les restrictions qu'il apporte à la liberté de décision du boycotté en matière économique sont illicites et l'art. 28 CC entre en jeu⁶⁵.

Pour le boycott indirect entre commerçants ou industriels, rien ne s'oppose à ce qu'on applique l'art. 1^{er} al. 1^{er} LCD. Mais le résultat ne pourra être différent de celui auquel on arrive avec l'art. 2 CC.

En revanche, qu'il s'agisse de condamner le boycott en raison de son but contraire au droit ou en raison de la disproportion entre ses effets et son but légitime, il est inutile de faire appel à l'art. 41 al. 2 CO. Cela est évident pour la première cause d'illicéité⁶⁶. Quant à la seconde, il s'agit de comparer des intérêts en conflit: on est sur le terrain propre de l'abus de droit. D'ailleurs, on ne voit pas que là où il n'y aurait pas disproportion manifeste entre ces intérêts, on puisse retenir un acte contraire aux mœurs. Le législateur n'a pas voulu, par l'art. 41 al. 2 CO, réintroduire dans le droit toutes les exigences de la morale (laquelle?) et corriger par exemple toutes les rigueurs inséparables de l'affrontement des libertés. La référence au comportement de l'honnête homme, de l'homme juste et équitable, ne peut à cet égard guère fournir d'autres critères que

⁶⁵ Dans sa jurisprudence récente (RO 73 [1947] II 79, 75 [1949] II 315, 76 [1950] II 288, le Tribunal fédéral opère de nouveau avec cette disposition.

⁶⁶ On conçoit sans doute que le but même du boycott soit immoral (entrée dans une association qui, sans être illicite, poursuivrait des fins ou pratiquerait des méthodes d'une moralité douteuse). Mais c'est en vertu de l'art. 2 CC que le boycott, en lui-même licite, serait dans ce cas contraire à l'ordre juridique.

ceux qui se dégagent de l'application de l'art. 2 CC⁶⁷. L'analogie avec l'incitation à violer un contrat ne peut non plus être invoquée. Cette attitude de tiers n'a pu être déclarée contraire aux mœurs — et encore seulement dans des conditions particulièrement choquantes⁶⁸ — que parce que le contractant visé était amené à faire un acte contraire au droit, c'est-à-dire à ses engagements contractuels, tandis que l'exécutant du boycott ne viole normalement aucune obligation en s'abstenant de rapports d'affaires avec autrui.

Enfin, on rejette l'idée que le boycott devrait dans chaque cas être préalablement justifié par des intérêts spécialement dignes de protection⁶⁹.

§ 8. *Illicéité du but*

Il va de soi qu'est illicite un but consistant à satisfaire un esprit de chicane, un désir de vengeance, un sentiment de jalousie, sans aucune utilité pour les boycotteurs⁷⁰, ou consistant à imposer la reconnaissance d'une dette inexistante (paiement de commissions non dues contractuellement)⁷¹. La question qui se pose ici est de savoir si et dans quelle mesure le but habituel du boycott, qui est pour les boycotteurs de chercher à dominer plus ou moins complètement un secteur économique ou du travail, est ou non licite.

⁶⁷ RO 51 [1925] II 530. On le montrera encore, ci-dessous, § 9.

⁶⁸ RO 57 [1931] II 354.

⁶⁹ Thèse de Germann, à laquelle le Tribunal fédéral semble faire écho dans son arrêt de 1950, en instituant une sorte de présomption d'illicéité du boycott visant à l'anéantissement du boycotté. Contrairement à ce qu'on a dit (Bolla, op. cit., p. 230a), il n'est nullement indifférent de savoir ce qui est la règle et ce qui est l'exception. Le fardeau de la preuve en dépend. Germann et le Tribunal fédéral, dans l'arrêt cité, le mettent conséquemment à la charge du boycotteur. L'opportunité d'une telle répartition de l'onus probandi ne doit, juridiquement, pas jouer de rôle.

⁷⁰ RO 41 (1916) II 506.

⁷¹ RO 44 (1918) II 480.

1. Dès ses premiers arrêts, le Tribunal fédéral a admis la légitimité des coalitions soit de commerçants ou industriels, soit d'ouvriers, en vue de la défense de leurs intérêts communs et de l'élévation du niveau de la profession. Il a tenu pour licites les moyens envisagés à ces fins: engagement des membres d'observer certaines conditions (de prix, de débouchés, de paiement, etc.), intervention du groupe dans les rapports de ses membres avec des tiers, et il a accepté les conséquences de la coalition qui est la constitution d'un monopole ou quasi-monopole de fait⁷².

Dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral admet encore la licéité d'un boycott tendant à faire entrer un ouvrier dans une *coalition de travailleurs*⁷³. C'est ainsi qu'il approuve le but consistant à vouloir assujettir à un contrat collectif le plus grand nombre possible de membres de la profession. A ce sujet, il fait allusion aux motifs invoqués par le Conseil fédéral dans son message du 21 mai 1941 à l'appui d'un projet d'arrêté fédéral permettant de donner force obligatoire aux contrats collectifs de travail: besoin de régler uniformément dans un même milieu économique les conditions du travail, en particulier sur les points importants tels que la durée du travail et le salaire, ce pour faire régner l'ordre et la paix sociale⁷⁴. Même un boycott visant à faire entrer un travailleur dans un syndicat ouvrier ne serait pas en lui-même illicite; mais c'est ici la question de la proportionnalité du moyen qui se pose (ci-dessous, §9).

Toujours dans le domaine des rapports du travail, le Tribunal fédéral ne condamne pas en principe un boycott punitif, visant à obliger un employeur à exécuter ses obligations envers son personnel⁷⁵.

⁷² RO 30 (1903) II 283: «La liberté peut conduire au monopole de fait, cela est certain.»

⁷³ Voir, pour la jurisprudence antérieure, RO 30 (1904) II 282, 54 (1928) II 146.

⁷⁴ RO 75 (1949) II 313. Il relève que la déclaration de force obligatoire générale est seulement l'une des voies pour atteindre ce but, qu'elle n'en exclut pas d'autres (consid. 5).

⁷⁵ RO 69 (1943) II 80.

Dans le domaine de *l'organisation de l'industrie et du commerce*, la jurisprudence a déclaré licite un boycott tendant à l'acceptation d'engagements de cartel⁷⁶, à l'entrée de dissidents dans le syndicat professionnel⁷⁷, à lutter contre la captation de personnel par des concurrents⁷⁸, et même à supprimer une concurrence commerciale⁷⁹.

La question des cartels et des trusts est un problème pour soi, dont l'examen déborderait le cadre de cette étude⁸⁰. Il nous importe ici uniquement de voir si, dans son principe, la coalition d'intérêts économiques est propre à vicier dans tous les cas le boycott destiné à asseoir cette coalition.

2. La légitimité des coalitions se démontre aisément à partir de la liberté d'association (art. 56 Cst.) ou de la liberté générale de contracter découlant de l'art. 31 Cst. (et rappelée par l'art. 19 CO) ou encore de l'existence même des art. 52 sv. CC régissant les associations⁸¹. Il s'agit cependant de vérifier si la coalition, sous forme de cartel ou de toute autre organisation visant à régler la concurrence ou les rapports du travail n'est pas, par son mode d'activité ou par ses tendances, toujours illicite.

⁷⁶ Observer les prix de détail fixés par les fabricants (RO 62 [1936] II 103 et 106), ne pas livrer de marchandises aux maisons mises à l'index (même arrêt), etc. Même idée dans l'arrêt RO 76 (1950) II 288: le boycott (d'évincement) pourrait être décrété contre un entrepreneur qui ne voudrait pas s'associer aux efforts du syndicat pour assainir le marché, qui refuserait de collaborer aux services collectifs et qui, au lieu d'accepter les conditions générales de vente, de crédit ou de paiement, pratiquerait une politique d'avilissement des prix (consid. 4 litt. a).

⁷⁷ RO 62 (1936) II 276 (fabricants de fromage en boîte).

⁷⁸ Maîtres-coiffeurs cherchant à débaucher les employés de leurs collègues (RO 73 [1947] II 76).

⁷⁹ RO 61 (1935) II 253, si le but est réellement de défendre les intérêts légitimes des membres du syndicat. Voir aussi RO 76 (1950) II 292, consid. 4 litt. c.

⁸⁰ Cf. Gysin, Grundlinien des schweizerischen Kartellrechts, ZSR 1930, p. 364 sv.; Naegeli, Die Kartelle in der Wettbewerbsordnung, loc. cit., p. 153 sv.

⁸¹ Cf. Becker, op. cit., note 78 à l'art. 41 CO. Vodoz, op. cit., p. 47 sv.

a) *Guisan* le prétend, en raison de l'engagement que prennent des commerçants ou industriels de soumettre leurs relations professionnelles aux directions d'un organe statutaire, celui-ci ayant même la compétence d'ordonner une abstention complète à l'égard de personnes qu'il désignerait (boycott)⁸².

L'art. 27 CC, dans son 1er alinéa, interdit de renoncer, même partiellement, à la jouissance ou à l'exercice des droits civils. Mais l'al. 2 permet à chacun d'aliéner sa liberté ou de s'en interdire l'usage, pourvu que ce ne soit pas dans une mesure contraire aux usages ou aux mœurs. Plus qu'une autre, la liberté économique peut être librement restreinte, et on ne peut dire, à priori, qu'elle ne pourrait l'être qu'en vue d'abstentions précises et spécialisées. Certes les obligations imposées par un cartel à ses membres peuvent limiter à l'excès la liberté économique de ceux-ci; on en jugera d'après la durée de ces engagements, les avantages assurés en contre-partie⁸³, et aussi, sans doute, d'après la précision de leur objet. Mais il ne paraît pas d'emblée contraire aux mœurs (art. 27 al. 2 CC) qu'un membre d'un syndicat professionnel ou ouvrier s'engage à se plier pour l'avenir, dans un secteur de son activité, aux décisions d'organes statutaires de son association⁸⁴. Il s'ensuit que le but habituel d'un boycott, qui est d'affermir une coalition, n'est pas de soi illicite.

b) Une coalition industrielle, patronale ou ouvrière, n'est pas non plus illicite en tant qu'elle vise à restreindre, voire à supprimer la concurrence dans un domaine donné.

A la différence du droit anglo-saxon qui condamne tous «acts in restraint of trade»⁸⁵, le droit suisse, dans aucune

⁸² Op. cit., p. 174.

⁸³ A ce sujet, RO 62 (1936) II 102.

⁸⁴ Si cet engagement est excessif, on reconnaîtra au membre le droit de le dénoncer. Jusque là, comme le remarque Becker (op. cit., note 78 in fine), ce membre est lié et, d'ailleurs, son droit de résiliation ne regarde pas le boycotté.

⁸⁵ La Common Law déjà condamne la «conspiracy», l'union de deux ou plusieurs personnes pour nuire à une autre dans les af-

de ses dispositions, ne garantit l'existence même de la concurrence. Il la présuppose seulement comme une donnée de fait, et la protège, dans une certaine mesure, contre les interventions de la collectivité publique.

L'art. 31 bis Cst. donne actuellement à la Confédération le droit, lorsque l'intérêt général le justifie et en dérogeant, s'il le faut, au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, d'édicter des dispositions: «... d) pour remédier aux conséquences nuisibles d'ordre économique ou social, des cartels ou des groupements analogues». Il y a là une reconnaissance implicite, de la part du constituant, des coalitions économiques, puisque seules leurs conséquences nuisibles sont visées. Au demeurant, seul le législateur peut s'autoriser de cette disposition constitutionnelle pour intervenir. Non pas le juge, qui n'est autorisé à faire œuvre de législateur que s'il est en présence d'une lacune de la loi (art. 1 al. 2 CC). Or rien ne permet de dire que l'auteur des dispositions du droit civil qui nous régissent actuellement ait écarté de ses prévisions la possibilité que la lutte des libertés aboutisse à la création de monopoles privés.

La loi sur la concurrence déloyale impose la loyauté dans la concurrence; elle n'impose pas la *liberté* dans la concurrence⁸⁶. Il est dans l'ordre des choses que la lutte économique aboutisse à la limitation de la concurrence, voire à la disparition de concurrents; tant que cette lutte est

fares. Aux Etats-Unis d'Amérique, toute une législation est dirigée contre la constitution de monopoles privés par le moyen de cartels, d'absorption de sociétés, etc. (Sherman Act 1890, Clayton Act 1914, Wilson Tariff Act 1894, Miller-Tydings Act 1937). Cf. H. Trumpler, *Unlauterer Wettbewerb und Anti-Trustrecht der Vereinigten Staaten von Amerika*, Bâle 1944. Sur cet ouvrage, Jucker, *Unlauterer Wettbewerb nach amerikanischem Recht*, RSJ 1945, p. 1 sv. Cf. aussi Schneeberger, *Das amerikanische Antitrustrecht in der Praxis*, RSJ 1949 p. 17 sv. E. Wolf, *La législation antitrust des Etats-Unis et ses effets internationaux*, *Revue internationale de droit comparé*, 1950 n° 3.

⁸⁶ Dans l'arrêt RO 76 (1950) II 293, consid. 4, litt. c, 2^e al. in fine, le Tribunal fédéral a l'air de penser le contraire.

loyale, le juge n'a pas les moyens d'intervenir⁸⁷. Ce n'est pas aux effets plus ou moins graves d'un acte de concurrence qu'on mesure s'il est loyal.

Une coalition pourra donc chercher à réglementer le marché pour lutter contre une concurrence jugée excessive et contre l'avalissement des prix qui peut en être la conséquence⁸⁸. Rien ne s'oppose non plus, en principe, à ce qu'elle tente de limiter le nombre des concurrents, barrant l'accès de la profession à de nouveaux venus, ou le subordonnant à des conditions déterminées, par exemple à la clause dite de besoin. En Allemagne, c'est sur la base de dispositions spéciales (art. 151 de la Constitution de Weimar, § 1 de la Gewerbeordnung notamment) que la doctrine dominante et la jurisprudence ont considéré que des organisations privées ne pouvaient instituer un «*numerus clausus*»⁸⁹. En Suisse, la Confédération a actuellement le droit, aux termes de l'art. 31bis al. 3 Cst., d'édicter, en dérogeant s'il le faut au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, des dispositions pour sauvegarder d'importantes branches économiques ou professionnelles menacées dans leur existence. Cependant, de ce que cette possibilité existe, il ne s'ensuit pas que les intéressés directs n'aient pas le droit de chercher à parvenir au même résultat par voie de conventions privées, sous réserve naturellement des intérêts légitimes des tiers⁹⁰.

Il va sans dire que déjà au regard du droit positif actuel, toute forme de coalition industrielle, commerciale ou ouvrière, n'est pas licite; elle peut cesser de l'être, soit par ses

⁸⁷ Germann, *op. cit.*, p. 250 et références.

⁸⁸ RO 62 (1936) II 106-107, 281, 54 (1928) II 164.

⁸⁹ Callmann, *Das deutsche Kartellrecht*, p. 421 sv.

⁹⁰ Le Tribunal fédéral, dans l'arrêt précité, sans prendre position, déclare que les considérations à la base de l'art. 31bis Cst. pourraient justifier, à des conditions déterminées, l'institution par voie privée d'une sorte de «*numerus clausus*». Les autorités exécutives ne voient souvent pas d'un mauvais œil une telle institution, qui leur permet de faire l'économie de mesures législatives:

méthodes systématiquement contraires aux bonnes mœurs (ce qu'il sera généralement impossible de dire à priori)⁹¹, soit par les buts qu'elle se propose. Sur ce dernier point, le Tribunal fédéral a posé en principe qu'un cartel de prix devient illicite lorsqu'il a pour effet de maintenir artificiellement les prix à un niveau que rien ne justifie et d'exploiter abusivement le public, notamment quand il s'agit de denrées alimentaires essentielles à la vie⁹². Un boycott destiné à consolider un tel cartel serait alors inadmissible.

§ 9. *Disproportion manifeste entre les effets du boycott et son but légitime*

Le boycott, qui vise un but légitime, cesse d'être licite si les désavantages qu'il entraîne pour le boycotté sont manifestement disproportionnés aux avantages qu'il procure aux boycotteurs. C'est une conséquence de l'espèce de solidarité des partenaires économiques, impliquée par l'idée de la bonne foi.

I. — Le principe de la proportionnalité relative

Dans la règle, le titulaire d'un droit peut toujours l'exercer dès qu'il y a un intérêt. Le sujet passif du droit ne peut se plaindre des conséquences qu'a pour lui cet exercice. Il y a cependant un moment où l'ampleur de l'usage qui est fait du droit est si peu en rapport avec l'intérêt du titulaire, tandis que, pour le « débiteur », il implique un tel désavantage, que l'ordre juridique refuse sa

déclaration du Conseiller fédéral Etter au Conseil des Etats, le 21 septembre 1943, au sujet d'un projet de la Chambre suisse du cinéma prévoyant le système de l'autorisation pour l'ouverture de nouvelles salles. Cf. l'article de Kern, dans la revue Schweizer Film, 1944 n° 9.

⁹¹ Licéité d'une surveillance exercée par le syndicat sur ses membres et les personnes obligées envers lui (RO 62 [1936] II 101).

⁹² RO 62 (1936) II 100, 54 (1928) II 168, 37 (1911) II 211.

protection. Il n'est que de penser au cas classique du mur élevé dans un dessein de chicane (Neidmauer).

Les membres d'une profession sont en droit d'organiser un boycott pour chercher à assujettir des outsiders à une réglementation rationnelle, voire pour éliminer un concurrent qui nuit à leurs intérêts légitimes. Mais ce droit s'arrête là où le bénéfice qu'ils retireraient du boycott ne soutient plus la comparaison avec la servitude qu'ils prétendent imposer au boycotté.

Comment en juger ?

D'une part, du point de vue de l'art. 2 CC, on ne devra pas considérer le boycott comme légitime du seul fait qu'il est *efficace*. Comme en matière de légitime défense ou d'état de nécessité, il faut exiger la proportion entre les intérêts protégés et l'intérêt lésé.

Mais, d'autre part, n'importe quelle disproportion entre les intérêts en présence ne rendra pas le boycott illicite. L'art. 2 al. 2 CC réprime seulement l'abus *manifeste* d'un droit, par quoi il faut entendre un abus caractérisé, revêtant une certaine importance. Tant que le droit exercé est encore soutenu par un intérêt raisonnable, on ne dira pas qu'il y a abus. Le législateur n'a pas voulu réaliser par l'art. 2 du CC l'idéal inaccessible de la parfaite harmonie des intérêts. On ne peut dégager de cette disposition qu'un principe de proportionnalité relative.

Est-il possible de poser des règles de comparaison entre les intérêts en présence ?

1. La proportion ne peut exister qu'entre des *biens de nature économique*. On conçoit qu'un industriel ou un commerçant puisse devoir sacrifier partiellement sa liberté de mouvement en affaires dans l'intérêt collectif d'une branche économique cartellisée. En revanche on admettra la disproportion manifeste si, pour renforcer la puissance économique d'un syndicat, l'ouvrier boycotté doit, en entrant dans le syndicat, sacrifier sa liberté idéologique. C'est ainsi que se justifie la jurisprudence selon laquelle sont inadmissibles

tous les boycotts tendant à obtenir du boycotté un acte ou une omission en rapport avec son activité politique⁹³.

2. S'agissant de part et d'autre d'*intérêts économiques*, on ne peut considérer simplement leurs poids respectifs : les intérêts du groupe l'emporteraient alors presque toujours sur l'intérêt de l'individu. Il faut — croit-on — traduire l'intérêt collectif du syndicat en termes individuels, en envisageant la situation de chacun de ses membres, et comparer cet intérêt à celui du boycotté, contraint de s'aligner ou de disparaître. Cependant on ne peut faire totalement abstraction de l'intérêt propre du syndicat, en tant qu'organisation économique ou sociale, réglant la concurrence, suppléant parfois une réglementation d'Etat. L'intérêt de l'économie nationale doit aussi pouvoir être pris en considération.

3. Pour le boycott d'*assujettissement*, il faut mettre en parallèle les intérêts de l'organisation dont il s'agit et les inconvénients résultant pour la personne visée du fait qu'elle doit renoncer partiellement à sa liberté économique. Si, de ce point de vue, le boycott est admissible, on n'aura pas à se demander si, au cas que la personne menacée de boycott ne se soumet pas et qu'elle est évincée du champ professionnel, cette conséquence est excessive, notamment eu égard à l'anéantissement de son existence économique⁹⁴.

Pour le boycott d'*évincement*, on comparera les intérêts du cartel ou du syndicat avec le préjudice causé au boycotté du fait qu'il est éliminé de la branche en question.

⁹³ Participation à un vote ou abstention, entrée dans une association ayant une couleur politique, sortie d'une telle association, refus de s'y affilier ou de s'en séparer, prendre part à une propagande politique (RO 51 [1925] II 525, 54 [1928] II 146). Il n'était pas même nécessaire de faire appel aux bonnes mœurs, «qui ne permettent pas d'user de contrainte dans des domaines où la persuasion est seule légitime».

⁹⁴ Cf. implicitement RO 76 (1950) II 288 consid. 4, litt. a.

II. — Application du principe

1. *Boycott d'assujettissement*

Dans le domaine de l'*organisation du travail*, le Tribunal fédéral a admis que le principe de la «fidélité au contrat» (forme de boycott réciproque) constituait une mesure rationnelle pour obtenir la généralisation du contrat collectif⁹⁵. En revanche, se ralliant à l'opinion générale, le tribunal a condamné comme un moyen disproportionné au but la «clause d'exclusivité» proprement prohibitive (Abspercklausel), c'est-à-dire la disposition qui oblige un employeur à n'occuper exclusivement que des membres de l'association contractante (système du «closed-shop»)⁹⁶.

Sous cette réserve, le boycott aux fins d'alignement est licite en matière de droit du travail. Mais, par ailleurs, l'alignement légitimement visé ne doit pas être rendu trop difficile par l'organisation en question. A cet égard, le Tribunal fédéral a été amené à se prononcer sur la contribution de solidarité réclamée aux signataires d'un contrat collectif qui n'appartiennent à aucune association ou qui appartiennent à une association qui n'a pas adhéré au contrat. Il a admis la légitimité de cette contribution qui

⁹⁵ RO 75 (1949) II 314: «On ne peut cependant pas dire que ces effets limitent dans une mesure excessive la liberté de mouvement de l'ouvrier et qu'ils sont par conséquent incompatibles avec le droit de la personnalité protégé par l'art. 28 CC; la légitimité du but s'étend aux moyens employés dans la mesure où le désir particulier de l'atteindre fait apparaître comme licite un moyen qui devrait être considéré comme non indiqué et par conséquent illicite pour atteindre un but de portée secondaire.»

⁹⁶ «C'est là sans aucun doute une atteinte inadmissible à la liberté dite négative d'association, c'est-à-dire au droit de se tenir à l'écart de toute association sans en subir d'inconvénients économiques appréciables, et en même temps une atteinte inadmissible aux droits de la personnalité protégés par l'art. 28 CC.» Le Tribunal fédéral en juge pourtant différemment en matière industrielle ou commerciale. C'est, au fond, qu'un syndicat ouvrier n'est jamais uniquement économique. Cf. ci-dessus I ch. 1. Sur ces questions, cf. Tschudy, op. cit., p. 378 sv.

représente une compensation des avantages reçus; mais il a posé des principes très subtils quant à son montant, qui ne doit notamment pas servir à des buts secondaires tels que la défense de l'effectif des membres de l'association contractante⁹⁷.

Dans le domaine de *l'organisation industrielle ou commerciale*, le Tribunal fédéral a admis que le but visé par un cartel — la réglementation des prix sur le marché des fromages en boîte — justifiait que les boycottés renoncent à leur manière d'exploiter leur entreprise, «même si le maintien de la situation préexistante était pour eux une question de vie ou de mort»⁹⁸. «L'intérêt de certaines branches de l'activité économique du pays et par conséquent de l'économie suisse tout entière doit passer avant les intérêts économiques de quelques personnes isolées». Dans l'arrêt concernant les grossistes en appareils sanitaires⁹⁹, le Tribunal fédéral n'a pas mis en doute qu'un nouveau venu dans la branche dût se plier aux règles de l'association.

2. *Boycott d'évincement*

L'appréciation de la disproportion sera évidemment différente selon que l'élimination du boycotté doit être totale ou partielle, définitive ou temporaire. Pour un ouvrier qualifié ou un ingénieur, une mise à l'index sera plus lourde de conséquences que pour un capitaliste en mal de placements. Du côté des boycotteurs, l'intérêt sera plus ou moins important selon qu'il y va de l'existence même de l'orga-

⁹⁷ RO 75 (1949) II 316 sv., modifiant partiellement un arrêt antérieur, RO 74 (1948) II 167. On pense que le Tribunal fédéral a fait là œuvre utile, mais qu'il a peut-être débordé le cadre de l'art. 2 CC.

⁹⁸ RO 62 (1936) II 276. Il était constant que la situation sur le marché de ce genre de fromage était si désordonnée (au point de vue des prix, de la présentation et de la qualité) que la réglementation du marché devenait nécessaire, non seulement dans l'intérêt des fabricants, mais dans celui de l'industrie suisse des produits laitiers.

⁹⁹ RO 76 (1950) II 288, consid. 4, litt. a.

nisation ou de celle (économique) de ses membres, ou qu'il s'agit uniquement de maintenir des situations acquises.

On tentera de dégager de la jurisprudence quelques critères.

a) Le boycott pratiqué à seule fin d'éliminer un concurrent, sans viser à la protection d'intérêts supérieurs, constitue un abus. On est là tout près de la malveillance¹⁰⁰. Il en va autrement lorsque le boycott est le fait d'une organisation qui tend à réglementer la concurrence pour assurer la viabilité, voire la bonne marche des entreprises existantes.

b) Pour apprécier si une mesure de contrainte économique est excessive, on considérera d'abord si elle vise directement le boycotté en tant que partenaire économique, ou si elle n'est que l'effet réflexe d'une lutte entre des tiers¹⁰¹.

c) On trouve souvent exprimé dans les arrêts le principe de *subsidiarité*. Quand un certain abus, ou ce qui est considéré comme tel, peut être efficacement combattu par un moyen légal ou conventionnel) autre que le boycott, celui-ci n'est pas légitime¹⁰².

¹⁰⁰ RO 61 (1935) II 348: négociant empêché de s'affilier à une association professionnelle et boycotté pour annihiler sa concurrence.

— RO 62 (1936) II 250: le syndicat, sans poursuivre des fins d'organisation particulières, avait déclenché un boycott uniquement pour se débarrasser d'un concurrent.

¹⁰¹ RO 73 (1947) II 75 consid. 5. L'obligation réciproque prise par les maîtres-coiffeurs de ne pas engager un employé qui a travaillé pendant les six derniers mois dans un salon situé à moins de 500 m impose aux garçons coiffeurs une atteinte excessive à leur liberté économique. « Il est inadmissible de contraindre un autre à observer une certaine attitude en usant de mesures qui atteignent en première ligne des tiers dans un bien juridique protégé comme celui de la personnalité. » A cela s'ajoutait que le moyen lui-même dépassait son but.

¹⁰² Arrêt ci-dessus, et RO 69 (1943) II 80: boycott punitif exercé par l'Union Helvetia contre un hôtelier. Le Tribunal fédéral a jugé que la protection dérivant du contrat collectif approuvé

Cette règle ne peut être fondée sur l'idée que le boycott est en soi une mesure de violence, qui aurait besoin d'être justifiée par une sorte d'état de nécessité ou de légitime défense. C'est un moyen de lutte sans doute, mais licite. Sauf le cas où les intéressés ont renoncé à s'en servir en souscrivant à une convention collective qui institue sous une forme ou sous une autre la «paix du travail» ou la «paix industrielle»¹⁰³, on ne peut d'emblée condamner le recours à ce moyen dès que le groupe dispose d'une quelconque possibilité légale d'arriver à ses fins (une plainte pénale problématique, un long procès civil)¹⁰⁴. En revanche, sous l'angle d'une disproportion manifeste entre les moyens et les fins, on pourra s'inspirer de l'idée de subsidiarité.

d) S'agissant de l'évincement d'un agent économique, il faudra distinguer suivant que le boycott a pour but de barrer l'accès de la profession à un nouveau venu ou d'*éliminer une entreprise existante*. Les conséquences seront généralement beaucoup plus graves dans le second cas que dans le premier. Sauf si le boycotté ne veut pas se soumettre à une réglementation raisonnable instituée par le cartel pour la sauvegarde d'intérêts légitimes, il faudra sans doute des circonstances exceptionnelles pour que, du moins sans indemnité équitable, le cartel puisse, sans abus de son droit, étouffer une existence économique par le moyen du boycott. En tout cas, un avantage se traduisant pour les membres du cartel par une prospérité accrue ou consistant par un ACF «enlève aux parties le droit de recourir à un moyen de combat tel que le boycott... Car il est contraire à l'ordre juridique de se faire justice à soi-même. Tout domaine que le droit a réglé d'une façon complète ne peut plus faire l'objet d'une mesure de guerre économique».

¹⁰³ C'était le cas dans l'arrêt RO 69 (1943) II 80 pour les infractions au contrat collectif.

¹⁰⁴ Dans l'arrêt en question, le Tribunal fédéral a admis la légitimité d'une mise à l'index pour sanctionner les mauvais traitements et l'exploitation dont les employés avaient été l'objet de la part de l'hôtelier. Pourtant, le Code pénal punit les mauvais traitements (injures et voies de fait) et le Code civil offrait lui-même certains moyens de faire réparer le tort causé au personnel.

dans le fait d'éviter un certain recul de leur chiffre d'affaires serait sans commune mesure avec l'intérêt du boycotté à conserver son entreprise.

e) Qu'en est-il du boycott visant à *empêcher l'établissement d'une nouvelle entreprise*?

Le dernier arrêt du Tribunal fédéral a posé à ce sujet quelques règles.

aa) D'abord, le cartel est en droit d'exiger du nouveau venu certaines garanties de nature personnelle et financière, telles qu'on puisse s'attendre qu'il observera les engagements pris ou qu'il ne sera pas amené, par ses mauvaises affaires, à les violer (consid. 4 litt. b).

Le candidat — si on peut l'appeler ainsi — doit posséder des connaissances professionnelles suffisantes. Il doit avoir une certaine moralité, permettant d'espérer qu'il appuiera loyalement la politique professionnelle.

L'association peut-elle poser des exigences quant à la personne des actionnaires ou des bailleurs de fonds qui financent l'affaire? Le Tribunal fédéral tient pour «à peine fondé» qu'elle veuille s'assurer que seul des capitaux suisses soient engagés dans l'entreprise¹⁰⁵. La provenance des capitaux a cependant son importance à d'autres égards encore. Appartiennent-ils à des personnes qui combattent l'association ou sont décidées à contrecarrer son action? Cet ordre de préoccupations paraît aussi légitime.

L'association professionnelle peut exiger que la base financière de la nouvelle entreprise soit solide, voire que le plan d'exploitation soit sérieux. Un financement insuffisant ou des méthodes commerciales légères feraient en effet craindre une déconfiture qui serait préjudiciable à toute la branche¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Il estime que l'art. 711 CO, en exigeant que la majorité du conseil d'administration d'une société anonyme soit composée de citoyens suisses, suffit à parer au danger d'influence étrangères dans notre économie.

¹⁰⁶ Le Tribunal fédéral déclare cependant dans l'arrêt cité qu'on ne peut inférer l'incompétence commerciale de prévisions de gain trop optimistes.

Lorsque ces conditions personnelles et financières ne sont pas réunies, les choses se passent comme si le candidat ne voulait pas se soumettre à la réglementation du cartel. L'intérêt de celui-ci à sauvegarder sa position et à protéger ses membres contre une concurrence nouvelle, qui sera censée être malsaine, soutient la comparaison avec l'intérêt du nouveau venu à exploiter son entreprise.

bb) Si le candidat remplit toutes les conditions qu'on peut raisonnablement lui imposer et se montre disposé à exécuter toutes les obligations qu'on attend de lui (y compris le paiement d'un droit d'entrée), est-il encore admissible de lui barrer l'accès de la profession ? Le Tribunal fédéral a envisagé, sans se prononcer, que le boycott pourrait dans ce cas être licite s'il était nécessaire pour assurer la viabilité des entreprises existantes.

Un point paraît acquis. L'intérêt de ces entreprises à perpétuer de superbénéfices ou simplement à maintenir une belle prospérité pèse infiniment moins dans la balance que l'intérêt du nouveau venu à se faire une place au soleil. Dans cette mesure, le boycott des «*beati possidentes*» est abusif.

Il ne l'est pas, d'après nous, lorsque la viabilité même de maisons établies serait mise en jeu par l'ouverture d'une nouvelle entreprise. Dans ce cas-là, l'intérêt des premières au maintien de leur existence a autant de valeur que l'intérêt du nouveau concurrent à se créer une situation dans la branche, alors surtout qu'il peut lui être relativement facile de trouver un autre champ d'activité.

Là où on peut hésiter, c'est lorsque l'ouverture d'une entreprise, sans affecter la viabilité des maisons existantes, devrait les réduire toutes ou certaines d'entre elles à une situation précaire ou médiocre. Mais là encore, on a de la peine à admettre une inégalité flagrante des intérêts, telle que le boycott serait manifestement abusif.

Quoi qu'il en soit, la comparaison des intérêts en présence, même du point de vue restreint de l'art. 2 CC, pose de délicats problèmes.

Souvent il faudra considérer non seulement les entreprises auxquelles le nouveau venu viendrait faire concurrence — par exemple les détaillants — mais aussi les entreprises de l'échelon supérieur — fabricants ou grossistes — qui peuvent avoir eux-mêmes un intérêt à ne pas avoir trop de clients, si ceux-ci, par suite d'une concurrence effrénée, vont au-devant de difficultés financières qui les mettent dans l'impossibilité d'exécuter leurs obligations.

Une concurrence nouvelle pourra ne pas affecter toutes les maisons existantes, mais seulement l'une ou l'autre d'entre elles, plus faibles économiquement. On devra, à notre sens, considérer aussi l'intérêt de ces entreprises, pourvu qu'elles soient dignes de protection, c'est-à-dire qu'elles reposent sur une base financière saine et qu'elles soient convenablement gérées.

Les conséquences de l'ouverture d'une nouvelle entreprise ne doivent pas être appréciées seulement par rapport au moment présent, mais en considérant une assez longue période, compte tenu de l'évolution probable de la conjoncture. Au moment où s'amorce un recul général du chiffre d'affaires, qui laisse encore aux maisons établies une marge appréciable de bénéfices, il ne sera pas abusif, de la part du syndicat professionnel, d'attendre, avant d'admettre un nouveau membre, de voir si ce recul se stabilise ou si au contraire il s'accroît. De même les bénéfices actuels des entreprises affiliées ne seront pas décisifs; si des années maigres viennent de prendre fin, il faudra regarder à la nécessité pour ces maisons de reconstituer le capital et les réserves, pour parer à de nouvelles crises.

Appendice

§ 10. Observations sur les moyens du boycotté

On voudrait indiquer ici quelques conséquences des thèses ci-dessus sur les voies de droit dont dispose le boycotté.

I. — En général

En tant qu'abus de droit, le boycott exercé en vue d'un but contraire à l'ordre juridique ou qui est de nature à causer au boycotté un préjudice sans commune mesure avec l'intérêt des boycotteurs constitue un acte illicite. La victime d'un tel boycott a toutes les actions qui dérivent de la faute aquilienne (art. 41, 43 et 49 CO), en tout premier lieu l'action en dommages-intérêts pour le préjudice résultant du boycott¹⁰⁷. Mais cette action n'est pas la seule, et elle ne suffit pas à assurer la protection du boycotté. D'après l'art. 43 CO, le juge fixe le mode de la réparation. En présence d'un boycott en cours, la réparation impliquera d'abord la cessation des mesures de contrainte, ce qui reviendra au rétablissement du statu quo ante, forme de réparation en nature¹⁰⁸. En face d'un boycott seulement menaçant, les art. 41 sv. CO semblent laisser sans défense la personne visée. Celle-ci disposera cependant de l'action en constatation de droit, dans la mesure où l'accorde la législation cantonale¹⁰⁹. Comme moyen préventif, elle n'aurait que les mesures provisionnelles du droit de procédure.

Mais le boycott abusif représente en même temps une atteinte « sans droit » aux intérêts personnels, c'est-à-dire à la libre détermination de l'individu en matière économique. Cette atteinte donne ouverture aux actions spécifiques de l'art. 28 CC : l'action en cessation du trouble, et les deux autres actions que la jurisprudence a tirées du 1er alinéa de l'article : l'action en constatation du trouble intervenu ou menaçant¹¹⁰, l'action en interdiction ou en abstention du

¹⁰⁷ Cette action — comme d'ailleurs les autres — se fonde, à notre avis, sur le 1er alinéa de l'art. 41 CO, non sur le second (en sens contraire, le Tribunal fédéral, dans l'arrêt RO 76 [1950] II 297).

¹⁰⁸ Ainsi, Oser-Schönenberger, *op. cit.*, note 52 à l'art. 41 CO.

¹⁰⁹ Cf. RO 75 (1949) II 128 consid. 5 et arrêts cités.

¹¹⁰ Action en constatation de la nullité de la clause statutaire d'une association patronale obligeant les employeurs à boycotter dans certaines conditions les employés : RO 73 (1947) II 67.

trouble qui menace le demandeur dans l'avenir. Dans son dernier arrêt, le Tribunal fédéral se fonde sur l'art. 28 al. 1 pour admettre l'action en suppression du boycott (consid. 6).

Lorsqu'il est contraire aux règles de la bonne foi, le boycott indirect organisé par des concurrents est un acte de concurrence déloyale. La victime dispose donc des actions de l'art. 2 LCD, qui se confondent d'ailleurs pour l'essentiel avec celles qui dérivent des art. 41 CO et 28 CC : constatation du caractère illicite de l'acte, cessation de l'activité illicite, suppression de l'état de fait qui en résulte, réparation du dommage en cas de faute, réparation du tort moral dans les cas visés par l'art. 49 CO. L'intérêt que le boycotté trouvera à l'application de la LCD résidera dans la faculté qu'il aura de demander des mesures provisionnelles aux conditions que prévoient les art. 9 et sv.

II. — Deux points particuliers

1. *Qualité pour défendre aux actions*

Pratiquement, ce qui, dans le boycott, peut être illicite, c'est la pression exercée par son promoteur, avec le concours des exécutants, sur le boycotté. Le fait même, pour les exécutants, de s'abstenir de rapports juridiques avec la personne visée ne sera que très exceptionnellement contraire aux mœurs¹¹¹. L'action du boycotté sera donc normalement dirigée contre le promoteur du boycott, qui sera le plus souvent une association professionnelle. Cependant les agents du boycott pourront aussi, à notre sens, être recherchés non pas en tant qu'« abstentionnistes », mais en tant que complices ou mieux coauteurs de la contrainte illicite organisée par les promoteurs du boycott. Tout spécialement, en cas de boycott indirect, le boycotté pourra s'en prendre non seulement à l'association groupant ses concurrents directs, mais aussi à l'association de l'échelon supérieur ou inférieur qui a donné suite à l'invitation

¹¹¹ Cf. ci-dessus § 5.

adressée par la première et qui fait exécuter le boycott par ses propres membres.

2. Modalités de la cessation du trouble

Qu'elle soit fondée sur l'art. 43 CO, l'art. 28 CC ou l'art. 2 LCD, la cessation du trouble causé par le boycott consistera dans la fin de la pression exercée sur le boycotté par les mesures d'isolement décrétées contre lui. Les promoteurs du boycott devront donc renoncer à exiger des exécutants qu'ils s'abstiennent de rapports d'affaires avec la personne mise à l'interdit. Dès que les agents du boycott sauront qu'ils ne s'exposent pas à des inconvénients (boycott, perte d'avantages) en levant le blocus ou dès qu'ils sauront n'être plus tenus par les engagements qu'ils avaient souscrits, il est probable qu'en tout cas certains d'entre eux consentiront à traiter avec l'ex-boycotté. Quoi qu'il en soit, le juge peut seulement ordonner la levée de l'interdit, il ne peut prescrire positivement que des contrats seront conclus¹¹².

Comment s'opère la levée de l'interdit? Lorsque les exécutants ne sont pas contractuellement obligés à pratiquer le boycott, il suffira que le jugement soit porté à leur connaissance par les soins du juge ou du défendeur lui-même (qui y sera astreint par jugement). Toutes mesures de contrainte par lesquelles le boycotteur voudrait encore pousser les exécutants à poursuivre l'isolement du boycotté seront d'emblée illicites.

Lorsque les exécutants pratiquaient le boycott illicite en vertu d'un engagement contractuel ou statutaire, le juge constatera la nullité de cet engagement au regard de l'art. 20 CO. Mais cela ne suffit pas. Il faut, pour que le trouble causé au boycotté cesse, ou bien que la clause illégale soit supprimée, ou bien qu'il soit interdit aux intéressés

¹¹² Le Tribunal fédéral le relève dans l'arrêt souvent cité RO 76 (1950) II 296.

ou à l'association de l'appliquer (sous menace de peine en cas de désobéissance, art. 292 CP)¹¹³.

Lorsque le boycott jugé inadmissible résulte d'une convention entre deux associations professionnelles (comme en cas de boycott indirect), il paraît difficile, du point de vue de la procédure, d'en déclarer la nullité sans que l'association groupant les agents directs du boycott soit aussi mise en cause¹¹⁴.

Il est possible — et ce sera même le cas le plus fréquent — que l'engagement de boycott ne puisse être déclaré illicite qu'à l'égard du boycotté demandeur, non d'une façon générale. Dans ce cas-là, l'action ne pourra tendre qu'à l'annulation «pro parte qua» de la convention dont il s'agit¹¹⁵.

Pour cette éventualité, le Tribunal fédéral a envisagé une solution plus simple, qui serait d'obliger l'association défenderesse à accepter le demandeur comme membre. Automatiquement, le boycott tomberait, et le boycotté se trouverait associé aux efforts du syndicat pour assainir le marché. Le tribunal ne s'est pas prononcé, faute de conclusions dans ce sens¹¹⁶.

¹¹³ Cf. RO 73 (1947) II 79-80 consid. 7.

¹¹⁴ Cf. le cas dans RO 76 (1950) II 295. La Cour suprême de Zurich a passé par-dessus cette difficulté. Le Tribunal fédéral était lié.

¹¹⁵ Cf. RO 76 (1950) II 295: L'Association des grossistes en appareils sanitaires a été condamnée, sous la menace de renvoi au juge pour insoumission (art. 292 CP), à rompre, *en ce qui concerne le demandeur*, les liens contractuels qu'elle avait noués avec des fabricants de ces appareils et avec l'association des installateurs, et aux termes desquels les premiers ne pouvaient livrer au demandeur et les seconds ne pouvaient se fournir chez lui. Il s'agit d'un simple «relâchement», «desserrement» (Lockerung) de ces liens qui, pour le surplus, restent en force.

¹¹⁶ Cf. même arrêt, p. 294. Pour le Tribunal fédéral, le refus d'accepter un membre dans une association pourrait, dans les circonstances d'un boycott abusif, constituer lui-même un abus de droit, nonobstant la liberté de l'association de refuser de nouveaux membres, même sans indication de motifs. Mais la sanction d'un tel abus peut-elle être, surtout pour une association censée idéale, l'obligation positive d'admettre la victime dans son sein? Ne

Conclusion

Le boycott, comme arme économique des coalitions, ne trouve sa limite que dans les règles de la bonne foi; il ne cesse d'être licite que lorsqu'il constitue l'abus manifeste d'un droit: le droit de contrainte sur autrui, qui est impliqué par l'exercice de la liberté reconnue aux individus et aux groupes dans la vie économique. Il n'y a aucune raison, dans ce domaine plutôt que dans un autre (par exemple, celui de la revision des contrats pour imprévision), d'élargir la notion d'abus de droit au point de permettre au juge civil d'intervenir dans la lutte des intérêts dès que son sens de l'équité ou son sentiment de la liberté est heurté. A moins

s'agirait-il pas d'une manière de «Kontrahierungszwang», et cela dans un domaine — par hypothèse — non économique? — L'autre considération évoquée par le Tribunal fédéral est plus séduisante: Une association de grossistes, avec le monopole de fait qu'elle prétend exercer, a en réalité un but économique et aurait dû prendre la forme d'une société coopérative; or, d'après les art. 828 et 839 CO, l'entrée dans une société coopérative ne doit pas être rendue onéreuse à l'excès (en allemand, «übermäßig erschwert») ni non plus — ajoute le Tribunal fédéral — rendue impossible. L'application du principe de la porte ouverte n'implique sans doute pas, dans l'esprit du Tribunal fédéral, que l'association-société coopérative ne pourrait se refuser à accueillir un nouveau membre dans le cas où le boycott d'évincement serait par ailleurs légitime d'après les critères ordinaires. L'art. 839 CO n'a pas été édicté pour trancher le problème du «numerus clausus» ou de la clause de besoin dans les professions. Le principe qu'il consacre n'exclut pas le droit pour la société de restreindre l'admission de nouveaux membres, et pour cela de la subordonner à des conditions personnelles et matérielles de forme et de fond (cf. Gutzwiller, Kommentar, Genossenschaft, Handelsregister und kaufmännische Buchführung, Zurich, Einleitung, notes 70 sv.). Il ne serait certes à priori pas «excessif» que la société coopérative subordonne l'admission d'un nouveau membre à la condition que celui-ci ne compromette pas la viabilité des entreprises affiliées. L'art. 839 CO ne saurait guère entrer en jeu qu'en cas d'abus au sens de l'art. 2 CC. Mais confère-t-il en ce cas-là, outre une action éventuelle du candidat évincé en dommages-intérêts, une action de ce même candidat tendant directement à l'admission au sein de la société?

d'en étendre démesurément la portée (avec les conséquences que cela impliquerait dans d'autres secteurs du droit), l'art. 2 CC n'offre le moyen de lutter que contre les abus criants des organisations à tendances monopolistes. Contre les *autres* «conséquences nuisibles, d'ordre économique ou social, des cartels ou des groupements analogues», parmi lesquelles il faut sans doute ranger non seulement le maintien de prix artificiellement élevés, mais aussi certaines des entraves mises à la libre concurrence entre les entreprises, c'est au législateur qu'il appartiendrait d'intervenir. En édictant l'art. 31 bis al. 3 litt. d Cst., le constituant semble être lui-même parti de l'idée que les coalitions peuvent avoir des inconvénients que les lois en vigueur sont impuissantes à combattre.
